

Procesamiento de presuntos responsables de crímenes de guerra en tribunales del Ecuador en aplicación de la normativa sustantiva y adjetiva de los instrumentos del Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario

Autor: Salim Zaidán¹

Resumen

El legislador y el juez ecuatoriano poco se han preocupado por adecuar el derecho interno a los preceptos del DIH y el DPI, bajo el entendido de que el DIH es ajeno a un país que no ha enfrentado ni parecería va a enfrentar a corto plazo un conflicto armado a gran escala, olvidando la problemática situación de la frontera norte y sin tomar en cuenta que los Estados parte del sistema internacional humanitario y penal internacional se comprometieron a procesar no sólo a los presuntos responsables de crímenes de guerra cometidos en el territorio ecuatoriano, sino a los presuntos criminales cuyos actos u omisiones graves contrarias al DIH tuvieron lugar en el territorio de otro país del mundo pero lesionaron a toda la comunidad internacional incluido el Ecuador. Y es que parecen olvidar que el surgimiento del derecho penal internacional y la vigencia del principio de extraterritorialidad y jurisdicción universal, extienden el poder punitivo de los Estados.

¹ Abogado de la Dirección Nacional de Derechos Humanos de la Procuraduría General del Estado del Ecuador. Catedrático universitario. Participante en el Primer Curso Andino: Corte Penal Internacional y Derecho Penal Internacional, organizado por la Comisión Andina de Juristas. Las opiniones contenidas en este artículo son de responsabilidad exclusiva de quien las emite y no reflejan necesariamente las opiniones institucionales de la Comisión Andina de Juristas.

1. Breves notas introductorias.-

Ciento veinte Estados dieron origen en 1998 a la Corte Penal Internacional y con ella a la persecución penal supranacional de crímenes graves y atroces. Este hecho alteró el régimen tradicional de responsabilidad del Derecho Internacional Público, en el cual los Estados eran los habituales sujetos obligados.

El Estado ecuatoriano fue uno de aquellos Estados. Suscribió el Estatuto de la Corte Penal Internacional el 7 de octubre de 1998 y depositó el instrumento de ratificación el 5 de febrero de 2002. Ágil respuesta y cortés manifestación de buena fe por parte de legisladores y diplomáticos, pero lamentablemente acompañada de lentitud y desconocimiento en el proceso de adecuación de los cuerpos normativos penales al contenido del instrumento ratificado (a partir de ese momento parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano).

Y es que sin afán de desalentar este proceso, sino de hacer un llamado de atención a los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente (que se encuentra funcionando actualmente en el Ecuador y tiene “competencia” para legislar), se debe hacer mención de la ligereza con que los distintos poderes del Estado en el Ecuador asumen compromisos internacionales, en ocasiones, reducidos a meras declaraciones e intenciones. Lo propio ocurre al introducir normas constitucionales progresistas en la parte dogmática de la Carta Suprema que no guardan ningún tipo de conexión con la parte orgánica ni con la ley secundaria que conserva preceptos contradictorios. Precisamente es ahí donde el valor de dichas declaraciones progresistas de derechos se menosprecia al no estar acompañado de mecanismos operativos ni de una determinación clara de obligaciones ni de sujetos obligados.

Producto de esta realidad es que el contenido y alcance de los derechos de las víctimas directas y de la humanidad toda tienen escasa vigencia práctica. Las obligaciones de la fuerza pública, los legisladores y los órganos de justicia en materia de represión penal a los presuntos criminales de guerra, no se han adecuados a las exigencias ambiciosas pero necesarias de un derecho penal internacional que llama a tipificar crímenes internacionales en cuerpos penales internos y a capturar y procesar a los presuntos criminales². Tampoco se han introducido reformas sustanciales a las reglas del debido proceso en una legislación penal militar caduca, elaborada en un momento histórico en que aún se consideraban a los derechos humanos y al derecho humanitario como campos separados.

Por fortuna en la actualidad el derecho internacional público se ha replanteado en cuanto al ámbito material y a los sujetos pasivos y aquello está comenzando a tener su recepción en la esfera interna de los Estados. Bajo esta nueva concepción, los presuntos responsables de crímenes de guerra, ya no son juzgados por los “triunfadores” de un conflicto armado, sino por tribunales nacionales o la CPI, empeñados en actuar con independencia, imparcialidad,

² Un esfuerzo digno de mención por recoger de manera integral el derecho convencional penal internacional de modo ordenado y relativamente claro es el Proyecto de Ley sobre delitos contra la humanidad preparado por la Comisión de la Mujer del Congreso Nacional y la Fundación INREDH (disponible en http://www.observatoriodpi.org/_data/spda/contenido/20070226125607_.pdf). No obstante el proyecto presenta algunas falencias conceptuales: no emplea la noción de crimen que resulta más apropiado para la materia, al denotar un mayor grado de gravedad, de atrocidad y al extender la noción de víctima considerando a toda la humanidad como ofendida. Por otro lado, al aprobar el proyecto, debería ser eliminado el considerando que menciona con ligereza que “en el Ecuador se han producido graves violaciones a los derechos humanos que en el contexto internacional constituyen delitos de lesa humanidad”, cuando aquello tiene que determinarse en la justicia nacional o en aquella que administra la Corte Penal Internacional. Finalmente el Proyecto llama al medio ambiente, de manera absurda, sujeto pasivo del DPI.

competencia y con estricta observancia del debido proceso en las distintas etapas procesales.

Fue así que el DPI en su parte medular se nutrió del DIH en su componente sustancial e incorporó exigencias formales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos para propiciar procesos más justos que se legitimen no sólo por sus decisiones, sino por la forma en que son conducidos, es decir, sin menoscabar los derechos de los presuntos criminales. Desde la Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968, se consideró que el ámbito de los derechos humanos y el derecho humanitario son ramas distintas de la misma disciplina³. A partir de esta relación se confirma también la necesidad de limitar los métodos y medios empleados en los conflictos armados, particularmente para evitar sufrimientos innecesarios a aquellos que nunca participaron (población civil) o dejaron de participar en las hostilidades, creando un sistema de blindaje de derechos y garantías. Igualmente se diseñaron mecanismos de represión de crímenes internacionales para procesar a presuntos criminales de guerra que habrían cometido atrocidades en la preparación y conducción de los conflictos armados.

Son muchos los Estados que han promulgado leyes para cumplir con la obligación impuesta por los Convenios de Ginebra de perseguir las infracciones graves cometidas durante los conflictos armados internacionales, pero sólo algunos han tomado medidas legales con respecto a los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra cometidos durante los conflictos internos. Hay asimismo señala el tratadista Cassese, escasos precedentes de tribunales nacionales que hayan juzgado crímenes de guerra⁴.

Aunque el Ecuador no ha enfrentado un conflicto armado a gran escala, debe tomar conciencia de que la previsión legislativa siempre es importante más aún cuando de manera indirecta nos podemos involucrar en un conflicto con Colombia o con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

2. Conceptos básicos.-

Trataré de ensayar definiciones propias (a partir de la lectura de distintas fuentes consultadas) de algunas “figuras” jurídicas que serán invocadas con recurrencia periódica en este trabajo:

- *Derecho Internacional Humanitario*: rama del Derecho Internacional Público que se integra de un conjunto de normas, principios y costumbres orientados a limitar los métodos y medios de guerra y a la protección de aquellas personas que no participan o que dejaron de participar en las hostilidades. La fuente convencional de este derecho consagra crímenes de guerra, pero no determina penas ni tribunales para imputarlos a sus responsables.
- *Crímenes de guerra o infracciones graves del DIH*: violaciones flagrantes y serias a los intereses que protegen las leyes y costumbres de un conflicto internacional o un conflicto de índole no internacional, que deben ser reprimidas en el ámbito del Derecho Penal. Aunque la subjetividad puede plasmarse en la calificación de seriedad o flagrancia, los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales establecen catálogos de dichas

³ Revista Internacional de la Cruz Roja No 147, septiembre de 1998, pp. 483-492 por John Dugard, Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sanción de los infractores, 30-09-1998, <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tdmgg?opendocument>.

⁴ Cassese, Antonio «On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law», *European Journal of International Law*, 1998, p. 5 y 6.

infracciones. Otros instrumentos como los que se enuncian a continuación también formulan tipos penales propios de la preparación o desarrollo de conflictos armados que deben ser sancionados por los Estados.

- *Presunto responsable o procesado*: al iniciar la sustanciación de una causa y abrir la investigación correspondiente, en aplicación de la garantía básica del debido proceso de presunción de inocencia, refiere la calidad por la cual debe ser identificada la persona que se sospecha es autor, cómplice o encubridor de un delito o crimen.
- *Imputado*: calidad otorgada en la primera etapa procesal en la cual el Fiscal realiza una investigación preliminar, establece indicios de responsabilidad y encuentra méritos para el inicio del juicio y la acusación del compareciente.

Responsable o culpable: cuando ha sido establecido el grado de responsabilidad del acusado. Llama la atención que en innumerables extractos de instrumentos internacionales y artículos del DIH y del DPI se utilice el término culpable o responsable al hablar de las primeras etapas del proceso en las cuales se verifican si un acto u omisión es atribuible a un sujeto y si aquello ha sido realizado con intención y conocimiento.

3. Obligaciones de los Estados para aplicar el DIH.-

Para que tenga éxito la persecución penal, debe estar acompañada de medidas legislativas apropiadas. Si los operadores de justicia cuentan con cuerpos legislativos precisos e inequívocos, procesarán mejor a los presuntos responsables de crímenes internacionales.

Antes de analizar las obligaciones que recae en los Estados es necesario recordar que la obligación primera de procesar a presuntos responsables de crímenes de guerra descansa en los Estados (artículo 70, párrafo cuarto del Estatuto de Roma), pues el principio de complementariedad que inspiró el diseño e implementación de la Corte Penal Internacional, establece que solamente cuando los Estados no quieran o no puedan juzgar a responsables de crímenes internacionales, la Corte puede ejercer competencia (artículo 17 del E.R.).

Para la mejor comprensión del contenido y alcance de las obligaciones que recaen en el Estado en materia de represión penal es necesario conocer dos de los tres medios que interesan a esta investigación que recomienda el CICR para aplicar el DIH:

Los medios preventivos son los siguientes:

- *difusión del derecho humanitario.*
- *adopción de medidas legislativas y reglamentarias.*

Los medios de represión son los siguientes:

- *obligación de reprimir, recurriendo a tribunales nacionales crímenes de guerra.*
- *responsabilidad penal y disciplinaria de los superiores y el deber que tienen los jefes militares de reprimir y de denunciar las infracciones.*

- *asistencia mutua judicial entre Estados en materia penal*⁵.

El Servicio de Asesoramiento en DIH del CICR en la carpeta informativa titulada “*Represión nacional de las violaciones del DIH*” reitera las obligaciones enunciadas y recuerda que deben ser asumidas por los Estados en tiempos de paz y durante conflictos armados. Las infracciones graves del DIH, deben ser reprimidas por los tribunales de justicia de los Estados. Deben desplegar sus mejores esfuerzos para buscar a los presuntos responsables de crímenes de guerra siendo irrelevante su nacionalidad y su lugar de comisión, de conformidad al principio de la jurisdicción universal. Deben hacerlos comparecer ante sus tribunales, conforme al artículo 49 del Convenio I de Ginebra, artículo 50 del Convenio II, artículo 129 del Convenio III, artículo 146 del Convenio IV y artículo 85 del Protocolo Adicional I.

El párrafo 6 del preámbulo del Estatuto de Roma recuerda que es deber del Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales, sin embargo “*no contiene una obligación específica en cuanto a la adaptación del derecho interno*”⁶. Aquello podría ser explicado a partir de la naturaleza del instrumento internacional y el sistema concebido para atribuir responsabilidad penal individual, pues si bien los Estados deben adoptar medidas legislativas y judiciales para reprimir crímenes internacionales y las autoridades gubernamentales y la fuerza pública son quienes protagonizan los conflictos armados, el objeto de la represión es la conducta individual.

4. El Ecuador y el Derecho Convencional Humanitario y Penal Internacional.-

Ecuador figura como uno de los primeros suscriptores de instrumentos internacionales y aparentemente tiene un sistema claro para su vigencia e incorporación al derecho interno. En el Derecho Humanitario y en el Penal Internacional, como en otras ramas del Derecho Internacional, el problema se presenta por la ausencia de normas internas que introduzcan normas internacionales en un proceso de adaptación al sistema doméstico que facilite su aplicabilidad.

El Estado ecuatoriano ha asumido una posición clara respecto a la vigencia interna de los instrumentos que integran el Derecho Internacional. En cuanto a su vigencia formal y al lugar que ocupan los instrumentos internacionales en la jerarquía normativa en el Ecuador, el artículo 163 de la Constitución es claro al señalar que las normas contenidas en los instrumentos internacionales una vez publicadas en el Registro Oficial pasan a formar parte del ordenamiento jurídico nacional y prevalecen sobre leyes y normas de menor jerarquía.

Esta disposición, aunque redundante para un sistema internacional que pregona la preeminencia del Derecho Internacional frente al derecho interno y establece la prohibición de invocación de una norma interna para incumplir una obligación internacional, no ofrece una garantía de vigencia práctica del DPI y del DIH, más aún frente a la ausencia de una cultura legislativa y judicial de invocación del Derecho Internacional en instrumentos normativos y decisiones judiciales.

⁵ CICR. ¿Qué medios hay para aplicar el derecho humanitario? Tomado de Derecho internacional humanitario: Respuestas a sus preguntas 1-01-2004, disponible en <http://www.cicr.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/5tdljn?opendocument>.

⁶ AMBOS, Kai. “*Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*”, tomado del Sitio web Observatorio regional sobre CPI y DPI de la CAJ.

En cuanto a la vigencia práctica o aplicación del Derecho Internacional, ninguno de los instrumentos internacionales aplicables determinan la autoejecutabilidad de sus normas, “...no deciden por sí solos cómo deben ser aplicados en el ámbito interno (solo) regulan una serie de obligaciones para las partes contratantes que restringen algunas de sus posibles opciones”⁷.

El Estado ecuatoriano al estar vinculado, por acto legislativo, a los Convenios de Ginebra, a los Protocolos Adicionales I y II y al Estatuto de Roma, a través de su función judicial, podría, en teoría, invocar el principio de la jurisdicción universal para procesar a presuntos criminales de guerra, sin embargo, en la práctica, no podría imputar crímenes internacionales tipificados en una norma internacional, por las características propias del Derecho Penal conforme se analizará más adelante.

En el Ecuador, de acuerdo al artículo 18 de la Constitución, las normas internacionales que consagran derechos y garantías, son válidas y aplicables en nuestro Sistema Jurídico⁸. Este precepto con una gran dosis de progresismo retórico, ha tenido escasa vigencia práctica por la ausencia de una cultura de manejo de fuentes del derecho internacional por parte del reclamante, de las autoridades y jueces, por la insuficiente difusión de los instrumentos internacionales y, por otro lado, por la falta de precisión respecto a qué instrumentos internacionales pueden ser aplicados internamente mediante decisión de autoridad pública o decisión judicial. Las declaraciones, por ejemplo, al constituir instrumentos que carecen de fuerza vinculante, consagran amplios catálogos de derechos pero no establecen mecanismos para hacerlos valer.

En el caso de los instrumentos del DPI y DIH, la inaplicación de este precepto es más evidente, por la vigencia del principio de legalidad penal, que impide que una persona pueda ser procesada en el Ecuador automática y exclusivamente bajo los tipos consagrados en instrumentos internacionales ratificados por el Estado y que también prohíbe la imposición de penas que no han sido establecidas con anterioridad a la conducta reprimida.

Una vez establecidas las directrices mínimas para la adopción de medidas legislativas y judiciales en el ámbito interno, es importante caracterizar a los crímenes de guerra para luego referir las reglas de procesamiento a los presuntos responsables de dichos crímenes.

5. Breve caracterización de los crímenes de guerra o infracciones graves del DIH.-

Por su propia naturaleza, las infracciones graves o crímenes de guerra son conductas que tienen lugar en el marco de conflictos armados en seria contravención a las leyes y costumbres que lesionan bienes jurídicos fundamentales y que “*entran en el dominio del Ius Cogens. Consecuentemente, de él dimanar los siguientes deberes: la obligación de enjuiciar o de extraditar, de proporcionar asistencia jurídica, de eliminar el plazo de prescripción y las inmunidades de los superiores, incluso la de los jefes de Estado. Por su*

⁷ Abregú, Martín, Introducción del libro “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, Publicación por los 50 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, PNUD-CELS, Editores del Puerto, 1997, pág. 7.

⁸ Esta disposición reafirma el hecho de que la esfera internacional no es el único escenario en que se aplica el Derecho Internacional y las fuentes de las que emana no deben ser una cuestión ajena a los tribunales y pueden ser invocadas por cualquier persona al momento de hacer valer un derecho.

índole, son estas obligaciones de Ius Cogens, que han de considerarse como obligatio erga omnes, por lo cual no puede concederse impunidad alguna”⁹.

“El logro más importante de la definición de los crímenes de guerra es sin duda el reconocimiento de la necesidad de reprimir los crímenes de guerra cometidos en conflictos armados no internacionales, y, de igual manera, el reconocimiento del desmantelamiento progresivo de la distinción entre las normas aplicables en situaciones de conflicto armado con o sin carácter internacional.”¹⁰

No obstante llama la atención que los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales del DIH no ofrezcan una definición de *infracciones graves*, y sólo contengan una amplia lista de comportamientos incorporados posteriormente al artículo 8 del Estatuto de la CPI bajo la denominación de crímenes de guerra. Y es que no existe un instrumento que agrupe todos los crímenes de guerra establecidos en los instrumentos internacionales, no existe un catálogo único de dichas infracciones, se hallan dispersas. Únicamente, el Estatuto de Roma nos ofrece una lista que sistematiza en alguna medida las infracciones graves tipificadas en otros instrumentos y prevé penas para quienes hayan sido encontrados como culpables de cometerlas.

Aunque estos tipos penales han sido construidos sobre la base de la responsabilidad penal individual, el Estado figura como el primer sujeto obligado en la fase preventiva y legislativa y el ser humano considerado en su individualidad como el sancionado en la fase persecutoria y punitiva.

En lo que tiene que ver con los Estados, éstos tienen la obligación de tipificar en su legislación interna, las *infracciones graves* e imponer las sanciones a los culpables.¹¹ En caso de inobservar esta obligación, para evaluar la presunta responsabilidad de un Estado en la comisión de infracciones, desde la perspectiva tradicional de responsabilidad estatal, el DIH cuenta con un mecanismo de monitoreo (calificado por unos como útil¹² y por otros como obsoleto): la Comisión Internacional de Encuesta contemplada en el artículo 90 del Protocolo I¹³. Este mecanismo exige que los Estados Parte del Protocolo I declaren formalmente su reconocimiento a la competencia general o ad hoc de la Comisión con respecto a una situación determinada. El Estado ecuatoriano no se encuentra entre los nueve Estados latinoamericanos que han emitido la declaración en referencia.

6. Instrumentos internacionales que establecen crímenes de guerra y la obligación de los Estados de procesar a los presuntos criminales.-

- Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales.

⁹ BASSIOUNI, M. Cherif. La Represión de Crímenes Internacionales: Ius Cogens y obligatio erga omnes, p. 41, citado por: Herencia, Salvador en su artículo “*Los crímenes de competencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”.

¹⁰ ROBERGE, Marie Claude. “*Crímenes de guerra*”. GUEVARA, José y DEL MASO, Tarciso (compiladores). “*La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*”, México D.F., Editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, 2005, pág. 282.

¹¹ Artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y artículo 85 (1), del Protocolo Adicional I (1977).

¹² Desde el punto de vista cautelar, de acuerdo al artículo 90 párr. 2 lit. c) i) y ii) del Protocolo I, la Comisión de Encuesta podría “*facilitar el retorno a una actitud de respeto de los Convenios o del Protocolo*”.

¹³ Para mayor referencia visitar:

http://www.icrc.org/web/spa/sitespa0.nsf/htmlall/section_ihl_nat_fact_finding_commission?opendocument.

- Convención de la Haya de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado y su Segundo Protocolo de 1999.
- Convención de 1972 sobre armas biológicas.
- Convención de 1976 sobre técnicas de modificación ambiental.
- Protocolo II, anexo a la Convención de 1980 sobre ciertas armas convencionales.
- Convención de 1993 sobre armas químicas.
- Convención de Ottawa de 1997 sobre minas antipersonales.
- Estatuto de la Corte Penal Internacional.

En estos instrumentos se manifiesta la función represiva del derecho penal internacional, que ha respetado el régimen punitivo habitual cuyo núcleo fundamental es una proposición condicional que consta de un presupuesto (la conducta delictiva) y una consecuencia (la sanción penal). De esa forma se ha dado aplicación al principio de legalidad consignado en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*.¹⁴

7. Técnicas de tipificación de los crímenes internacionales en el ámbito interno.-

El legislador tiene varias opciones a su alcance al momento de crear tipos penales acordes con la tipificación de crímenes internacionales y al establecer penas para los mismos.

El CICR orienta a los Estados a través del diseño de distintas técnicas para lograrlo. Para el caso ecuatoriano, parecería que el primer “sistema de doble imputación” no resulta aplicable dado que los actos que constituyen crímenes de guerra en el DPI y el DIH no están suficientemente descritos y sancionados en el derecho penal interno vigente.

La segunda técnica denominada de “imputación global en el derecho interno” la considero insuficiente e igualmente inaplicable en razón del principio de legalidad que rige en el Derecho Penal. Si bien la Constitución vigente en el Ecuador ha incorporado en su ordenamiento jurídico interno a las normas de los instrumentos internacionales, les ha reconocido prevalencia frente a leyes e incluso pueden ser invocadas ante jueces o autoridades, en materia penal esos preceptos no son autoejecutables. No basta una opción simplista que crea solucionar el problema con la introducción de una norma de remisión del derecho interno al instrumento de DPI o de DIH. En el Ecuador, disposiciones constitucionales retóricas con nula vigencia práctica que reconocen formalmente ciertos derechos y garantías, deben ser eliminadas de nuestro ordenamiento y en su lugar deben realizarse estudios íntegros y prolijos de las normas sustantivas y procesales de represión de los crímenes de guerra que nos proporcionan los instrumentos que integran el DIH y el DPI, para que puedan ser incorporadas con ciertos ajustes de adaptación a nuestro ordenamiento interno, siguiendo la técnica de imputación específica de las infracciones que figuran en los tratados de derecho internacional humanitario.

Como se explica, la tercera técnica resulta de utilidad en el derecho penal ordinario y militar ecuatoriano, en los cuales se encuentran vigentes tipos penales incompletos, vagos, oscuros e inadecuados para reprimir conductas que tienen lugar en el marco de un conflicto armado y que han recibido la denominación de crímenes internacionales por lesionar a toda la humanidad. Pero adicionalmente debemos reconocer que “*aunque la sanción penal es indispensable para garantizar el cumplimiento del derecho internacional humanitario, no basta para poner fin a los comportamientos contrarios a las disposiciones del derecho humanitario. Estas normas deben insertarse en una reglamentación adecuada*

¹⁴ HERNÁNDEZ, Diana. *Lecciones de Derecho Internacional Humanitario*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá 2002, pág. 245.

*que determine los comportamientos conformes al derecho humanitario y los que éste prohíbe*¹⁵.

8. El debido proceso en el DIH, el DPI y el ordenamiento ecuatoriano.-

8.1. Las garantías del debido proceso previstas en el Derecho Convencional Internacional Humanitario y en el Derecho Penal Internacional.-

A continuación agruparé las garantías reconocidas en los instrumentos de DIH y DPI de acuerdo a las distintas etapas procesales:

Al privar de la libertad al presunto responsable del crimen de guerra:

- Notificación (art. 105 del Convenio III de Ginebra).
- Presunción de inocencia (art. 6 (2) d) del Protocolo Adicional II).
- Derecho a no ser obligado a confesar (art. 75 (4) f) del Protocolo Adicional I).

Durante su prisión preventiva, éstas son las garantías de los prisioneros de guerra:

- La duración de la detención preventiva no durará en ningún caso más de tres meses y se deducirá de la pena impuesta (art. 103 del Convenio III de Ginebra).
- Prohibición de tortura o malos tratos (art. 87 y 130 del Convenio III de Ginebra).
- Asistencia médica (art. 76 del Convenio IV de Ginebra).
- Comunicación con la familia (art. 103 del Convenio III de Ginebra)
- Reclamo por malas condiciones de reclusión (art. 78 del Convenio III de Ginebra).

Durante el juicio:

- Derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial (art. 75 (4) del Protocolo Adicional I).
- Plazo razonable en duración de juicio (art. 71 del Convenio IV de Ginebra, art. 103 del Convenio III de Ginebra).
- Derecho de defensa (art. 99 del Convenio III de Ginebra y art. 72 del Convenio IV).
- Ser asistido por un abogado defensor (art. 105 del Convenio III de Ginebra).
- Derecho a presentar testigos (art. 75 (4) g) del Protocolo Adicional I).
- Los prisioneros acusados tienen derecho a un intérprete (art. 105 Convenio III de Ginebra).
- Principio de legalidad: el acto y la pena debe estar preestablecidos (art. 99 del Convenio III de Ginebra).
- Derecho a un juicio y sentencia públicas (Art. 105 y 107 del Convenio III de Ginebra).
- Derecho a recurrir de la sentencia interponiendo apelación, revisión o casación (art. 106 del Convenio III de Ginebra).
- Prohibición de doble enjuiciamiento (art. 86 del Convenio III de Ginebra).
- Irretroactividad (art. 75 (4) c) del Protocolo Adicional I).

¹⁵ CICR. Técnica de incorporación de la sanción en la legislación penal tomado de Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario: Carpeta informativa, 24-02-1999.

El Estatuto de Roma reconoce las siguientes garantías en el enjuiciamiento¹⁶:

- La cosa juzgada (aunque con excepciones).
- Predeterminación del delito y de la pena.
- Irretroactividad en la aplicación del Estatuto.
- Exclusión de los menores de 18 años de la competencia de la Corte.

8.2. Garantías del debido proceso en el sistema jurídico constitucional y penal ecuatoriano.-

Las garantías del debido proceso que consagra la Constitución Política son:

- Principio de legalidad: los delitos y las penas, deben ser preexistentes.
- *In dubio pro reo*: en caso de conflicto o duda entre normas, se aplicará la más favorable al reo. No se puede empeorar su situación.
- Proporcionalidad entre infracciones y sanciones.
- Derecho a ser informado de los motivos de su detención.
- Derecho a la defensa, a contar con un abogado defensor.
- El derecho a la libertad, salvo orden escrita de autoridad competente, con excepción de arrestos disciplinarios previstos en leyes de la fuerza pública.
- Prohibición de incomunicación.
- Presunción de inocencia.
- Límite en la duración de la prisión preventiva (no más de un año en delitos graves).
- Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo o contra parientes cercanos.
- Las resoluciones deben ser motivadas.
- Las pruebas obtenidas con violación a la Constitución, no tendrán validez alguna.
- *Non bis in idem*: prohibición de doble enjuiciamiento, nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
- Derecho a la tutela judicial efectiva.
- Oralidad en la sustanciación de los procesos.

Por su parte a partir del artículo 1 al 15 del Código de Procedimiento Penal se consagran las siguientes garantías dentro de la etapa del juicio:

- Legalidad: la ley, la pena y el procedimiento aplicados a un acusado deben ser anteriores a la comisión del delito imputado.
- Una ley posterior beneficia a los procesados y sentenciados.
- Juez natural: las personas deben ser juzgadas por el juez competente.
- Presunción de inocencia hasta que se dicte sentencia condenatoria.
- Non bis in idem: nadie puede ser procesado ni condenado dos veces por los mismos hechos.
- Celeridad procesal.
- Inviolabilidad de la defensa en todos los actos del proceso.
- Información de los derechos del imputado.
- Contar con un traductor, si el encausado no entendiere el idioma español.
- Igualdad de derechos entre los sujetos que intervienen en el proceso.

¹⁶ Estatuto de Roma, Art. 20, Art. 22, Art. 23, Art. 56 y Art. 67.

- Interpretación restrictiva de la ley cuando se restrinjan derechos o garantías de las personas.

La legislación militar recoge las siguientes garantías:

- El CPPM establece que no se podrá reprimir a personas dentro de una jurisdicción por actos no tipificados con anterioridad¹⁷.
- El CPPM establece que si el Ministro de Defensa califica la causa de reservada, “*no intervendrá el abogado defensor del acusado*”¹⁸. Subsana aquello la disposición del mismo Código que establece que la falta de abogado defensor que represente al encausado es causal de nulidad del proceso¹⁹.
- La Ley Orgánica del Servicio de Justicia de las Fuerzas Armadas incorpora la figura del defensor de oficio aunque con una función limitada²⁰.

9. El principio de la jurisdicción universal.-

El principio de jurisdicción universal, constante en los cuatro Convenios de Ginebra, habilita a los Estados ejercer jurisdicción penal en el procesamiento de presuntos responsables de crímenes de guerra, sea cual fuere el lugar donde se cometieron y la nacionalidad del procesado o de la víctima.²¹

En cuanto al DPI, el Estatuto de Roma formula el principio de jurisdicción universal señalando que todo Estado puede perseguir a los presuntos responsables de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales²². El párrafo sexto del preámbulo del Estatuto, citado líneas arriba, recuerda “*que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales*”.

El Código de Procedimiento Penal del Ecuador en cuanto al ámbito de la jurisdicción preceptúa que están sujetos a la jurisdicción penal “*los ecuatorianos o extranjeros que cometan delitos contra el Derecho Internacional o previsto en convenios o tratados internacionales vigentes, siempre que no hayan sido juzgados en otro Estado*”²³. También establece que “*será reprimido conforme a la ley ecuatoriana el nacional o extranjero que cometa fuera del territorio nacional alguna de estas infracciones: (...) 5. Los atentados contra el Derecho Internacional. 6. Cualquier otra infracción para la que disposiciones especiales de la ley o convenciones internacionales establezcan el imperio de la ley ecuatoriana*”²⁴.

¹⁷ Artículo 2 del CPM.

¹⁸ Art. 162 (a) del CPPM.

¹⁹ Código de Procedimiento Militar, Art. 166 (5).

²⁰ LOFFAA, artículos 44 y 45.

²¹ Artículo 49 (2) del Convenio I, artículo 50 del Convenio II, artículo 129 del Convenio III, artículo 146 del Convenio IV.

²² Estatuto de Roma, Art. 8 (9) (c)(d)(e)(f).

²³ Código de Procedimiento Penal, Art. 18 (6).

²⁴ Código Penal, Art. 5, párr. 5 (5) y Art. 6.

El Código Penal Militar, por su parte, precisa que “*las infracciones militares cometidas fuera del territorio nacional, serán juzgadas por los jueces y tribunales que determinan las leyes ecuatorianas*”.²⁵

10. Grado de adecuación de la legislación penal interna al contenido de las reglas de represión de los crímenes de guerra tipificados en los cuatro Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional I y el Estatuto de Roma.-

Una vez establecidas las exigencias “formales” sustanciales para el debido procesamiento a los presuntos responsables de crímenes de guerra, detalladas las técnicas para su tipificación y esclarecidas las posibilidades y obligaciones de intervención de la justicia ecuatoriana para la represión de dichos crímenes, pasará a evaluar el grado de adecuación de la legislación ecuatoriana con el DPI y el DIH.

En cuanto a la formulación de los tipos penales objeto de la persecución, los instrumentos del DIH cuentan con un amplio catálogo de infracciones graves. Sin embargo en materia punitiva, su contenido tuvo que ser complementado por el Estatuto de Roma, que reproduce un gran número de conductas tipificadas en el DIH, denominándolos como crímenes de guerra y establece penas para quienes sean declarados culpables de los mismos. Y es que los Convenios de Ginebra y sus Protocolos Adicionales recuerdan de manera recurrente la obligación de los Estados de imponer castigos a los criminales de guerra, sin embargo no los establecen ni atribuyen competencia a ningún tribunal para imponerlos. El artículo 86 del Protocolo Adicional I precisa que: *Las Altas Partes Contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios o del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar*”.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional en cambio si preceptúa un régimen punitivo claro y normas procesales de competencia. Y aunque el Estatuto de Roma “*no contiene una obligación específica en cuanto a la adaptación del derecho interno*”, su preámbulo señala que es deber de los Estados someter a su jurisdicción penal a los responsables de crímenes internacionales, entre los cuales se encuentran los crímenes de guerra. El artículo 70 numeral 4 literal a) del Estatuto de Roma obliga al Estado a hacer extensivas sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la administración de justicia y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales.

10. 1. Reglas generales del Código Penal relativas a la represión.-

El artículo 2 del Código Penal exige que la infracción y la pena respectiva estén establecidas con anterioridad a la conducta delictuosa y establece que “*nadie pued(a) ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir(á) una pena que no esté en ella establecida*”.

El artículo 4 del mismo cuerpo legal prohíbe la interpretación extensiva y consagra el principio *in dubio pro reo*, mediante el cual los casos de duda o conflicto son resueltos en el sentido más favorable al reo. Esto puede generar un inconveniente ya experimentado en la relación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Penal por la necesidad de imponer sanciones severas adoptadas por el Estatuto de Roma (se entendería que la armonización interna debe contemplar los estándares o referentes punitivos del Estatuto salvo que se deposite una reserva). En el ámbito interno, en caso de

²⁵ Código Penal Militar, Art. 6 (2).

conflicto o concurrencia delictuosa, estas penas no encontrarían justificación por el principio que obliga a imponer la sanción menos severa (el CP ecuatoriano establece en su artículo 53 (c) como pena máxima 25 años de reclusión mayor, mientras que el Estatuto de Roma prevé la cadena perpetua).

El artículo 5 (5) del Código Penal y el artículo 18 (6) del Código de Procedimiento Penal contemplan la represión conforme a la ley ecuatoriana de atentados contra el Derecho Internacional cometidos fuera del territorio nacional por nacionales o extranjeros²⁶.

Como lo vimos anteriormente, este texto general, vago e impreciso, no podría ser empleado como una norma de remisión que facilite el procesamiento de presuntos criminales, por el principio de legalidad.

Finalmente debo mencionar que la mayor parte de delitos que se analizarán a continuación, deben ser reprimidos mediante acciones públicas de instancia oficial de conformidad a los artículos 32 y 33 del Código de Procedimiento Penal²⁷. Sin embargo hay unos pocos, como el delito de estupro y el atentado al pudor, que son de acción privada, de conformidad al artículo 36 (a) y (g) respectivamente.

10.2. Tipificación de los crímenes de guerra en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.-

10.2.1. Delitos tipificados por el Código Penal mediante los cuales se podrían juzgar crímenes internacionales tipificados en el DIH y el DPI.-

Los presupuestos de conductas que describe el Código Penal que se refieren aunque de manera indirecta a la materia, no han sido elaborados pensando en la eventualidad de un conflicto armado. No obstante el cuerpo normativo contiene tipos penales en los que pueden ser encuadrados crímenes de guerra. Ahora, si bien la redacción de estos tipos penales puede facilitar la subsunción de conductas descritas por el derecho internacional como crímenes de guerra, no existe precisión fáctica acorde con eventos presupuestados por el DPI y DIH.

Y es que el problema no solo surge en la formulación del delito o crimen sino en la determinación de la pena. Los crímenes internacionales se han caracterizado por la severidad en la pena, en función de la magnitud y alcance de ciertos hechos –que no sólo vulneran un derecho o bien jurídico de la víctima directa, sino que lesiona a toda la humanidad-, de ahí la necesidad de un ajuste en particular en el régimen punitivo, cuidando la proporción entre el crimen cometido y la pena impuesta.

Definitivamente los tipos penales deberán ser adecuados bajo la previsión de un conflicto armado, tomando en consideración todos los instrumentos del DIH y del DPI que consagren crímenes de guerra y sobretudo reglas referidas a los elementos de cada uno de

²⁶ El CPP agrega una condición para que opere este presupuesto de ámbito jurisdiccional: “siempre que no hayan sido juzgados en otro Estado”, en aparente aplicación extraterritorial de la garantía del non bis in idem.

²⁷ A mi juicio, en razón de este precepto, el fiscal ecuatoriano, si vence el temor a represalias, puede y debe procesar a los integrantes de las FARC por los tipos penales internos “equivalentes” a crímenes de lesa humanidad, en aplicación del principio de jurisdicción universal, con las normas penales a su alcance y puede merecer la emisión de una orden de captura a ser ejecutada por la fuerza pública cuando pasen al territorio ecuatoriano.

los crímenes y al procedimiento y prueba exigidas para la demostración de la existencia del crimen y su atribución al responsable²⁸.

Mientras eso ocurre, detallaré los delitos tipificados en el Código Penal del Ecuador bajo los cuales se podrían encuadrar los crímenes de guerra tipificados por el DIH y el DPI, reiterando la necesidad de una regulación especializada que considere las particularidades de los conflictos armados, condición ausente en la formulación de los tipos vigentes como veremos en la siguiente tabla.

Delitos tipificados en el Código Penal	Equivalente en los instrumentos de DPI o DIH
<p>Art. 160.- El que con el fin de cometer delitos contra la seguridad común de las personas o de los bienes, fabricare, suministrare, adquiriere, sustrajere, arrojar, usare, o introducir al país armas, municiones o bombas explosivas, materias explosivas, asfixiantes o tóxicas, o sustancias o materiales destinados a su preparación, será reprimido con reclusión menor de tres años y multa de cinco mil a diez mil sucres.</p> <p>Si, por efecto de los hechos indicados se produjeren lesiones a personas, se impondrá el máximo de la pena señalada en el inciso anterior; y si resultare muerta una o más personas, la sanción será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años y multa de diez mil a veinte mil sucres.</p> <p>Art.- Los que, individualmente o formando asociaciones, como guerrillas, organizaciones, pandillas, comandos, grupos terroristas, montoneras o alguna otra forma similar, armados o no, pretextando fines patrióticos, sociales, económicos, políticos, religiosos, revolucionarios, reivindicatorios proselitistas, raciales, localistas, regionales, etc., cometieren delitos contra la seguridad común de las personas o de grupos humanos de cualquiera clase o de sus bienes: ora asaltando, violentando o destruyendo edificios, bancos, almacenes, bodegas, mercados, oficinas, etc.; secuestrando personas, vehículos, barcos o aviones para</p>	<p>Art. 8 (2) b) xx) E. R.: Empleo de armas, que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surten efectos indiscriminados.</p> <p>Art. 8 (2) e) i) E. R.: crimen de guerra de dirigir ataques contra la población civil.</p> <p>Art. 8 (2) e) iv) E. R.: crimen de guerra de dirigir ataques contra objetos protegidos.</p>

²⁸ La aprobación, con ciertos cambios, del Proyecto de ley sobre delitos contra la humanidad presentado al Congreso Nacional en el 2002, sin duda sería de gran utilidad en el proceso de compatibilidad entre el DIH y DPI y el derecho ecuatoriano en materia de tipificación de crímenes internacionales, aunque lo óptimo sería introducir un capítulo sobre la materia en el Código Penal.

reclamar rescate, presionar y demandar el cambio de leyes o de órdenes y disposiciones legalmente expedidas o exigir a las autoridades competentes poner en libertad a procesados o sentenciados por delitos comunes o políticos, etc.; ora ocupando por la fuerza, mediante amenaza o intimidación, lugares o servicios públicos o privados de cualquier naturaleza y tipo; con el propósito de hacer frente a la fuerza pública en respaldo de sus intenciones, planes, tesis o proclamas; ora atentando, en cualquier forma, en contra de la comunidad, de sus bienes y servicios, serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.

Si por los hechos delictivos enumerados se produjeren lesiones a las personas, se impondrá a sus autores el máximo de la pena indicada en el inciso anterior y, si se produjere la muerte de una o más personas, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

<p>Capítulo I DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA</p> <p>Art. 449.- El homicidio cometido con intención de dar la muerte, pero sin ninguna de las circunstancias detalladas en el artículo siguiente, es homicidio simple y será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.</p> <p>Art. 450.- Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes:</p> <p>1o.- Con alevosía;</p> <p>2o.- Por precio o promesa remuneratoria;</p> <p>3o.- Por medio de inundación, veneno, incendio, o descarrilamiento;</p> <p>4o.- Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido;</p> <p>5o.- Cuando se ha imposibilitado a la víctima para defenderse;</p> <p>6o.- Por un medio cualquiera capaz de causar grandes estragos;</p> <p>7o.- Buscando de propósito la noche o el despoblado para cometer el homicidio;</p>	<p>Art. 8 (2) c) i) -1 E. R.: crimen de guerra de homicidio.</p> <p>Art. 8 2) a) i) E. R.: Crimen de guerra de homicidio intencional.</p>
<p>Título VIII DE LOS DELITOS SEXUALES</p> <p>Capítulo II</p> <p>DEL ATENTADO CONTRA EL PUDOR, DE LA VIOLACIÓN Y DEL ESTUPRO</p> <p>Art. 505.- Se da el nombre de atentado contra el pudor a todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y se ejecute en la persona de otro, sea cual fuere su sexo.</p> <p>Art. 507.- El atentado contra el pudor,</p>	<p>Art. 8 (2) b) xxii)-6 E. R: crimen de guerra de violencia sexual.</p>

anal, realizado en las mismas circunstancias del artículo 512”.

Art. 513.- El delito de violación será reprimido con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en el número 1 del artículo anterior; y, con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, en los números 2 y 3 del mismo artículo.

Art. 514.- Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada, se aplicará el máximo de las penas indicadas en el artículo anterior; y si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Igual pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas son sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo en su caso, ser condenados, además a la pérdida de la patria potestad.

Art. 515.- El mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con cuatro años:

Si los responsables son de los que tienen autoridad sobre la víctima;

Si el atentado ha sido cometido sea por funcionarios públicos, o ministros del culto, que han abusado de su posición para cometerlo; sea por profesionales de la salud y personal responsable en la atención y cuidado del paciente, comadrones, o practicantes, en personas confiadas a su cuidado.

Los tipos penales detallados urgen ser ampliados y adecuados a los contenidos del DPI y el DIH, en particular deben ser enmarcados a conflictos armados, sin embargo, he optado por invocarlos con el fin de llamar la atención del legislador para que realice los ajustes requeridos y para preparar al juez a aplicar los tipos citados, mientras se elaboran nuevos presupuestos en los delitos tipificados y se imponen penas proporcionales a la gravedad de los crímenes internacionales.

La casi ausente tipificación (por no decir ausente) de crímenes internacionales en la legislación penal ordinaria, no se aprecia en la legislación militar que recoge algunos crímenes de guerra tipificados en los Convenios de Ginebra y Estatuto de Roma. “En el caso ecuatoriano, el Código Penal Militar de 1961 regula, en el artículo 98, treinta y tres violaciones al derecho internacional entre los cuales se destacan: a) atentados contra los miembros e instalaciones de la Cruz Roja, b) atentados contra civiles y bienes no militares, c) violaciones del cese al fuego, d) la apropiación ilegal de buques, e) los actos de piratería, f) el bombardeo de ciudades, g) la violación de zonas neutrales, h) el uso de armas prohibidas, entre otros. Asimismo, el artículo 99 tiene una cláusula residual que hace extensibles estos delitos cuando se cometan en guerras civiles y éstas fueren aplicables”²⁹.

Aunque el balance del grado de adecuación de la legislación militar se encuentra lejos de ser positivo, debemos destacar que se han recogido algunos de los crímenes internacionales, que al igual que en la legislación ordinaria, deben ser más precisos y amplios. A continuación se detallan los tipos internos equivalentes a los contenidos en el DIH y en el DPI.

Infracciones del Código Penal Militar que constituyen crímenes de guerra	Tipificaciones equivalentes del DIH y DPI
Crímenes de guerra contra heridos y enfermos en los ejércitos y náufragos	
(a) Desnudar o ultrajar o mandar desnudar o ultrajar a los heridos y enfermos (CPM: Art. 98.3)	○ Tortura y tratos inhumanos (común a los cuatro Convenios, Estatuto de Roma Art. 8.2 a) ii) y b) xxi
(b) Negar asistencia y curación a los heridos y enfermos (CPM: Art. 98.3)	○ Atentar gravemente contra la integridad física y salud (común a los cuatro Convenios, y E. R. Art. 8.2 a) iii) y b) ii
(c) Incendiar, destruir o atacar, o mandar incendiar, destruir o atacar, a mano armada, los hospitales o casas en que estuvieren refugiados o curándose los heridos o enfermos (CPM: Art. 98.1)	○ Atentar gravemente contra la integridad física y salud (común a los cuatro Convenios, y E.R. Art. 8.2 a) iii)
(d) Incendiar, destruir o atacar o mandar incendiar, destruir o atacar los buques-hospitales (CPM: Art. 98.15)	○ E. R. 8.2 b) iii / xxiv
(e) Cometer atentados graves contra los miembros de la Cruz Roja, el personal de ambulancia, de sanidad y de servicio religioso (CPM: Art. 98.1)	○ E. R. 8.2 b) iii
(f) Atentar contra los heridos o enfermos de las naves o aeronaves de guerra capturadas (CPM: Art. 98.15)	○ Atentar gravemente contra la integridad física y salud (común a los cuatro Convenios, y E. R. Art. 8.2 a) iii)
(g) No procurar salvar a los náufragos (CPM: Art. 98.15)	○ E. R. 8.2 b) ii

²⁹ Herencia, Salvador, *Dificultades Jurídicas y Políticas para la Ratificación o Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Biblioteca Virtual del Observatorio del DPI y la CPI de la CAJ, disponible en: <http://www.observatoriodpi.org/ver-publicacion.php?id=32>.

(h) Destruir o mandar a destruir una nave o aeronave enemiga capturada, sin salvar previamente a la tripulación (CPM: Art. 98.17)	Atentar gravemente contra la integridad física y salud (común a los cuatro Convenios, y E. R. Art. 8.2 a) iii)
Crímenes de guerra contra prisioneros de guerra	
(a) No alimentar a los prisioneros (CPM: Art. 98.4)	○ Atentar gravemente contra la integridad física y salud (común a los cuatro Convenios, y E. R. Art. 8.2 a) iii)
(b) Obligar a los prisioneros a combatir contra su Patria o sus banderas (CPM: Art. 98.4)	○ Forzar a una persona protegida a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga (común a los Convenios III y IV, y E. R. Art. 8.2 a) v, vi; 8.2. b) xiv, xv)
Crímenes de guerra contra la población civil y sus bienes	
(a) Atentar o mandar atentar gravemente contra los rendidos, mujeres, ancianos y niños de las plazas, puertos o lugares vencidos o rendidos o que hubiesen capitulado (CPM: Art. 98.2)	○ Causar deliberadamente grandes sufrimientos (común a los cuatro Convenios, y Estatuto de Roma Art. 8.2 a) iii) ○ Atentar gravemente contra la integridad física y salud (común a los cuatro Convenios, y Estatuto de Roma Art. 8.2 a) iii) ○ E.R. 8.2 b) ii
(b) Entregar plazas, puertos o lugares vencidos o rendidos o que hubiesen capitulado, al saqueo, pillaje u otros actos de crueldad (CPM: Art. 98.2)	○ Destrucción y apropiación de bienes, no justificada por necesidades militares y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente (común a los Convenios I, II y IV, y Estatuto de Roma Art. 8.2 a) iv) ○ E. R. 8.2 b) xxvi
(c) Atentar gravemente contra el honor, la vida, la propiedad, las creencias y el libre ejercicio del culto religioso de los habitantes de plazas, puertos o lugares vencidos o rendidos o que hubiesen capitulado (CPM: Art. 98.2)	○ Atentar gravemente contra la integridad física y salud (común a los cuatro Convenios, y E. R. Art. 8.2 a) iii) ○ E. R. 8.2 b) xxi
Crímenes de guerra por destrucción de bienes culturales e instalaciones públicas	
Incendiar o destruir o mandar incendiar o destruir los asilos de beneficencia, templos, establecimientos de educación, museos, archivos, bibliotecas, monumentos públicos u obras de ciencia o arte, cárceles, a menos que después de la declaratoria y notificación de bombardeo, el enemigo no hubiere puesto las señales visibles que los distinguan y hecho saber este particular (CPM: Art. 98.7)	○ E. R. 8.2 b) ii
Destruir o mandar a destruir cables submarinos sin exigirlo las supremas necesidades de la guerra (CPM: Art. 98.8)	

Crímenes de guerra por el uso de armas prohibidas	
Hacer uso o mandar a hacer uso de armas que tiendan a agravar inútilmente los sufrimientos de los heridos tales como: 1. proyectiles explosivos de pequeño calibre 2. Venenos 3. Armas enherboladas 4. Balas dum dum 5. Gases asfixiantes o deletéreos (CPM: Art. 98.6) Lanzar desde las naves aéreas tales explosivos o gases (CPM: Art. 98.6)	○ E. R. 8.2 b) xvii-xx

Tomado del estudio de compatibilidad entre el ordenamiento ecuatoriano y el DIH, elaborado por Ramiro Ávila y José Valencia para el CICR, pág. 64.

Revisemos ahora algunos de los crímenes de guerra tipificados en el Derecho Convencional Humanitario y en el Derecho Penal Internacional, que no han sido formulados en la legislación penal ecuatoriana.

Algunos crímenes de guerra tipificados en instrumentos del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional que ha sido tipificados por la Legislación Penal Ecuatoriana

- Crímenes de guerra (infracciones graves al DIH) que tienen en común el Convenio (I) para aliviar la suerte que corren los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña – Art. 50-; el Convenio (II) para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar –Art. 51; el Convenio (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra –Art. 130-; el Convenio (IV) relativo a la protección de vida a las personas civiles en tiempo de guerra –Art. 147-; y, el Estatuto de Roma –Art. 8 (2 a) i-iii):

Los experimentos biológicos

- Crímenes de guerra (infracciones graves al DIH) que tienen en común el Convenio (III) relativo al trato debido a los prisioneros de guerra –Art. 130-; el Convenio (IV) relativo a la protección de vida a las personas civiles en tiempo de guerra –Art. 147; y, el Estatuto de Roma –Arts. 8 (2 a) v-vi; y, 2 b) xiv-xv):

El hecho de privar a la persona protegida de su derecho a ser juzgada legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios

- Crímenes de guerra (infracciones graves al DIH) que tienen en común el Convenio (IV) relativo a la protección de vida a las personas civiles en tiempo de guerra –Art. 147; y, Estatuto de Roma –Art. 8 (2 a) vii-viii):

La deportación o el traslado ilegal

La detención ilegal

La toma de rehenes

- Crímenes de guerra (infracciones graves al DIH) tipificados en el Protocolo (I) adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales –Arts. 11 y 85-; y en el Estatuto de Roma:

- Art. 11 (numerales 1 a 4): Infligir mutilaciones físicas, realizar experimentos médicos o científicos, o extracciones de tejidos u órganos para transplantes que no estén indicados por el estado de salud de las personas protegidas o que no estén de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los ciudadanos no privados de libertad de la parte que realiza el acto (E.R.: Art. 8.2 b) x)

- Art. 85 (numerales 3 y 4): Los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente y si causan la muerte o atentan gravemente a la integridad física o a la salud:

Hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles (E.R.: Art. 8.2 b) i-ii)

Lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o a bienes de carácter civil a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos.

Lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil, que sean excesivos.

Hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas (E.R.: Art. 8.2 b) v)

Hacer uso pérfido del signo distintivo de la cruz roja, de la media luna roja o del león y sol rojos o de otros signos protectores (E.R.: Art. 8.2 b) vii).

- Los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente y en violación de los Convenios de Ginebra y el Protocolo adicional I:
 - El traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio (E.R.: Art. 8.2 b) viii)
 - La demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles
 - Las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal
 - El hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos (E.R.: Art. 8.2 b) ix)
 - El hecho de privar a una persona protegida de su derecho a ser juzgada por un tribunal imparcial (E.R.: Art. 8.2 a) vi)

- Crímenes de guerra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional:
 - Crímenes de guerra por violaciones graves de las leyes y usos en los conflictos internacionales:
 - Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo (E.R.: Art. 8.2 b) xi)
 - Declarar que no se dará cuartel (E.R.: Art. 8.2 b) xii)
 - Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo (E.R.: Art. 8.2 b) xiii)
 - Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del Art. 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que constituya una violación grave de los Convenios de Ginebra (E.R.: Art. 8.2 b) xxii)
 - Aprovechar la presencia de civiles u otras personas protegidas para que queden inmunes de operaciones militares determinados puntos, zonas o fuerzas militares (E.R.: Art. 8.2 b) xxiii)
 - Provocar intencionalmente la inanición de la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra (E.R.: Art. 8.2 b) xxv)
 - Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades (E.R.: Art. 8.2 b) xxvi)

- Crímenes de guerra en caso de conflicto armado de índole no internacional:
 - La toma de rehenes (E.R.: Art. 8.2 c) iii)
 - Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin sentencia previa pronunciada por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables (E.R.: Art. 8.2 c) iv)
 - Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades (E.R.: Art. 8.2 e) i)
 - Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del Art. 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del Art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (E.R.: Art. 8.2 e) vi)
 - Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para

- participar activamente en hostilidades (E.R.: Art. 8.2 e) vii)
- Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas (E.R.: Art. 8.2 e) viii)
 - Matar o herir a traición a un combatiente enemigo (E.R.: Art. 8.2 e) ix)
 - Declarar que no se dará cuartel (E.R.: Art. 8.2 e) x)
 - Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud (E.R.: Art. 8.2 e) xi)
 - Destruir o confiscar bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo (E.R.: Art. 8.2 e) xii)

Tomado del estudio de compatibilidad entre ordenamiento ecuatoriano y el DIH, R. Ávila y J. Valencia para el CICR, pág. 67.

11. Régimen general de responsabilidad de acuerdo al Sistema Penal ecuatoriano.-

El capítulo II del Código Penal referido a las personas responsables de las infracciones, precisa en su artículo 41 los distintos grados de responsabilidad penal: autoría, complicidad y encubrimiento.

La autoría es definida en el artículo 42 del CP como la infracción, directa e inmediata, aconsejando o instigando a otro para que lo cometa, siempre y cuando esté probado el vínculo entre el consejo y la comisión del delito. Se encuadra dentro de la autoría el impedimento que se evite su ejecución y el coadyuvar a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. Las modalidades de autoría son: directa o inmediata, coautoría y mediata.

Por su parte, el artículo 29 del Código Penal Militar establece que se reputan autores los que han perpetrado la infracción; los que han tomado parte inmediata, directa o decisiva en su ejecución; los que han instigado por medio de actos, consejos, dádivas, promesas, órdenes, amenazas, fuerza o violencia, sin los cuales no se hubiere producido.

La complicidad, conforme al artículo 43 del CP, es la cooperación indirecta y secundaria para la ejecución del acto punible, a través de actos anteriores o simultáneos. En cuanto a las penas impuestas para este grado de responsabilidad, se debe precisar que el artículo 47 establece que *“los cómplices serán reprimidos con la mitad de la pena que se les hubiere impuesto en caso de ser autores del delito”*.

El régimen de justicia militar (artículo 30 del CPM) describe a los cómplices como aquellos que, indirecta y secundariamente, cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores o simultáneos. Igualmente califica como cómplices a quienes, estando obligados por sus funciones o cargos, no hubiesen procurado impedir la consumación de las infracciones.

El encubrimiento, de acuerdo al presupuesto contemplado en el artículo 44 del CP, se traduce en facilitar alojamiento, escondite o lugar de reunión, a sabiendas del propósito de perpetración del delito. Asimismo cuando se proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido o cuando se ocultan las pruebas de la infracción o la verdad para favorecer al principal responsable del delito. El artículo 48 del Código Penal prescribe que *“los encubridores serán reprimidos con la cuarta parte de la pena aplicable a los autores del delito; pero en ningún caso ésta excederá de dos años, ni será de reclusión”*. El artículo 31 del CPM, señala que son encubridores *“los que, con posterioridad a la ejecución de las infracciones y conociendo de su perpetración, proporcionaren a los infractores alojamiento o escondite, o los medios para que se aprovechen del delito cometido; o los favorecieren, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción o inutilizando las señales o huellas que hubiere dejado el delito, para evitar su represión; o los auxiliaren ocultándolos o facilitándoles la fuga”*.

La determinación del grado de responsabilidad exige además la presencia de un elemento fundamental para la imputación de un crimen internacional: la intención. El elemento intencional indispensable para atribuir la responsabilidad de crímenes internacionales, se encuentra regulado en el artículo 14 del Código Penal que clasifica a la infracción en culposa y dolosa. La infracción dolosa, en que existe el designio de causar daño, puede ser intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión, o preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que el pretendido.

Para establecer los distintos grados de responsabilidad enunciados, se deben mencionar ciertas líneas básicas en materia probatoria. Y es que, sin pretender profundizar en torno a los elementos probatorios requeridos para la configuración de la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra, debo señalar que la confiabilidad de la fuente es lo primordial para la selección y uso de la prueba. Para la selección de la prueba también se asigna especial valoración a la prueba documental, dejando en un segundo plano a las declaraciones testimoniales y las denominadas fuentes abiertas. *“Las razones para dar prioridad, cuando es posible, a la prueba documental surgen de dos áreas: valor probatorio y economía procesal”*.³⁰

El Código de Procedimiento Penal del Ecuador, en cuanto a la prueba, establece un sistema respetuoso de los derechos y garantías del procesado. Su artículo 89, refiere tres clases de pruebas: materiales, testimoniales y documentales, no obstante reconoce valor probatorio a las presunciones en el artículo 87, siempre y cuando se basen en indicios probados, graves, precisos y concordantes. En todo caso, el criterio de apreciación más importante de las pruebas enunciadas, de acuerdo al artículo 86 es la sana crítica.

³⁰ AGUIRRE Araburu, Xavier. En: GUEVARA, José y DEL MASO, Tarciso (compiladores). *“La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, México D.F., Editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, 2005. pág. 491.

11.1. Responsabilidad directa e inmediata.-

En el marco de un conflicto armado internacional, son combatientes los integrantes de la fuerza pública de un Estado. Participan en las hostilidades los denominados órganos operativos.³¹ Con acierto los autores del “*Estudio de compatibilidad entre el derecho ecuatoriano y el DIH*”, afirman que la legislación ecuatoriana determina claramente las personas que podrían ser susceptibles de participar en conflictos armados, sin embargo no menciona la obligación de que tales personas respeten el DIH tanto frente a los miembros del ejército del otro Estado en el caso de un conflicto armado internacional o frente a grupos irregulares armados en el marco de un conflicto armado de carácter no internacional³².

11.2. Responsabilidad de los superiores y otros jefes jerárquicos.-

En los Convenios de Ginebra no se tipifica expresamente como infracción grave la responsabilidad de los superiores por omisión, por lo que corresponde a la legislación penal interna regularlo³³. En todo caso se debe precisar que de acuerdo al DIH³⁴, superiores militares y otros jefes jerárquicos (cuando ejercen autoridad de facto) pueden comprometer su responsabilidad por acción, cuando hubieren ordenado actos enlistados en los Convenios y Protocolos como infracciones al DIH y por omisión, cuando no impidieren la comisión de estas conductas realizadas por sus subordinados. La responsabilidad de los superiores es imputable en caso de negligencia culpable, mientras que el régimen de imputabilidad aplicable a las infracciones graves tiene su fundamento en el elemento intencional. En esta diferenciación encontramos la explicación de las razones por las cuales los Convenios de Ginebra no tipifican como infracción grave la omisión de los superiores.

En cuanto al otro elemento relevante para la atribución de responsabilidad de crímenes internacionales, el conocimiento, resulta muy complicado determinar si el superior conocía de los actos o planes indebidos de sus subordinados.

Si un superior jerárquico no hubiera podido impedir la comisión de infracciones, el superior tiene responsabilidad sino sanciona a los subordinados responsables o no las denuncia a autoridad competente.

Por su parte, el Estatuto de Roma amplía la regulación que sobre la materia nos proporcionan las normas del DIH, estableciendo las siguientes condiciones para que opere la atribución de responsabilidad:

- Los crímenes deben guardar relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.
- Si los superiores hubieren sabido o debido saber que las fuerzas a su cargo estaban cometiendo crímenes o se proponían cometerlos.
- Si no hubieren adoptado las medidas a su alcance para prevenir o reprimir la comisión de esos crímenes, o no lo hubiere puesto en conocimiento de las autoridades competentes.
- Si hubieren tenido conocimiento o deliberadamente hubieren hecho caso omiso de

³¹ Artículos 24, 28 (c) y 31 de la LOFFAA,.

³² Ávila, Ramiro y Valencia, José, *Estudio de compatibilidad entre el derecho ecuatoriano y el DIH*, Delegación Regional del CICR para Ecuador, Perú y Bolivia, 2006.

³³ Informe “ Omisión y responsabilidad de los superiores”, Tomado de Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario: Carpeta informativa, 24-02-1999.

³⁴ Convenio I, Art. 49; Convenio II, Art. 50; Convenio III, Art. 129; Convenio IV, Art. 146.

información acerca de que los subordinados estaban cometiendo crímenes o planificaban cometerlos.³⁵

El principio de responsabilidad del superior es reconocido en la legislación penal militar ecuatoriana en dos disposiciones generales:

- *“El militar que, por cualquier motivo, llegare a saber que se trata de ejecutar una infracción, la pondrá inmediatamente en conocimiento del superior. La omisión de este deber le hará responsable como cómplice o encubridor”.*³⁶
- *“Es imputable a todo superior la responsabilidad de las órdenes que diere y de los abusos, escándalos y peligros que resultaren de la omisión, negligencia o debilidad en el cumplimiento de sus deberes y de la falta de vigilancia sobre sus subalternos”.*³⁷

La imprecisión de estos artículos coloca al juez en una situación incómoda pues deberá poner a prueba su creatividad para encuadrar los crímenes de guerra dentro de los “abusos, escándalos y peligros” tipificados, bajo el riesgo de incurrir en un ejercicio de interpretación extensiva, expresamente prohibido por el Derecho penal ecuatoriano. De ahí la necesidad de adecuar el contenido de los códigos material y procesal militar a las exigencias del DIH, a través de la incorporación de tipos penales más claros y precisos compatibles con los estándares internacionales.

11.3. Órdenes superiores.-

El DIH prohíbe la invocación del acatamiento debido a órdenes superiores como eximente de responsabilidad por la comisión de un crimen³⁸. El DPI introduce una excepción a este principio convencional cuando el subordinado no tuvo la posibilidad de oponerse a la orden, no supo que la orden es ilícita o en el caso de que obedeciera una orden que no es manifiestamente ilícita.³⁹

Al respecto, el artículo 185 de la Constitución ecuatoriana declara que *“la fuerza pública será obediente y no deliberante. Sus autoridades serán responsables por las órdenes que impartan, pero la obediencia de órdenes superiores no eximirá a quienes las ejecuten de responsabilidad por la violación de los derechos garantizados por la Constitución y la ley”.*

En el ámbito militar, el Reglamento de Disciplina Militar considera al incumplimiento de órdenes como una falta contra la subordinación⁴⁰ o como infracción contra la subordinación⁴¹. El Código Penal Militar reconoce que *“ningún inferior podrá eludir la responsabilidad penal con la obediencia pasiva prestada a su superior, en actos no conexiónados con el servicio militar o que lleven consigo la perpetración de un crimen o*

³⁵ Artículo 28 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

³⁶ Código Penal Militar, Art. 32.

³⁷ Artículo 33 del Código Penal Militar.

³⁸ Convenio I, Art. 49; Convenio II, Art. 50; Convenio III, Art. 129; Convenio IV, Art. 146.

³⁹ Artículo 33 del Estatuto de Roma.

⁴⁰ Artículos 43 al 46 del Reglamento de Disciplina Militar.

⁴¹ Código Penal Militar, artículos 117 al 130.

delito”⁴² y agrega que “*no cometen infracción los que proceden conforme a la ley en cumplimiento de las funciones de su cargo u oficio militar*”⁴³.

12. Ejercicio de la jurisdicción penal.-

El artículo 5 (5) del Código Penal preceptúa que será reprimido conforme a la ley ecuatoriana el nacional o extranjero que cometa fuera del territorio nacional atentados contra el Derecho Internacional. Aunque vago e impreciso puede ser empleada como una norma de remisión obligada.

El artículo 7 (2) del Código de Procedimiento Penal Militar y el artículo 8 (2) Código de Procedimiento Penal Policial, recogen disposiciones casi idénticas en cuanto a la competencia de los jueces y tribunales al señalar que “*cuando la infracción se hubiere cometido en nación extranjera, los indiciados de las Fuerzas Armadas ecuatorianas serán juzgados por los jueces o tribunales de la Capital de la República*”.

La disposición transcrita se encuentra en franca contradicción con el principio de extraterritorialidad que inspiró la concepción del Derecho Penal Internacional e incluso podría ser catalogada como una disposición que favorecería la impunidad de eventuales criminales de guerra en el caso de que no exista la voluntad o la capacidad de juzgarlos en el Ecuador. No obstante el Código adjetivo policial subsana en alguna medida este grave error añadiendo a la norma la expresión “*y si el caso fuere de extradición, según los tratados públicos o el Derecho Internacional, se dirigirá copia del sumario al Ministro de Gobierno, para que la solicite si fuere legal*”, lo cual guarda conformidad con las exigencias de la normativa procesal de asistencia judicial y cooperación del Derecho Penal Internacional.

13. Asistencia penal internacional para la captura y juzgamiento de presuntos criminales de guerra.-

Los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I establecen que “*las Altas Partes contratantes se prestarán la mayor asistencia posible en lo que respecta a todo proceso penal relativo a las infracciones graves de los Convenios o del presente Protocolo*”⁴⁴ y que tendrán “*la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves.*”⁴⁵

13.1. Búsqueda e investigación.-

La obligación de “*buscar e investigar*” debería cumplirse, aún en ausencia de petición de asistencia de un Estado o de la CPI, por el principio de oficialidad que rige en nuestro sistema penal. El artículo 10 del Código de Procedimiento Penal señala que “*el proceso penal será impulsado por el fiscal y el juez, sin perjuicio de gestión de parte*”, es decir contempla el impulso procesal de oficio, no condicionado a la actividad procesal de la víctima, su familiar o representante. Y es que tanto el fiscal como la Policía, conforme lo ordena el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, tienen el deber de investigar

⁴² Artículo 34 del Código Penal Militar.

⁴³ Artículo 22 del Código Penal Militar.

⁴⁴ Artículo 88 del Protocolo Adicional I.

⁴⁵ Artículo 49 (2) del Convenio I, artículo 50 del Convenio II, artículo 129 del Convenio III, artículo 146 del Convenio IV.

“los hechos presumiblemente constitutivas de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento”.

Si una petición de “búsqueda e investigación” se presenta oficialmente al Estado ecuatoriano, es transmitida a la Dirección de Asesoría Jurídica o a las Misiones Diplomáticas del Ministerio de Relaciones Exteriores que, a su vez, la pone en conocimiento del Ministerio Público. Para facilitar la búsqueda e investigación de los presuntos criminales, la Unidad de Asuntos Internacionales del Ministerio Público preparó un instructivo de asistencia penal internacional que agiliza los procedimientos y facilita la cooperación bilateral necesaria para la localización de los sujetos perseguidos.

13.2. Entrega de presuntos responsables.-

El Protocolo Adicional I dispone que *“cuando las circunstancias lo permitan, las Altas Partes contratantes cooperarán en materia de extradición. Tomarán debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción..”*⁴⁶.

En caso de no poder o no querer procesar en su jurisdicción a quienes han cometido crímenes de guerra, un Estado debe entregarlos a otra jurisdicción que esté en capacidad y tenga la voluntad de procesarlos.⁴⁷

Si se presume que una persona es responsable de un crimen de guerra en el Ecuador, podría ser juzgada en el territorio nacional, aunque con los limitados tipos penales disponibles en la normativa penal. En el caso de que el presunto responsable huya al exterior, sea cual fuere su nacionalidad, el Estado podría solicitar su extradición.⁴⁸ En cuanto a la extradición activa, el juez que sustancia el proceso penal puede solicitar a la Corte Suprema de Justicia la extradición del presunto criminal, acompañando el auto de prisión o la sentencia condenatoria. El Presidente de la Corte valorará si procede o no la extradición. De ser favorable la resolución, debe comunicar a la Dirección de Asesoría Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores para que impulse el trámite correspondiente y operativice los convenios bilaterales pertinentes⁴⁹.

El problema se presenta cuando se trata del pretendido procesamiento de presuntos criminales ecuatorianos en el exterior, pues el artículo 25 de la Constitución Política y el artículo 4 de la Ley de Extradición prohíben la extradición de ecuatorianos, en una protección “nacionalista” sin fundamento que puede favorecer la impunidad.

Para la extradición de los extranjeros presuntamente responsables de la comisión de crímenes de guerra, la Ley de Extradición establece las siguientes condiciones para que opere esta figura: reciprocidad con el Estado requirente, que los delitos por los que se podría conceder la extradición sean sancionados con penas mayores a 1 año y que el Estado requirente ofrezca garantías del debido proceso y no exista un juzgamiento en ausencia.

⁴⁶ Protocolo Adicional I (1977), Art. 88 (2).

⁴⁷ Convenio I, artículo 49 (2); Convenio II, artículo 50; Convenio III, artículo 129; Convenio IV (1949), Art. 146.

⁴⁸ Código Penal, artículo 5 inciso final: “Los extranjeros que incurran en alguna de las infracciones detalladas anteriormente, serán juzgados y reprimidos conforme a leyes ecuatorianas, siempre que sean aprehendidos en el Ecuador, o que se obtenga su extradición”.

⁴⁹ Ley de Extradición, artículo 22 y siguientes.

Conclusiones

- La escasa voluntad de un importante sector de la fuerza pública de someterse a mayores limitaciones en el ejercicio de sus funciones y el temor de verse enfrentados a procesos penales por la violación de las leyes y costumbres de los conflictos armados, ha tenido gran incidencia en la persistente postergación del inicio del proceso de adecuación del derecho interno a estándares internacionales en lo que a represión de crímenes de guerra se refiere.
- La Comisión Nacional para la difusión y aplicación del Derecho Internacional Humanitario, parecía ser un paso importante en la consolidación de dicho proceso, sin embargo el entusiasmo de sus miembros ha ido decreciendo con el paso del tiempo, conforme lo demuestra la espaciada periodicidad de sus reuniones y los contados productos que han salido de su seno. En todo caso, se espera la contribución de la Comisión con el Proyecto de implementación del Estatuto de Roma en el Ecuador, especialmente ahora que se desarrolla un proceso constituyente de revisión de gran parte de la legislación ecuatoriana. Así como se espera continúe la acertada orientación brindada por la Delegación Regional del CICR a las Comisiones Nacionales.
- Ante la insuficiente, oscura e incompleta tipificación de crímenes de guerra en el Ecuador, urge la construcción de tipos penales adecuados y claros para reprimirlos. Las alternativas son variadas: puede reformarse el Código Penal introduciendo nuevos tipos penales o ampliando los vigentes, puede expedirse una ley especial que penalice ciertas conductas propias de la transgresión de leyes y costumbres de guerra o bien puede acogerse la experiencia de Alemania que en el año 2002 expidió un Código Penal Internacional que no sólo contiene penas para los crímenes que contempla el Estatuto de Roma sino que contiene un catálogo de crímenes reconocidos por el Derecho Internacional Consuetudinario. Éste sería un trabajo referencial de sistematización que sería de enorme utilidad para el Ecuador, que considero debería optar por el último mecanismo reseñado.

BIBLIOGRAFÍA

Fuente normativa internacional:

- ESTATUTO DE ROMA de la Corte Penal Internacional. Adoptado el 17 de julio de 1998. Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
- CONVENIO I DE GINEBRA para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.
- CONVENIO II DE GINEBRA para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.
- CONVENIO III DE GINEBRA relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.
- CONVENIO IV DE GINEBRA relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.
- PROTOCOLO I ADICIONAL a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977.

Fuente normativa del Ecuador:

- CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.
- CODIGO PENAL. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL 2000. Registro Oficial Suplemento 360 de 13 de enero del 2000.
- LEY DE EXTRADICIÓN, Registro Oficial No. 152, 30 de agosto de 2000.

- CODIGO PENAL MILITAR. Registro Oficial Suplemento 356 de 6 de noviembre de 1961.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL MILITAR. Registro Oficial Suplemento 356 de 6 de noviembre de 1961.
- LEY ORGANICA DEL SERVICIO DE JUSTICIA EN LAS FUERZAS ARMADAS. Registro Oficial Suplemento 356 de 6 de Noviembre de 1961.
- REGLAMENTO DE DISCIPLINA MILITAR. Acuerdo Ministerial 831, Registro Auténtico 1998 de 7 de agosto de 1998.
- CODIGO PENAL DE LA POLICIA CIVIL NACIONAL. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE LA POLICIA CIVIL NACIONAL. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.
- PROYECTO DE LEY SOBRE DELITOS CONTRA LA HUMANIDAD presentado al Congreso Nacional en 2002, elaborado por la Comisión de la Mujer del Congreso Nacional y la Fundación INREDH.

Publicaciones consultadas:

- ABREGÚ, Martín. *“La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”*, Buenos Aires, PNUD-CELS, Editores del Puerto, 1997.
- AMBOS, Kai y Ezequiel MALARINO (editores). *“Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España”*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer e Instituto Max Planck, 2003.
- ÁVILA, Ramiro y VALENCIA, José. *“Estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas del Derecho Internacional Humanitario”*, Quito, Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja para Ecuador, Perú y Bolivia, 2006.
- CASSESE, Antonio. *“On the current trends towards criminal prosecution and punishment of breaches of international humanitarian law”*, European Journal of International Law, 1998.
- GUEVARA, José y DEL MASO, Tarciso (compiladores). *“La Corte Penal Internacional: una visión iberoamericana*, México D.F., Editorial Porrúa y Universidad Iberoamericana, 2005.
- HERENCIA CARRASCO, Salvador. *Informe Nacional de Ecuador*. En: AMBOS, Kai y MALARINO, Ezequiel (editores). *Dificultades Jurídicas y Políticas para la Ratificación o Implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Universidad de Gotinga, 2005, p. 237-294.

- HERENCIA CARRASCO, Salvador. “*Los crímenes de competencia del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”, en “*La Corte Penal Internacional y los países andinos*”, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2007.
- HERNÁNDEZ, Diana. “*Lecciones de Derecho Internacional Humanitario*”, Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2002.

Fuentes electrónicas de consulta:

- Sitio web del COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA (www.cicr.org):
“*Salvando la distancia entre los derechos humanos y el derecho humanitario: la sanción de los infractores*”, 1998.
“*Técnica de incorporación de la sanción en la legislación penal*”, Tomado de Represión nacional de las violaciones del Derecho Internacional Humanitario: Carpeta informativa, 1999.
“*¿Qué medios hay para aplicar el derecho humanitario?*” Tomado de Derecho internacional humanitario: Respuestas a sus preguntas, 2004.