

UNIANDES EPISTEME: Revista de Ciencia, Tecnología e Innovación.
López Soria, Y. Vol. (2). Núm. (3) 2015

La configuración legal del delito de Lesa Humanidad, presente en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, en franca vulneración al principio Non bis in ídem
The legal form of crime against humanity, present in the Code of Criminal Procedure of Ecuador Integral, in clear violation of the principle of Non bis in idem

Yudith López Soria, MSc.
yudithlopezsoria@hotmail.com
UNIANDES

RESUMEN:

No es la primera ocasión que hablamos del principio *Non bis in ídem* o *Prohibición de Doble Juzgamiento*, y es que acontece que en la lectura cotidiana del nuevo Código Orgánico Integral Penal, en Ecuador, surge la necesidad de reflexionar sobre sus preceptos, tras esa actividad que nos lleva por ende, a su análisis diario, es así que nos hemos percatado de anomalías que llaman nuestra preocupación, en tanto no estriban en el simple error, sino en un error que trasciende a una vulneración de una garantía procesal penal y peor aún, la vulneración de un principio instructivo del Derecho Penal, de rango constitucional y protección y respaldo incluso, en el Derecho Internacional. Estamos ante la configuración legal del tipo penal de Lesa Humanidad o conocido como Crimen contra la humanidad, que está incluido entre los delitos que han sido unidos en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, por el denominador común que constituye su objetividad jurídica genérica, **la protección a la Humanidad**, además de este tipo penal, existen otros delitos o figuras delictivas, incluidos en esta familia porque obviamente agraden la humanidad y todo lo relevante desde el punto de vista penal que se incluye dentro de la humanidad, como etnia, cultura, patrimonio cultural, idiosincrasia, etc. La idea de este artículo se plantea dada la configuración incorrecta y redundante de algunos tipos penales de esta familia de delitos que concluye lamentablemente en la vulneración al principio constitucional del **Non bis in**
PALABRAS CLAVE: Garantía penal, Lesa Humanidad, Non bis in ídem, Vulneración, Inconstitucionalidad.

ABSTRACT

It is not the first time we spoke of the non bis in idem and prohibition of double jeopardy, and it happens in everyday reading of the new Code Integral Penal, in Ecuador, the need to reflect on its precepts arises after this activity Which brings us therefore to their daily analysis, so that we noticed anomalies that draw our concern, not so much lie in the simple mistake, but a mistake that transcends a violation of criminal and procedural guarantees even worse The violation of an instructional principle of criminal law, constitutional status and protection and support even in international law. We are in the legal type of crime against humanity or known as Crime Against Humanity, which is included among the crimes that have been united in the Code of Integral Criminal Ecuador, the common denominator is their generic legal objectivity, Site protection, in addition to this offense, other crimes or offenses included

Recibido: Junio 2015. **Aceptado:** Agosto 2015
Universidad Regional Autónoma de los Andes UNIANDES

in this family because obviously pleasing humanity and everything relevant from a criminal point of view that is included within humanity, such as ethnicity, culture, cultural heritage, idiosyncrasy, etc. The idea of this article arises due to the incorrect and redundant configuration of certain crimes of this family of crimes that unfortunately concluded in violation of the constitutional principle of double jeopardy or prohibition of double jeopardy.

KEYWORDS: Guarantee, Against humanity, Nom jeopardy, Vulnerability, Unconstitutionality.

INTRODUCCIÓN:

En ocasión de impartir el Sílabo Delitos en Particular y estudiar con los alumnos del actual 4º nivel de la carrera de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, Universidad Regional Autónoma de los Andes, UNIANDES, Ambato, Ecuador, me percaté que en el estudio pormenorizado de los tipos penales incluidos en el Título IV, Infracciones en Particular, Capítulo Primero, Graves Violaciones a los derechos humanos y delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, Sección Primera, Delitos contra la Humanidad, encontramos figuras delictivas que tienen el mismo contenido con respecto a la modalidad conductual en cuestión, es decir, sea acción u omisión, de modo que si incurre en las acciones u omisiones de uno de estos delitos, obligatoriamente incurrirá también en el Delito de Lesa Humanidad como una figura más.

El hecho de concebir estos tipos penales con iguales contenidos o elementos de tipicidad para la estructura de cada delito, redundará en una vulneración evidente al principio *Non bis in ídem*, también conocido en Latinoamérica como Prohibición de Doble Juzgamiento, previsto en el art. 76 inciso i) de la Constitución de la República del Ecuador en el art. 5 numeral 9 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

Esta es la razón por la que entendemos oportuno explicar el contenido de nuestra observación, argumentarlo, demostrarlo, para lograr influir en la subsanación de este error, más que error, en esta vulneración.

DESARROLLO:

Concepto y naturaleza del Principio *Non bis in ídem*.

El principio de *Non bis in ídem* o *Ne bis in ídem*, aunque ya se conoció en el antiguo Derecho Romano, fue con la Revolución Francesa que adoptó esta denominación, lo que lo hace un principio antiguo y de amplia tradición jurídica que ha generado un abundante cuerpo jurisprudencial y doctrinal, así como numerosas intervenciones legislativas.

Comencemos por analizar el contenido de dicho principio, el *Non bis in ídem*, escrito indistintamente como *Non bis in ídem* en latín, que significa en idioma español, (No dos veces por lo mismo), constituye una importante herramienta de defensa en los procesos penales.

En la mayoría de los países tanto de la región latinoamericana como en el resto, este principio, es registrado incluso, como un Derecho Fundamental, reconocido por la

Constitución de cada uno de ellos, y en esencia, va encaminado a prohibir que un acusado sea enjuiciado dos veces por un mismo delito, o por las mismas acciones que conformaron la estructura típica de ese delito. En otro sentido, implica también, que no pueda valorarse dos veces un mismo hecho o fenómeno para calificar la tipicidad de un delito o evaluar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal que ya han formado parte de la configuración de la modalidad básica de ese tipo penal.

Siempre se ha señalado como principio general del derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, se prohíbe la aplicación de dos o más sanciones, o el desarrollo de dos o más procedimientos, sean en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos, y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la administración. Agrega Alejandro Nieto que: "...cuando el legislador prevé una sanción para un hecho tipificado como infracción, está obligado por el principio de proporcionalidad a mantener una adecuación entre la gravedad de la primera y la segunda y, por ello, el hecho de aplicar una nueva sanción en el mismo orden punitivo o en otros distintos, representaría la ruptura de esa consonancia, una sobre reacción del ordenamiento jurídico, que está infringiendo a un sujeto, un mal sobre sus bienes mayores o descompensado con respecto al cumplimiento que ha desarrollado del mandato jurídico". (Nieto, A. (1990).p. 96).

Iría en contra de la seguridad jurídica a que aspira cualquier ordenamiento jurídico, que existiese en él, una regulación sancionadora que permitiera penalizar al infractor de forma desproporcionada o múltiple.

El principio *Non bis in ídem*, de rango constitucional, ha sido desarrollado por la jurisprudencia, a la par del principio de *proporcionalidad*, o el principio *in dubio pro reo*. El "no dos veces por lo mismo", está regulado como una garantía reconocida en el Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del art. 8.4), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el mismo tiene por objeto, en los términos del doctrinólogo Maier, "Impedir la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho; donde la idea fundamental es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un supuesto delito, sometiéndolo así a molestias, gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad" (Maier, (1999), p. 602)

Así mismo, Eugenio R. Zaffaroni, al referirse a las explicaciones doctrinarias elaboradas con el objeto de afirmar la admisibilidad de la habilitación de un (por encima) del poder punitivo, destacó que: "Ninguna logró salvar la objeción de que el plus de poder punitivo se habilitaría en razón de un delito que ya fue juzgado o penado, por lo importaría una violación al *non bis in ídem* o, si se prefiere a la prohibición de doble punición". (Zaffaroni, (2002), p.1058)

El *Non bis in ídem*, en el Derecho Comparado en otros países latinoamericanos.

En Argentina, el artículo 29 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, consagra expresamente este principio, cuando dispone que ninguna persona será encausada dos veces por el mismo delito.

La Constitución Nacional no lo había previsto de modo expreso y le tenía por comprendido entre los derechos no enumerados del artículo 33 y la reforma constitucional de 1994, que incorporó los pactos sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, hizo que los articulados de dichos pactos, como el de San José de Costa Rica, sean considerados parte de la Ley Fundamental, y ahora se considera entonces, “el non bis idem” como parte expresa de la misma. El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8 inciso 4 dice que: “...quien fuera absuelto por sentencia firme, no podrá por los mismos hechos, ser sometido a un nuevo proceso”. Por otro lado, el nuevo Código Procesal Penal Peruano de 2004, en el artículo III del Título Preliminar, llamado Interdicción de la persecución penal múltiple, plantea que nadie será procesado ni sancionado por el mismo hecho, más de una vez, si es el mismo sujeto e idéntico el fundamento. Rige este principio para el Derecho sancionador, o sea, Penal y Administrativo.

Crimen de Lesa Humanidad.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, Lesa, viene del latín *laesus*, que significa, dañar, ofender, agraviado, lastimado, ofendido. Se dice principalmente de la cosa que ha recibido el daño o la ofensa. Lesa humanidad se entiende como dañado o afectado, un derecho natural.

Humanidad por su parte, tiene su origen en el latín *humanitas*, significa naturaleza humana, género humano, Conjunto de personas, fragilidad o flaqueza propia del ser humano, sensibilidad, compasión por las desgracias de nuestros semejantes, benignidad, mansedumbre, afabilidad.

Por ende, crimen o delito de lesa humanidad, evidentemente es en este caso, la acción delictiva que afecta derechos naturales inherentes a la humanidad misma, como conjunto de seres humanos, afectación que es en extremo grave y que de ella se deriva una respuesta penal también grave y severa.

La definición de crimen contra la humanidad, o de lesa humanidad, recogida en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional comprende las conductas tipificadas como asesinato, exterminio, deportación o desplazamientos forzados, tortura, violación, prostitución forzada, esclavitud sexual, esterilización forzada, encarcelación o persecución por motivos políticos, religiosos, ideológicos, raciales, étnicos, de orientación sexual, u otros definidos expresamente, o cualquier acto inhumano que cause graves sufrimientos o atente contra la salud mental o física de quien los sufre, siempre que dichas conductas se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.

De modo que cualquiera de estas conductas es considerada como un crimen contra la humanidad o como un crimen de lesa humanidad, tratando sobre todo de englobarlos en una familia de delitos que se agrupan por el denominador común entre ellos, que es dañar a la humanidad, y por ende, surge inminentemente, la necesidad de cada Estado de protegerla como el bien jurídico de mayor relevancia.

El ataque generalizado se refiere a que los actos se dirijan contra una multiplicidad de víctimas. A pesar de que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1945, que fue el primer Instrumento Internacional que se refirió de modo expreso a crímenes de lesa humanidad, observemos que una peculiaridad de este, era que, para entonces, no se exigía la generalidad en la agresión como requisito para que fuera calificada la acción como lesa humanidad, en tanto, su Tribunal, al examinar los actos inhumanos, como posibles crímenes de lesa humanidad, subrayó que la política de terror se realizó sin duda a enorme escala. En este sentido, el Estatuto aclara que por ataque contra una población civil, se entenderá una línea de conducta que implique la *comisión múltiple* de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización.

Al referirse a la población civil, se entiende que se refiere obviamente a las personas que no son soldados, no combaten, en el encuentro o intercambio bélico, independientemente de que sean de la misma nacionalidad del responsable, apátridas o que tengan una nacionalidad diferente. Ahora bien, hay que tener en cuenta que en la actualidad predominan los conflictos civiles, en los que muchos grupos armados tienen un carácter irregular que hace difícil diferenciar entre los soldados militares y los que no lo son, de ahí la peculiaridad del Derecho Penal, de estarse atemperando constantemente a la evolución que experimentan los delitos.

El que los actos inhumanos se cometan de forma *sistemática* quiere decir que lo son aquellos cometidos como parte de un plan o política preconcebidos, excluyéndose los actos cometidos casualmente o al azar. Estos pueden estar dirigidos por gobiernos o por cualquier organización o grupo. El Estatuto de Nuremberg tampoco incluía el requisito de que los crímenes contra la humanidad se han de cometer de forma sistemática. No obstante, el Tribunal de Nuremberg, al examinar si los actos juzgados constituían crímenes de lesa humanidad, subrayó que los actos inhumanos se cometieron como parte de una política de terror y fueron, en muchos casos... organizados y sistemáticos y de ahí surge la necesidad de incluir este requisito en su estructura típica.

En cuanto al desarrollo histórico del concepto de crímenes contra la humanidad, el primer instrumento en el que se hizo referencia a ellos, aunque no explícita, fue **la Convención sobre los usos y las leyes de la guerra terrestre**, firmada en La Haya en 1907, concretamente en su cláusula Martens. Ésta dispone que: En espera de que un Código más completo de las leyes de la guerra pueda ser dictado, las altas partes hacen constar que, en los casos no comprendidos en las Convenciones, los pueblos y los beligerantes quedan bajo la salvaguardia y el imperio de los principios del derecho de gentes, tales como resultan de los usos establecidos entre naciones civilizadas, de las leyes de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública.

Ahora bien, la necesidad de juzgar a los responsables de los crímenes contra la humanidad se recogió por primera vez en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, establecido el 8 de agosto de 1945 por el Reino Unido, Francia, EE.UU. y la URSS. Posteriormente, el crimen contra la humanidad se incorporó también al Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Tokio, del 19 de enero de 1946.

Los Estatutos de los Tribunales Penales Internacionales ad hoc, para la ex Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994) también incluyeron y definieron el crimen contra la humanidad. El de la ex Yugoslavia señala, entre otros crímenes, el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y otros actos inhumanos. Ahora bien, a diferencia del Tribunal para Ruanda y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dispone que sólo son crímenes contra la humanidad los que se cometen contra la población civil durante un conflicto armado, interno o internacional. No establece que deba existir un nexo entre el acto y el conflicto armado, pero sí que se produzca *durante* éste. Tal requisito de comisión en el marco de un conflicto aparecía ya en el Estatuto de Nuremberg, pero a partir de entonces, la tendencia se encaminó hacia la prohibición de los crímenes contra la humanidad, con independencia a que se cometieran en el marco de conflictos armados o no.

Por consiguiente, el Consejo de Seguridad, al aprobar el Estatuto para la ex Yugoslavia, aplicó un criterio restrictivo del concepto de crimen contra la humanidad.

Referencias de la Constitución de la República del Ecuador con respecto al principio del Non bis in ídem.

En la Constitución de la República del Ecuador, 2008, se establece exactamente en el art. 76. 7, inciso i) que nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto, haciendo franca alegación al principio de Cosa Juzgada, o prohibición de juzgar lo ya juzgado, en materia civil, y del Non bis in ídem o Prohibición de Doble Juzgamiento, en materia penal.

Es sabido que:

El contenido de este precepto legal, (Art. 76, numeral 7, letra i), de la Constitución de la República del Ecuador, 2008, va más allá de la cosa juzgada, pues si bien ésta, se da cuando hay sentencia en firme, el principio que en doctrina se conoce como *Non bis in ídem*, solo requiere que haya proceso iniciado por determinado hecho; siendo este principio parte de la Dogmática jurídico-penal actual, cuya función primordial es limitar el poder punitivo del Estado frente al reo o acusado en un proceso penal, o expresado de otra forma pero en similar dirección, garantizar los derechos y garantías fundamentales a favor del reo, frente al poder punitivo del Estado, pues la idea fundamental es que no se debe permitir que el Estado, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un mismo individuo por las mismas acciones u omisiones que constituyen una misma infracción penal.

Entonces, la diferencia entre *cosa juzgada* y el principio *Non bis in ídem*, estriba en que la primera, se da en la sentencia en firme, en cambio el segundo, solo requiere que haya proceso iniciado por determinado hecho; además, este principio es regulador de la estructura procesal; mientras que la cosa juzgada encuentra su cimiento en la existencia de la certeza del caso concreto.

Resaltemos entonces, la necesidad de seguridad jurídica que tiene que ofrecer cualquier ordenamiento jurídico, también el ecuatoriano; pues cada individuo tiene el derecho de saber cuándo termina definitivamente el proceso a que ha estado

sometido, máxime si es un proceso de índole penal, que sería también un proceso de Ultima Ratio, como lo es la materia del que propende, buscando evitar una permanente amenaza a las libertades individuales.

De tal modo, entendemos además, que el principio *Non bis in idem*, constituye una garantía política, en cuanto se prohíbe por mandato constitucional, el juzgamiento y la imposición, de más de una sanción por el mismo hecho, pero igualmente tiende a garantizar la seguridad jurídica, a través de la intangibilidad e inalterabilidad de las decisiones judiciales, que han definido una situación jurídica favorable o desfavorable al ciudadano. La Constitución de la República del Ecuador, 2008, contiene preceptos legales como:

Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por diversos principios, los que podemos parafrasear de la siguiente forma:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, los derechos serán plenamente justiciables, no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento, ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, en materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia, Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento, el contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio, será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos, el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Art. 76.-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 básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

Por su parte, el *art.84 de la Constitución* de la República del Ecuador, establece que la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Regulaciones pertinentes o vinculadas al tema *Non bis in idem*, contenidas en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador.

El art. 2 del COIP, establece los principios generales a seguirse en materia penal, alegando que se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y los desarrollados en el propio Código Orgánico Integral Penal de Ecuador.

Por ejemplo, el art. 3, regula el Principio de Ultima Ratio o Mínima Intervención, estableciendo que la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas y que constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

Ya concretando aún más, el art. 5, regula los Principios Procesales, dejando sentado que el derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por principios tales como, enunciemos únicamente el que nos ocupa demostrar como vulnerado en este trabajo,

Art. 5, numeral 9, principio de *Prohibición de doble juzgamiento*, cuyo contenido estriba en que ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.

Análisis Crítico de la configuración legal del Delito de lesa humanidad presente en el Código orgánico Integral Penal de Ecuador.

El artículo 89 del Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, (COIP), establece el tipo penal que lleva el nombre de Delito de lesa humanidad, en este precepto legal se describe, en primer término, el concepto de delitos de lesa humanidad, definiéndolo como, aquellos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y entre ellos enuncia, la ejecución extrajudicial, la esclavitud, el desplazamiento forzado de la población que no tenga por objeto proteger sus derechos, la privación ilegal o arbitraria de libertad, la tortura, violación sexual y prostitución forzada, inseminación no consentida, esterilización forzada y la desaparición forzada.

Estas acciones por ser un delito que se comete por acción, serán sancionadas de acuerdo al COIP, con una pena privativa de libertad que discurre entre los 26 y los 30 años.

El asunto que nos motiva y llama poderosamente la atención, es que el concepto de lesa humanidad, mucho más amplio que lo dispuesto en el precepto antes mencionado y ya enunciado ut supra, está concebido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos internacionales como un delito autónomo, independiente, es decir con vida propia, sin embargo, ésta configuración legal que concibe el legislador ecuatoriano, implica en la estructura del delito de lesa humanidad, toda una serie de elementos, frases, y nomenclaturas que ya forman parte de otros tipos penales independientes a éste, es el caso por ejemplo, del Genocidio, previsto en el art. 79 del COIP.

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

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

De modo que tal concepción entendemos, que es violatoria del principio Non bis In ídem, o prohibición de doble juzgamiento, toda vez que elementos que ya conforman la estructura típica de determinadas y vigentes figuras delictivas, son los mismos elementos a tener en cuenta para calificar el delito de lesa humanidad establecido en el art. 89 del COIP.

Comprendamos, esta configuración y de acuerdo a lo establecido y enunciado el principio de legalidad, estarán las autoridades, y entre ellas las autoridades judiciales, o sea, los jueces, obligados a calificar una acción que por ejemplo, constituya un delito de genocidio, como constitutiva también de un delito de lesa humanidad, cuando ya el Genocidio es considerado en sí mismo, un delito contra la humanidad o de lesa humanidad, por ende, además de que han de verse obligados a calificar esa conducta, determinar responsabilidad penal y también sancionar a quien cometa el genocidio, tendrán los jueces actuantes que determinarlo como responsable penalmente además, del delito de lesa humanidad, en tanto, el legislador prevé que las acciones previstas en el delito de genocidio forman parte también del delito de lesa humanidad.

Esta vulneración no solo ocurre al calificar y sancionar por un delito de genocidio y otro de lesa humanidad como si fueran tipos penales autónomos e independientes, sino, además va a ocurrir entre el delito de Lesa Humanidad Igual suerte corre la configuración legal del delito de Exterminio, prevista en el art. 81 del COIP, cuando prevé que incurre en dicho delito la persona que, como parte de un ataque generalizado o sistemático, imponga condiciones de vida que afecten la supervivencia, incluida la privación de alimentos, medicinas u otros bienes considerados

indispensables, encaminados a la destrucción de una población civil o una parte de ella, si retomamos la modalidad básica del delito de lesa humanidad, cuya letra ya hemos plasmado aquí, vemos que podemos encontrar descritas en él, parte de las acciones delictivas que conforman también el delito de Esclavitud, en el que *incurre la persona que ejerza todos o algunos atributos del derecho de propiedad sobre otra, constituyendo esclavitud sobre ella, (art. 81), La Deportación o traslado forzoso de Población (art. 83), el que se propicia cuando una persona, desplace o expulse, mediante actos coactivos a poblaciones que estén presentes legítimamente en una zona, salvo que dicha acción tenga por objeto proteger los derechos de esa persona o grupo de personas.*

Sobre este delito cabe señalar que se le conoce también como Desplazamiento Forzoso, es relevante resaltar que la Comisión Interamericana se refirió por primera vez a hechos constitutivos de desplazamiento forzado en octubre de 1981, a través del Informe anual 1980-1981, donde estableció que el desplazamiento forzado era un nuevo fenómeno a propósito del cual se debían tomar medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos. Este Informe, además de constituir el precedente principal para que el desplazamiento forzado interno y sus consecuencias adquiriesen relevancia ante el Sistema Internacional de Derechos Humanos, tiene particular importancia en el horizonte de la necesaria confluencia de ámbitos de protección de protección de derechos humanos en contextos de conflicto armado. Ello por cuanto, en el entender de la Comisión, el desplazamiento forzado interno, que en aquella época comenzaba a adquirir gran magnitud, era un efecto secundario de la violencia.

Luego, en otra vertiente, o retomando el camino que seguíamos, está que en el art. 84 se prevé la Desaparición forzada, como tipo penal, el que se constituye en caso de que un agente del Estado o quien actúe con su consentimiento, que por cualquier medio, someta a privación de libertad a una persona, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero o destino de una persona, con lo cual se impida el ejercicio de garantías constitucionales o legales.

Y el artículo 85, enarbola la Ejecución extrajudicial cuando una funcionaria o un funcionario público, agente del Estado, de manera deliberada, en el desempeño de su cargo o mediante la acción de terceras personas que actúen con su instigación y se apoye en la potestad del Estado para justificar sus actos, prive de la vida a otra persona

En otra sección, exactamente, la tercera de este capítulo, se plasma la figura delictiva de la Prostitución forzada, en éste incurrirá la persona que obligue, exija, imponga, promueva o induzca a otra en contra de su voluntad para realizar uno o más actos de naturaleza sexual, concurriendo además alguna o más de las siguientes circunstancias:

1. Cuando se aproveche de condiciones de vulnerabilidad de la víctima o se utilice violencia, amenaza o intimidación.
2. Cuando con el infractor mantenga o haya mantenido una relación familiar, consensual de pareja, sea cónyuge, excónyuge, conviviente, exconviviente, pareja o

expareja en unión de hecho, de familia o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la víctima.

3. Cuando tenga algún tipo de relación de confianza o autoridad con la víctima.

La doctrina en relación a la práctica penal y por ende, a la jurisprudencia en materia penal, tiende a vincularse de modo en ocasiones confusos, pues el hecho de que se enfrentan, persiguen o juzgan e incluso condenan, hechos que van contra los Derechos Humanos, contra la Humanidad, en ocasiones se entiende que debe excusar incluso, la violación de varios principios, entendemos que, por usos errados de diversas normatividades se cometen graves equívocos, en los que como planteaba anteriormente, el argumento del Derecho Internacional o de los Derechos Humanos parece excusar la violación de principios penales o, por lo menos, la supuesta excepción a esos principios, ante casos como estos, como por ejemplo, el problema complejo de aplicar las normas vigentes para imputar un delito de ejecución permanente con la supuesta "excepción al principio de favorabilidad". En cuanto a esto, entendemos que en primer lugar, no puede un órgano como la Fiscalía, sin más, establecer excepciones a principios como la favorabilidad, la prohibición de retroactividad, la prohibición de doble incriminación y el *in dubio pro reo*. Este es un hecho que ha derivado en múltiples debates o discusiones con Fiscales y Jueces, sin embargo, es importante resaltar que también ha verificado cómo la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, valientemente, a pesar de diversas presiones, ha mantenido la directriz del respeto incondicional al Derecho Penal y sus principios, en la investigación y el juzgamiento de los delitos más graves.

Definitivamente entendemos que los principios y garantías constitucionales concebidos y establecidos en cada ordenamiento jurídico penal, rige para todas las normas rectoras, principios generales, normas procesales y de ejecución de penas que son contenido de cada una de las leyes del sistema jurídico penal en cuestión, y por ende, aunque se trate de un delito de gran trascendencia o gravedad, como lo son los delitos que van contra la humanidad, el operador del Derecho Penal, debe atenerse al mismo debido proceso y al respeto de los principios y garantías fundamentales concebidos para ese Proceso Penal, en virtud de que el Derecho Penal actual es un Derecho *pro homine*, o sea, a favor del ser humano acusado, en cuanto al respeto de sus derechos y garantías fundamentales y que alcanzan rango constitucional.

Entendemos además que no solo en este caso basta con denunciar en este artículo, que el Legislador ecuatoriano, al configurar redundantemente, varios tipos penales de lesa humanidad, como el Genocidio, el Exterminio, la Esclavitud, el Desplazamiento Forzado, entre otros, así como el delito de Lesa Humanidad mismo, cada uno como tipos penales autónomos e independientes, está violando el principio ***Non bis In ídem***, concebido tanto en la Constitución ecuatoriana, como en el propio Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, como principio rector e instructivo del debido proceso penal, sería importante también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se pronunciara de modo preceptivo y taxativo sobre la prohibición de violar principios procesales y garantías básicas que instruyen al Derecho penal de hoy, bajo la justificación de juzgar severamente agresiones o ataques a los derechos humanos, pues ambas cuestiones redundarían en ataques a Derechos humanos, aun cuando

sean de categorías o configuraciones diferentes, es decir, por juzgar severamente un delito contra la humanidad, no podemos violar garantías y principios básicos de un debido proceso penal que juzga hombre impregnados también de la necesidad de respeto a sus derechos humanos y procesales.

Por todo ello, debemos analizar que nos e trata de que el *non bis in ídem*, no tengan aplicación, como algunos erradamente creen, en la persecución de los delitos contra la humanidad; su inaplicación es lo que más habría que cuidar para evitar que un proceso penal de tal magnitud, resulte inválido en virtud de alegar y demostrar la violación o vulneración de tan importante principio, dicha declaración de invalidez o nulidad atendería a la declaración de un proceso penal carente de las reglas que componen el debido proceso.

Esto quiere decir que si nos encontramos en un primer proceso penal realizado sin ningún ánimo de impunidad, por una judicatura competente, revestido de independencia e imparcialidad, concluido a través de una resolución judicial firme (sentencia condenatoria-absolutoria o a través de un auto de sobreseimiento), debe tener todos los efectos de la cosa juzgada material (la prohibición de un nuevo juzgamiento de un mismo hecho que ya juzgado), como del *non bis in ídem* procesal.

Esta es la razón por la cual debe entenderse que sólo son inadmisibles las disposiciones de amnistía, de prescripción, de cosa juzgada, del *non bis in ídem* y de otras excluyentes de responsabilidad penal, que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como lo es el inderogable derecho de *Non bis in ídem*.

Sin embargo, la Corte Interamericana vas más allá de lo señalado en el caso Almonacid Arellano y otros VS. Chile, de fecha 26 de setiembre de 2006, en la que se apunta que:

154. En lo que toca al principio *ne bis in ídem*, aun cuando es un derecho humano reconocido en el artículo 8.4 de la Convención Americana, no es un derecho absoluto y, por tanto, no resulta aplicable cuando: i) la actuación del tribunal que conoció el caso y decidió sobreseer o absolver al responsable de una violación a los derechos humanos o al derecho internacional obedeció al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal; ii) el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales, o iii) no hubo la intención real de someter al responsable a la acción de la justicia. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada "aparente" o "fraudulenta". Por otro lado, esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in ídem*.

La que citamos para que se analice que su fundamento legal no se aviene a este caso que nos ocupa, de doble configuración legal.

De acuerdo a esa posición jurisprudencial, todo aquello que no sea un verdadero y legítimo proceso penal, no tendrá valor para el mundo del derecho. Es pertinente hacer mención que esta posición de la Corte Interamericana de poder excluir aquellos procesos penales aparentes dentro del ámbito que conforma el *non bis in ídem*, se desarrolla a otros supuestos que no tienen ninguna relación con los procesos penales fraudulentos.

La segunda parte del párrafo 154 de la mencionada sentencia al señalar en forma textual "Por otro lado", abre la posibilidad de que si en un caso en concreto aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, ya que, se dice, las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas, así como la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *non bis in ídem*.

Con esta última aseveración se entiende que en la persecución de los delitos que interesan a toda la comunidad internacional, sea que se haya llevado a cabo un proceso penal que no tenga las características de fraudulento o aparente, en donde se haya podido absolver o sobreseer al imputado, en la que posteriormente aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan, ahora sí, establecer la responsabilidad penal, el proceso penal se puede reabrir, en cuya ponderación de derechos fundamentales se llega a desplazar o dejar de aplicar el *Non bis in ídem*.

Pero véase que en este caso obedece a que se crea la figura de la Revisión, pero en un ámbito restringido, en contra del reo, posición jurisprudencial de la Corte Interamericana que es de obligatorio cumplimiento a todos los Estados partes, pero que en modo alguno puede interpretarse que por ello autorice a la violación del principio *Non bis in ídem* para juzgar y sancionar dos veces por lo mismo a un individuo cuya acción u omisión delictiva forma parte de un tipo penal y de otro, debiéndose escoger cuál de los dos delitos se integra de modo íntegro para la conducta descrita, ateniéndose a todos los elementos de la estructura del delito, sin permitirse que se repitan para la configuración de tipos penales diferentes, las mismas acciones u omisiones delictivas, nos ayudaría en esta concepción tener en cuenta también el principio de especialidad del Derecho Penal, en cuanto a que de existir un tipo penal que subsuma todos los elementos de la acción u omisión en cuestión, pues se escoja este como la correcta calificación legal para el caso concreto, sin posibilidad de que tal actuación pueda dejar impune determinada conducta delictiva o se quede por debajo de la severidad requerida para el caso, pues para eso y haciendo gala también de los principios de Legalidad, y Proporcionalidad ya está prevista una adecuada y severa sanción para ese tipo penal escogido como calificación legal correcta.

CONCLUSIONES:

ÚNICA: La configuración legal de los delitos contenidos en la familia de Delitos denominada os Delitos contra la Humanidad del Código Orgánico Integral penal del

ecuador, tales como el Genocidio, la Esclavitud, el Exterminio, la Desaparición Forzada, el Desplazamiento Forzado, la Prostitución Forzada y el delito de Lesa Humanidad mismo, es redundante y usa los elementos constitutivos del tipo penal de Lesa Humanidad, como parte de los elementos constitutivos del tipo penal de cada uno de los delitos aquí mencionados y analizados en este trabajo, teniendo como consecuencia jurídico penal que tal y como está concebido, se obliga en virtud del principio de legalidad a que el juzgador ecuatoriano juzgue y sancione en cada caso, por el delito de Lesa Humanidad concreto y también, por el delito de Genocidio, o de otro modo puede ser, por el delito de Lesa Humanidad y por el delito de Esclavitud como delitos diferentes, autónomos e independientes, y por ende esto redundaría en sancionar dos veces por las mismas acciones u omisiones delictivas, y por ende violaría con ello, el principio **Non bis in ídem o Prohibición de Doble Juzgamiento**, su vulneración conlleva a una vulneración de Instrumentos Internacionales de los que Ecuador es signatario, a lo preceptuado en la Constitución de la República del Ecuador y a lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, en su parte de normas rectoras, por ende redundaría en ilegalidad e inconstitucionalidad y en la Declaración de nulidad e invalidez de un proceso con tales vulneraciones, lo que incita y urge a su subsanación y correcta configuración legal.

REFERENCIAS:

- Bassiouni, Ch. (1992), Crimes Against Humanity in International Criminal Law, Martinus Nijhoff, Dordrecht. Países Bajos: Trotta.
- Carrara, F. (1976), "Opúsculos del Derecho Criminal", Bogotá: Ed. Temis, Bogotá.
- Cerezo, J. (2004). Curso de Derecho Penal español I, II y III. Parte General. Madrid: Editorial Tecnos.
- Gravier, B. y J. M. Elchardus (1996), Le crime contre l'humanité, Francia: Ed. Érès, Ramonville Saint-Agne.
- Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, (2011), Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, Berlín: Ed: konrad-adenauer-stiftung e. v.
- Maier, Julio B. J., (1999), "Derecho Procesal Penal. I Fundamentos", Buenos Aires: Ed. del Puerto.
- Muñoz, F. y García, M. (2005). Manual de Derecho Penal, Parte General. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nieto, A. (2005). Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Editorial Tecnos.
- Real Academia Española. (2014). Diccionario de la Lengua Española (DRAE). Madrid: Editorial Espasa.
- Rodríguez J, Mariela; Urquiza V, Gustavo. (2007), La excepción de cosa juzgada. ¿Puede tener como presupuesto el fallo proveniente de un proceso irregular? Perú: Editorial Gaceta Jurídica.
- Roxin, C. (1997), Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Traducción de la segunda edición alemana por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid: Editorial Civitas.

Zaffaroni, Eugenio R., (2002), "Derecho Pernal: Parte General", Buenos Aires: Ed. Ediar.

Leyes:

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe anual 1984-1985, octubre de 1985.

Código Orgánico Integral Penal de Ecuador, Diario Oficial de la República de Ecuador, Quito, Ecuador, 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador 2008. Decreto legislativo 0. Registro oficial 449 de 20-oct-2008. Última modificación: 13-jul-2011.

Código Procesal Penal de Perú, Decreto Legislativo N° 957, Diario Oficial "El Peruano", 29 de julio de 2004.

Código de Procedimiento Penal de Argentina, publicado en el Registro Oficial 511, 10 de junio de 1983.