

Sylvia Sánchez Insuasti
Editora

Temas Penales 3

Estudios de Derecho Penal y Criminología

Temas Penales 3

Sylvia Sánchez Insuasti
Editora

Temas Penales 3



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

Diciembre 2017

Corte Nacional de Justicia
Temas Penales 3, diciembre 2017.
Quito. Corte Nacional de Justicia, 2017.
418p.: 17cm x 23cm
ISBN: 978-9942-22-224-4
1. Temas penales. Ecuador. Corte Nacional de Justicia.

Corte Nacional de Justicia

Dr. Carlos Ramírez Romero

Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Editora

Sylvia Sánchez Insuasti

Comité Editorial

Carlos Ramírez Romero

María Rosa Merchán Larrea

Carmen Rocío Salgado Carpio

Miguel Antonio Jurado Fabara

Álvaro Vinicio Ojeda Hidalgo

José Luis Terán Suárez

Merck Milko Benavides Benalcázar

Autores

Jorge M. Blum Carcelén

Edgar Flores Mier

José García Falconí

Richard Villagómez Cabezas

Marco Rodríguez Carcelén

Alberto Pérez Dayán

Iván Saquicela Rodas

Gonzalo García Steeman

Álvaro Román Márquez

Coordinación

Marco Tello S.

Diseño y diagramación

Javier Leiva Espinoza

Revisión de Estilo

Manuel Chamba Chamba

Ricardo Morales Vela

Marco Tello S.

Impresión

Jefatura de Biblioteca,

Gaceta y Museo de la CNJ

Primera edición, julio 2016

Quito, Ecuador

Índice

Introducción	7
La aceptabilidad racional del ensayo jurídico <i>Sylvia Sánchez Insuasti</i>	
Primera parte	19
Conductas Punibles	
Delitos informáticos en el COIP <i>Jorge M. Blum Carcelén</i>	31
El delito de contrabando en la legislación ecuatoriana <i>Edgar Flores Mier</i>	71
Consideraciones generales acerca del delito de peculado <i>José García Falconí</i>	125
Lesividad y dosimetría penal en las infracciones contra el derecho a la propiedad <i>Richard Villagómez Cabezas</i>	173
Segunda parte	209
El Proceso Penal	
Principios de la etapa de juicio y la finalidad de la prueba en el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano en vigencia <i>Marco Rodríguez Ruiz</i>	211

El derecho de impugnación en el sistema penal oral iberoamericano. La apelación frente a la intermediación <i>Alberto Pérez Dayán</i>	241
Tercera parte	259
Constitucionalización del Proceso Penal	
La reparación integral, componente de la tutela judicial <i>Iván Saquicela Rodas</i>	261
Procesos penales como causal de refugio: Discriminación y debido proceso <i>Gonzalo García Steeman</i>	315
El estado social el derecho penal y el pluralismo jurídico <i>Alvaro Román Márquez</i>	357

Temas Penales 3

Introducción

La aceptabilidad racional del ensayo jurídico

Sylvia Sánchez Insuasti
Magistrada de la Sala Corte Nacional de Justicia

La importancia del ensayo estriba en su capacidad de permitir que el autor ejerza con mayor libertad, pero no por eso con menor responsabilidad, y menos sin presencia de la impenitente rigurosidad de los principios argumentativos, su capacidad de exponer con la ductilidad y la criticidad, lo que su reflexión eidética propone que sea discutido por todos los seres racionales que, a decir de *AARNIO*, forman parte de audiencia ideal universal.

El ensayo es un género literario que, por sí mismo, es argumentativo, y por la temática epistémica que aborda, genera controversia, en lo que el autor noruego define como *audiencia ideal particular*, esto es, la formada por las personas agrupadas por valores comunes compartidos, y que cumplen las

condiciones de racionalidad que demanda la discusión sobre el criterio de verdad respecto de un tema específico, sin más arma expansiva que la fuerza racional de la justificación.

En este sentido, el trabajo literario jurídico que no es desplegado en el compendio, el tratado, o en la obra específica, es un ensayo. Siempre es motivo de debate su simple aparición editorial, como siempre lo es su contenido, porque los temas jurídicos siempre generan discusión; es más, son la discusión en sí misma, sea porque las fuentes jurídicas escogidas para el estudio pueden ser cuestionadas de adolecer alguna defección de investigación, o porque probablemente el autor no habría justificado del todo las reglas de inferencia en el trabajo interpretativo o las de construcción del discurso argumentativo, o porque simplemente el interés de quien asume una postura contraria, es controvertir.

De cualquier modo, *el Derecho*, en tanto regla de conducta, siempre será motivo de discusión porque su propia naturaleza ontológica impide que, en su análisis crítico y en su ejercicio procesal, sea posible determinar un punto de convergencia en el que la comunidad jurídica confluya aceptándolo absolutamente como el inicio a partir del cual una determinada conclusión o la interpretación que generó esa conclusión sean admitidos como producto de una apropiada o correcta justificación racional¹. En palabras más simples: aunque las

¹ La teoría de aceptabilidad racional de Aulis Aarnio no estriba en la relación distintiva “verdadero-falso”, sino en que pueden existir varios puntos de vista apreciados como “verdaderos” en función de diferentes puntos de partida. Cfr. Eveline Feteris, *Fundamentos de la argumentación jurídica* (Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2007), 202-10.

normas de racionalidad y las reglas de interpretación jurídica sean precisas, su aplicación argumentativa siempre generan controversia.

Así, pues, la labor investigadora hace al autor retar intelectualmente a un auditorio disímil, como disímiles son sus miembros, a quienes, por cierto, podrá convencer, o de quienes podrá obtener su adhesión a la propuesta ensayística.

En este contexto, la nueva entrega de la serie “**Temas Penales**” de la Corte Nacional de Justicia recoge los artículos de ensayo de quienes, desde las vertientes judicial y del libre ejercicio profesional –pero en ambos casos, con el rigor que la estructura académica exige–, controvierten sus visiones y las posibilidades interpretativas *del Derecho*, desde su aplicación y vida diaria, con el único compromiso de *recrear Derecho* a partir de una base de justificación racional de aceptabilidad y sin espacio para la arbitrariedad.

La obra ha sido estructurada en nueve artículos reunidos en tres partes. La primera parte (“**Conductas punibles**”) versa sobre los aspectos deónticos –y su valoración interpretativa– de los delitos informáticos, el delito de peculado y el derecho a la propiedad. La segunda (“**El proceso penal**”) se concentra en dos interesantes posturas sobre aspectos procesales penales, tanto en lo concerniente a la etapa de juicio y la finalidad probatoria, cuanto en lo que atañe a la relación que el derecho de impugnación forja en virtud de la apelación y el principio de inmediación procesal. Y una parte final, la tercera (“**Constitucionalización del proceso penal**”), recoge el esfuerzo de desagregación de la reparación integral como componente

del derecho a la tutela judicial efectiva, la discriminación y el debido proceso en los casos de refugio, y la pluralidad jurídica y el derecho penal en el Estado constitucional de derechos y justicia.

La primera parte inicia con el trabajo denominado “**Los delitos informáticos en el COIP**”, del doctor Jorge Blum Carcelén, juez de la Corte Nacional de Justicia, quien entiende al ciberdelito como una conducta propia de la sociedad 4.0, en el que el conocimiento es el bien arquetípico y apreciado de la denominada *sociedad del conocimiento*. Comparte la visión doctrinaria de la división de los *delitos típicamente informáticos*, que no pueden realizarse sin el uso de las herramientas informáticas ni las redes de las que se hace la actividad digital delictiva, como el *hacking*, *phishing*, *spamming*, o de apropiación de dominios de internet, o la denominada deep que es el espacio en el que recónditamente se ofertan productos altamente perniciosos como peligros son los que se benefician de estos, como la pornografía infantil, sicariato, testaferrismo, lavado de dinero, venta de armas, narcóticos, entre otros. Un segundo grupo es el de los *delitos configurados a través de internet*, que son las infracciones típicamente definidas por la normativa penal y ejecutadas a través de la informática.

Da cuenta de la evolución histórica del delito informático en el Ecuador, a partir de la expedición de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, del año 2002, en que por primera vez el Ecuador reguló las infracciones informáticas como delitos penales, dentro del contexto de defender el desarrollo del comercio, la educación y la cultura a través del uso de las redes digitales y los sistemas

informáticos, hasta el actual Código Orgánico Integral Penal (COIP), pasando por la reforma que aquella ley específica hizo del anterior Código Penal, al haber incorporado a este tipo en el catálogo de delitos penales.

Examina al bien jurídico protegido en los delitos informáticos, desde la perspectiva de los *bienes jurídicos individuales*, cuando su cometimiento afecta directamente a la persona en su auto relación cuanto en el desarrollo de su personalidad en la vida social; e igualmente, desde el punto de vista de los *bienes jurídicos sociales*, esto es, los que la colectividad se preocupa en cuidar pues de su protección la vida en sociedad depende para garantizar un desarrollo armónico de quienes las conforman; entre ellos, el autor cita a la salud pública, el medio ambiente, la seguridad jurídica y la libertad informática.

Revela que por la comisión de un delito informático, no se viola solo un bien jurídico, pues, de acuerdo a su modalidad de ejecución, son delitos compuestos que afectan a varios bienes jurídicos; y que además de ser delitos de lesión son también de peligro: en el primer caso, porque con el uso doloso de la informática, se puede causar daño a redes informáticas de finanzas, patrimonio y de seguridad, o se puede hurtar con medios informáticos; y en el segundo, cuando se usa abusivamente un sistema informático, o se provoca la violación de datos personales.

Pasa revista al catálogo de tipos penales del COIP como la pornografía, comercialización y distribución de material pornográfico con utilización de niñas, niños y adolescentes, interrelacionándolos con las definiciones que, por ejemplo,

el artículo 69 del Código de la Niñez y Adolescencia hace de la pornografía infantil como una representación que por cualquier medio se hace de un niño, niña o adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o de sus órganos digitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual. Y, desde el aspecto deóntico, es del criterio de que los bienes jurídicos del delito de pornografía infantil y de adolescentes, son la idemnidad y la libertad sexual. Igualmente, trata la oferta de servicios sexuales con menores de edad por medios electrónicos.

Un tópico importante es el relacionado con el derecho a la intimidad, garantizado por el art. 66.20 de la Constitución de la República, y que según afirma el autor, comporta las interrelaciones familiares o personales, así como las comunicaciones o correspondencia, postal o informática, al igual que la información contenida en teléfonos celulares y otros equipos informáticos.

Por último, descubre con acierto la serie de delitos contra la propiedad (hurto, robo, la apropiación ilícita) que, con la ayuda de la informática, han ido sofisticándose, al punto de perjudicar no solamente a quien es el titular del bien despojado, sino a sus dependientes o proveedores, como son los casos de la apropiación mediante usos informáticos de dineros de cuentas de salarios, recursos públicos, o servicios básicos. Así mismo, analiza los delitos contra la seguridad de activos de los sistemas de información y comunicación, y el delito informático en la defraudación tributaria.

El segundo trabajo corre a cargo del conjuetz nacional Edgar Flores Mier. En “**El delito de contrabando en la legislación ecuatoriana**”, bajo la lupa del *jusnormativismo* explica a la institución de la política fiscal y la consecuente redistribución del ingreso social que financia los servicios, la inversión y los bienes públicos, así como la generación de incentivos para la inversión en los distintos sectores de la economía, como los afectados con este tipo de delitos.

Define al *erario fiscal* como el bien jurídico protegido, constituido por los tributos, que al no pagárselos, merman la caja fiscal a causa del perjuicio generado por no satisfacer los impuestos por el ingreso o la salida de mercancías; en este sentido, claramente anota que, según la doctrina, son dos vertientes los que lo conforman: la objetiva encarnada en el patrimonio del Estado; y la subjetiva, que es el mismo Estado, y el órgano que rige la política pública en esta materia, como titular de la competencia administrativa tributaria. En cuanto a la tipicidad, describe los *elementos objetivos* del tipo, y dentro de estos al sujeto activo (que indica que puede ser cualquier persona, sin necesidad de haya calificación alguna del agente que lo comete, sino que puede hacerlo cualquiera cuya conducta cumpla con los supuestos del art. 301 del COIP) y al sujeto pasivo, que necesariamente es calificado: el Estado, a través del órgano público que presta el servicio público aduanero. En cuanto a la conducta, acude a la doctrina para describirla. Sobre los *elementos normativos*, enlista explicativamente los que, según la doctrina empleada por el autor, se denominan “*ingredientes normativos*”, y son los del art. 301 del COIP. Y a los *elementos descriptivos* los enuncia conceptualmente (evadir, ocultar, entre otros).

Entiende al delito de contrabando como un delito de resultado, y por tanto, doloso, porque quien lo comete, conoce sus elementos constitutivos y las características típicas, no necesariamente exacto o especializado, sino uno suficientemente aproximado sobre el ilícito penal en el que se incurre al no pagar los impuestos, aunque no se tenga conocimiento de la cuantía de la evasión.

La colaboración del doctor José García Falconí, “**Consideraciones generales acerca del delito de peculado**” inicia con una revista al origen etimológico del término, desde el latín *peculatus* derivado de *pecus* que significa “ganado”, con el que, según sostiene el autor, se le habría asignado este nombre antes del uso difundido del dinero, pues eran los animales destinados a los sacrificios los que constituían los bienes muebles más importantes, y su hurto, era considerado de gravedad en la legislación romana; y continúa con el significado de *peculare* como robar el ajeno peculio. Seguidamente cubre la evolución del delito en Ecuador, a través de los Códigos Penales de 1837, 1871, 1889, 1906, 1938, 1953, 1960, 1971, hasta 2014 en que se dictó el Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Traza una línea propositiva de estudio a partir del concepto del delito, cuyo bien jurídico tutelado vendría a ser el interés del Estado, y que, al producirse, el delito comporta un doble aspecto: por una parte, la infracción del deber de probidad de los funcionarios a cuyo cargo está el cuidado y administración de los fondos públicos; y por otra, la lesión infringida al interés patrimonial del Estado. En fin, de acuerdo a lo tipificado por el art. 278 del COIP el delito de peculado es un delito propio, material, e instantáneo de resultado material, en el

que el elemento subjetivo comporta el ánimo de apropiarse de los recursos públicos, a través del abuso, la apropiación, la distracción o disposición arbitraria de bienes muebles o inmuebles públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que tenga en su poder en virtud o razón de su cargo.

El tema **“Lesividad y dosimetría penal en las infracciones contra el derecho a la propiedad”** del conjuerz nacional Richard Villagómez aborda el complejo tema de la relación de proporcionalidad con el que se impone aplicar la sanción o condena penal (penalidad) por el daño causado (lesividad). Restringe el objeto de su estudio al derecho a la propiedad privada al que lo entiende como “el derecho atribuible a la persona humana (natural o jurídica) a ser titular de tal derecho y ejercerlo con función y responsabilidad social y ambiental”; afirmación sobre la cual amerita precisar que a la luz del Estado constitucional de derechos y justicia, el actual concepto constitucional no admite a la propiedad como un atributo de la personalidad, sino que de una parte, establece al “acceso a la propiedad” como una obligación que, en función de la capacidad de obrar del ciudadano, esto es, en tanto derecho subjetivo, le corresponde al Estado asegurar que se cumpla a través de la instrumentación de políticas públicas efectivas; y de otra, reconoce y garantiza la propiedad “en todas sus formas”, como se determina en el art. 66.26 de la Constitución, desde una perspectiva deconstructiva del concepto liberal hasta una refundación a partir de la teoría social del Estado, en la que el interés público o social prevalece sobre el particular, y la responsabilidad social y ambiental constituye exigencia que limita el ejercicio del derecho.

La propuesta temática se destaca, porque citando al maestro Carnelutti, hace un estudio *dosimétrico* de la aplicación de la pena de los tipos penales de robo, hurto y abigeato, en función de su finalidad y medida, a fin de que la rehabilitación integral se cumpla. Contrasta la regla general establecida por el anterior Código Penal para todas las infracciones contra la propiedad (art. 607.1), con las nuevas del COIP, en cuyo art. 209 se distingue al delito de hurto de la contravención por hurto, por el valor de la cosa sustraída, y al delito de abigeato de la contravención por abigeato, conforme el art. 210; determinándose en el primer caso, que si el monto supera la mitad de un salario básico unificado del trabajador, es delito de hurto; y en el segundo, que si el monto es igual o excede un salario básico unificado del trabajador, es delito de abigeato. En ambos, lo relevante es el valor del bien sustraído, mientras que la *lesividad* no se la mide en el delito de robo por dicho factor, ya que lo determinante para el *examen de tipicidad* es “el elemento constitutivo fuerza (en las cosas) o violencia (en las personas)”.

Destaca finalmente que la precisión con que se establezca el quantum de la cosa apropiada no debe contradecir el marco constitucional, relativo a los principios de legalidad y de proporcionalidad, y las categorías dogmáticas del delito.

La segunda parte incluye el trabajo del doctor Marco Rodríguez Carcelén, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, denominado “**Los principios de la etapa de juicio y la finalidad de la prueba en el ordenamiento jurídico – penal ecuatoriano en vigencia**”. Sobre la base de una selección de sentencias constitucionales y de casación en las que se desagregan los preceptos que fundamentan el debido

proceso en el sistema de audiencias, el autor desarrolla los conceptos de los principios que cimentan al proceso penal. Desarrolla al de *inmediación* como el principio que asegura que el juez se vincule con los actos procesales y de procedimiento que deben practicarse en la causa, con la garantía de que ninguno de ellos pueda ser desconocido por los sujetos procesales y se vean impedidos de contar con una defensa adecuada dentro de un debido proceso (*principio de publicidad*), para que en igualdad de condiciones sean escuchados en un plazo razonable y con las debidas garantías que aseguren igualdad procesal (*principio de oralidad*), expongan los elementos que supongan suficiencia y poder de convicción al juez en el desarrollo del litigio procesal, así como cuenten con la garantía de la correcta actuación del derecho objetivo (*principio de contradicción*), guardando que el proceso se desarrolle con celeridad, simplificación, agilidad y economía procesal (*principio de continuidad del juzgamiento*), y que los actos procesales se practiquen en una sola audiencia (*principio de concentración*).

Alberto Pérez Dayán, Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de México, aporta con un trabajo relevante: “**El derecho de impugnación en el sistema oral penal iberoamericano. La apelación frente a la intermediación**”, que fuera expuesto en el Seminario Internacional sobre “Los medios de impugnación en los sistemas no penales en el Ecuador”, organizado por la Corte Nacional de Justicia en junio de 2017.

Sobre la base de un análisis al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8.2, letra h), refiere que los instrumentos internacionales de derechos humanos protegen la posibilidad cierta de que ante una sentencia cuestionable,

el sujeto procesal que se sintiere afectado por un fallo judicial, pueda demandarlo ante un tribunal superior, asegurando la posibilidad de que sea examinado por el juez de apelación o el de casación. En este punto, y refiriendo sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), asegura el magistrado mexicano, que la recurribilidad constituye un precepto que, dentro de las garantías del debido proceso, se concreta en el “*derecho a un recurso efectivo*” que se impetra sobre cuatro elementos: “que sea resuelto por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica; que garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida y permita subsanar cualquier error en la sentencia; que se permita el análisis de cuestiones fácticas; que sea ordinario, accesible y eficaz”.

Plantea como una cuestión de ineludible debate el hecho de que, en el sistema oral, la intermediación ciertamente asegura que el juez de la causa conozca los elementos probatorios que determinaron la base de su resolución; mas, resuelto el litigio, la sentencia cuestionada obligará el pronunciamiento del tribunal de alzada que deba resolver el recurso de apelación, sin que pueda tener un conocimiento cabal de las mismas, porque no se evacuaron ante aquel las diligencias probatorias. Esta interrogante la trata citando la disposición normativa contenida en el art. 468 del Código Nacional de Procedimientos Penales (de los Estados Unidos Mexicanos)²,

² Art. 468 del Código Nacional de Procedimientos Penales: “Resoluciones del Tribunal de enjuiciamiento apelables. Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Tribunal de enjuiciamiento: I. Las que versen sobre el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público; II. La sentencia definitiva en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba

en la que destaca que solamente es susceptible de interponer el recurso de apelación aquella sentencia penal definitiva, en aquellas consideraciones distintas a las concernientes con la valoración de la prueba, en tanto no comprometan o afecten al principio de inmediación.

El caso del sistema vigente en la República de Chile, en el caso *Norín Catrیمان vs. Chile*, es uno por el cual, la CIDH resolvió sancionar al sistema chileno –por inconvencional, es decir, por no cumplir la disposición del art. 8.2 letra h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–, porque solamente permite impugnar la sentencia mediante recurso de nulidad (de reunir méritos para hacerlo), sin que, por afectar al principio de inmediación, pueda recurrirse apelando el fallo.

Al respecto, enlista tres posturas en la procedibilidad de la apelación en el sistema mexicano, concluyendo que solamente la segunda se identifica con las cláusulas del *derecho convencional*³: la primera, en la que se privilegia al principio de inmediación, impidiendo apelar la sentencia por temas de valoración probatoria; la segunda, en la que sí es admisible apelar la sentencia para que el juez superior “pueda volver

siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos que impliquen una violación grave del debido proceso”; <www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNP_170616.pdf>.

³ El término “derecho convencional” refiere las competencias que la Convención Americana sobre Derechos Humanos reserva a la CIDH: la primera, consultiva, no jurisdiccional, con la que puede absolver consultas in abstractum sobre cuestiones interpretativas; y la segunda, de índole contenciosa, en la que se dictan sentencias vinculantes para los Estados parte. Cfr. Eduardo Ferrer Mac – Gregor, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional* (Marcial Pons: 2013), 757.

sobre la valoración de la prueba y decidir si confirma, revoca o modifica el fallo que ha sido apelado”; y, la tercera, en que el examen procesal se circunscribe al control de racionalidad de la prueba.

En el sistema ecuatoriano el marco de la apelación es más amplio. El art. 653.6 del COIP⁴ establece que la procedibilidad de la apelación se resuelve en mérito de los fundamentos y alegaciones expresas formuladas por los sujetos procesales, y su procedencia se la declara finalizado el debate de la audiencia respectiva. En comparación con el sistema mexicano, el alcance normativo del principio de inmediación es menos restrictivo, pues, le permite al juez *ad quem* que conoce el recurso resolverlo en torno a la valoración de prueba ya obtenida hasta una posible inclusión de una prueba no solicitada al juez *a quo*, siempre que cumpla con los requisitos impuestos por el art. 617 *ibídem*.

La parte final, la tercera, inicia con el ensayo “**Constitucionalización del proceso penal**”, del doctor Iván Saquicela Rodas, conjuer de la Corte Nacional de Justicia, en el que pasa revista a conceptos constitucionalmente consagrados como el derecho a la tutela judicial efectiva en tanto derecho fundamental, y por tanto autónomo, que se constituye por

⁴ El art. 653 del COIP dice: “Procederá el recurso de apelación en los siguientes casos: 6. Finalizado el debate, la sala procederá a la deliberación y en mérito de los fundamentos y alegaciones expuestas anuncia su resolución en la misma audiencia”. Y, el art. 617 *ibídem* expresa que: “A petición de las partes, la o el presidente del tribunal podrá ordenar la recepción de pruebas que no se han ofrecido oportunamente, siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: 1. Que quien solicite, justifique no conocer su existencia sin hasta ese momento. 2. Que la prueba solicitada sea relevante para el proceso”.

cuatro elementos interdependientes cuya realización se concreta en la medida en que, según lo establecido por el art. 75 de la Constitución: 1. “El acceso a la justicia” represente una posibilidad cierta del ciudadano de ejercer el derecho público subjetivo de acudir ante el Estado a través del ejercicio del derecho de acción/excepción autónomo del derecho material cuyo reconocimiento se demanda, en el marco de “2. El debido proceso (arts. 76, 77 *ibídem*)” que, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad (art. 75, 168.4), comporta que el proceso judicial sea debidamente actuado y ofrezca a los sujetos procesales las garantías suficientes y necesarias de defensa en igualdad de condiciones que aseguren la justa resolución del litigio a través de una “3. Sentencia justa”, razonada, fundada y exteriorizada válidamente, esto es, motivada debidamente (art. 76. 7. l), que pueda ser “4. Impugnada a través de los cauces de recurribilidad (art. 76.7.m), y sea efectivamente ejecutada.

Al tiempo de desarrollar la doctrina del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, desagregándolo en el derecho al acceso a la justicia, el procesamiento de la petición, el derecho de una decisión motivada, el cumplimiento de la decisión, estudia la “reparación integral”, la cual, en el marco del derecho convencional y el derecho constitucional, comporta procurar que los titulares del derecho violado vuelvan a gozar del derecho de la manera más adecuada posible, restableciendo la situación anterior al daño causado. La configura como un derecho conformado por la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición, en el marco de lo preceptuado por los arts. 19 al 23 de la Constitución.

“Procesos penales como causal de refugio: discriminación y debido proceso” es un trabajo de gran valor informativo. El doctor Gonzalo García Steeman, consultor de la ACNUR⁵ pasa revista a la normativa del “Manual y Directrices sobre Procedimientos y Criterios para determinar la Condición de Refugiados del ACNUR”, y a la condición de *refugiado*, en función de la compleja misión que tiene la agencia al analizar una solicitud, examinando la existencia de los siguientes elementos para analizar la posibilidad o intención de acogerse a la protección de un determinado país: 1) Temor fundado, infundido al solicitante (o a amigos, familiares o conocidos) “sin necesidad de individualizar al autor de tales actos o las razones de los hechos”; 2) Que exista amenaza o violación “a la vida, o la libertad u otro derecho fundamental del individuo”, causa de alguno de los “motivos convencionales” previstos en los instrumentos internacionales: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, u opiniones políticas; 3) La individualización de la persecución que denuncia del solicitante, que es reconocido como un elemento sin definición unívoca, pero, en todo caso, la persecución “debe ser distinguida del castigo por un delito de derecho común (víctima o posible víctima de la injusticia no es igual a un prófugo de la justicia)”; y, 4) La determinación de los dispositivos de protección del Estado que no se activaron eficientemente en defensa del ciudadano. En todo caso, la remisión que debe hacerse a los instrumentos internacionales de derechos humanos para calificar una solicitud es una tarea muy necesaria.

⁵ Acrónimo de “Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados”.

Explica las Directrices números 6, 9 y 10 sobre protección internacional relativas a las solicitudes de asilo por: motivos religiosos, abusos y violaciones experimentadas por personas pertenecientes al colectivo de personas LGBTI, y quienes ejercen la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, respectivamente, de las que refiere –como elemento común que transversalmente las relaciona– que “(...) lo más frecuente es que la discriminación no está en la ley, sino en la forma de aplicarla”, por lo que se hace necesario remitirse a la ley nacional para analizar su consonancia con el derecho convencional, y en fin con los principios de derechos humanos, de modo que la aplicación normativa no se limite a una disposición particular sino al marco jurídico aplicable en forma integral.

Cierra la entrega el trabajo “**El Estado social, el derecho penal y el pluralismo jurídico**”, a cargo del doctor Álvaro Román Márquez. Desde la perspectiva de la filosofía crítica hace una travesía por la evolución del Estado liberal como construcción política y jurídica de la modernidad, a partir de la dogmática de la construcción del discurso político hegemónico, con la instrumentación del derecho penal y la política pública criminal como medios de control social, marcados por la impronta de la homogeneidad social y del monismo jurídico.

La idea de limitación del poder punitivo en el Estado social de derecho, con la impetración de los principios de utilidad en la intervención penal, subsidiariedad, fragmentariedad y de exclusiva protección de bienes jurídicos, es trazada por el autor en función de su utilidad y la prevención del

cometimiento de los delitos, a través de la fijación del tipo penal y la pena; al respecto, dice “(...) la norma primaria que es la conducta prohibida está dirigida a la sociedad en general para evitar que la violenten, y la secundaria la debe cumplir el juez al momento de imponer una pena”. En este aspecto, en el marco del derecho convencional razona que el significado de la subsidiariedad del derecho penal se traduce en su aplicación de *última ratio* cuando en la solución del conflicto social las ramas no penales del derecho han fracasado; que la subsidiariedad implica el reconocimiento de derechos reconocidos como bienes jurídicos de relevancia penal y dignos de ser protegidos; en un marco en que el derecho penal justifica su vigencia en tanto sistema de protección social.

Termina su propuesta con un análisis de casos constitucionales emblemáticos que representan el nuevo enfoque del derecho en el marco del Estado social, y concretamente desde una lectura del derecho en clave sociológica y con la impronta del Estado constitucional de derechos y justicia, desde el lado del pluralismo jurídico.

La posibilidad de contar con posturas vivenciales *del Derecho* y de la “Constitución viviente como experiencia cotidiana de las cortes”⁶, es alentadora. En esta introducción ofrezco un resumen de ideas propias, matizadas con comentarios sobre ensayos de gran variedad que, al tiempo de versar sobre materias distintas *prima facie*, al tratar sus contenidos, cruzan conceptos y generan intersecciones que enriquecen

⁶ Gustavo Zagrebelsky, Jueces constitucionales, en Miguel Carbonell, Edit., “Teoría del constitucionalismo” (Trotta: Madrid, 2007), 97.

epistémicamente al Derecho en función de los derechos y el debate de la legalidad.

Esta entrega de la serie “**Temas penales**” apunta a ver al Derecho desde la amplitud que ofrece la controversia que generan lo ideal y su práctica cotidiana.

Temas Penales 3

Primera Parte:
Conductas
Punibles

Delitos informáticos en el COIP

Jorge M. Blum Carcelén

*Magistrado de la Sala Especializada de lo Penal,
Penal Militar, Penal Policial y Tránsito
Corte Nacional de Justicia*

Sumario:

1. Introducción; **2.** Antecedentes históricos del delito informático; **3.** El bien jurídico protegido, en los delitos informáticos; **4.** Delitos informáticos en el COIP; **5.** Conclusión; **6.** Bibliografía.

1. Introducción

Cuando investigábamos la incidencia social de diferentes tipos delictivos en el “Instituto de Criminología y Derecho Penal Dr. Jorge Zavala Baquerizo”, indicábamos que una de sus manifestaciones o modalidades delictivas lo constituía, sin lugar a dudas, el delito informático, que forma parte de la delincuencia organizada, con todas sus presentaciones tecnológicas, ya que la informática no solo ha servido para dinamizar y simplificar las comunicaciones, el tráfico comercial, el entretenimiento y las relaciones interpersonales a nivel mundial, sino que también ha permitido el incremento de actividades delictivas como la criminalidad cibernética usando para ello la interceptación ilegal de información, borrado, deterioro, alteración, daño o supresión de información, propagación de virus, etc, que sirven para inutilizar un computador, tablet, teléfono celular o cualquier sistema público, privado o corporativo, ya sea para obtener información o simplemente para sustraer o desviar el dinero de una cuenta bancaria, provocando falsificaciones, estafas, robos, extorsiones, fraude, suplantación de identidad, atentado al honor, intimidación, trata de personas, pornografía infantil, lavado de dinero, contacto sexual por medios electrónicos y un sin fin de actividades prohibidas, las cuales aún no hemos podido conceptualizar plenamente como una infracción para sancionarla, porque quien delinque se sirve de la tecnología, como apoyo para la comisión de uno o varios delitos.

El “ciberdelito”, comprende las conductas criminales que tienen relación con el uso de la tecnología de la información y las comunicaciones; ingresando dolosamente a sistemas,

redes y datos de ordenadores tradicionales o en la nube del ciberespacio, así como en las bases de datos cibernéticas, mediante el ingreso ilegal a dichos sistemas, ya que la información en un sentido amplio se refiere no solo a textos, imágenes o sonidos, sino también a su creación, almacenamiento, transmisión y recepción a través de canales codificados, que han dado lugar a que los sistemas informáticos produzcan una nueva dimensión del espacio, y a la aparición de nuevos bienes jurídicos de interés para el derecho penal, como lo refiere Alberto Suárez Sánchez, ya que el uso indebido del sistema informático ha dado lugar al surgimiento de comportamientos lesivos de bienes jurídicos tradicionales produciéndose el delito que estamos investigando.¹

Hemos detectado que no existe una definición propia del delito informático, ya que todos los tratadistas refieren a “*cualquier acción ilegal en la que una computadora es herramienta y objeto del delito*”; podemos decir entonces que consiste en cualquier acción tecnológica de cómputo, que produce daño por la intromisión intencional al sistema informático; aunque otras corrientes del derecho, señalan que son los mismos delitos, pero ahora cometidos utilizando como arma la informática.

Diego F. Migliorisi², especialista en delitos informáticos, señala que el crecimiento de usuarios de Internet viene ascendiendo de modo vertiginoso, a una velocidad realmente

¹ Suarez Sanchez, Alberto, *Manual de Delito Informático en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pág. 41.

² Migliorisi, Diego F., *Informática y Delito. Infojus*, Sistema Argentino de Información Jurídica. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Buenos Aires, 2014 Pág. 271 y siguientes.

sorprendente y conforme a ello también asciende el número de delitos; y, al referirse a la Ciberdelincuencia en el siglo XXI indica “que se ha transformado en una de las mayores amenazas de la actualidad, por estos medios se controlan desde armas letales de gran alcance hasta la honorabilidad de las personas, ya que el efecto viral de la información subida a la web se trasmite al instante a todos los usuarios del mundo y quedará allí para siempre”.

Dicho autor argentino, clasifica a los delitos informáticos en dos grupos: los primeros, llamados “delitos típicamente informáticos” y son aquellos que nunca podían existir sin la informática y/o Internet; entre los que se encuentra el *hacking*, el *phishing*, el *spamming*, los *hoax*, infecciones informáticas por medio de virus o troyanos, que son programas espías o programas maliciosos destinados a la denegación de servicio, delitos relacionados con marcas, patentes y la identidad de las personas, como son los casos de *mettating*, *typosquatting* y *cyberquatting*, que son la apropiación de dominios de Internet, o la deep, que el internet profundo donde se puede encontrar ventas de armas, material pornográfico infantil, narcóticos, sicarios, hackers, testaferros, lavadores de dinero, e inclusive de *bitcoins* o moneda virtual.

El segundo grupo, los denomina “delitos configurados a través de Internet”, que son las infracciones tipificadas en los códigos penales y ejecutada a través de la informática, destacando entre ellos las calumnias, extorsiones, estafas, hurto informático, violación de correspondencia, instigación para cometer delitos, ejercicio ilegal de la medicina, delitos contra la propiedad intelectual, tipos de acoso que son *grooming*,

cyberbullyng, incitación a la corrupción de menores. Pero Migliorisi³ también indica, que existen otros canales de ciberespacio utilizados por delincuentes diferentes a la web, como la denominada *deep web*, que es una suerte de sub-red de redes, que por su estructura informática no forman parte de la Internet superficial, ni las páginas que la integran están indexadas por los motores de búsqueda, pero tienen generalmente contenidos ilegales; o la denominada *onion web* donde el delincuente se siente más seguro, ya que la posibilidad de determinar el origen de la conexión son remotas, constituyendo un verdadero desafío para los investigadores.

Entre las características que presenta el delito informático, es la rapidez de su comisión, la distancia que puede existir entre el lugar de realización de la acción ilícita y el de la producción del resultado; así como, la dificultad para descubrir a sus autores quienes además tienen la facilidad de borrar las huellas o alterar programas y datos sin dejar rastro, asegurando su impunidad, pues la complejidad de la materia reduce su conocimiento a un círculo limitado de expertos que es precisamente lo que se requiere para la mayoría de las modalidades delictivas que tienen relación con el daño informático, con la revelación ilegal de base de datos, con los ataques a la integridad de sistemas informáticos, a la intersección y acceso no consentido de un sistema informático, entre otros.

³ Op. Cit. Pág. 274.

2. Antecedentes históricos del delito informático

El delito informático en el Ecuador es reciente, se remonta al año 2002, con la expedición de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, conocida como Ley No. 67, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No.- 557 del 17 de abril de 2002, que contenía las infracciones informáticas, incrementando incipientemente el repertorio de delitos del Código Penal, que a esa época ya tenía más de 70 años de vigencia, pero que no contemplaba esta modalidad delictiva, propia de los adelantos tecnológicos y la utilización de la computadora, teléfonos móviles y la informática.

La antedicha ley tenía su fundamento en la importancia de procurar y defender el desarrollo del comercio, la producción, educación y la cultura, mediante el uso de los sistemas de información y de redes electrónicas, incluida la Internet, permitiendo la realización de múltiples negocios en los sectores público y privado, así como impulsar el acceso de la población a los servicios electrónicos, mediante la utilización de redes de información que facilitan los negocios y las relaciones nacionales como internacionales. Esta norma regula los mensajes, conservación y protección de datos, señalando que tienen igual valor jurídico que los documentos escritos; así como los efectos, requisitos, obligaciones, duración y extinción de la firma electrónica; parte de la ley actualmente se encuentra vigente, ya que incluye lo administrativo, regulando el comercio electrónico y otras normas del sector de las telecomunicaciones, habiéndose expedido el Reglamento General a la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de texto, publicado en el R.O. 735 del 31 de octubre

de 2002; el Instructivo de Aplicación al proceso administrativo de las infracciones tipificadas en la Ley Especial de Telecomunicaciones, Ley de Radiodifusión y Televisión y en la Ley de Comercio Electrónico que se encuentra publicado en el R.O. 277 del 13 de septiembre de 2010; y, la Codificación a dicho instructivo en el R.O. 377 del 3 de febrero de 2011, cuya normativa se encuentra en plena vigencia.

Pero, a partir del artículo 57 de la Ley de Comercio Electrónico, se contemplaba las “infracciones informáticas”, incorporándolas al ahora derogado Código Penal a continuación del artículo 202, incluyendo dos artículos que trataban sobre los delitos contra la información protegida, así como la obtención y utilización no autorizada de información. También a continuación del artículo 262 *Ibídem*, se tipificó lo referente a la destrucción maliciosa de documentos, en los que se incluyen los programas, datos, bases de datos, información o cualquier mensaje de dato contenido en un sistema de información o red electrónica.

La falsificación electrónica fue agregada a continuación del artículo 353 del Código Penal, indicando que la persona que con ánimo de lucro, o para causar un perjuicio a un tercero, utilizando cualquier medio altere, simule o modifique mensajes de datos o la información contenida en soporte material, sistema de información o telemático se la sancionaba conforme las penas señaladas para la falsificación de documentos en general.

Los daños informáticos y la destrucción de instalaciones para la transmisión de datos, fueron tipificados a continuación

del artículo 415 del Código Penal; y, en el artículo 528.7 ibídem, que se refiere a los delitos de explotación sexual, donde se incluyó la producción, comercialización y distribución de imágenes pornográficas; mientras que la apropiación ilícita, como delito contra la propiedad se lo agregó a continuación del artículo 553 de la mentada norma; y, en el artículo 606 del mismo cuerpo legal, como contravención de tercera clase, agregándolo a continuación del numeral décimo noveno, que se refería a la violación del derecho a la intimidad en los términos establecidos en la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.

El articulado antes señalado se mantuvo vigente desde abril de 2002 hasta que fueron derogados por la Disposición Derogatoria Novena del Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 180 del 10 de febrero de 2014, cobrando plena vigencia el 10 de agosto del mismo año.

3. El bien jurídico protegido en los delitos informáticos

Los diferentes delitos informáticos están ubicados en el Código Orgánico Integral Penal por el bien jurídico lesionado, como la pornografía infantil en las graves violaciones a los derechos humanos, la violación a la intimidad en los delitos contra el derecho a la libertad, la apropiación fraudulenta en el derecho a la propiedad, la revelación ilegal, interceptación y transferencia electrónica de datos, ataque a los sistemas informáticos, sobre la información reservada en los delitos contra

la seguridad de los sistemas de información y comunicación entre otros, como lo indica el maestro Ernesto Albán Gómez, los delitos se clasifican en tantas categorías cuantos bienes jurídicos lesionen⁴.

Como lo expresa Juan Bustos Ramírez⁵, los bienes jurídicos, son relaciones sociales concretas, como la vida, la salud, sin perjuicio de ser valores naturales, que son protegidos frente a conductas humanas. Mientras que Francisco Muñoz Conde⁶, sobre los bienes jurídicos, indica que son presupuestos que la persona necesita para su auto relación y el desarrollo de su personalidad en la vida social; encontrándose en primer lugar la vida y la salud, así como otros presupuestos materiales que sirven para conservar la vida y aliviar el sufrimiento, como los medios de subsistencia, alimentos, vestidos, vivienda etc.; y, otros ideales que permiten la afirmación de la personalidad y su libre desarrollo, como el honor y la libertad; a estos presupuestos existenciales e instrumentales se los conoce como bienes jurídicos individuales, en cuanto afectan directamente a la persona en forma individual.

Pero junto a ellos, también existen los llamados bienes jurídicos colectivos que afectan a la sociedad como tal, al sistema social que lo constituye la agrupación de varias personas individuales y supone un cierto orden social o estatal. Entre

⁴ Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano –COIP*, Ediciones legales, Primera Edición. Quito, 2014, Pág. 119.

⁵ Bustos Ramírez, Juan, *Control Social y Otros Cambios*, Volumen V, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2008, Pág. 502.

⁶ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte General*, 9º Edición, Ed. Tirnat lo Blanch, Valencia, 2015, Pág. 63.

estos bienes jurídicos sociales o universales se encuentran la salud pública, el medio ambiente, la seguridad colectiva, la organización política; y, la libertad informática, que al ser infringidos, no solo lesiona un bien protegido, sino que afecta contra la seguridad colectiva, que confía en la veracidad de la información o en las claves de acceso a la base de datos que contiene toda la producción tecnológica.

El tratadista Alfonso Zambrano Pasquel⁷, sostiene que la protección penal de los bienes jurídicos es un problema de política criminal, considerando que las nuevas formas de criminalidad se convencen en encontrar las mejores respuestas en el Derecho Penal y ocurre así con los delitos informáticos, la pornografía, los delitos contra el medio ambiente, contra la economía, en temas de terrorismo, con bienes jurídicos colectivos, incluso de bienes jurídicos universales; con la finalidad de que la respuesta penal sea la mejor.

Consideramos que el delito informático, en sus múltiples manifestaciones, lesiona varios bienes jurídicos, según su modalidad de ejecución, convirtiéndose en delitos pluriofensivos o compuestos, como lo refieren los autores Claudio Magliona y Macarena López, citados por Páez y Acurio⁸, cuando refieren: “que se caracterizan porque simultáneamente protegen varios intereses jurídicos, sin perjuicio de que uno de tales bienes está independientemente tutelado por otro tipo”.

⁷ Alfonso Zambrano Pasquel, *Derecho Penal*, Parte General, Editores Murillo, Guayaquil, 2017, Pág. 108.

⁸ Páez Rivadeneira, Juan José y Acurio Del Pino, Santiago, *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Pág. 211.

En conclusión, no se afecta un solo bien jurídico, sino una diversidad de ellos como lo explican los destacados investigadores nacionales Juan José Páez y Santiago Acurio⁹ en su obra de Derecho y Nuevas Tecnologías, quienes al referirse al tema que estamos tratando, indican:

Podemos decir que el bien jurídico protegido de acuerdo con nuestra Constitución, es la llamada “libertad informática”, la misma que consiste, como expresión de la libertad del individuo, en el derecho de utilizar lícita y libremente, con los límites constitucionales y legales la tecnología informática (...) de tal forma que los delitos informáticos pueden verse como violación a esa libertad informática, como infracción de las distintas libertades a las que se puede extenderse el empleo de estas tecnologías y en especial a la generación de la información (...) considerada por diferentes formas, ya sea por valor económico como un valor intrínseco de la persona, por su fluidez y tráfico jurídico; y, finalmente por los sistemas que la procesan o automatizan, como un producto de la llamada sociedad de la información; cuyas condiciones se equiparan a los bienes jurídicos protegidos tradicionales como el patrimonio con su amplia gama de fraudes informáticos y las manipulaciones de datos; la reserva, la intimidad y confidencialidad de los datos, como las agresiones informáticas a la esfera de la intimidad en forma general; la seguridad o fiabilidad del tráfico jurídico y probatorio, como las falsificaciones de datos o documentos probatorios vía medios informáticos; y, el derecho a la propiedad, en este

⁹ Op. cit. Pág. 210.

caso, sobre la información o sobre los elementos físicos o materiales de un sistema informático, que es afectado por los daños y el llamado terrorismo informático.

Es así como lo ha concebido el Asambleísta, al ubicarlos en el catálogo de delitos que contiene el Código Orgánico Integral Penal, según el bien jurídico ofendido, constituyéndose en delitos de lesión y además de peligro; ya que el acceso abusivo a un sistema informático, como el uso malicioso del software y la violación de datos personales, constituyen delitos de peligro; mientras que son delitos de lesión, el daño informático, el hurto por medios informáticos y la transferencia no consentida de activos.

4. Sistema de imputación a las personas jurídicas:

El Código Orgánico Integral Penal, ha tipificado una serie de delitos, que se ejecutan a través de medios informáticos, como pasamos analizar:

4.1. Pornografía, comercialización y distribución de material pornográfico con utilización de niñas, niños y adolescentes:

El Código Orgánico Integral Penal, en el Título IV, trata sobre las infracciones en general, en cuyo capítulo primero, se refiere a las “graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario”, el mismo que se encuentra compuesto de cuatro secciones; denominando a la tercera “diversas formas de explotación”, sobre la extracción de órganos y tejidos; el tráfico de

órganos; turismo para la explotación de órganos, la explotación sexual de personas, la prostitución forzada, el turismo sexual, incluyendo en el artículo 103, el denominado delito de: “pornografía con la utilización de niñas, niños y adolescentes”; señalando que:

A la persona que fotografía, filme, grabe, produzca, transmita o edite materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato que contenga la representación visual de desnudos o semidesnudos reales o simulados de niñas, niños o adolescentes en actividad sexual, sancionándolo con pena privativa de libertad de 13 a 16 años. Si la víctima, además, sufre algún tipo de discapacidad o enfermedad grave o incurable, se sancionará con pena de 13 a 16 años. Cuando la persona infractora sea el padre, la madre, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor, representante legal, curador o pertenezca al entorno íntimo de la familia; ministro de culto, profesor, maestro o persona que por su profesión o actividad haya abusado de la víctima, será sancionado con pena privativa de libertad de 22 a 26 años.

También se debe considerar que el 50 % de los delitos que se cometen en internet se los ejecuta mediante la pornografía infantil, ya que este tipo penal sanciona a quien utiliza materiales pornográficos, fotocopie, grabe, produzca o edite imágenes desnudas o semidesnudas donde aparezcan niños, niñas o adolescentes y para ello, no se requiere que sea técnico o con conocimientos en informática, sino que se sanciona la utilización y difusión informática, lo que es muy común en redes sociales como el Facebook, donde se difunden imágenes

realizando actividades sexuales, o cuando se exponen las partes genitales con finalidad sexual, adecuan su accionar a dicho tipo penal.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos Niños, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que fue aprobado en la Asamblea General de Naciones Unidas, sesión plenaria del 25 de mayo de 2000, tomando en consideración la Conferencia Internacional de Lucha contra la Pornografía Infantil en la Internet, que fuera celebrada en Viena en 1999, en la que se solicitaba se incluya la tipificación de la producción, comercialización, distribución, trasmisión de todo tipo de pornografía por internet, donde se utilicen niños, señalando en el artículo 2.c), de dicho protocolo que la utilización de niños en la pornografía se entiende a toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas o toda representación de las partes genitales de un niño, con fines primordialmente sexuales; y, por ello al ser ratificado por el Ecuador no solo sanciona la pornografía infantil, sino también la comercialización y distribución del material pornográfico como se establecen en los siguientes disposiciones:

El artículo 104 del COIP, se refiere a la “comercialización de pornografía, con utilización de niñas, niños o adolescentes”, tipificando que: “la persona que publicare, compre, posea, porte, transmita, descargue, almacene, importe, exporte o venda, por cualquier medio, para uso personal o para intercambio pornografía de niños, niñas y adolescentes, será sancionado con pena privativa de libertad de diez a trece años”.

Otro de los tipos penales se refieren a la “distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes”, es el tipificado en el artículo 168 del COIP, que señala: “la persona que difunda, venda o entregue a niñas, niños o adolescentes, material pornográfico, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

La exhibición pornográfica que refieren los tipos penales, antes transcritos, se la puede realizar por medios electrónicos, telemáticos, o utilizando el internet, ingresando a *youtube*, como ha ocurrido en una escuela de la ciudad de Quito, en la que el profesor les presentaba películas pornográficas y obligaba a los estudiantes a graficar cada acto, entre los niños que formaban el grado escolar y por el que fue sancionado penalmente dicho maestro y se obligó al centro de estudios a ofrecer disculpas públicas, como medida de satisfacción.

El Asambleísta ha considerado que este tipo de delito, debe formar parte de los delitos que producen graves violaciones a los derechos humanos, precisamente porque atenta a los derechos de los niños, niñas y adolescentes; cuya norma constitucional precautela el “principio del interés superior del niño”, en cuyo artículo 44 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; atendiendo en forma prioritaria su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas”; mientras que el artículo 78 *ibídem*, dispone que: “las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente

en la obtención y valorización de pruebas”; a su vez el artículo 69 del Código de la Niñez y la Adolescencia, define que: “la pornografía infantil, es toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña y adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; o de su órganos genitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual”.

Como podemos apreciar, se han recogido en el repertorio de delitos, diferentes tipos de abusos que se presentan contra los niños, niñas y adolescentes, sancionando cualquier agresión que se produzca en su contra, cumpliendo así con la normativa sobre derechos humanos, que referente al interés superior del niño ha señalado, que debe ser entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y adolescencia, constituyendo un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños y los menores de edad como sujetos de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos, como los que sean propios de su condición de niño.

La trata de personas, así como la explotación sexual, la prostitución forzada, el turismo sexual y la pornografía infantil, constituyen delitos que son sancionados con penas privativas de libertad; pero también la denominada “pornografía infantil”, por la forma de su ejecución; pero para ello, es necesario que el acto de fotografiar, filmar, grabar materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos, deban ser dirigidos contra niños, niñas y adolescentes o utilizando a estos en las representaciones gráficas, lo cual es muy común en la pornografía infantil.

El verbo rector es fotografiar, filmar, grabar, producir, transmitir o editar materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato que contenga la representación visual de desnudos o semidesnudos reales o simulados de niñas, niños o adolescentes; utilizando para ello, las diversas formas que hemos señalado, ejecutadas en forma dolosa, configurando la actividad ilícita cuando se obtiene el soporte físico o formato que contenga dicha representación visual, lo cual debe ser sancionado aunque no hayan sido puestos en circulación o difundidos por los medios de comunicación o redes sociales; simplemente es el hecho de la fotografía pornográfica, que lleve implícito una connotación de carácter sexual que ponga en peligro su indemnidad sexual y dignidad.

En la práctica este tipo penal, en la mayoría de las veces, se presenta cuando se exige a un niño, niña o adolescente, a través de la utilización de teléfonos inteligentes, que se tomen fotografías de distintas partes del cuerpo y se la remita, a quien aparece oculto, con identificación falsa, pero en realidad es un delincuente informático, quien puede ser la persona que la difunde, produciendo un daño irreparable a las víctimas, muchas veces que ni siquiera conocen que en otras latitudes informáticas, está siendo comercializada su fotografía, mostrando alguna parte íntima de su cuerpo, brindándole réditos, que pueden ser económicos o de cualquier otra naturaleza.

En la obra “Ratio Decidendi, Obiter Dicta”, que publicó la Corte Nacional de Justicia, con las sentencias 2012 - 2013 de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, pág. 177, en la causa 489-2011, mediante Resolución No. 1049-2012,

cuando se trata sobre la “pornografía infantil”, la ratio decidendi, en dicha causa señaló que:

...las acciones propiamente típicas dentro de esta conducta punible son producir, publicar y comercializar material pornográfico en la que participen los menores de dieciocho años, agravándose la pena de acuerdo a la edad de la víctima. La pornografía infantil involucra toda representación visual y real de niños y niñas, realizando actividades explícitamente sexuales, vulnerando derechos como la dignidad, igualdad, autonomía, bienestar integral físico y psíquico, a fin de obtener una gratificación sexual, ganancia financiera o un logro individual;...

Estableciéndose que dicho concepto se mantiene actualmente en el COIP y por ende su análisis es pertinente; ya que también se encontraba tipificado en el artículo 528.7 del Código Penal, actualmente derogado, cuyo tipo penal decía:

Quien produjere, publicare, o comercializare imágenes pornográficas, materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos, o de cualquier otro soporte físico o formato, u organizare espectáculos en vivo, con escenas pornográficas en que participen los mayores de catorce y menores de dieciocho años, será reprimido con la pena de seis a nueve años de reclusión menor ordinaria, el comiso de los objetos y de los bienes producto del delito, la inhabilidad para el empleo, profesión u oficio.

La actual normativa que contiene el COIP, amplió el rango para las víctimas, ya que ahora pueden ser objeto de este delito de pornografía, todo niño, niña y adolescentes, es decir, desde

el nacimiento hasta antes de cumplir la mayoría de edad; con el incremento de las penas, por el impacto que produce en la víctima y en la sociedad.

Consideramos que el bien jurídico lesionado, por el artículo 103 del COIP que se refiere a la pornografía con utilización de niños y adolescentes, son la indemnidad y la libertad sexual, siendo el sujeto activo cualquier persona que fotografíe, filme, grabe y transmita o edite dichas imágenes; mientras que el artículo 104 *ibídem*, que se refiere a la comercialización de pornografía utilizando a niños y adolescentes al igual que el anterior, el bien jurídico protegido es la libertad e indemnidad sexual, cuyo sujeto activo es la persona que se encuentre comercializando o distribuyendo el material pornográfico.

Se entiende por indemnidad sexual de la víctima, quien por su tierna edad, no tiene conocimiento que la fotografía o imagen desnuda o semidesnuda, utilizada con finalidad sexual es pornografía infantil, por cuanto el niño, niña y adolescente, aún carece o no ha logrado un desarrollo de su madurez lo suficientemente necesario para poder en forma consciente y libre conocer su realidad sexual, ya que las agresiones de tipo sexual a temprana edad, condenan a la víctima, a una vida infeliz, destruye la personalidad y genera desequilibrio biológico, trastocando su proceso de formación de la personalidad.

4.2. Contacto con finalidad sexual, con menores de 18 años por medios electrónicos

Con el avance de la tecnología, también se han presentado una serie de eventos delictivos, en los que se incluye como

medio de ejecución la informática, con la utilización de sistemas de comunicación simples, como el teléfono o a través de sofisticadas computadoras, las que son utilizadas por sádicos sexuales, con apariencia distinta a la real, con nombres y edades cambiadas, logrando que incautos cibernautas, accedan a mantener relaciones sexuales por vía electrónica, que se aparta del acto sexual convencional entre parejas, sino que para su consumación utilizan palabras sugestivas, fotografías y hasta filmaciones donde se pide a la propia víctima que realice actos de tocamientos corporales, o simplemente “contacto sexual por medios electrónicos”.

Destacando que esta modalidad delictiva es de reciente creación en el repertorio de delitos que contiene el COIP y que no estaba previsto en el derogado Código Penal; ya que el incremento de su ejecución se produjo en los últimos años, previo a la expedición de la nueva normativa penal, incluyendo ésta, que se refiere al contacto con finalidad sexual con menores de 18 años por medios electrónicos, como el ocurrido, en el proceso penal No.- 0592-2016 de la Corte Nacional de Justicia, cuyos hechos refieren, que el procesado tomó contacto con una niña a través de medios electrónicos, como correos electrónicos y mensajes por *WhatsApp*, enmarcándose dichos mensajes en lo erótico; que dicha conducta la ejecutó aprovechándose de su condición de profesor y por ser amigo de la familia, llegando a conocer que carecía de una figura paterna. Recalcando la prueba de la acusación particular, la existencia de una serie de mensajes, donde constan las proposiciones explícitas de carácter sexual hechas por el acusado en horas de la madrugada a la víctima, que decían: te amo; necesito tocarte; amo tus curvas; me baño pensando en ti; quiero abrazarte; me gusta besarte.

En los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, el COIP recoge varios tipos penales como la inseminación no consentida, acoso sexual, estupro, distribución de material pornográfico, la corrupción de niñas, niños y adolescentes, abuso sexual, violación y en el artículo 173 se refiere al “contacto con finalidad sexual con menores de 18 años por medios electrónicos”, indicando que: “La persona que a través de un medio electrónico o telemático proponga concertar un encuentro con una persona menor de dieciocho años, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual o erótica, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

Debemos notar que este tipo penal exige que el contacto para el acercamiento con finalidad sexual, se lo realice por medios electrónicos, con lo que primero establecemos que no se requiere el contacto físico del agresor contra la víctima; sino que el medio electrónico debe servir para “contactarle”, por vía telefónica, *WhatsApp*, o por cualquier red social, el sitio del encuentro, para “encaminarse”, ahora sí mediante actos materiales de acercamiento; pero para ello debe existir la demostración que el acercamiento tiene como finalidad lo sexual o lo erótico; para ello, la exteriorización debe concretarse mediante frases para que produzcan en la víctima el engaño, sin que sea necesaria ejercer la fuerza; ya que consideramos que una persona mayor, en la mayoría de las ocasiones se le acerca al niño, niña o adolescente con intención de carácter sexual y por lo tanto encuadraría su accionar en dicho tipo penal, que es el acoso sexual o también conocido como *Grooming*, que son aquellos adultos que realizan conductas o acciones para ganarse la confianza de un menor de edad, con

el fin de obtener beneficios sexuales, las salas de chat, redes sociales, o cualquier otro punto de reunión virtual, para ganar la confianza de menores a quienes con engaño le proponen reunirse, pero siempre el objetivo es de carácter sexual.

También este tipo penal, se refiere al acercamiento, indicando que: “cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción o intimidación, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”; y si se lo realiza “suplantando la identidad de un tercero” o “mediante el uso de una identidad falsa por medios electrónicos o telemáticos”, y con ellos se establezca comunicaciones de contenido sexual o erótico con una persona menor de 18 años o con discapacidad, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

4.3. La oferta de servicios sexuales con menores de 18 años por medios electrónicos

Por los medios de comunicación social de nuestro país, constantemente se difunden noticias, dando a conocer la aprehensión de personas que ofertan servicios sexuales por medios electrónicos de menores de edad y para ello basta con ingresar alguna frase sugestiva, para que el buscador de internet inmediatamente direcciona a páginas donde aparece dicha oferta, que es toda actividad comercial que se dedica a ofrecer servicios sexuales, por cualquier medio informático en donde se exponen imágenes de niños, niñas y adolescentes, es constitutivo del delito, como lo refiere el artículo 174 del COIP, señalando que: “la persona que utilice o facilite el correo electrónico, chat, mensajería instantánea, redes sociales, blogs,

fotoblogs, juegos en red o cualquier otro medio electrónico o telemático para ofrecer servicios sexuales con menores de 18 de años de edad, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años”.

El verbo rector es “ofrecer” servicios sexuales con menores a 18 años, lo que sin lugar a dudas violenta la protección que el Estado brinda a los niños, niñas y adolescentes, cuya modalidad delictiva es muy común en redes sociales y se encuentra vinculada también a otros delitos como la trata de personas, que no necesariamente representan actos de pornografía infantil, sino que se utilizan las imágenes de niños, niñas y adolescentes para promocionar y ofertar sus servicios sexuales, formando parte de los delitos sexuales, que atentan contra la indemnidad y libertad sexual; destacando que se configura el tipo cuando la oferta de servicios sexuales se la realiza por medios electrónicos.

4.4. La violación a la intimidad

El artículo 66.20 de la Constitución de la República del Ecuador, garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar, con el que se protege el espacio familiar y personal de intromisiones ajenas; ya que las personas tenemos derecho a mantener en privado nuestras experiencias pasadas, así como las situaciones actuales o carencias físicas y psíquicas, que no deben ser conocidos por personas extrañas, ya que causarían incomodidad.

El derecho a la intimidad no solo abarca las interrelaciones familiares o personales, sino también las comunicaciones

o correspondencias, incluyendo la información contenida en los teléfonos digitales; representando dicho derecho al respeto que se debe tener a los sentimientos íntimos del ser humano, en los que se incluyen sus opciones sexuales, fotografías y demás información.

El derecho a la intimidad, se incluyó en el nuevo ordenamiento jurídico penal, ya que es muy frecuente que a través de las redes sociales se publiquen imágenes, que atentan contra dicho derecho y que han sido divulgadas sin la debida autorización de su titular.

El artículo 178 del COIP, se refiere a la violación a la intimidad, señalando que:

La persona que, sin contar con el consentimiento o la autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y vídeo, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. No son aplicables estas normas para la persona que divulgue grabaciones de audio y vídeo en las que interviene personalmente, ni cuando se trata de información pública de acuerdo con lo previsto en la ley.

Para la aplicación de esta infracción debemos entender que el verbo acceder tiene como connotación entrar en un lugar, pasar por él o ingresar sin la autorización debida, ya sea de manera directa o remota, mediante la utilización del sistema

informático que es precisamente lo que realiza el hacker, que es la persona que supera, viola las seguridades, descifrando los códigos de acceso, quien con o sin motivo alguno accede o intercepta la información contenida en los soportes informáticos. Comete esta infracción también quien reproduce, difunde o publica la información obtenida ilegalmente.

El tipo penal antes transcrito, no formaba parte de los delitos informáticos que contenía el derogado Código Penal, que no consideraba esta modalidad delictiva como infracción penal, sino como contravención de tercera clase, sancionada por el artículo 606.20, con pena de multa de siete a catorce dólares y prisión de 2 a 4 días, cuando:

Se violare el derecho a la intimidad en los términos establecidos en la ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos”; la que establecía en la disposición general octava, que “el derecho a la intimidad previsto en la Constitución de la República, para efectos de esta ley, comprende también el derecho a la privacidad, confidencialidad, a la reserva al secreto sobre los datos proporcionados en cualquier relación con terceros a la no divulgación de los datos personales y a no recibir información o mensajes no solicitados.

La violación a la intimidad, contiene una diversidad de verbos rectores como acceder, interceptar, grabar, difundir, entre otros, sin el consentimiento o la autorización legal del titular o propietario de la información contenida en archivos informáticos; haciendo hincapié en que se debe probar que dicha divulgación no ha contado con el consentimiento de la persona, ya que, si quien lo divulga por voluntad propia es quien

aparece también en la imagen, no se habrá constituido el delito; ni tampoco cuando la información ya sea pública, siempre y cuando se hubiere acreditado la veracidad y su fuente; quedando claro que se debe proteger el derecho a la vida privada y el honor de las personas.

4.5. La apropiación fraudulenta

Para analizar los nuevos tipos delictivos como el delito informático con sus diferentes modalidades de ejecución, debemos aceptar que existen nuevas formas de ejecutar los delitos de hurto, robo y la apropiación ilícita, ya que este tipo de criminalidad también abarca el ámbito informático, telemático y las redes informáticas, porque se ha proliferado el uso de la informática, para la transferencia de dinero, pago de salarios o de servicios básicos, compra de todo tipo de objetos, transferencias interbancarias, retiro de dinero, uso de tarjetas de crédito y débito, etc., que forman parte del telemercado, en los que la delincuencia utilizando varias metodologías logran visualizar la clave de acceso a cuentas de personas naturales o jurídicas, con la finalidad de apropiarse fraudulentamente de bienes, valores o derechos de terceros; todo lo cual, llevó a que el Estado reformule su política criminal y enfrente la astucia del criminal informático e incorpore nuevas formas de ejecución delictivas, como la apropiación fraudulenta, mediante la utilización de sistemas informáticos, sancionando también la reprogramación, modificación, intercambio, compra, reemplazo, y comercialización ilícita de terminales móviles.

El Código Orgánico Integral Penal, en la sección novena, dentro de los delitos contra los derechos de la libertad, tipifica

las infracciones cometidas en contra del derecho a la propiedad, entre los que se encuentra la extorsión, estafa, abuso de confianza, aprovechamiento ilícito de servicios públicos, robo, hurto y la apropiación fraudulenta por medios electrónicos, que formaba parte del artículo 553.1 del derogado Código Penal; ahora tipificado en el artículo 190 del COIP, que señala:

La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno o que procure la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos en perjuicio de esta o de una tercera, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. La misma sanción se impondrá si la infracción se comete con inutilización de sistemas de alarma o guarda, descubrimiento o descifrado de claves secretas o encriptadas, utilización de tarjetas magnéticas o perforadas, utilización de controles o instrumentos de apertura a distancia, o violación de seguridades electrónicas, informáticas u otras semejantes.

Los verbos rectores de la transcrita disposición jurídica son: “utilizar” y “transferir”; con los que se debe producir la alteración; “manipulación”; “modificación” o “inutilización”; fraudulentamente el sistema informático; tanto más que el bien jurídico protegido no solo lo representa el derecho de propiedad individual, sino que también ataca bienes de carácter colectivo como la seguridad y confianza que precisamente

el usuario tiene respecto de los sistemas informáticos, redes telefónicas o las telecomunicaciones, como lo refiere el profesor Juan Vizuela Ronquillo¹⁰, cuando afirma:

Vale recalcar la concepción dual del bien jurídico protegido, esto es, que se produzca un resultado influido o alterado del proceso de datos, con lo cual se lograría demostrar que la ejecución del delito no solo tendría repercusiones sobre el patrimonio del individuo, sino también sobre el sistema económico, afectándose con ello, un interés protegido de carácter colectivo, como es la seguridad y confianza que los ciudadanos tienen en este tipo de tráfico comercial.

Debemos aclarar que este tipo delictivo cambió de denominación, con la expedición del COIP, ya que pasó a llamarse apropiación fraudulenta, cuando en el derogado Código Penal, se lo establecía como apropiación ilícita, describiendo los medios y la forma de su cometimiento, ya sea inutilizando sistemas de alarma; el descubrimiento de claves secretas; la utilización de tarjetas magnéticas o controles de apertura a distancia y la violación de seguridades electrónicas, todo lo cual se encuentra recogido en el actual artículo antes citado.

Entre las infracciones que se han incorporado al repertorio de delitos, como parte de los delitos que atentan contra la propiedad, también encontramos lo relacionado a los equipos terminales móviles, cuya utilización en los últimos tiempos,

¹⁰ Vizuela Ronquillo, Juan, Delitos Informáticos en el Ecuador, Editorial-Edino, Año 2011, Pág. 82.

ha crecido en magnitudes desproporcionadas, ya que en su gran mayoría poseen varios equipos terminales móviles de última tecnología, aumentando también el hurto o el robo de dichos equipos, pasando a constituir, una de las cifras más altas de la actividad delictiva, que atentan la tranquilidad ciudadana, por lo que era necesario incrementar tipos penales que tengan relación, con la reprogramación, compra, intercambio y comercialización de terminales móviles, como lo describimos en el siguiente articulado:

Artículo 191. Reprogramación o modificación de información de equipos terminales móviles.- La persona que re programe o modifique la información de identificación de los equipos terminales móviles, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Artículo 192. Intercambio, comercialización o compra de información de equipos terminales móviles.- La persona que intercambie, comercialice o compre bases de datos que contengan información de identificación de equipos terminales móviles, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Artículo 193. Reemplazo de identificación de terminales móviles.- La persona que reemplace las etiquetas de fabricación de los terminales móviles que contienen información de identificación de dichos equipos y coloque en su lugar otras etiquetas con información de identificación falsa o diferente a la original, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Artículo 194. Comercialización ilícita de terminales móviles.- La persona que comercialice terminales móviles con violación de las disposiciones y procedimientos previstos en la normativa emitida por la autoridad competente de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Artículo 195. Infraestructura ilícita.- La persona que posea infraestructura, programas, equipos, bases de datos o etiquetas que permitan reprogramar, modificar o alterar la información de identificación de un equipo terminal móvil, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. No constituye delito, la apertura de bandas para operación de los equipos terminales móviles.

4.6. Los delitos contra la seguridad de activos de los sistemas de información y comunicación

Hemos dicho que las nuevas modalidades delictivas en torno al delito informático, han obligado al Asambleísta a incrementar nuevos tipos delictivos que no formaban parte del derogado Código Penal; ahora en el COIP se incluyen éstas tratando así de precautelar la seguridad de los sistemas de comunicación, precisamente porque los adelantos tecnológicos y la rapidez de la información informática mundial, amerita que se implementen sanciones para quienes acceden sin autorización del propietario, a contenidos informáticos.

En la sección tercera del capítulo tercero del COIP, que se refieren a los delitos contra los derechos del Buen Vivir, se desarrollan los tipos penales contra la seguridad de los activos

de los sistemas de información y comunicación, tipificando las actividades delictivas que se refieren a la revelación, e intersección ilegal de base de datos, la transferencia electrónica de activo patrimonial, el ataque a la integridad de sistemas informáticos; describiendo además, los delitos contra la información pública reservada legalmente, así como el acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones.

La base de datos, es un almacenamiento informático de archivos digitales, que posee una persona natural o jurídica, para facilitar el desenvolvimiento de sus tareas personales, profesionales y comerciales, en los que no se puede ingresar o acceder sin su autorización; ya que la violación a dicho almacenamiento de datos, atenta contra bienes jurídicos, que pueden ser no solo la intimidad y propiedad, sino también la seguridad que representan los sistemas informáticos; constituyendo la base de datos, los archivos que en forma sistematizada guardan información en ciertos criterios de ordenación que no pueden revelar aspectos propios de una persona o hasta fichas médicas de pacientes, registros laborales, planillas de trabajadores, antecedentes personales o judiciales, etc., porque en realidad son ficheros o soportes inmateriales que contienen información, como pasamos a describirlos:

“Artículo 229. Revelación ilegal de base de datos.-

La persona que, en provecho propio o de un tercero, revele información registrada, contenida en ficheros, archivos, bases de datos o medios semejantes, a través o dirigidas a un sistema electrónico, informático, telemático o de telecomunicaciones; materializando voluntaria e intencionalmente la violación del secreto, la

intimidad y la privacidad de las personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Si esta conducta se comete por una o un servidor público, empleadas o empleados bancarios internos o de instituciones de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera o contratistas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”.

“Artículo 230. Interceptación ilegal de datos.- Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años:

1. La persona que sin orden judicial previa, en provecho propio o de un tercero, intercepte, escuche, desvíe, grabe u observe, en cualquier forma un dato informático en su origen, destino o en el interior de un sistema informático, una señal o una transmisión de datos o señales con la finalidad de obtener información registrada o disponible.
2. La persona que diseñe, desarrolle, venda, ejecute, programe o envíe mensajes, certificados de seguridad o páginas electrónicas, enlaces o ventanas emergentes o modifique el sistema de resolución de nombres de dominio de un servicio financiero o pago electrónico u otro sitio personal o de confianza, de tal manera que induzca a una persona a ingresar a una dirección o sitio de internet diferente a la que quiere acceder.
3. La persona que a través de cualquier medio copie, clone o comercialice información contenida en las bandas magnéticas, chips u otro dispositivo electrónico que esté soportada en las tarjetas de crédito, débito, pago o similares.
4. La persona que produzca, fabrique, distribuya, posea o facilite materiales, dispositivos electrónicos o

sistemas informáticos destinados a la comisión del delito descrito en el inciso anterior”.

Artículo 231. Transferencia electrónica de activo patrimonial.- La persona que, con ánimo de lucro, altere, manipule o modifique el funcionamiento de programa o sistema informático o telemático o mensaje de datos, para procurarse la transferencia o apropiación no consentida de un activo patrimonial de otra persona en perjuicio de esta o de un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Con igual pena, será sancionada la persona que facilite o proporcione datos de su cuenta bancaria con la intención de obtener, recibir o captar de forma ilegítima un activo patrimonial a través de una transferencia electrónica producto de este delito para sí mismo o para otra persona”.

“Artículo 232. Ataque a la integridad de sistemas informáticos.- La persona que destruya, dañe, borre, deteriore, altere, suspenda, trabe, cause mal funcionamiento, comportamiento no deseado o suprima datos informáticos, mensajes de correo electrónico, de sistemas de tratamiento de información, telemático o de telecomunicaciones a todo o partes de sus componentes lógicos que lo rigen, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Con igual pena será sancionada la persona que:

1. Diseñe, desarrolle, programe, adquiera, envíe, introduzca, ejecute, venda o distribuya de cualquier manera, dispositivos o programas informáticos maliciosos o programas destinados a causar los efectos señalados en el primer inciso de este artículo.

2. Destruya o altere sin la autorización de su titular, la infraestructura tecnológica necesaria para la transmisión, recepción o procesamiento de información en general.

Si la infracción se comete sobre bienes informáticos destinados a la prestación de un servicio público o vinculado con la seguridad ciudadana, la pena será de cinco a siete años de privación de libertad.

Este tipo penal se refiere a la destrucción, daño, borrado, deterioro, alteración del normal funcionamiento de un sistema informático, y para ello debemos concebir al daño informático no por el concepto tradicional de afectación a un bien mueble o inmueble, sino al que se produce al software o al hardware, que forman parte del objeto material o elementos físicos de la informática, también conocidos como herramientas, base de datos, instalaciones o materias primas, especificándose que el daño se puede producir a los elementos físicos como a los lógicos, pudiendo afectar a ambos o a uno de ellos.

El daño puede producirse en el instante mismo que se lo ejecuta o a futuro cuando se le introduce un virus que se activará al ejecutar determinada función, que no puede ser detectado sino hasta el instante que se produce la falla informática, que atentó contra el elemento lógico del sistema informático.

Artículo 233. Delitos contra la información pública reservada legalmente.- La persona que destruya o inutilice información clasificada de conformidad con la Ley, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La o el servidor público que, utilizando cualquier medio electrónico o informático, obtenga este tipo de información, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando se trate de información reservada, cuya revelación pueda comprometer gravemente la seguridad del Estado, la o el servidor público encargado de la custodia o utilización legítima de la información que sin la autorización correspondiente revele dicha información, será sancionado con pena privativa de libertad de siete a diez años y la inhabilitación para ejercer un cargo o función pública por seis meses, siempre que no se configure otra infracción de mayor gravedad.

Artículo 234. Acceso no consentido a un sistema informático, telemático o de telecomunicaciones.- La persona que sin autorización acceda en todo o en parte a un sistema informático o sistema telemático o de telecomunicaciones o se mantenga dentro del mismo en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho, para explotar ilegítimamente el acceso logrado, modificar un portal web, desviar o redireccionar de tráfico de datos o voz u ofrecer servicios que estos sistemas proveen a terceros, sin pagarlos a los proveedores de servicios legítimos, será sancionada con la pena privativa de la libertad de tres a cinco años.

Los tipos penales antes transcritos, que se refieren a la información reservada y al acceso no consentido a un sistema informático trata de precautelar, no solo el derecho a la intimidad, sino también a la intersección de comunicaciones que tienen el carácter de privados o reservados, brindando la tutela efectiva, para garantizar el contenido de la información informática, ya que pretende proteger los intereses de un

individuo sino que supera aquello porque también precautela la integridad, confidencialidad y disponibilidad de los datos, así como la libertad informática que tiene toda persona para recibir, elaborar, modificar, conservar o transmitir información y datos como lo requiera sus necesidades o su autodeterminación informática y con ello se amplía la protección que brindaba el estado a la intimidad, abarcando ahora esferas inimaginables en el contexto mundial.

Como podemos apreciar los nuevos tipos penales, se refieren a la revelación e interceptación ilegal de datos, contenidos en un archivo digital, pero además también se regula la transferencia o apropiación no consentida de un activo patrimonial, que pueden estar constituidos en una cuenta bancaria, para poder realizar transferencias electrónicas, sin la autorización o consentimiento del propietario, actividad delictiva que es muy común cuando se realizan débitos, sin conocimiento o autorización del propietario de la cuenta.

También encontramos que se ha tipificado el daño a los sistemas informáticos, cuando se borra, destruye, deteriora o altera el funcionamiento del sistema, para lo cual se debe ingresar o interferir indebidamente a una base de datos, ya que el daño no solo representa la destrucción de la estructura del equipo, sino que en términos informáticos, este tipo penal recoge varios métodos para producirlo, que son conocidos como virus, bombas lógicas o de tiempo, troyanos, gusanos, canales ocultos, puerta traseras, entre otros, que tienden a dañar el sistema informático; cuya modalidades, son conocidas como sabotaje informático, que no solo causa perjuicio económico en el usuario del ordenador, sino que también tiende

a interferir o a disminuir informaciones propias de la base de datos, de sistemas y/o red de computadoras para obstruir su normal funcionamiento.

4.7. Delito informático en la defraudación tributaria

En los delitos contra la responsabilidad ciudadana que contiene el COIP, en la sección quinta, del capítulo V, trata sobre los delitos contra el “régimen de desarrollo”, se describen a los delitos contra la tutela judicial efectiva y la eficiente administración pública, tipificando el enriquecimiento privado no justificado y la defraudación tributaria, que puede, ésta última, ejecutarse mediante la modalidad de delitos informáticos, alterando sus registros, como se indica en el siguiente articulado:

Artículo 298. Defraudación tributaria.- La persona que simule, oculte, omita, falsee o engañe en la determinación de la obligación tributaria, para dejar de pagar en todo o en parte los tributos realmente debidos, en provecho propio o de un tercero, será sancionada cuando:

8. Altere libros o registros informáticos de contabilidad, anotaciones, asientos u operaciones relativas a la actividad económica, así como el registro contable de cuentas, nombres, cantidades o datos falsos.

9. Lleve doble contabilidad con distintos asientos en libros o registros informáticos, para el mismo negocio o actividad económica.

10. Destruya total o parcialmente, los libros o registros informáticos de contabilidad u otros exigidos por las normas tributarias o los documentos que los respalden, para evadir el pago o disminuir el valor de obligaciones tributarias.

Como podemos apreciar entre las modalidades delictivas para ejecutar, actos que constituyan defraudación tributaria, en la actualidad tienen relación con los sistemas informáticos, porque el avance tecnológico ha permitido que la contabilidad se registre informáticamente y no en libros manuscritos, por lo que ahora se puede alterar registros, asientos contables relativos a la actividad económica de una persona natural o jurídica, ya sea llevando doble contabilidad o destruyendo los registros que exigen las normas tributarias, con la finalidad de evadir el pago de tributos o disminuir el valor de las obligaciones tributarias.

5. La responsabilidad de las personas jurídicas en el espacio del sector financiero

Con la presente investigación, podemos concluir que en el nuevo ordenamiento jurídico penal, se encuentran recogidos los tipos penales que tienen relación con el delito informático, ya que en la parte procesal del Código Orgánico Integral Penal, se refiere a la intersección de datos informáticos y al documento digital como prueba documental, por lo que el desarrollo de la obtención de la evidencia es digital, la trataremos en extenso en la obra que próximamente publicaremos, ya que de seguro por ser una ciencia en progreso, día a día se

incrementaran nuevas formas de delinquir, incrementando el listado de tipos penales, en la medida en que la tecnología se vaya desarrollando y los delincuentes encuentren otras formas, cada vez más eficaces, para cometer delitos informáticos.

6. Bibliografía

- Acurio Del Pino, Santiago, *Derecho Penal Informático*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2015.
- Alban Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal*, Tomo I, Parte General, Primera Edición, Ediciones Legales, Quito, 2015.
- Blum Carcelen, Jorge, *Modalidades Delictivas*, Ecuador, s/e, 2010
- Bustos Ramírez, Juan, *Derecho Penal Parte General, Volumen I y II*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito.
- Páez Rivadeneira, Juan José y Santiago, Acurio Del Pino, *Derecho y Nuevas Tecnologías*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2015.
- Migliorisi, Diego, *La Problemática Del Cibercrimen, Informática y Delito, Infojus*, Sistema Argentino de Información Jurídica, Buenos Aires, 2014
- Suarez Sanchez, Alberto, *Manual de Delitos Informáticos en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.
- Vizqueta Ronquillo, Juan, *Delitos Informáticos en el Ecuador*, Edino, Guayaquil, 2011.

El delito de contrabando en la legislación ecuatoriana

Edgar Flores Mier
Conjuez Nacional

Sumario:

1. Introducción; **2.** El delito de contrabando; **2.1.** El bien jurídico protegido; **2.2.** Tipicidad; **2.3.** La antijuricidad; **2.4.** La culpabilidad; **2.5.** La pena; **3.** Bibliografía.

1. Introducción

La Constitución de la República del Ecuador, dentro de los Deberes Primordiales del Estado, en su artículo 3, señala: “Son deberes primordiales del Estado: 1. “Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”.

Para cumplir con estos deberes primordiales el Estado, debe establecer políticas públicas, a efecto de que la prestación de bienes y servicios públicos tengan como finalidad hacer efectivo el *buen vivir-sumak kawsay*¹ y todos los derechos reconocidos en la Constitución, los instrumentos internacionales, siempre teniendo prevalencia el interés general sobre el interés particular.

De tal manera que desde la aparición del Estado, éste se constituye en interés de todos los ciudadanos sean nacionales o extranjeros, teniendo los mismos derechos, deberes y oportunidades, pero para ello el Estado necesita procurarse de los medios pecuniarios indispensables para poder cumplir con los deberes primordiales que la Constitución le obliga, pues no debemos olvidar que todo deber nace de un derecho, y para cumplir con aquello se requiere contar con los recursos económicos necesarios.

¹ Art. 275, inciso tercero, CRE “El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”.

Actualmente como lo señala Francisco Muñoz Conde:

(...) nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, como un sujeto de primer orden, imponiendo coactivamente una serie de normas o planificando el comportamiento de los sujetos económicos. El Estado debe intervenir en la economía, no tanto en la sustitución de la iniciativa privada, como controlando y corrigiendo sus excesos, evitando que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte y, en todo caso, redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica (sanidad, educación, transporte, etc.)².

O como bien lo ha señalado el actual gobierno, la economía debe estar en función del ser humano y no del mercado; de tal manera que, quien más dinero gana, debe aportar para mejorar las condiciones de vida de los más pobres.

En este sentido, los artículos 275, 276 de la Constitución de la República del Ecuador, reconocen la facultad del Estado, para planificar el desarrollo del país, que permita garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución, entre los que se destacan: mejorar la calidad y esperanza de vida: construir un sistema económico, justo,

² Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra el orden socioeconómico*. Edit. Tirand lo Blanchi, Valencia, 2010. Pág. 486.

solidario, democrático y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo; para ello debe generar y ejecutar políticas públicas y controlar y sancionar su incumplimiento.

Una vez que hemos esbozado el deber que tiene el Estado para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, también es cierto que, tiene el derecho a ciertos medios pecuniarios, que en definitiva constituyen el presupuesto general del Estado, como parte de la política fiscal, cuyos objetivos específicos están determinados en el artículo 285 de la Constitución de la República del Ecuador, que dice:

La política fiscal tendrá como objetivos específicos:

1. El financiamiento de servicios, inversión y bienes públicos.
2. La redistribución del ingreso por medio de transferencias, tributos y subsidios adecuados.
3. La generación de incentivos para la inversión en los diferentes sectores de la economía y para la producción de bienes y servicios, socialmente deseables y ambientalmente aceptables.

Para cumplir con aquello, el Estado no tiene sino dos caminos: o dotarle de un patrimonio que con sus frutos pueda cumplir con las necesidades antes dichas (salud, educación, justicia, seguridad social, etc.), o dotarse de esos medios pidiendo a los ciudadanos a través de los tributos o impuestos.

No es materia de este ensayo analizar acerca de los tributos o de la obligación tributaria, sino que creí necesario,

al menos de forma somera señalar de cómo el Estado tiene la obligación de satisfacer las necesidades de sus ciudadanos, requiriendo para ello la contribución de éstos a través de los impuestos, que pueden ser internos como por ejemplo el impuesto a la renta, o externos como los impuestos al comercio exterior, pero para ello el Estado ha tenido que dictar la normativa legal correspondiente, para evitar el fraude, la evasión, el contrabando, etc.

El Estado dentro del esquema jurídico ha establecido varios mecanismos para poder recaudar los tributos o impuestos, siendo estos administrativos y judiciales, encontrándose en los segundos los procesos: contencioso-tributario y el penal, que por objeto de este trabajo nos enfocaremos en los renglones siguientes en el área penal.

El principio de legalidad. El derecho penal, como todos sabemos es una rama del ordenamiento jurídico, que regula los presupuestos, requisitos y límites del ejercicio punitivo del Estado, de allí que, esta rama del derecho viene a ser de ultima ratio, pues constituye la reacción más enérgica de que dispone el Estado frente a los ataques más graves a los bienes jurídicos³ más relevantes, que puedan afectar las bases mínimas e irrenunciables de la convivencia.

Al respecto debemos señalar que por principio el orden jurídico penal es un medio de represión de los derechos y

³ “Son aquellos presupuestos que la persona necesita para su auto realización y desarrollo de su personalidad en la vida social”. Gómez Rivero, María del Carmen. *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*. Ed. Tecnos. Madrid. 2010. Pág. 51.

libertades de las personas, justificado sólo en tanto sea necesario para posibilitar la convivencia social. De ello, se impone la necesidad de introducir una serie de límites y controles al *ius puniendi* del Estado, orientados a evitar cualquier arbitrariedad o exceso del mismo. Precisamente uno de esos límites es el *principio de legalidad* que en esencia significa que no puede sancionarse ninguna acción u omisión (conducta) ni imponer ninguna pena que no se encuentre previamente recogida en la Ley, conforme lo dispone el artículo 76.3. de la Constitución de la República del Ecuador⁴, en relación con el artículo 5.1 del Código Orgánico Integral Penal⁵, lo cual comporta que a través de este principio se proporcione seguridad jurídica para los ciudadanos, puesto que tienen conocimiento de las normas prohibitivas e imperativas, de las sanciones y del procedimiento adecuado para imponerlas, lo que conlleva a una dimensión política de las normas, garantizando la legitimación democrática de las disposiciones que determinan infracciones, procedimientos y penas, esto es, que son el resultado de la expresión de la voluntad general de los ciudadanos a través de sus representantes (Asamblea Nacional); en definitiva, el principio de legalidad responde al aforismo “*nullum crimen, nulla poena, sine previa lege*”, lo cual significa que no existe delito ni pena sin previa ley.

⁴ Art. 76.3. “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión, que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se podrá juzgar a una persona ante una juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

⁵ Art. 5.1. “**Legalidad:** no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para interpretarlas”.

De tal manera que, el principio de legalidad no solo hace referencia a la parte sustantiva, también a la parte adjetiva y por supuesto a la de ejecución, pues las dos primeras confluyen como caras de una misma moneda. En materia penal conforme a este principio de legalidad, solo la ley crea infracciones (delitos y contravenciones), determina la pena, que solo podrá ser impuesta de acuerdo con los procedimientos y requisitos establecidos en la ley, por lo tanto, la infracción descrita y la pena deben constar en la ley, ya que es la única manera de garantizar su aplicación y evitar la arbitrariedad judicial, pero para ello deberá seguirse el procedimiento que la misma ley prevé.

De otro lado, el principio de legalidad sirve para la construcción de la norma penal, que a su vez está compuesta de dos elementos: *un supuesto de hecho* o caso hipotético (donde se definen las conductas delictivas) y, *una consecuencia jurídica*, que está dada por una pena, una medida de seguridad o una pena y una medida de seguridad. Como bien lo señala la Corte Constitucional para el periodo de transición:

...El estudio sobre el principio de legalidad expresa así:
a) <<nulla poena sine lege>> la existencia de una pena supone la existencia de una ley anterior; esta tarea corresponde al legislador; b) <<nulla poena sine crimine>> significa, que la existencia de una pena está condicionada a la existencia de una acción amenazada, pues la pena amenazada debe estar ligada a una ley, que es el acto jurídico necesario; c) <<nulla poena sine legali>>, la pena que sanciona un mal debe estar ligada a la ley. El principio de legalidad se configura necesariamente por un orden formado y basado en un orden

legislativo. La tipicidad es la respuesta del derecho público al sistema positivo y tiene como fin la protección de los derechos individuales en el marco del Derecho Penal⁶.

En definitiva, siendo reiterativos el principio de legalidad a más de referirse a la infracción, a la pena y su ejecución, también garantiza el procedimiento o trámite que debe darse para cada procesamiento, el mismo que debe existir antes que se inicie el proceso penal para que pueda desarrollarse “con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. En otras palabras, el principio de legalidad, respecto a la confección de la norma compete sobre todo al legislador, y que, en cuanto a su puesta en marcha, es tarea del juzgador, pero para ello se requiere que la ley penal esté formulada con la máxima precisión y concreción de forma que al realizar el juicio de tipicidad el juez pueda subsumir los hechos en la norma, evitando la arbitrariedad y la inseguridad jurídica.

2. El delito de contrabando

En algunas legislaciones como la colombiana, el delito de contrabando, es considerado como un delito contra el orden público económico, ya que a través de este tipo penal se protege un orden económico que va más allá del interés patrimonial individual, al considerarlo atentatorio al orden social, en tanto que, con ellos se desprovee al Estado de parte de los recursos

⁶ Corte Constitucional para el periodo de transición, Sentencia N° 0001-09-SCN-CC, Caso N°0002-08-CN, de fecha 14 de mayo de 2009.

necesarios para materializar los derechos individuales y sociales, como lo referimos en la introducción de este ensayo.

En nuestro país, el delito penal de contrabando, está ubicado en el Capítulo V, Delitos Contra la Responsabilidad Ciudadana, Sección 6ta., delitos contra la administración aduanera. Creemos que se justifica la ubicación en este capítulo puesto que dentro de los deberes y responsabilidades, señalados en la Constitución de la República, en su artículo 83.1 y 15, se dispone: “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente... 15. Cooperar con el Estado y la comunidad en la seguridad social, y pagar los tributos establecidos por la ley...”. Como se sabe las personas no solo tenemos derechos que exigir que se cumplan y se respeten, sino que, por igual también tenemos obligaciones que cumplir, entre las que se cuentan el pago de los impuestos aduaneros cuando importamos o exportamos mercancías.

El artículo 301 del COIP, dispone:

Contrabando. La persona que, para evadir el control y vigilancia aduanera sobre mercancías⁷ cuya cuantía sea igual o superior a diez salarios básicos unificados de trabajador en general, realice uno o más de los siguientes actos, será sancionada con pena privativa de libertad

⁷ De acuerdo al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones –CO-PROCI– para efectos aduaneros, se entiende como mercancía todos los bienes muebles de naturaleza corporal (art. 103); y, el control aduanero se aplica al ingreso, permanencia, traslado, circulación, almacenamiento y salida de mercancías,

de tres a cinco, multa de hasta tres veces el valor en aduana de la mercancía objeto del delito cuando:

1. Ingrese o extraiga clandestinamente mercancías del territorio aduanero.
2. Movilice mercancías extranjeras dentro de la zona secundaria sin el documento que acredite la legal tenencia de las mismas, siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento.
3. Cargue o descargue de un medio de transporte mercancías no manifestadas, siempre que se realice sin el control de las autoridades competentes.
4. Interne al territorio nacional mercancías de una Zona Especial de Desarrollo Económico o sujeta a un régimen especial, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación correspondiente.
5. Desembarque, descargue o lance en tierra, mar o en otro medio de transporte, mercancías extranjeras antes de someterse al control aduanero, salvo los casos de arribo forzoso.
6. Oculte por cualquier mecanismo mercancías extranjeras en naves, aeronaves, vehículos de transporte

unidades de carga y medios de transporte hacia y desde el territorio nacional, inclusive la mercadería que entre y salga de las Zonas Especiales de Desarrollo Económico –ZEDE–, por cualquier motivo. Control que también se hace extensivo a las personas en las operaciones de comercio exterior y sobre las que entren y salgan del territorio aduanero. Este control puede ser: anterior, concurrente y posterior (Art. 144). R.O.S.351-29-12-2010.

o unidades de carga, sin que se hayan sometido al control de las autoridades aduaneras.

7. Viole o retire sellos, candados u otras seguridades colocadas en los medios de transporte, unidades de carga, recintos o locales habilitados como depósitos temporales, siempre que se determine faltante total o parcial de las mercancías.
8. Extraiga mercancías que se encuentren en zona primaria o depósito temporal, sin haber obtenido el levante de las mismas. Los responsables de los depósitos temporales y las autoridades portuarias y aeroportuarias o concesionarios serán responsables si permiten por acción u omisión este delito.

De la norma transcrita, podemos extraer los elementos que configuran el tipo penal de nuestro análisis:

2.1. El bien jurídico protegido.- Como sabemos el fundamento de la intervención del derecho penal, es la protección de bienes jurídicos selectos para la convivencia social, como lo estipula el artículo 22 del COIP, “...son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”. De tal manera que, una norma penal prohíbe (ley prohibitiva) u ordena (ley imperativa) una serie de comportamientos que pueden afectar a bienes jurídicos materiales como: la vida, la propiedad, o inmateriales como: el honor, la integridad moral, la intimidad, y que se los identifica como bienes jurídicos, siendo por tanto, los *bienes jurídicos* individuales y colectivos, encontrándose en el primer grupo los antes indicados, en tanto que, estarían en el segundo grupo aquellos que importan a toda la comunidad como: el medio ambiente, la salud, la economía, etc.

Esta división de bienes jurídicos *individuales y colectivos*, no es un planteamiento dualista que pretenda hacer pensar que existe desconexión entre ellos; por el contrario, los bienes jurídicos *colectivos* son legítimos cuando sirven para el desarrollo integral del individuo, es decir, la persona es el centro nuclear de todos los bienes jurídicos, mucho más, dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia como el Ecuador.

En el caso de Europa, la legislación española, en nuestra región, la colombiana, consideran como bien protegido *la hacienda pública*, en cambio, en nuestro país, el bien jurídico protegido es el *erario fiscal*, que se constituye por los tributos o impuestos, lo que viene a constituir el patrimonio fiscal; que para el caso del delito de contrabando, está dado por el ingreso o salida de mercancías del país, sin presentarla a las autoridades aduaneras para su legalización, o evadiendo por cualquier medio el pago de los tributos correspondientes.

Es de anotar que, el concepto de fisco o hacienda pública, que constituye un solo bien jurídico protegido en la forma como está tipificado en la norma penal motivo de nuestro análisis, conforme lo señala Jorge Zavala Egas, tiene dos vertientes: “la objetiva que es el patrimonio del Estado (Fisco) y la subjetiva que es ese mismo Estado como titular de la función administrativa tributaria”⁸. Este bien jurídico concretado como *erario fiscal*, es el que se protege con la norma penal y se lo ampara de cualquier conducta lesiva, ya sea de mero peligro, por ejemplo: cuando se extraiga mercancías de un

⁸ Zavala Egas, Jorge, *Delito Aduanero*, EDILEX. S.A. Guayaquil, 2009, p. 41.

depósito temporal *sin haber obtenido el levante de las mismas*, o la que produce un resultado, como ingresar mercancías extranjeras clandestinamente al territorio ecuatoriano.

A lo largo de la historia de la humanidad, los pueblos se han desarrollado a través de intercambio comercial, donde el contrabando ha sido de frecuente ocurrencia, en grande o pequeña escala –especialmente en las zonas fronterizas–, lo que ocasiona un doble perjuicio: por una parte privando al Estado de los tributos o impuestos que gravan las mercancías para efecto de ejercer la actividad comercial como lo ha previsto la ley; y, por otra parte, redundando también en perjuicio de los comerciantes que proceden lícitamente y se sujetan a las prescripciones legales en materia de importación o exportación de mercancías. Trascendiendo sus efectos negativos hacia toda la sociedad con consecuencias nefastas como: la falta de inversión por parte del sector privado, lo que a su vez genera menos oportunidades de empleo; y, la falta de recursos económicos para el Estado, con la consecuencia de no poder cumplir con su deber de atender a la satisfacción de las necesidades públicas (salud, educación, justicia). De ahí que, se justifique la utilización del derecho penal, como medio preventivo y disuasivo de este ilícito.

2.2. Tipicidad.- La norma penal está estructurada por un supuesto de hecho o hipotético, generalmente expresado por un comportamiento humano (acción u omisión⁹) que lo describe y la consecuencia jurídica que lo castiga como delito y contravención¹⁰, es decir el *tipo penal –contrabando–* Ese acto

⁹ Art. 22 COIP.

¹⁰ Art. 19 COIP.

humano o conducta, cuando cumple con los presupuestos descritos en el tipo penal, se adjetiva como *típica* –*la conducta de evadir el control y vigilancia aduanera de mercancías que ingresan o salen del país*–. En tanto que la *tipicidad*¹¹ está dada por el estudio de los elementos del tipo penal del contrabando, como primera secuencia en que se estructura este delito desde el punto de vista dogmático y que en su resultado final debe arrojar un juicio acerca de la existencia o no de la infracción y la responsabilidad penal, en otros términos podemos decir que la tipicidad es el resultado de la verificación de si la conducta y lo descrito en el tipo coinciden.

Comprobada la tipicidad, esto es afirmada la subsunción del comportamiento en el tipo penal, se estudiará secuencialmente la antijuricidad y la culpabilidad, como así lo establece el artículo 18 del COIP, “**Infracción penal.**- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código”.

Dentro de los elementos que se estudian en la tipicidad, tenemos los *objetivos* (sujeto activo, sujeto pasivo, conducta, elementos normativos, elementos descriptivos) y *subjetivos* (dolo, culpa):

i. Elementos objetivos:

a. Sujeto activo. Dentro de la infracción solo puede intervenir la persona humana y en todo comportamiento típico

¹¹ Art. 25 COIP.

se puede constatar la intervención de varios sujetos: aquel que realiza la acción típica –conducta–, sujeto activo; es decir, aquel comportamiento humano que da lugar al hecho típico o supuesto hipotético del tipo penal. En el delito de contrabando, no se requiere que el sujeto activo sea calificado o de cualidad alguna, puede ser cualquier persona natural (*delito común*), sea o no comerciante, en tanto y en cuanto, cumpla con cualquiera de los supuestos de hecho descritos en el artículo 301 del COIP.

Ahora bien, el sujeto activo del delito de contrabando, puede estar compuesto por una o varias personas, que pueden participar en calidad de autores dentro de las siguientes modalidades: directos, mediatos, coautores y cómplices, puesto que a partir de la vigencia del COIP, el encubridor ya no es partícipe del delito, ahora es considerado como autor de un delito autónomo que está previsto en el artículo 272 *ibídem* que hace referencia al fraude procesal.

Para calificar el grado y modo de participación del sujeto activo, dependerá de los actos realizados, debiendo para ello tener en cuenta lo que nos enseña la “Teoría del Dominio del Hecho”, por ejemplo: Alejandro, *ingresa* mercadería desde Colombia, *evadiendo* el control aduanero, Alejandro será **autor** del delito porque tuvo el *dominio de la acción* y practicó todos los actos que constituyen los elementos del tipo penal; lo mismo puede ocurrir, cuando teniendo el *deber jurídico de evitar* el contrabando no impide su ejecución, serán reputados como autores, esto podría ocurrir con los miembros del Servicio de Vigilancia Aduanera, de la Policía Nacional o Fuerzas Armadas, sería el caso del delito de omisión impropia o *acción por omisión*, pero

en este caso nótese que el sujeto activo solo puede ser quien es garante o tiene el deber de proteger el bien jurídico y no cualquier persona, siendo además que, dentro del COIP esta cualidad es considerada como agravante en los delitos aduaneros, entre los que está contemplado el delito de contrabando.

También pueden ser sujetos activos del delito de contrabando, los responsables de los depósitos temporales, las autoridades portuarias o aeroportuarias o sus concesionarios, que por acción u omisión, permitan extraer mercancías que se encuentren bajo su custodia y responsabilidad.

En cambio, quien utiliza a otra persona para cometer la infracción, valiéndose de mecanismos como: consejos, precio, dádivas, promesas, violencia física o psíquica, abuso de autoridad, interviene en calidad de **autor mediato**; es la persona que tiene el *dominio de la voluntad*, (conocido también como “El hombre de atrás”) de aquella que es utilizada como instrumento en la ejecución de la infracción, donde también habrá que considerarse si respecto de la persona que interviene como *autor material* existe ausencia de tipicidad o de antijuricidad, como por ejemplo si la persona utilizada que ejecuta el contrabando es un menor de doce años.

Para que exista la autoría mediata debe reunir las siguientes características: tiene que ser **concreta**, y dirigida de forma específica de tal forma que el instrumento (persona) cometa el delito determinado. **Directa**, dirigida a una persona determinada y concreta. Tiene que ser **determinante**, o sea el motivo para que el autor material ejecute el hecho. Tiene que ser **eficaz**, es decir que el autor material no tenga reparos en la

ejecución del hecho. Debe ser **dolosa**, el autor mediato tiene que actuar con la intención de convencer e inducir la comisión del hecho.

El **coautor** es la persona que posee el dominio de determinadas parcelas (ciertos actos) de la realización del delito que son esenciales para su consumación. Se trata del llamado “codominio o dominio conjunto” o también conocido como el *dominio funcional*. Puede ser el “cooperador necesario”, acto sin el cual no puede darse el fin propuesto o la perpetración de la infracción. En el caso del contrabando, generalmente intervienen varias personas que se dividen las funciones como por ejemplo: unos pueden ser los dueños de la mercadería y otros quienes las transportan, como sucede con las llamadas “mulas” que realizan este trabajo a través de pasos fronterizos ilegales a cambio de una remuneración, precisamente evadiendo la acción del control aduanero; también están las que sirven como “campanas”, que van custodiando e informando si existe o no presencia de autoridades aduaneras o de la fuerza pública. La participación está dada por dos o más personas, quienes acuerdan previamente su participación y tienen el *dominio funcional* en la ejecución del delito, cuando esto ocurre estamos frente a una circunstancia agravante que deberá ser considerada por el juzgador al momento de resolver el quantum de la pena¹².

¹² Art. 47.-Circunstancias agravantes de la infracción.- Son circunstancias agravantes de la infracción:
(...) 5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas.

Finalmente los sujetos activos que intervienen como **cómplices**, son los que no participan en la ejecución del hecho, sin embargo, su participación es dolosa con actos secundarios anteriores o simultáneos, que no son necesarios para la comisión de la infracción. Se trata de una participación accidental y de carácter secundario. Para poder establecer si una persona ha intervenido como autor o cómplice, imaginariamente podemos apartar del caso los actos que el cómplice haya realizado y sin aun así, el delito se consuma, entonces sería cómplice. Por ejemplo: si Juan es sorprendido ingresando mercaderías sin haber pasado el control de la administración aduanera, en el momento que está siendo detenido, pasa Darío y ayuda con su vehículo para la fuga, en este caso Darío sería cómplice del delito de contrabando ejecutado por Juan.

Antes de concluir con el análisis del sujeto activo, cabe preguntarnos, ¿las personas jurídicas *privadas*¹³, pueden ser sujetos activos del delito de contrabando?; a primera vista podría decirse que sí, en tanto y en cuanto se cumpla con los supuestos determinados en el artículo 49 del COIP, esto es, que sus personeros o representantes legales, hayan cometido el delito en beneficio propio o de sus asociados, eximiéndose de responsabilidad únicamente cuando el beneficio sea en favor de un tercero ajeno a la persona jurídica; sin embargo, el propio COIP, prevé que las personas jurídicas privadas solo son responsables “en los supuestos previstos” en dicho cuerpo legal. De la revisión del capítulo que hace referencia a los

¹³ Hacemos hincapié en el término “privadas”, porque en nuestra legislación penal, sólo pueden ser sujetos activos penalmente responsables las personas jurídicas nacionales o extranjeras privadas, más no las públicas. Ref. artículo 49 COIP.

delitos “Contra la responsabilidad ciudadana”, no encuentro disposición legal que haga mención a la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas dentro éstos delitos, más concretamente, de aquellos delitos contra la administración aduanera, como sucede por ejemplo: cuando se hace referencia a la responsabilidad de los delitos contra el sistema financiero (Art. 325 COIP), delitos contra el medio ambiente y la naturaleza (Art.258 COIP), la falta de afiliación al IESS (Art. 243), quiebra fraudulenta (Art. 207) e insolvencia fraudulenta (Art. 205). Sin dejar de mencionar que, en cuanto a los tipos penales y las penas, está vedada la interpretación extensiva y se estará al sentido literal de las normas, siendo prohibida la utilización de analogías para crear infracciones penales, lo que de suyo implicaría contravenir el principio de legalidad.

De todas maneras, queremos dejar sentada nuestra preocupación a efecto de que en algún momento sea tomada en cuenta para una posible reforma legal, donde expresamente se extienda la responsabilidad penal de las personas jurídicas privadas, dentro de los delitos contra la administración aduanera.

b. Sujeto pasivo.- Es el titular del bien jurídico protegido, en el caso del delito de contrabando, no puede ser cualquier persona natural, porque el sujeto pasivo es calificado –Estado–, representado por el Servicio de Aduana del Ecuador –SENAE–, institución que para fines de la recaudación de los tributos aduaneros constituye el sujeto activo de la obligación tributaria, puesto que es la institución que tiene el derecho de cobrar a los contribuyentes o responsables de las importaciones o exportaciones de las mercancías. Tanto más que, es el

SENAE, la institución que tiene la potestad legal privativa de determinar y recaudar los tributos causadas por la entrada y salida de mercancías y medios de transporte por las fronteras, aguas territoriales o espacio aéreo; y, dentro de sus principales funciones está la de ejercer la vigilancia y control, para impedir las importaciones y exportaciones ilícitas, en el caso de nuestro análisis el contrabando.

c. Conducta.- Existen diversos conceptos de *conducta*, dados por diferentes autores dependiendo de la posesión jurídica adoptada, siendo las más sobresalientes las doctrinas causalista, funcionalista y finalista.

Raúl Zaffaroni, nos enseña que dentro de la teoría del delito, un primer paso de análisis es la *acción o acto*, que también puede llamarse “conducta”. Según este autor, la acción es el “sustantivo del delito” que garantiza políticamente la vigencia del principio *nullum crimen sine conducta*.

Reinhart Maurach, considera a la *acción* “como una conducta humana relacionada con el medio ambiente, dominada por una voluntad dirigente y encaminada hacia un resultado”. Al igual que Zaffaroni considera que la *acción* es el elemento común constitutivo de todas las formas del delito.

Por su lado Muñoz Conde, puntualiza que:

[se] llama *acción* a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad siempre implica una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin u objetivo determinado.

El contenido de la voluntad es algo que siempre se quiere alcanzar, es decir, un fin, por lo que la conducta humana es la base de toda relación jurídico-penal y se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones.¹⁴

Este criterio de Muñoz Conde en gran medida se recoge en el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que dice: “Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”. De allí la necesidad de estudiar la *acción o conducta* como un comportamiento humano que para que tenga relevancia jurídico-penal debe coincidir en el correspondiente tipo delictivo.

De estos conceptos de acción podemos extraer los siguientes elementos:

1. Que la conducta humana, como *acción*, abarca tanto a los casos en que esta voluntad prevé el resultado típico (hechos dolosos), como aquellos en los cuales la voluntad está dirigida a un resultado distinto del típico causado por el autor, debido a la falta de dirección apropiada (delitos culposos).
2. Que toda *acción* como actividad humana, transcurre dentro de tres pasos: el paso de un estado a otro (manifestación externa) llamado movimiento (*acción*), el resultado obtenido; y, el ligamento o nexos causal.

¹⁴ Muñoz Conde, Francisco., García Arán, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. Edit. Tirano Blanch. Valencia. 2010. Pág. 215

3. Reconociendo la no aceptación de la expresión “conducta” como referida al comportamiento humano, creemos que ésta acepción responde a una afirmación de provenir de un ser dotado de inteligencia y voluntad, y dentro de allí se encuentra el “verbo rector” que destaca la *acción u omisión* que le da contenido a la conducta. Por eso se afirma “que el delito es acción, siendo imprescindible que sea gramaticalmente expresado por aquella parte de la oración que denota acción, esto o existencia que es el verbo, en cualquiera de sus formas”.¹⁵

Por ello se afirma con buen criterio que el conocimiento del verbo rector del tipo penal, permite estudiar estructuralmente la figura jurídica, pues si examinamos el catálogo de los delitos en el Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal, encontramos descripciones como las siguientes: “La persona que, sin cumplir con los requisitos legales, extraiga, conserve, manipule órganos... (art.95); “La persona que facilite, realice, traslade, intervenga... (art.107); “La persona que oculte, custodie, guarde, transporte...”(art. 202); etc., los que nos orientan a objetivizar la descripción del tipo.

En el delito de contrabando tenemos un verbo rector nuclear cuando se dice: “La persona que, para *evadir* el control...”; además, si revisamos el contenido del artículo 301 del COIP, en sus ocho numerales los supuestos descritos contienen un “verbo rector”, tales como: ingresar, extraer, cargar, internar, desembarcar, ocultar, violar, retirar. Para ello el juzgador

¹⁵ Etcheverry, Alfredo, *Derecho Penal*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, Pág. 154.

deberá realizar el juicio de tipicidad, mediante el cual se entrará a determinar si los hechos acusados coinciden o no con la descripción típica contenida en la norma penal –artículo 301 COIP, contrabando (subsunción).

En resumen, para poder afirmar que una determinada conducta constituye delito, el primer presupuesto que debe concurrir es que lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado penalmente, y como segundo presupuesto, la conducta debe provenir de una acción humana voluntaria y consciente. “Cuando se verifica la ausencia de todo comportamiento humano, ya no será necesario realizar el análisis de los demás elementos dogmáticos integrados en la teoría del delito; en consecuencia, la lesión de un bien jurídico que no emane de un comportamiento humano es irrelevante para el Derecho Penal”¹⁶.

El delito de contrabando, como cualquier otro delito, está dado por la intervención de la persona humana, por eso es que el núcleo lo constituye el comportamiento humano que se materializa en el mundo exterior a través de “actos” que encierran conductas activas (acción) como pasivas (omisión). Y es relevante para el Derecho penal, aquellos *actos* que implican la vulneración de un bien jurídico (fisco) que está protegido por la norma penal; por eso, ahora se habla de un derecho penal de “acto” y no de “autor”, donde cada participante de la infracción responde por sus propios actos, sin que la situación jurídica de los demás pueda influir.

¹⁶ Franco Loor, Eduardo. *Fundamento de Derecho Penal Moderno*. Edit. Talleres de la CEP. Quito. 2010. Pág. 36.

Con respecto a este tema debemos indicar que en el COIP, los términos “conducta” y “acto”, se usan indistintamente y como sinónimos, por ejemplo: cuando habla de las modalidades de la “conducta” (acción y omisión) o como en el caso del contrabando cuando se dice: “...realice uno o más de los siguientes actos...”. De tal manera que, cuando se habla de “conducta” o de “acto”, lo cierto es que se refiere a un comportamiento humano que siempre va dirigido hacia un resultado concreto, hacia un fin determinado, siendo por tanto, ese acto contentivo de una voluntad finalista (conocer y querer), es decir, lo que en el tipo penal forma la parte subjetiva (dolo, culpa), lo que será analizado más adelante.

Ahora bien, debemos considerar que el resultado se encuentra comprendido dentro del tipo penal del contrabando, pues la descripción que hace el tipo es el resultado de un actuar y por ende el acto y el resultado forman parte objetiva del tipo, así: el actuar para “evadir” (el control y vigilancia aduanera) y el no pagar los impuestos resultante en el contrabando. Por ende podemos decir que el delito de contrabando es polinuclear (varios verbos) y es de resultado.

d. Elementos normativos.- No en todos los tipos penales pueden concurrir los elementos normativos, es decir cuando para completar el juicio de tipicidad debemos remitirnos a otras leyes, la jurisprudencia o la doctrina. De la lectura del artículo 301 del COIP, se observa la presencia de varios elementos de los denominados por la doctrina como “ingredientes normativos” determinantes de la tipicidad, que presentan más de una problemática, pues como vamos a desarrollar los términos como exportar, importar, territorio aduanero, son

expresiones que nos conducen al llamado “tipo en blanco”, puesto que obliga a acudir a otras leyes, para poder entender su alcance. Para el caso del delito de contrabando, necesariamente debemos remitirnos a otras disposiciones legales, a efecto de poder tipificar el delito porque el artículo 301 del COIP está descrito de esa manera, así tenemos:

1. La persona que, para evadir el control y vigilancia aduanera sobre mercancías cuya cuantía sea igual o superior a los diez salarios básicos unificados de trabajador en general.- En este caso a fin de determinar la cuantía de la mercancía, debemos remitirnos al Decreto Ejecutivo que cada año dicta el Ministerio del Trabajo, donde se fija el monto del salario básico unificado del trabajador en general. Actualmente este rubro está en 366,00 dólares de los estados Unidos de Norteamérica, por lo tanto, cuando el valor de la mercancía sea igual o superior a los 3.666,00 dólares, estaríamos ante un delito de contrabando.

Cuando el monto de las mercancías sea inferior a la cuantía de los diez salarios básicos unificados del trabajador en general, los actos señalados en el delito de contrabando, constituyen contravención aduanera, sancionada con multa equivalente a tres veces el valor de la mercancía materia de la infracción, conforme a lo previsto en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (en adelante COPCI).

El Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, en lo delitos aduaneros, como medida preventiva y transitoria, puede disponer la inmovilización y retención de mercancías, respectivamente, con el fin de asegurar el cumplimiento de formalidades u obligaciones aduaneras, pero únicamente

cuando se presume la comisión de un delito. Estas medidas no pueden durar más de tres días hábiles, vencido este periodo deberá continuarse con el trámite correspondiente. El SENA en materia aduanera tiene las mismas atribuciones de la Policía Nacional. Esta atribución viene a ser una excepción, puesto que, la única autoridad competente para conceder y negar medidas cautelares es la o el juzgador, previo el cumplimiento de las formalidades legales pertinentes y por solicitud debidamente fundamentada de la o el fiscal de la causa; esta excepción, debe ser reformada ya que puede conducir a arbitrariedades o abuso de autoridad, sin el previo control del juzgador competente.

Cuando hablamos de una cuantía determinada a efecto de establecer si se trata de un delito o una contravención, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿Existe el delito de contrabando continuado?. Al respecto, el juzgador deberá analizar bajo las reglas generales del derecho penal que permiten mostrar la unidad de acción en todos los eventos, cumpliendo con los requisitos, en que, como en el delito de contrabando, generalmente, la acción se realiza de manera fraccionada; esto puede ocurrir, por ejemplo con el contrabando de “hormiga”, es decir, de aquellas personas que se dedican a esta actividad, en las zonas fronterizas, pasando mercancías en pequeñas cantidades o cuyos montos no superan la cuantía establecida para el delito de contrabando.

2. Ingrese o extraiga clandestinamente mercancías del territorio aduanero.- Para saber lo que constituye el *territorio aduanero*, tenemos que remitirnos al COPCI, cuerpo normativo que en su artículo 105, señala: “Territorio aduanero.- Territorio aduanero es el territorio nacional en el cual

se aplican las disposiciones de este Código y comprende las zonas primarias y secundarias”. Por lo tanto, toda mercancía que ingrese, permanezca, traslade, circule, almacene o salga del territorio ecuatoriano, constituido por sus partes: continental, insular, espacio aéreo y mar territorial, están sujetas al COPCI y al control aduanero.

El control aduanero no solo es para las mercancías, sino también se ejerce sobre las personas que intervienen en las operaciones de comercio exterior y sobre las que entren y salgan del territorio aduanero; el control aduanero sobre las personas y mercancías puede ser realizado en tres fases: control anterior, control concurrente y control posterior, este último puede realizarse en el plazo de cinco años desde la fecha de pago de los tributos¹⁷.

3. Movilice mercancías extranjeras dentro de la zona secundaria sin el documento que acredite la legal tenencia de las mismas, siempre y cuando no pueda justificarse el origen lícito de dichas mercancías dentro de las setenta y dos horas posteriores al descubrimiento.- Igual que en el punto anterior, para poder determinar la *zona secundaria*, tenemos que recurrir al COPCI, y previo a ello saber lo que comprende esta zona, debemos referirnos a la *zona primaria*, que también está mencionada en el número 8 del artículo de nuestro análisis.

Zona primaria, “Constituida por el área interior de los puertos y aeropuertos, recintos aduaneros y locales habilitados

¹⁷ COPCI. Arts. 144 y 145.

en las fronteras terrestres; así como otros lugares que fijare la administración aduanera, en los cuales se efectúen operaciones de carga, descarga y movilización de mercaderías procedente del exterior o con destino a él; y, *Zona secundaria*, que comprende la parte restante del territorio ecuatoriano incluidas las aguas territoriales y espacio aéreo”. En función de esta delimitación, cuando se trate del delito de contrabando, el juzgador deberá tomar en cuenta el tipo de *zona*, para establecer así mismo en el cual de los supuestos del artículo 301 COIP, se subsumen los hechos objeto del proceso (2 u 8). En la realidad jurídica del país, el supuesto de hecho del delito de contrabando que más se juzga es este del numeral dos.

Es oportuno señalar que toda actividad de operación aduanera, entre las que constan la entrada y salida de mercaderías, de personas, de medios de transporte, al o del territorio nacional, se debe realizar únicamente por los lugares habilitados por las autoridades aduaneras competentes, y en los días y horarios respectivos.

Debemos destacar que para la configuración del delito de contrabando para este caso, previamente debe existir un acto administrativo que determine la ilicitud de las mercancías dentro de las setenta y dos horas subsiguientes al descubrimiento de la movilización dentro de la zona secundaria.

4. Cargue o descargue de un medio de transporte mercancías no manifestadas, siempre que se realice sin el control de las autoridades competentes.- Toda importación o exportación de mercancías, debe ser declarada ante las autoridades aduaneras a través de un documento que se llama “manifiesto de carga”, este documento es otorgado por la transportadora

de la mercancías, sean estos: terrestres, aéreo y fluvial; este documento también en el ámbito aduanero se lo conoce como “carta de porte”. En el “manifiesto de carga”, tiene que constar la clase de mercancía, el origen, cantidad, valor, peso, medida, etc., para que pueda ser verificado por el SENA, a través del aforo¹⁸, que según el COPCI, es: electrónico, físico o documental, donde también se verifica la clasificación arancelaria.

Entonces el delito de contrabando se ejecuta cuando se *car-gue o descargue mercancías* que no constan dentro de la declaración aduanera y con la condicionante de no haberse sometido al control de las autoridades aduaneras, por ejemplo: se ha declarado que en un medio de transporte terrestre se lleva prendas de vestir, pero al realizarse el aforo físico, se verifica que se transporta televisores. Esto suele suceder y casi siempre vemos en los noticieros, como se captura mercancía que se ha pretendido ingresar al país de contrabando, que vienen en contenedores donde según la declaración aduanera aparece otro tipo de mercancías.

5. Interne al territorio nacional mercancías de una Zona Especial de Desarrollo Económico o sujeta a un régimen especial, sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación correspondiente.- Las Zonas Especiales de Desarrollo Económico –ZEDE–, son espacios delimitados del territorio ecuatoriano, autorizados por el Gobierno nacional,

¹⁸ También se considera al aforo, como una mezcla de operaciones materiales e intelectuales, que conforman un único acto de determinación de la obligación tributaria aduanera.

como destinos aduaneros, para que se asienten nuevas inversiones, con los incentivos que se detallan en el COPCI; y, como excepción no puedan crearse en espacios que sean parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas, o del Patrimonio Forestal del Estado, o que se haya declarado Bosques o Vegetación Protectores o sea ecosistemas frágiles.

En tanto que, *régimen* para efecto del control tributario aduanero, constituye el conjunto de normas, trámites, procedimientos administrativos, controles derechos y obligaciones aplicables a las mercancías que han sido ingresadas o van a salir del territorio aduanero de forma temporal o definitiva. A efecto de poder determinar el nacimiento o no de la obligación tributaria aduanera, es importante establecer el régimen aduanero.

El COPCI, en el capítulo VII, Sección I, del libro V, se determinan los diferentes tipos de regímenes tributarios aduaneros entre los que se encuentran *los comunes o generales* de importación y exportación a consumo; *los especiales*, como: devolución condicionada, almacenes libres, almacenes especiales, ferias internacionales, tránsito aduanero, reembarque y transbordo; y, los *de excepción*, como: tráfico postal, mensajería acelerada o *courier*, tráfico fronterizo, vehículo de uso privado para turista, entre otros.

De lo expuesto, podemos señalar que el delito de contrabando se configuraría en el supuesto de hecho, en que una persona *interne* mercancías a una ZEDE o sujeta a un régimen especial, sin el cumplimiento de los requisitos que para el efecto haya dispuesto la autoridad aduanera. Generalmente

este tipo de regímenes opera de manera temporal o con alguna frecuencia para trasladar mercancías de un territorio aduanero a otro. De tal manera que, el o la juzgador necesariamente deberá recurrir a las disposiciones del COPCI y su Reglamento o a las Resoluciones que haya dictado el SENAE, respecto el tipo de ZEDE y régimen especial aduanero y si se ha cumplido o no con los requisitos para su constitución y autorización respectiva, sin que sea pertinente referirnos de forma más detallada a este tema, dejando al lector la fuente donde puede encontrar la información requerida.

6. Desembarque, descargue o lance en tierra, mar o en otro medio de transporte, mercancías extranjeras antes de someterse al control aduanero, salvo los casos de arribo forzoso.- Esta disposición no amerita mayor análisis, como venimos insistiendo el delito de contrabando es cuando se “evade” el control aduanero, realizando cualquiera de los actos descritos en el tipo; lo que si conviene revisar, es cuando constituye *arribo forzoso*.

7. Oculte por cualquier mecanismo mercancías extranjeras en naves, aeronaves, vehículos de transporte o unidades de carga, sin que se hayan sometido al control de las autoridades aduaneras.- En este caso el acto o conducta, se refiere al ocultamiento de mercancías extranjeras, por lo tanto, lo primero que habrá que determinarse es el origen de las mercancías, de ser necesario para verificar la información tendrá que recurrirse a la cooperación internacional. Ahora bien, para que se configure el delito de contrabando, no solo basta justificar el origen de las mercancías, sino que también habrá que demostrarse que éstas no fueron sometidas al control de las autoridades aduaneras; y, que estuvieron ocultas en naves,

aeronaves, vehículos de transporte o unidades de carga.

8. Viole o retire sellos, candados u otras seguridades colocadas en los medios de transporte, unidades de carga, recintos o locales habilitados como depósitos temporales, siempre que se determine faltante total o parcial de las mercancías.- En este caso no bastará la destrucción de las seguridades, sino que también debe justificarse el faltante de la mercancía que se haya estado transportando o que haya estado embodegada en los depósitos temporales, que son lugares autorizados por la autoridad aduanera, donde permanecen las mercancías mientras se realizan los respectivos trámites, entre los que se encuentra el pago de los tributos.

9. Extraiga mercancías que se encuentren en zona primaria o depósito temporal, sin haber obtenido el levante de las mismas. Los responsables de los depósitos temporales y las autoridades portuarias y aeroportuarias o concesionarios serán responsables si permiten por acción u omisión este delito.- Para poder sacar una mercancía de la zona primaria o de los depósitos temporales, debe cumplirse con todas las formalidades que para el efecto haya dispuestos la autoridad aduanera, empezando por la información del arribo de la mercancía por parte del agente de aduana, vía electrónica y pueda declarar el impuesto. Luego la autoridad aduanera, según el caso puede disponer el aforo físico, automático o documental, dependiendo del perfil del agente de aduana. Cumplido con todos los requisitos, se dispone el levante de las mercancías, es decir, la orden de salida.

Por lo dicho, la persona que incumpliendo el trámite previsto por la autoridad aduanera, saque las mercancías sea de

una zona primaria o de un depósito temporal, será responsable del delito de contrabando. Igual responsabilidad tendrán quienes permitan estos actos de extracción de mercancías, teniendo la responsabilidad de no permitir que aquello ocurra.

e. Elementos descriptivos.- Estos elementos son que aquellos “términos”, utilizados en la descripción del tipo penal, que producen determinados datos que pueden ser apreciados de modo cognitivo por los sujetos procesales, concretamente por el juzgador.

En el delito de contrabando, los elementos descriptivos serían aquellos conceptos como “evadir”, “ocultar”, “extraer”, entre otros, que pueden ser conocidos y comprendidos predominantemente, sin que aquello merezca un conocimiento especializado, y que es indudable que cualquier persona entiende lo que es el contrabando, asumiendo que se trata del ingreso o salida de mercancías, evadiendo el control de la autoridad aduanera.

ii. Elementos subjetivos:

Cuando analizamos la *conducta o el acto*, ya señalamos que son comportamientos humanos que están contenidos de una voluntad, de un fin que busca un resultado concreto. En el delito de contrabando, una vez que se haya establecido los elementos objetivos del tipo (sujeto activo, sujeto pasivo, conducta, elementos normativos, elementos descriptivos), se deberá determinar los elementos subjetivos, que es una tarea más compleja, pues es adentrarse al interior del sujeto activo del delito y tratar de averiguar cuáles fueron su voluntad y

conciencia, al momento de ejecutar los actos descritos en el delito de contrabando.

Por la descripción del artículo 301 del COIP, podemos decir que el contrabando, es un delito de resultado, porque su estructura y naturaleza jurídica se centra en evadir el control aduanero, por lo tanto, cuando se produce una coincidencia entre la finalidad perseguida por el autor y el hecho típico objetivo, nos encontramos ante un comportamiento típico doloso, es decir concurre el dolo.

Según el artículo 26 del COIP, “*Actúa con lo dolo la persona que tiene el designio de causar daño*”, es decir, que el *designio* es la consciencia y la voluntad de realizar el contrabando, en otras palabras, actúa con dolo la persona que *sabe* lo que va hacer y *quiere* hacerlo (conocimiento y voluntad). Como nos enseña Jorge Zavala Baquerizo, el dolo es contenido de la voluntad, que, a la vez, se encuentra comprendida en el tipo a través del acto. El tipo no puede ser solo un ente objetivo. La conducta descrita en el tipo no puede ser desposeída de su elemento subjetivo que la integra y la acompaña. El querer un resultado típico y dirigir la conducta hacia la obtención y concreción de ese resultado típico es lo que constituye el dolo. Toda conducta típica es generalmente dolosa, por excepción no lo es¹⁹.

Por lo tanto, el delito de contrabando es doloso, porque quien lo comete conoce (elemento *cognitivo*) todos los elementos y

¹⁹ Zavala Baquerizo, Jorge, Delitos contra las personas. El homicidio simple. Edino. Guayaquil, 1997, Pág. 73 y 74

características que lo constituye, por ejemplo en el caso que el sujeto sepa que no paga tributos, que el acto o conducta que realiza es adecuado para evadir el control aduanero, y que está causando un perjuicio al Estado; aunque este conocimiento no debe ser exacto de cada particularidad o elemento del tipo objetivo, sino que basta que sea un conocimiento aproximado de la significación natural, social o jurídica (conocer lo prohibido de evadir impuestos, aunque no sepa concretamente la cuantía). Es importante señalar que el conocimiento de la antijuricidad o la capacidad de culpabilidad no forman parte de la tipicidad, estos son los otros elementos de la teoría general del delito.

El otro elemento que conforma el dolo es el *volitivo*, y que para actuar dolosamente no basta conocer los elementos objetivos del tipo, sino que es necesario *querer* realizarlos, por cuanto nadie puede querer realizar algo que no *conoce*. Pero como nos enseña Muñoz Conde, este *querer* no se confunde con el deseo o con los móviles del sujeto²⁰. Como el caso ocurrido en mi provincia del Carchi, cuando un contrabandista por evadir el control aduanero, atropelló a un militar causando su deceso; probablemente, no deseó su muerte, pero, a pesar de ello, quiso investirlo con el vehículo, considerando como única salida para darse a la fuga y evitar su aprehensión junto con la mercancía. En el caso propuesto, los móviles del autor pueden ser simplemente lucrativos, pero los actos del contrabando no dejan por eso de ser dolosos.

En definitiva, en el delito de contrabando es preciso que el sujeto activo sepa que no paga tributos, que la acción que

²⁰ Op. Cit. Pág. 269.

realiza es adecuada para evadir el control aduanero y que causa un perjuicio al Estado. De tal manera que, los elementos del dolo (cognitivo y volitivo) deben estar plenamente establecidos; si existe prueba de que se desconoce los elementos objetivos del contrabando o se produce una apreciación errónea de alguno, quedará excluido el dolo, esto es lo que la doctrina denomina el *error de tipo*, y que en caso de ser invencible determina la exclusión de la tipicidad.

Al respecto debemos señalar que dentro del veto presidencial se eliminó del COIP el error de tipo como causa de exclusión de la tipicidad, sin embargo, implícitamente subsiste cuando se dice que la infracción es “una conducta típica, antijurídica y culpable”, para lo cual debe analizarse cada uno de estos elementos, sin descartarse la posibilidad de analizar el error de tipo, puede ocurrir por ejemplo: Pedro que reside en Madrid-España, le entrega a Luis (su hermano) que fue a visitarlo, un paquete para que se lo traiga a María (su madre), diciéndole que se trata de unos adornos navideños, cuando en realidad son diez celulares, cuyo valor supera los diez salarios básicos unificados de trabajador en general, hecho que Luis desconoce y que cualquier persona media en su lugar habría actuado del mismo modo. En el ejemplo propuesto, Luis desconocía la existencia de los elementos objetivos del tipo penal, eliminándose el dolo y determinándose la atipicidad de la conducta.

2.3. La antijuricidad.- Constatada la tipicidad, corresponde verificar la concurrencia de la antijuricidad, que en palabras sencillas significa “contradicción al derecho o contrario a derecho”, por lo tanto, no es suficiente que la conducta sea típica,

sino que ésta tiene que ser injusta o ilícita, por eso se dice, que la antijuricidad es contrariar lo establecido en la norma penal.

En la doctrina existe unanimidad respecto a que la antijuricidad es contraria a derecho (antijuricidad formal) y constituye una vulneración a un bien jurídico (antijuricidad material), siendo que estas dos manifestaciones aparecen como dos caras de la misma moneda. Por lo que, el juicio de antijuricidad descansa siempre en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (desvalor del resultado) producida por una acción también desvalorada (desvalor de la acción)²¹.

En el caso del delito en estudio, la antijuricidad formal, por ejemplo sería cuando Juan *ingrese clandestinamente mercancías del territorio aduanero* para evadir el control y vigilancia, evitando pagar los impuestos; mientras que la antijuricidad material, sería el resultado del contrabando dado por el valor de los impuestos que el Estado dejó de percibir. El comportamiento de Juan concuerda con el supuesto de hecho típico del artículo 301.1 del COIP, es decir realiza una conducta típica de contrabando. Pero como nos enseña Muñoz Conde, una acción que contradice la norma de manera puramente formal no puede ser calificada de antijurídica, como tampoco puede ser calificada como tal la lesión de un bien jurídico que no esté protegido jurídicamente. La esencia de la antijuricidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se de esa ofensa al bien jurídico no podrá

²¹ Muñoz Conde, Francisco y otra. Op. Cit. Pág. 300.

hablarse de antijuricidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción²².

De lo expuesto, es importante para los juzgadores tener muy en cuenta la antijuricidad material (desvalor del resultado), es decir, el resultado de la acción típica, pues esto puede servir para la aplicación del principio de proporcionalidad en el quantum de la pena, pues no será lo mismo un delito de contrabando cuya cuantía sea de diez salarios básicos unificados de trabajador en general, que uno de cien. Sin embargo, no queremos decir que no sea importante la antijuricidad formal (desvalor de la acción), pues como lo señalamos antes, las dos concurren entrelazadas, y ambas contribuyen a construir la antijuricidad de un determinado comportamiento.

Dentro del COIP, para que una conducta sea antijurídica no basta con que exista la amenaza o lesión a bien jurídico, sino que además, no debe haber causa de justificación, entre las que constan: el estado de necesidad, la legítima defensa y cumplimiento de una orden de autoridad competente o deber legal; circunstancias de difícil demostración para el delito de contrabando, siendo descartable de plano que concurra como causa de justificación la legítima defensa, por la propia naturaleza jurídica de este tipo penal. Sin embargo, las otras causas pueden concurrir en algunos casos, aunque será muy difícil su justificación.

Por ejemplo, en la provincia del Carchi, concretamente en la ciudad de Tulcán, al no existir fuentes de trabajo, Jaime se

²² Op. Cit. Pág. 301.

dedica al contrabando, ingresando mercancías desde el vecino país de Colombia, como único medio para sustento de su familia. En el caso propuesto habría que determinar cuáles son los bienes jurídicos que entran en conflicto, partiendo de que el interés de salvaguardar uno de los bienes jurídicos, resulte más importante que la lesión del otro; en el ejemplo: ¿lesionar el patrimonio del Estado (evadir impuestos), para alimentar a la familia, se trataría de un caso de necesidad?, solo queremos dejar planteada la interrogante, porque casos como el del ejemplo ocurren a diario y a los cuales deben dar respuesta los operadores de justicia, donde deberán analizarse los requisitos determinados en el artículo 32 del COIP.

2.4. La culpabilidad.- Constituye la tercera secuencia del delito, donde se estudia las circunstancias personales de los sujetos activos responsables de la comisión del hecho previamente calificado como típico y antijurídico.

De tal manera que, *evadir el control aduanero*, ese acto que es calificado como típico y antijurídico, no necesariamente puede acarrear la imposición de una pena al autor de este hecho. En la categoría de la culpabilidad se trata de un análisis personal, cuya función consiste en acoger aquellos elementos referidos al autor del delito, que sin pertenecer al tipo ni a la antijuricidad, son también necesarios para la imposición de una pena²³. De lo dicho, es necesario de parte del juzgador que el análisis que haga del sujeto activo, debe ser estrictamente personal, de modo que si existen varios sujetos activos,

²³ Muñoz Conde, Op.cit. pág. 349

el juicio que arroje la culpabilidad de uno de ellos, puede o no afectar la situación jurídica de los otros; condición que se halla prescrita en el inciso segundo del artículo 41 del COIP, que dice: “Las circunstancias o condiciones que limiten o agraven la responsabilidad penal de un autora, de un autor o cómplice no influye en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal”.

La culpabilidad es el reproche personal que se dirige al sujeto activo de la infracción (contrabando) por haberse perpetrado un injusto penal; por lo tanto, la esencia de la culpabilidad radica en el reproche que se le atribuye al autor del delito. El reproche contenido en la culpabilidad, como elemento del delito, recae solamente sobre las relaciones de causalidad psíquica existentes entre el agente y el hecho en cuestión. La peligrosidad y el carácter antisocial del agente, no son fundamento de la culpabilidad y por tanto causa de absolucón o de condena, solamente pueden influir en la medida de la pena o en la adopción de medidas de seguridad. La formulación de ese reproche requiere llevar a cabo una actividad judicial –un juicio– en el que se determine que verificó el hecho típicamente antijurídico a pesar de que era capaz de abstenerse de hacerlo y de que le era exigible esa abstención²⁴.

Sin entrar a mayores detalles acerca de la culpabilidad, porque no es el propósito de este ensayo, debemos dejar sentado como premisa que, para que una conducta típica y antijurídica pueda ser atribuida a una persona, es necesario la concurrencia

²⁴ Franco Loor, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2011. Pág. 293.

de los siguientes requisitos: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto; la conciencia actual o potencial de la antijuricidad; y, la exigibilidad de una conducta distinta.

La imputabilidad. En toda infracción penal, en el caso concreto del contrabando, para atribuir la responsabilidad a una persona, el juez debe analizar todas las condiciones o la capacidad mental o grado de madurez, a efecto de considerarla responsable o no del delito. El COIP, no define la imputabilidad, solo se limita a establecer en los artículos 35 y 36 un régimen de exención o atenuación de la pena para determinados casos que tienen que ver con las facultades mentales y volitivas de la persona procesada.

Las facultades psíquicas de normalidad para considerar a un sujeto imputable no se agotan, sin embargo, en la comprobación de su inteligencia o en la constatación de su capacidad para querer un determinado comportamiento, sino que también requieren tener en cuenta el conjunto de condiciones que pueden distorsionar su capacidad de discernimiento: desde circunstancias sociales o culturales, a deficiencias en el pensamiento, incluyendo factores como la falta de memoria, así como las carencias afectivas y emocionales que puedan haber determinado su conducta²⁵. Para lo cual, el juez deberá auxiliarse de otras ciencias como: la psiquiatría criminal y psiquiatría forense.

En el contrabando, puede darse el caso de inimputabilidad, por ejemplo cuando una persona ingresa clandestinamente

²⁵ Gómez, María del Carmen y otra. Op. Cit. Pág. 267.

mercancías extranjeras a nuestro país, evadiendo el control aduanero, pero resulta que a la fecha de cometer el delito, ésta es menor de edad; en este supuesto, el juez de garantías penales, deberá excusarse y remitir el caso al juez competente (de la familia, niñez y adolescencia), para que su juzgamiento. Pues según nuestra legislación la persona menor de edad, es considerada como inimputable, en razón de no haber alcanzado su madurez, debiendo sujetarse a un régimen penal especial, conforme a lo previsto en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia.

Conciencia actual o potencial de la antijuricidad, es lo que también en la doctrina se conoce como el *conocimiento del Derecho*, comprende los casos en los que el sujeto activo o procesado, no tiene conocimiento de la prohibición. Se dice que quien no conoce una norma no puede motivarse por ella; por tanto, en el caso particular y en atención a circunstancias personales del procesado, el legislador ha previsto una posibilidad de renuncia a la imposición de una pena²⁶. Ejemplo: Manuel autor del delito de contrabando, alega que procede de un país en el que ingresar mercancías hasta cierto monto, no es una conducta prohibida y actuó en la creencia de que tampoco lo estaba en el nuestro.

Esto es lo que se conoce como el *error de prohibición*, sin embargo, para su valoración el juzgador, deberá tener en cuenta dos aspectos fundamentales: la admisibilidad de la alegación y el alcance del error (vencible e invencible), en cada caso

²⁶ Gómez, María del Carmen y otra. Op. Cit. Pág. 289.

concreto; teniendo en cuenta el bien jurídico protegido; el entorno social, cultural y familiar del sujeto; a la concreta conducta realizada; igualmente las diferentes circunstancias que rodean la comisión del delito, específicamente en torno al conocimiento por el procesado de la prohibición.

Aunque el COIP no hace ninguna referencia al *error de prohibición*, debemos entender que el legislador dejó la posibilidad de este análisis, cuando señaló que: “Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta”. Tanto más que, como dejamos expuesto, la antijuricidad como referente del conocimiento tiene los siguientes rasgos:

El conocimiento no se refiere a la norma en sentido técnico, sino a los mandatos, prohibitivos o imperativos, que recoge. Ejemplo: En relación con el contrabando, no se requiere que el sujeto activo conozca la estructura jurídica de este delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), sino que basta el conocimiento deshonesto de que está prohibido evadir el control y vigilancia aduanera de mercancías.

Así mismo, no se requiere que el sujeto activo conozca la gravedad exacta de su conducta, bastando con el conocimiento de la prohibición. En delito de contrabando, no es necesario que el sujeto conozca las consecuencias que se derivan del no pago de tributos para el Estado, impidiendo que éste cumpla con la satisfacción de las necesidades colectivas (educación, salud, etc.), que es hacia donde se dirigen los impuestos.

La exigibilidad de una conducta distinta, sabemos que el ser humano está dotado de inteligencia y libertad, lo que le permite

actuar en sociedad y en el marco de respecto de las normas que esa sociedad le ha impuesto y que pueden ser cumplidos por cualquier persona.

Como lo refiere Muñóz Conde, normalmente el Derecho exige la realización de comportamientos más o menos incómodos o difíciles, pero no imposibles. El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos; toda norma jurídica tiene un ámbito de exigencia, fuera del cual no puede exigirse responsabilidad alguna. Esta exigibilidad, aunque se rija por patrones objetivos, es, en última instancia, un problema individual: es el autor concreto, en el caso concreto, quien tiene que comportarse de un modo u otro²⁷. Por manera que, al sujeto activo para exigirle una conducta distinta a la realizada, este debe contar con sus facultades psico-motrices plenas, a fin de poder responder al mandato de la norma jurídica.

Está claro que, todas las personas estamos en capacidad de respetar el Derecho y obedecer el mandato de las normas penales, especialmente en el caso de estudio, las que imponen deberes a los ciudadanos que pretendan ingresar o extraer mercancías del territorio nacional, pues para ello habrá que someterse a los trámites administrativos respectivos, previsto en el COPCI y su reglamento; evitar aquello, constituye un delito aduanero.

2.5. La Pena.- Como dejamos expresado al comienzo de este ensayo, toda norma penal está compuesta de dos elementos:

²⁷ Op. Cit. Pág. 358.

un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; respecto al primero, ya hemos analizado en líneas precedentes, por lo tanto, en adelante nos vamos a referir aunque de manera somera al segundo elemento, esto es la pena.

Se dice que la pena en cualquiera de sus modalidades (privativa de libertad, multa, inhabilidad de derechos civiles y políticos, inhabilidad para el ejercicio de la profesión, etc.), responde al principio de necesidad y que se liga a todo lo expuesto hasta aquí y que no solo tiene que ver con la punibilidad, sino que trae consigo el juicio de reproche y, por ende, hace referencia a la culpabilidad.

No vamos a entrar a analizar sobre las diferentes escuelas que existen alrededor de la pena ya que este no es el objetivo de este trabajo, pero si dejamos sentado que la norma penal desde su creación obliga a los jueces y las juezas a sancionar penalmente a quienes la infrinjan, como la decisión judicial de imponer una pena en un caso concreto, constituyendo intervenciones en derechos fundamentales, por lo tanto, deben ser justificadas. De tal manera que, la norma penal está dirigida en dos direcciones: una al ciudadano prohibiéndole realizar la acción descrita en el tipo penal, por ejemplo en la disposición contenida en el artículo 301 del COIP- “La persona que para evadir el control y vigilancia aduanera sobre mercancías cuya cuantía sea igual o superior a diez salarios básicos unificados de trabajador en general, realice uno o más de los siguientes actos..., cuando: 1. Ingrese o extraiga clandestinamente mercancía del territorio aduanero”; la otra, dirigida al juez o jueza, obligándole a imponer la “pena privativa de libertad de tres a cinco años y multa de hasta tres veces el valor en aduana

de la mercancía objeto del delito” a quien sea declarada responsable de cometer el delito de contrabando.

En el delito de contrabando, debe tenerse en cuenta que la configuración del tipo penal consiste no solo en la determinación de los elementos del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) que debe concurrir para que un juez o jueza tenga la obligación de imponer la pena. Dicha obligación jurisdiccional representa al mismo tiempo, el establecimiento de prohibiciones o de mandatos que restringen la libertad del individuo de actuar o no actuar según su propia voluntad. De tal manera que, el juez o jueza de garantías penales, está obligado(a) a justificar cada una de las decisiones respecto de si hay lugar o no a la aplicación de la pena, así como respecto de la clase y cuantía de pena para imponer en el delito de contrabando, según el artículo 301 del COIP.

Conforme está descrita la pena para el delito de contrabando, podemos decir que su aplicación tiene un carácter “pluriofensivo”, pues con ella se afectan y de un modo diverso, distintas posiciones de derecho fundamental. Así en primer lugar, la libertad, en el caso de pena privativa de libertad; la propiedad, en el caso de la pena de multa, el derecho al sufragio pasivo, en la pena de inhabilitación para su ejercicio, etc. En segundo lugar, la pena privativa de libertad, comporta una afectación a otros derechos, como consecuencia de su excesiva duración o de las condiciones reales en las cuales se lleva a cabo dicha ejecución. Así se entiende la pena, conforme lo dispone el artículo 51 del COIP, cuando dice: *“La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones.*

Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada”.

La pena privativa de libertad –*de tres a cinco años*– es la sanción más grave y significativa prevista en nuestro sistema penal, siendo la más empleada en nuestra legislación penal, para conminar la gran mayoría de las conductas típicas definidas como delitos. Este tipo de sanción restringe el derecho de libertad ambulatorio, que es condición necesaria para las personas en el desarrollo y ejercicio de las libertades de actuación. Pero la privación de libertad, no solo es una restricción a la libertad ambulatoria, sino que va más allá, implica la intervención en otros derechos, cuyo ejercicio se ve impedido o dificultado, debido a la obligada permanencia del sentenciado en un “*Centro de Rehabilitación Social*”, en donde está sometido a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios, y administrativos especiales, y posibilidad de limitar derechos fundamentales), conforme lo prevé el libro III del COIP.

Solo a manera de ejemplo podemos señalar que otros derechos fundamentales se restringen con la pena privativa de libertad, dentro de nuestro sistema penitenciario: la restricción de visitas, restricción de las comunicaciones externas, restricción de llamadas telefónicas, sometimiento al régimen de máxima seguridad, etc.

De lo expuesto, se advierte la necesidad de que el juez o la jueza, al momento de imponer la pena privativa de libertad, considere los derechos fundamentales que pueden verse afectados por las condiciones concretas en las cuales tiene lugar la ejecución de la pena (Centro de Rehabilitación Social); tanto

más que, el legislador ha previsto la *suspensión condicional de la pena*, donde entre otros requisitos se prevé que la pena privativa de libertad no exceda los cinco años, por manera que, una persona que sea declarada responsable del delito de contrabando bien podría beneficiarse de este mecanismo alternativo de cumplimiento de la pena.

Además de la pena privativa de libertad para el delito de contrabando, existe la *multa*, que puede ser de *hasta tres veces el valor en aduana de la mercancía* objeto del delito. Para poder determinar con exactitud el monto de la multa, previamente habrá que establecer en el caso concreto, el valor en aduana de las mercancías, que conforme al artículo 110 del COPCI, será “...el valor de transacción de la mismas más los costos del transporte y seguro, determinado según los establezcan las disposiciones que rijan la valoración aduanera”. Por ejemplo: si la mercancía incautada cuyo valor en aduana es de diez mil dólares, el juez o la jueza podrá fijar una multa de entre diez a treinta mil dólares, que la persona sentenciada deberá pagar de manera íntegra e inmediata una vez que la sentencia se encuentre ejecutoriada.

En caso de que la persona sentenciada demuestre su incapacidad material para pagarla íntegra e inmediatamente después de ejecutoriada la sentencia, la o el juzgador podrá autorizar su cumplimiento a través de: pagos parciales durante el tiempo que dure la condena; y, si se demuestra extrema pobreza, condonando solo una parte de la multa impuesta. En esta parte no quisiera pasar por alto, la multa dispuesta en el artículo 70 del COIP, específicamente la del numeral 7, que señala: “**Aplicación de multas.**- En las infracciones previstas en este Código se aplicará

además la pena de multa conforme con las siguientes disposiciones: ...7. En las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años se aplicará la multa de diez a doce salarios básicos unificados de trabajador en general”. Esto lo hago porque en un caso de contrabando que fui parte del Tribunal de Casación, el SENAE como parte procesal –ejerciendo el derecho de impugnación–, reclamaba que se imponga a la persona sentenciada a más del pago de la multa determinada en el delito de contrabando, se pague la multa establecida en el artículo 70.7 del COIP, pedido que fue acogido teniendo como fundamento de que el legislador no hizo ninguna diferencia si el tipo penal contempla o no una multa en específico.

Dentro del delito de contrabando, también la o el juzgador, ordenará el comiso penal, de todos los instrumentos, productos o réditos en la ejecución del delito, pues conforme lo explicamos este tipo penal es doloso, por lo tanto, cabe el *comiso penal*, para ello deberá hacerlo siguiendo las reglas previstas en el artículo 69.2 del COIP.

Otra sanción como parte de la pena en el delito de contrabando, es la *interdicción*, mediante la cual la persona sentenciada no podrá disponer de sus bienes mientras dure la condena.

También se puede imponer como sanción por el delito de contrabando, de acuerdo con el Código de la Democracia, en relación con el artículo 68 del COIP, la *inhabilitación para ejercer los derechos de participación*, por el tiempo determinado por la o el juzgador, luego de cumplida la pena impuesta; que comporta la privación de los siguientes derechos: la facultad de elegir y ser elegido, es decir el derecho de sufragio activo

y pasivo; participar en asuntos de interés público; presentar proyectos de iniciativa popular normativa; ser consultados; fiscalizar los actos del poder público; revocar el mandato que hayan conferido a las autoridades de elección popular; desempeñar empleos o funciones públicas; y, conformar partidos y movimientos políticos, afiliarse o desafiliarse libremente de ello y participar en todas las decisiones que éstos adopten.

En definitiva, la o el juzgador al momento de imponer la pena, aparte de observar lo dispuesto en el artículo 54 del COIP, que dice:

Individualización de la pena.- La o el juzgador debe individualizar la pena para cada persona, incluso si son varios responsables en una misma infracción, observará lo siguiente:

1. Las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes.
2. Las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos.
3. El grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal.

Deberá tener en cuenta lo que en la legislación penal se destaca, los tres principios fundamentales de la sanción penal: proporcionalidad, razonabilidad y necesidad. Pues siendo reiterativos, la imposición de la pena privativa de libertad, en el caso concreto, la o el juzgador debe considerar no solo la afectación a la libertad de locomoción, sino de otros derechos fundamentales (dignidad, trabajo, propiedad, participación, etc.) cuya limitación si bien está autorizada por las normas

que rigen las penas, deben ser miradas desde la Constitución de la República del Ecuador y los convenios internacionales de derechos humanos de los cuales nuestro país es suscriptor.

3. Bibliografía

- Agudelo Betancur, Nódier, *Curso de Derecho Penal, Esquemas del delito*. Editorial Temis, Bogotá, 2007.
- Aguilar López, Miguel Ángel, *El Delito y la Responsabilidad Penal, Teoría, jurisprudencia y práctica*. Editorial Porrúa, México, 2005.
- Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Ediciones Legales, Quito.
- Bacigalupo, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Ara editores, Primera Edición, Lima, 2004.
- Beling, Ernest Von. *Esquema del Derecho Penal. La doctrina del delito-tipo*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.
- Boderó Cali, Edmundo René. *Derecho Penal Básico*. Talleres Disgraf, Quito, 1993.
- Bustos Ramírez, Juan. *Obras Completas Derecho Penal*, Ara Editores, T. I. Lima, 2005.
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, Parte General*, Vol. I. Editorial Temis, Bogotá, 1978.
- Cerezo Mir, José. *Obras Completas, Derecho Penal Parte General*. Ara Editores, Lima, 2006.
- De La Cuesta Aguado Paz, M. *Tipicidad e Imputación Objetiva*.

- va, IV: <http://inicia.es-de-pazenred-tipi4.htm>.
- Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del Delito y de la Pena*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
 - Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Fundamental*. Grupo editorial Ibañez, Bogotá, 2007.
 - Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta. Valladolid, 2000.
 - Fontán Balestra, Carlos. *Tratado de Derecho Penal*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970.
 - Franco Loor, Eduardo. *Fundamentos de Derecho Penal Moderno*. Corporación de Estudios. Quito, 2011.
 - García Pérez, Octavio. *La punibilidad en el derecho penal*. Aranzadi, Pamplona, 1997.
 - Gómez Rivero, María del Carmen y otra. *Nociones Fundamentales de Derecho Penal, Parte General*. Editorial Tecnos, Madrid, 2010.
 - Guzmán Lara, Aníbal. *Diccionario Explicativo del Derecho Penal Ecuatoriano*. Editorial Época, Quito, 1977.
 - Jiménez De Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Editorial Losada S.A. Buenos Aires, 1977.
 - Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Bosch, Barcelona, 2005.
 - Muñoz Conde, Francisco y otra. *Derecho Penal, Parte General*. Tirant lo Blanch, Valencia-España, 2010.

- Quintano Ripollés, Antonio. *Curso de Derecho Penal. Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid-España, T. I.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*. Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1999.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte General. T.I. La Estructura de la Teoría del Delito*, Thompson Civitas, 2003.
- Sampedro Arrubla, Camilo. *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Delitos Aduaneros*. Nomos Impresores, Bogotá, 2011.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Bosch, Barcelona, 1992.
- Vallejo Aristizábal, Sandro. *Régimen Tributario y de Aduanas*. Texto Guía. Universidad Particular de Loja. 2005.
- Velasquez V, Fernando. *Derecho Penal, Parte General*. 4 ed. Comlibros, Bogotá, 2009.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho Penal, Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2000.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Derecho Penal, Parte General*. Ara Editores, Lima, 2006.
- Zavala Baquerizo, Jorge. *Delitos contra las personas*. T.I. Edino, Guayaquil.
- Zavala Egas, Jorge. *Delito Aduanero*. Edilex S.A. Editores, Guayaquil, 2009.

Consideraciones generales acerca del delito de peculado

José C. García Falconí

Catedrático de la Universidad Central del Ecuador

Sumario:

1. Introducción; **2.** Base constitucional y legal del delito de peculado; **3.** Reseña histórica; **4.** Generalidades; **5.** Concepto; **6.** Bien jurídico tutelado; **7.** ¿Qué clase de delito es el peculado?; **8.** Elemento subjetivo; **9.** El dolo; **10.** Objeto material; **11.** Sujeto activo; **12.** Participación; **13.** Sujetos pasivos; **14.** -¿Es prejudicial el delito de peculado?; **15.** ¿Cuándo se comete el delito de peculado?; **16.** Tentativa; **17.** Medios con los que se comete el delito de peculado; **18.** Reintegro de los fondos abusados; **19.** Pena con que se castiga; **20.** Prescripción de la acción penal por el delito de peculado; **21.** Bibliografía;

1. Introducción

El delito de peculado en el Ecuador, ha llegado a niveles sin precedentes, y constantemente se ha visto amenazar la estabilidad de algunos gobiernos.

Es de conocimiento público, que en algunos cargos denominadas “**claves**” de la Administración Pública, han proliferado los desfalcos de fondos públicos, por lo que consideramos que es necesario, enfrentarlos para poder resolverlos adecuando la legislación penal a las exigencias de nuestra realidad.

Como he manifestado en varios trabajos que hace algunos años he publicado “El momento actual demuestra que se pueden realizar grandes negocios en nombre del Estado, y beneficiarse con ello indebidamente con actos dolosos a base del cohecho, la coima, obteniéndose como resultado un enriquecimiento ilícito”.

En dicho trabajo, recalco, que en las dictaduras, como señalaba en esa época la Contraloría General del Estado, es en donde se acumulan inmensas fortunas mediante sutiles formas de peculado, pues el enriquecimiento ilícito de funcionarios allegados al poder es la regla general. Estas personas depositan estos bienes y dineros de esta forma adquiridos en cuentas bancarias en otros países a su nombre o de interpuesta persona, especialmente en países donde existe todavía un mal entendido secreto bancario, evitando de este modo que el país pueda ejercitar en debida y legal forma la acción de restitución.

Debo aclarar, que si bien en verdad el peculado constituye la forma, más fácil de enriquecimiento ilícito, que por su esencia reviste mayor gravedad moral que los delitos comunes, pues sus actos son efectuados, muchas veces, bajo la apariencia de autoridad en nombre del Estado, y representación de la sociedad en el ejercicio de una función; no creemos que sea una verdad que se pueda generalizar sino más bien casos de excepción, me niego a aceptar, aquella grave acusación que hace algunas décadas hizo la Revista Nueva, de la Función Judicial, al señalar “Los grandes peculados hallaron siempre en el poder judicial su más diligente encubridor”, o aquella otra que acusa de ineficaz al sistema judicial, cuando se trata de sanciones a “**peces gordos**”, pues como se manifiesta la justicia es solo para los de “**poncho**”.

Si consideramos, que el peculado actualmente, es un problema que reviste caracteres alarmantes, es necesario enfrentarlos y resolverlos, dictando medidas de control adecuadas y estableciendo penas y sanciones que tengan relación a la importancia del cargo, a la responsabilidad del funcionario y al monto de lo delictuosamente adquirido, debiendo ser la pena, una que sirva de escarmiento para que no se produzcan casos similares.

Bien lo expresaba el distinguido jurista y amigo Dr. Edmundo Durán Díaz, Ex Ministro Fiscal del Estado:

Las cárceles están llenas de delincuentes contra la propiedad y es verdad, pero de delincuentes callejeros y esa es la verdad, que por último están arriesgando su integridad física, pero el otro delincuente contra la propiedad, el delincuente de cuello blanco, aquel que

hace fortuna en base a la coima, el cohecho, el peculado, el enriquecimiento ilícito, ese nunca está en la cárcel, o si llega a estar, en contados casos recibe una sentencia condenatoria, y roban mucho más dinero los delincuentes de cuello blanco si medimos las cosas por los resultados, nos damos cuenta que la justicia, no funciona adecuadamente. Y no es por vicio de las personas, ni es por vicio de las leyes, sino porque corresponde a una concepción de clases

Por esta razón estimamos, que la asunción a un cargo público, implica un deber especial de pulcritud y para esto debe existir antes y después claridad en la situación patrimonial de aquella persona que vaya o que haya ejercido una función pública¹.

El filósofo y matemático Pascal, manifestaba con razón, que durante el siglo XVII: “El ideal del hombre honesto (del honnete homme) para clase media y alta francesa hace referencia a un modo de vivir, al arte construir una existencia propia que gire alrededor de la honestidad y de la humanidad y que se aleje de las artes civiles y artificiosas”. Por tanto, el honnete homme, se distancia completamente del hombre cortesano, caracterizado por las artes de la máscara, la seducción y el engaño”; así en sus pensamientos, Pascal elogia este ideal del hombre honesto y afirma que no desea otra cosa para sí; agrega: “Hace falta que no se pueda decir de uno ni que es matemático ni predicador, ni elocuente, sino que es un

¹ García Falconí José, *El juicio por el delito de peculado*, Ed. Rodin, Quito Ecuador, 1991, Pág.6

hombre honrado, esta es la única cualidad universal que me complace”².

La doctrina consultada para el presente artículo, especialmente algunos estudiosos, señalan que el hombre es concebido en pecado por la relación sexual de hombre y mujer, lo cual constituye el pecado original, y por tal es desarrollado en corrupción; además se dice: “El soborno y las amenazas acaban con el león y todos los animales de la selva tiemblan en estos casos. Siempre tenemos que pagar un precio por lo que hacemos; de tal forma, que nace la interrogante **¿presionar o chantajear?**”.

Santo Tomás de Aquino, asevera que la corrupción de la justicia tiene dos causas: la astucia de la serpiente que falsifica el recto enjuiciamiento, y la violencia de los poderosos que señalan lo que es justo.

2. Base constitucional

Arts.:3, 83, 85, 211, 212.2, 225, 226, 227, 233, 241, 275 y 280.

2.1. Base legal

Tenemos los siguientes cuerpos de leyes:

- a. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en los Arts.: 5, 17, 19, 31, 39, 65, 66, 67 y 83.

² Muñoz Gonzalo, Pascal, Ed. Bocalleta Alconjas S.L, España, 2015, Pág. 15

- b. El Código Orgánico de Planificación y Finanzas Pública, en los Arts. 9, 10, 12, 57, 70, 73, 97 y 100.
- c. De las Normas Técnicas del Presupuesto, tenemos los Arts.: 2.1; 4.2.2.1; y, 22.4.
- d. Del Código Orgánico de la Planificación y Finanzas Públicas, los Arts.: 9, 10, 12, 57, 70, 73, 97 y 100.
- e. Del Código Penal anterior, los Arts.: 257; 257.1; 257.2; 253.3; 257.4.
- f. El COIP, lo tipifica y sanciona en el Art. 278, debiendo señalar que el inciso cuarto de dicho artículo, fue reformado por el Código Orgánico Monetario y Financiero, en la Disposición Reformatoria Trigésima Séptima, publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 332 del 12 de septiembre de 2014.

Igualmente la Ley No. 0, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 598 de 30 de septiembre de 2015, suprime la descripción en relación al segmento de economía popular y solidaria y se amplía la responsabilidad penal para los vocales del Consejo de Vigilancia.

Por tanto, como dicen los Drs. Richard Villagómez y Ana Lucía Ponce, la descripción típica respecto del sujeto activo en el supuesto de hecho descrito en el cuarto inciso del Art. 278 del COIP, queda objetivizado en los miembros o vocales de:

- I Directorio.
- II Consejos de Administración.
- III Consejos de Vigilancia.

Además, con esta reforma se cambia la forma de narración respecto de las modalidades del delito, prefiriéndose la descripción por literales.

Agregan los mencionados autores:

Desde el 12 de septiembre de 2014, en que se publica el Código Orgánico Monetario y Financiero, la Disposición Reformatoria Trigésima Séptima, publicada en el Registro Oficial Suplemento 332, hasta el 30 de septiembre de 2015, en la que se publica la Ley No. 0, R.O.S 598 de 30 de septiembre de 2015, la conducta de los miembros de los Consejos de Vigilancia, serían ciertamente impunes a la falta de descripción típica, lo que es consecuencia de estos yerros en la técnica legislativa al momento configurar los elementos típicos (...)³.

Finalmente, el texto actual del inciso cuarto, in comento es el siguiente:

Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional, que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los Consejos de Administración y Vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: **a)** Dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los represente;

³ Ponce Andrade Ana Lucía, Villagómez Cabezas Richard, *El Delito De Peculado en el Código Orgánico Integral Penal*, Ed. Zona G, Quito, 2015, Pág. 56 y sig.

b) Hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, **c)** Dispongan de cualquier manera el congelamiento o la relación arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

El Art. 278 del COIP, señala:

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

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

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos,

calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido⁴.

El cuarto inciso, está reformado por la Disposición Trigésima Séptima del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Segundo Suplemento No. 332 del viernes 12 de septiembre de 2014; que también agrega al Art. 557 del COIP, en el numeral 3: “En caso de quiebra financiera fraudulenta de persona jurídica financiera con patrimonio negativo, el dinero obtenido del remate servirá para el pago de los derechos de las acreencias de la entidad.

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

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

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

⁴ COIP, Art. 278.- Peculado

Las concordancias del Art. 278 del COIP, son las disposiciones constitucionales y legales que constan en líneas anteriores.

3. Reseña histórica del delito de peculado en el mundo

Entre las más antiguas leyes de la humanidad que conocemos, el Código de Manú o Leyes de Manú, dedica algunas de sus exposiciones al peculado y a la concusión, y el libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes, dice: “40.- Muchos soberanos a consecuencia de su mala conducta han perecido con sus bienes mientras que ermitaños han obtenidos reinos por su cordura y humildad”. El artículo 124, dice “Los empleados que llevan a su perversidad hasta sacar dinero de los que tiene que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino”.

De este modo, vemos que hace tres mil años ya se castigaban los ilícitos de peculado y concusión.

En Roma, se designó con el nombre de *peculatus*, al hurto de las cosas muebles pertenecientes al Estado.

Peculatus, viene de pecus: ganado, y se le dio este nombre, porque antes de que se difundiera el uso del dinero, los animales destinados a los sacrificios constituían los bienes muebles más importantes entre los bienes públicos, y por tanto, el hurto de esta clases de bienes era el más importante dentro de la legislación romana.

Este delito de peculado, revistió después a través del tiempo, diversas modalidades: la sustracción de metales, o monedas del erario de la comunidad romana, constituyó la forma más frecuente y más importante de este ilícito, también la profesión por parte de los jefes militares del botín guerrero y su artificioso o falsa evaluación, así como acuñar más moneda pública que la autorizada, eran consideradas o tipificadas como delito de peculado.

En el derecho romano, la palabra peculado, se utilizó también para nombrar el delito que consistía en el hurto de dineros o cosas pertenecientes al pueblo romano, que se consideraban sacras, cometido por quien estuviese encargado de su administración o por persona distinta.

Posteriormente este título, se reservó para el peculado propio, que podía recaer sobre cualquier dinero o valor custodiado en el arca pública, aunque no fuese del pueblo romano, sino de otra ciudad o administración pública.

Así, este delito consistía, en dar a los dineros públicos un destino distinto del que tenía o en no anotar en los Registros Públicos la totalidad de lo recaudado, y por esta razón, se denominó *crimen de residius*, y era sancionado con la interdicción del agua y del fuego, además de la pena pecuniaria correspondiente.

De este modo, en el primitivo derecho romano, la sustracción de dinero público se consideró digna de castigo a causa de la cosa sustraída que se tenía por sagrada, y por esto, los reos de peculado fueron colocados en compañía de los sacrílegos.

En cambio, en el derecho Cesareo, predominó el criterio de la traición a la confianza y de la facilidad para delinquir; de allí, nacieron las siguientes divergencias y consecuencias:

1. El sujeto pasivo del peculado, era únicamente el patrimonio del pueblo romano, que se consideraba sagrado, y no las propiedades de los municipios y de las ciudades que se consideraban privadas.
2. La sustracción del dinero del pueblo romano, se tuvo como sacrílega y constituía peculado, aunque fuera cometida por un particular no ligado por su cargo a la fe pública.
3. Al contrario, cuando el Derecho Cesario empezó a deducir de la traición a la confianza, al criterio contra los reos de peculado, aquellas dos proposiciones o consecuencias anotadas, cambiaron naturalmente de sentido y se estableció entonces, que también las cosas de las ciudades y de toda administración pública era sujeto pasivo de peculado.
4. Que, la mayor severidad de las leyes penales debía reservarse contra los que se apoderaban del dinero público abusando del cargo al que se les fue confiado.
5. Luego, el patrimonio del pueblo romano se designaba con el nombre de *serarium*, mientras que al fisco se lo consideraba especialmente como el patrimonio del príncipe.
6. En resumen, entre el delito de peculado, y el de residuos, parece haber sido este: mientras el peculado era hurto de dineros públicos; se llamaba reos de residuos, aquellos administradores que después de rendir cuentas retenían el dinero que debían presentar como saldo de caja, esto es que el delito de residuos es la retención del

dinero público no ingresado al erario y que ha alguno le queda sobrando por motivos de administración⁵.

El maestro Carrara, señala que la Ley Julia de Residuos, era distinta de la de la *Ley Julia Peculatus*, ambas leyes atribuidas al Emperador Augusto, debiendo anotar que la pena de los residuos era una simple multa proporcional, mientras que la pena del peculado, en un primer momento, era la interdicción del agua y del fuego, más tarde le sucedió la deportación, pero fue el Emperador Teodosio, quien impuso la pena de muerte, pero solamente era aplicada a los funcionarios que tuvieran jurisdicción o mando, y no para los simples administradores de caudales públicos.

Las Partidas, castigaron la malversación de los caudales del rey, y de los pertenecientes a villas y ciudades, en este caso la pena era la muerte, cuando la malversación constituía un hurto propiamente dicho. Con igual rigor, castigo la Novísima Recopilación a las personas, Consejos o Universidades, que usurparen las rentas o derechos del rey, en algunas regiones de Europa, como en Nápoles en el año 1510, se castigaba este delito de peculado con multa a los nobles y con tres años de trabajos forzados en servicio al Estado a los plebeyos, que hubieren robado mármol, bronce o plomo de las fuentes públicas. Hay que señalar, que los atenienses, castigaron con la muerte el hurto de higos, del mismo modo en las leyes bárbaras, eran castigados con mayor severidad los que robaban en los molinos, para favorecer de este modo a los instrumentos

⁵ Ibídem, páginas 8 y 9.

que servían para el arte de la molienda. En Inglaterra, existía un Estatuto que dictó Carlos II, que protegía las lanas, con sanción especial contra los ladrones de este material.

El tratadista Joaquín Escriche, señala que el Fuero Juzgo, mandaba que quien hurta el tesoro del rey u otra cosa, o le hace daño, tiene que devolver el doble de lo dañado.

En las legislaciones modernas, el peculado se considera como un hurto calificado y se lo somete a las penas, de trabajos forzados, de reclusión temporal o de cárcel en los casos más leves; y así tenemos, que en Rusia, el príncipe Melzichoff, fue condenado por malversación, a una multa de trescientos mil escudos y a la pérdida de los honores; mientras que el Almirante Aproxon, fue condenado a la pena de muerte y a la confiscación de los bienes.

3.1. **Reseña histórica del delito de peculado en el Ecuador**

Según el documento de trabajo No. 29, sobre la **malversación**, publicada por el Departamento de Estudios Jurídicos, de la Contraloría General de la Nación, en el mes de enero de 1977, se señala en resumen, lo siguiente:

- a. El primer Código Penal ecuatoriano, aprobado por el Congreso Nacional, presidido por Juan José Flores y sancionado por Vicente Rocafuerte, el 17 de abril de 1837, contiene en su parte primera, lo referente a los delitos contra la causa pública, y en los títulos sexto y séptimo, de los delitos contra la hacienda nacional.

- b. El segundo Código Penal, fue elaborado por la Asamblea Constituyente, el 23 de octubre de 1871, y promulgado el 03 de noviembre del mismo año, por el Presidente Gabriel García Moreno, y en él se trata sobre la malversación y el peculado, en el artículo 257, perteneciente al Capítulo IV, relacionado a los abusos y concusiones cometidas por funcionarios públicos, y la Contraloría, manifiesta, que este segundo Código Penal ecuatoriano, es una adopción casi textual del Código Belga.
- c. El tercer Código Penal, lo dictó el Congreso Constitucional, de 1889, y fue sancionado por el presidente de la República, Dr. Antonio Flores Jijón, y publicado junto al Código de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 256, de dicho Código Penal, tipificaba y sancionaba el delito de peculado.
- d. El cuarto Código Penal, fue promulgado por el General Eloy Alfaro, el 26 de mayo de 1906, y en el artículo 225, se tipificó y sancionó el delito de peculado.
- e. El quinto Código Penal, fue expedido por el Gral. Alberto Enríquez Gallo, en 1938, el artículo 236, tipificaba y sancionaba al delito de peculado.
- f. El sexto Código Penal, que data de 1953, y el Código de Procediendo Penal, es codificado por la Comisión Legislativa Permanente, y se lo publicó en el Registro Oficial No. 352 de 29 de octubre de 1953, mientras que el Código de Procedimiento Penal, se lo publicó en el Registro Oficial No. 875 de 11 de junio de 1955, anotando que también se tipifica y sanciona el delito de peculado.
- g. El séptimo Código Penal, a igual que el Procedimiento Penal, de 1960, fue publicado en el Registro Oficial

No. 1202, del 20 de agosto de 1960, en la que también se tipifica y sanciona el delito de peculado, en el artículo 233.

- h. El octavo Código Penal y de Procedimiento Penal de 1971, fue aprobado por una Comisión Jurídica, se lo publicó el 22 de enero de 1971, y el delito de peculado se lo tipifica y sanciona en el artículo 257, que tuvo varios agregados, hasta que terminó su vigencia el 09 de agosto de 2014.
- i. El COIP, publicado en el Suplemento de Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014, que a la fecha ha tenido varias reformas, tipifica y sanciona el delito de peculado, en el Art. 278.

Hay que recordar, que la política criminal, es un conjunto de estrategias estructuradas y planificadas que permiten encontrar mecanismos alternativos y respuestas viables a la problemática del infractor; y el COIP, revela la situación política y económica del Ecuador, respecto a las circunstancias específicas y las concepciones relevantes de orden y de libertad; pues no olvidemos que el COIP, es el derecho constitucional aplicado, en atención a la garantía normativa que señala el Art. 84 de la Constitución de la República, garantía que quiere decir, que en el ejercicio democrático en nuestra sociedad, el desarrollo legislativo y adecuación formal o material de los principios constitucionales en leyes secundarias, es obligación de la Asamblea Nacional, que dando cumplimiento a esta garantía dictó el COIP y luego el COGEP; recalando que al COIP, le incumbe la tarea de ejercer la pretensión punitiva del Estado dentro del marco constitucional señalado en el Art. 1 de la Constitución, ya que como he manifestado en varios trabajos, tenemos una justicia penal comprometida con

los principios del Estado constitucional de derechos y justicia social, y a la vez la efectiva realización de la justicia⁶.

4. Generalidades sobre el delito de peculado

Para entender el delito que estamos tratando, es menester señalar brevemente, que el derecho penal, es el conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a hechos estrictamente determinados por la ley como presupuesto una pena, medida de seguridad o corrección como consecuencia con el objeto de asegurar los valores elementales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica; de tal manera, que el derecho penal es el saber jurídico que establece los principios para la creación, interpretación y ejecución a la aplicación de las leyes penales (aun a los casos privados); propone a los jueces un sistema orientador de sus decisiones que contiene y reduce el poder punitivo para impulsar el progreso del Estado constitucional de derechos y justicia social.

El COIP, según la guía para las actuaciones del fiscal, publicado por la Escuela de Fiscales FGE, señala:

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) es un cuerpo legal que define las garantías básicas y principios generales del sistema de administración de justicia penal, dirigido a la infracción penal, el proceso y la ejecución punitiva. Este instrumento recoge definiciones conceptuales, teóricas, desarrolladas en la siguiente estructura:

⁶ Ibídem, páginas 13, 14 y 15.

Libro Preliminar: Garantías y Principios Generales del Sistema Penal.

Libro Primero: Concepto elemental de infracción, circunstancias y responsabilidad. Catálogo de delitos.

Libro Segundo: Procedimiento para el juzgamiento de las personas con base en el debido proceso.

Libro Tercero: Ejecución Punitiva, Régimen y Tratamiento Penitenciario.

A propósito de este cuerpo de leyes, cuando preguntaron a **Solón**, si había dado a sus paisanos las mejores leyes, él contestó: “Les he dado las mejores que son capaces de recibir”; y como dice la doctrina, ésta es una de las afirmaciones más profundas que han quedado registradas, y como todas las grandes verdades, tan sencilla que es rara vez comprendida. Contiene toda la filosofía de la historia. Afirma una verdad que de haber sido reconocida habría ahorrado a los hombres una inmensidad de disputas vanas y estériles, y les habría guiado por el sendero del conocimiento más claro, en el pasado. Esta frase significa que todas las verdades son verdades temporales.

Hay que señalar que delito, es lo jurídicamente desaprobado y castigado con una pena, como dice la doctrina: “El delito antes de recibir la calificación jurídica de delito, es un hecho que se realiza en el mundo fáctico, o sea depende hasta tal punto de la fenomenología real, que, sin su previo acontecer, no se puede concebir ni siquiera como abstracta hipótesis (...)”⁷

⁷ Ibídem, páginas 22 y 23

Se estudia este delito, a través de tres elementos, que son:

1. La condición de autor o de sujeto activo.
2. La naturaleza de los bienes.
3. La relación fundamental entre unos y otros.

De tal manera, que son tres los elementos del delito de peculado, que son: el sujeto activo o sea los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público; que las cosas o bienes estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo; y, que el agente hubiere abusado de dichos bienes con dolo.

De lo que se concluye, que si falta uno de los requisitos antes mencionados, no hay delito de peculado.

Como es de conocimiento general, la Corte Nacional de Justicia, dictó una Resolución en la que se dispone, ante una consulta de la Contraloría General del Estado: **“Si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaratoria de la Contraloría General del Estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante a los fondos públicos contra el funcionario a cargo de éstos”**.

La Corte Nacional de Justicia, teniendo en cuenta las disposiciones de los Arts. 212.2 de la Constitución de la República; Art. 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en concordancia con los Arts. 65, 66 y 67 ibídem, se pronunció, que es **potestad exclusiva de la Contraloría General del Estado establecer indicios de responsabilidad penal, en los procesos de peculado y enriquecimiento ilícito,**

pues lo contrario sería violar la seguridad jurídica y dejar en la impunidad estos delitos, en atención también a lo dispuesto en el Art. 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial; resolución que será motivo de análisis en un próximo trabajo sobre este tema.

5. Concepto

Peculado, viene del latín *peculare*, esto es, robar el ajeno peculio, y como he manifestado anteriormente, la raíz común del peculio y pecunia (dinero) es *pecus*, ganado sinónimo de riqueza en el pueblo romano, que fundamentaban su ordenamiento económico de manera principal, en el pastoreo; de tal manera, que en el derecho romano, este delito consistía en el apoderamiento de ganado público, que era el medio de pago o moneda primitiva.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, al tratar del Peculado, señala que es el delito, que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración.

Guillermo Cabanellas, dice “Peculado, es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración”.

El tratadista Sebastián Soler, señala que “El peculado, constituye fundamentalmente un abuso de la función pública, con lo cual además de haberse lesionado los interés del fisco, se lesionan la de la administración en sentido amplio”.

Luis Carlos Pérez, dice “Es la incorrecta aplicación de las cosas confiadas a una persona con el encargo de darles un fin convenido previamente, pero para que la infracción, adquiera su auténtica naturaleza, es necesario que las cosas o caudales sean públicos, y que la persona deba responder porque se le ha entregado específicamente, para que directa o indirectamente los intervenga”.

6. Bien jurídico tutelado

Debo señalar, que bien jurídico, son intereses y derechos de gran importancia, que la sociedad y el Estado los garantiza de manera enérgica a través del derecho penal. El establecimiento de los bienes jurídicos lo hace el asambleísta nacional, en atención al principio de legalidad (Art. 76.3 CR), o sea solo a través de la ley se crean delitos en atención al principio de reserva de ley (Art. 132.2 CR).

De lo que se colige que en materia penal, es grave que se sancione a una persona por una conducta que no es delictiva, aun cuando la conducta sea bastante parecida, en atención al elemento tipicidad.

Nuestro Ordenamiento Jurídico, en este caso el COIP, tipifica y sanciona los actos que violentan la fidelidad que los funcionarios deben observar en el manejo de los caudales que tienen a su cargo, y reprime no solo el perjuicio económico causado, sino también el abuso por parte del funcionario, de la confianza pública en él depositada.

Tiene pues este delito un doble aspecto:

1. Constituye una infracción del deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos, que por razón de su cargo le están confiados.
2. Encierra una lesión, de los intereses patrimoniales del Estado.

De lo que se colige, que el objeto jurídico violado, no es tanto la defensa de los bienes patrimoniales de la Administración Pública, sino el interés que tiene el Estado para mantener la probidad, y fidelidad del funcionario público; en efecto, el perjuicio propio del peculado, más que material es moral y político, pues se concreta como análisis en este artículo, en la ofensa del deber de fidelidad del funcionario para con la Administración Pública, de lo que se deduce, que este delito es ontológicamente perfecto, aunque no se cause ninguna lesión patrimonial al Fisco, como lo sería en el caso de que se devuelvan o reintegren los valores desfalcados, conforme lo análisis en páginas posteriores.

De este modo, el objeto jurídico tutelado por este delito, es el interés que tiene el Estado, en el fiel y debido desempeño de las funciones en la Administración Pública.

El tratadista colombiano Antonio Cansino, señala que el bien jurídico tutelado, es el interés del Estado en la probidad y corrección del funcionario público y el interés de la defensa de los bienes patrimoniales de la Administración Pública, agrega que si bien es cierto que en la mayoría de los casos se produce un quebrantamiento al bien jurídico del patrimonio, también es importante establecer si la recta y

disciplinada funcionalidad de la administración, ha sufrido un quebrantamiento o ha sido efectivamente puesta en peligro por el comportamiento de empleados oficiales, deshonestos negligentes o descuidados⁸.

Bayardo Bernal Pinzón, dice, es el interés público, por el normal funcionamiento de la administración Pública, y también por la seguridad, de los bienes muebles, pertenecientes a la Administración Pública y el deber de fidelidad, del funcionario hacia el patrimonio público.

Antonio Vicente Arenas, al tratar sobre el bien jurídico tutelado, señala que el Estado, merece protección penal, no solo como institución, sino como una persona actuante, y en primera consecuencia se estima necesario proteger tal actividad, ahora bien tal actividad es desempeñada por determinadas personas físicas, fundamentalmente por los funcionarios públicos, los cuales al no realizar correctamente las funciones que el Estado les encomendó, conculcan efectivamente un bien jurídico genéricamente señalado, alteran el normal desenvolvimiento de las actividades del Estado, pues violentan su deber funcional y presentan una imagen de la administración distorsionada, respecto a la pretendida por el Estado, es decir, atenta a la estimación, al prestigio, al decoro, con los que tal actividad debe manifestarse; termina señalando, que el objeto genérico de la tutela penal, es el de fidelidad de los funcionarios con la Administración Pública y el respeto que a ella y a quienes representan deben los particulares⁹.

⁸ *Ibíd*em, páginas 45.

⁹ *Ibíd*em, página 46.

En conclusión, la característica del delito de peculado es del de haber violado el deber de probidad, traicionado el normal cumplimiento de sus funciones; este es el bien jurídico tutelado.

Como señalan los juristas Ana Ponce y Richard Villagómez: “El derecho penal legítima su razón de ser a partir de la lesividad, entendida como la necesidad de intervención punitiva basada en la tutela de bienes jurídicos relevantes. De este modo, solo cuando se cumple con tal tutela, el uso del ius puniendi es legítimo”. Terminan señalando dichos autores:

Bien se puede afirmar que el bien jurídico tutelado a través de la norma, en el tipo penal de peculado, es el correcto funcionamiento de la administración pública, es por ello que en la organización del Código Penal, este tipo se aglutina en el libro primero, título tercero, De los delitos contra Administración Pública, capítulo V, de la Violación de los deberes de funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad.

Consecuentemente, el bien jurídico protegido en este tipo penal, se centra en el eficaz desarrollo de la administración pública, referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario (citan al tratadista argentino Eduardo Donna)¹⁰.

¹⁰ Ponce y Villagómez, Op. Cit. 66.

7. ¿Qué clase de delito es el peculado?

El peculado, es un **delito propio**, porque es de sujeto activo cualificado, con cualidad exigida de naturaleza jurídica, como es la investidura y la función de empleado público encargado por razón de su cargo del manejo de caudales; así, es el delito específico del funcionario público.

El peculado, es un **delito material**, por tal su consumación, debe dejar huellas que deben ser reconocidas como señala el COIP, pero como veremos adelante, en ciertas ocasiones, solamente se puede iniciar, con el informe de la Contraloría General del Estado, por resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

El peculado, es un **delito de resultado**, en cuanto requiere la efectiva separación del bien de la esfera de la tenencia de la Administración Pública.

El peculado, es un **delito instantáneo de resultado material**, consistente en la causación de una lesión patrimonial, que no es preciso que sea definitiva.

8. Elemento subjetivo

Lo constituyen esencialmente el hecho de la distracción de los caudales públicos puesto a cargo del funcionario o de la misión consistente en consentir que otros los dispongan.

Lo fundamental aquí, es el **verbo rector**, porque el núcleo de un delito, es un verbo, que sirve para descubrir la conducta, pero esto no es suficiente, hay que señalar el objeto, los medios, las circunstancias, etc.

Distraer, equivale a **apropiarse definitivamente** con ánimo de no restituir el dinero, o efectos que están a cargo del funcionario, es indiferente el medio empleado para la disposición, ya se ha manifestado que el hecho de retener **abusivamente** caudales ajenos que no se reintegran equivale a una disposición, y esto constituye delito.

Recordemos, que el COIP, en el artículo 42, señala, que no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo equivale a ocasionarlo; de tal modo, que también sería infracción el hecho de consentir que otros dispongan los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario, a quien le incumbe el deber de velar por los bienes o efectos puestos a sus cargo, e impedir su disposición¹¹.

De este modo, el elemento subjetivo del peculado, está integrado por la voluntad de aplicar a usos propios o ajenos, los bienes o caudales a cargo del funcionario público.

En resumen, la intención delictuosa, que es la base del elemento subjetivo que se analiza, comprende el ánimo de apropiarse de los caudales públicos, y la conciencia de la ilegalidad de la apropiación; debiendo recalcar, que la modalidad omisiva

¹¹ COIP, Artículo 278.

de esta infracción, el elemento subjetivo, abarca la conciencia del deber de impedir la apropiación, y la voluntad de permitirla; esto es, comete también peculado el que debiendo por su cargo impedir la disposición de caudales, lo consiente.

La prueba de la intención delictuosa, no siempre es fácil, recordando que la prueba de cargo le corresponde a la Fiscalía, para que luego el juez se pronuncie sobre la existencia de la infracción, y en su caso sobre la culpabilidad o la inocencia del procesado, de tal modo, que si el desfalco o disposición de dinero o efectos públicos, se deben a una causa fortuita o fuerza mayor (Art. 30 Código Civil) no habría responsabilidad por dicho hecho, obviamente que esto hay que justificarlo.

Apropiarse, significa disponer de algo como si fuera el propietario, de tal modo, que el funcionario público o la persona encargada del servicio público, se apropia del bien que el mantiene bajo su custodia, bien sea en provecho propio o bien sea para beneficio de terceros; y como señalo en varios trabajos que he publicado sobre esta materia “El acto de apropiación se cumple en muchos casos mediante una actividad psicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de la tenencia, sin que inmediatamente remita a una realidad fenomérica, objetivamente constatable, actividad que se traduce en la intención de apropiarse de un bien ajeno público”.

Abusar, este verbo rector tiene especial importancia en la estructura del tipo legal, porque define la conducta o comportamiento del sujeto activo. **Abusar**, es verbo transitivo, e

indica un delito de resultado: el verbo como parte de la oración denota acción¹².

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, señala que **abusar**, significa, “Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa, o hacer de una cosa un uso que no esté permitido o previsto”; de tal modo, que la esencia del delito de peculado, consiste en el abuso y la violación de la confianza pública depositada en el servidor público, en cuanto este traiciona el normal cumplimiento de los deberes oficiales relacionados con la custodia de los bienes que le confían; así el abuso, es un elemento que invariablemente acompaña al delito de peculado, puesto que se trata de un delito propio del funcionario público.

Sebastián Soler, dice que el **abuso**, envuelve una verdadera traición, no solamente a los intereses financieros del Estado sino también al interés administrativo en el cumplimiento regular y legal de las funciones públicas; así, para hablar de peculado, es preciso que exista alguna forma de abuso de autoridad, es decir es preciso partir de una función de autoridad con respecto a los fondos públicos que administra.

9. El dolo en el delito de peculado

El dolo, es actuar bajo la convicción de cometer un hecho punible o parte de él o de contribuir o prestar ayuda al autor

¹² García Falconí. Op. Cit. Pág. 25-27.

de la conducta; así nadie puede ser condenado por un hecho punible si el resultado del cual depende la exigencia de este, no es consecuencia de su acción u omisión; o sea dolo, es tener pleno conocimiento de la ilicitud que se comete.

Que, el delito de peculado en nuestro ordenamiento jurídico, es **doloso**, no hay duda alguna; de tal modo, que es fundamental que el servidor público conozca la antijuridicidad de su conducta y que su comportamiento esté en contraste con las normas penales; de este modo, el sujeto activo debe saber que se apropia, que abusa de dineros o bienes que no le pertenecen, que quebranta el deber de lealtad, disciplina y probidad que le debe a la Administración Pública, y que de llegar al aprovechamiento ilícito; esto es, actúa en forma consiente y voluntaria con dirección al resultado típico y antijurídico de la apropiación de bienes del Estado, o de los particulares que por razón de sus funciones administra; así, el dolo consiste, en el conocimiento del que se actúa como funcionario público y de que los bienes de que se trata pertenecen a la Administración Pública, los cuales le han sido confiados; y como dice la doctrina “El error sobre alguno de los puntos de conocimiento señalados cambia el título delictivo”.

En tal virtud, el delito de peculado es doloso, porque es un delito de apropiación indebida, agravado por la calidad de funcionario público que tiene el sujeto activo, y por su relación funcional con los caudales abusados; pues recalco, la voluntad del sujeto activo, está dirigido a la ejecución del acto abusivo: apropiarse, distraer arbitrariamente, teniendo plena conciencia del deber de fidelidad que tiene para con el Estado sabiendo cuales son los límites que le impone la

Constitución de la República, el COIP, y otras leyes, a sus funciones públicas en relación con las cosas que administra o custodia; de tal manera, que sabe cuáles son sus funciones y sin embargo las viola.

Repito, si los actos fueren ejecutados en forma imprudente, o negligente no hay delito penal, no hay responsabilidad penal, no hay peculado; obviamente puede existir responsabilidad civil y/o administrativa, de tal modo, que la existencia del dolo, es fundamental para que exista el delito de peculado, y este dolo consiste en la plena conciencia de querer lesionar, de querer perjudicar a alguien, es la conciencia de la lesividad del hecho criminoso, pues en el dolo existen tres factores, que son: conocimiento de la antijuridicidad, conciencia dañosa y voluntariedad; tal es así, que tratadistas en esta materia como Sebastián Soler, manifiestan, que si el sujeto activo, manejo precipitadamente y con imprudencia una cosa no hay dolo y por tal no hay delito de peculado, y tampoco lo habrá si obró con ligereza o negligencia.

De lo anotado se desprende, que el peculado, es un **delito doloso**, en nuestro ordenamiento jurídico no existe peculado culposo, que tengo entendido si existe en la República de Colombia, en la que se crea una forma específica de peculado, que tiene todas las características del hecho culposo, y se gobierna conforme a los principios que rige la culpa; esto es, apreciando la imprudencia, negligencia, descuido o ignorancia que causan determinados actos dañosos no intencionales.

10. Objeto material

El artículo 278 del COIP, cuyo texto con concordancias consta en páginas anteriores, son: bienes, muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, pues si falta este elemento podrá existir el delito de sustracción, pero en ningún caso el delito de peculado.

Al tratar sobre los bienes públicos, el tratadista Antonio Cansino, señala que por bienes, debe entenderse los: caudales, rentas, réditos, créditos etc., esto es bienes muebles o inmuebles, corporales e incorporeales, fungibles y no fungibles, o sea todas las cosas con significación económica que administra el funcionario público, agrega, que son considerados como bienes públicos basta que tengan el fin o destinación a ingresar en los fondos que tiene tal carácter; pues lo que interesa es que el bien público o privado, sea administrado por el empleado público en razón de sus funciones¹³.

El Dr. Francisco Pérez Borja, en su obra *Apuntes para el Estudio del Código Penal*, tomo II, señala que los bienes pueden ser pertenecientes al Estado, Municipio, entes públicos o particulares, que los han depositado en manos del servidor público, esto es lo que reputa ser muebles y aun cuando no sean apreciables en dinero, lo cual es refutado por Carlos Creus, quien indica que los bienes tienen que tener valor de naturaleza económica, criterio que comparte el maestro Francisco Carrara¹⁴.

¹³ *Ibíd*em, página 32.

¹⁴ *Ibíd*em, página 33.

11. Sujeto activo

El artículo 278 del COIP, señala de manera expresa quienes son sujetos activos de este delito, esto es:

1. Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en algunas instituciones del Estado, o determinadas en la Constitución de la República.
2. Los sujetos antes mencionados en el numeral 1, si utilizan en beneficio propio, o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial.
3. Las personas antes mencionadas en los numerales anteriores, que se aprovechen económicamente en beneficio propio o de terceras personas de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o hayan ejercido.
4. Las y los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o Entidades de Economía Popular y Solidaria que realicen actividades de intermediación financiera.
5. Los miembros o vocales de los directorios y de los Consejos de Administración, de las Entidades mencionadas en el literal 2, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropie o

distraiga los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los represente, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros.

6. La persona que obtenga o conceda créditos vinculados relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones en perjuicio de la institución financiera.
7. Los beneficiarios que intervengan en el cometimiento enunciado en el número 4 y la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en líneas anteriores.
8. El artículo 233 de la Constitución de la República, en su parte final, también se refiere a personas particulares, cuando estas actúan en connivencia con un funcionario público.

En resumen, estos son los sujetos del delito de peculado, debiendo tener en cuenta la Ley Orgánica de Servicio Público, para establecer de manera clara quienes son servidores públicos y en general quienes son los sujetos activos del delito de peculado, por lo cual es necesario que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia nos aclare sobre este punto de derecho, pues pueden presentarse casos especiales, como el de un empleado que solo es de hecho, esto es sin título regular o de una persona que usurpa un cargo público o cuando el empleado oficial se encuentra con permiso o con licencia, pues no olvidemos que el bien jurídico tutelado, es el deber de fidelidad que tiene un funcionario para con la administración pública.

Los Drs. Ana Lucía Ponce y Richard Villagómez Cabezas, en su opúsculo sobre el delito de peculado, señala:

En el peculado, el sujeto activo (calificado de la infracción es quien tiene la condición de servidor público, encargado del recurso público, que se define en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LO-CGE), en los siguientes términos: (...) todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos naciones o internacionales.

Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiera sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado de conformidad con la ley (...).

Los distinguidos juristas antes mencionados, señalan al respecto:

En cuando al sujeto activo del delito, se ha considerado que a partir de la condición de servidor público surge la obligación jurídica de custodia de los bienes que le han sido confiados (Creus, 1988, P.285). considerándose que la Custodia es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes, que importa su tenencia, y se

realiza como función administrativa; no lo es la mera actividad administrativa de vigilancia (PEj. el cuidado de un furgón de dinero de un banco que lleva a cabo un agente de la fuerza pública).

La administración, la percepción y la custodia, deben haber sido confiadas al agente, lo que no exigirá una relación permanente, pero que al menos debe determinar que en un momento los bienes le sean confiados en custodia en razón del cargo (...)”¹⁵.

12. Coparticipación

Primeramente manifiesto que la doctrina, señala que para que haya complicidad, se requiere de una participación accesorio, cuya esencia es la ejecución de ayuda, sin que se participe en la decisión, ni en el dominio final del hecho. La coparticipación, exige pluralidad de agentes, concurso voluntario de acciones u omisiones e identidad del delito; es decir, se necesita de más de una persona; la confluencia voluntaria de conductas de actividad u omisivas que contribuyen a la realización armónica del hecho antijurídico y la convergencia en torno a la realización de un delito previa y claramente definido.

Sebastián Soler, señala que no es posible la coparticipación, porque él cree que el cómplice, debe tener la misma calidad personal del autor material; pero, otros autores dicen que si es posible siempre que este reúna las características propia de la

¹⁵ Ponce y Villagómez, Op. Cit. 95 y siguientes.

complicidad, y que el cómplice conozca la calidad de funcionario público del autor al cual presta servicio; pero en nuestro caso hay que tener muy en cuenta lo que señalan los artículos 233 parte final de la Constitución de la República y 178 del COIP¹⁶.

Para terminar este comentario, debo señalar que entre los tratadistas consultados hay diversidad de opiniones al respecto, y es así que el tratadista Pacheco, cree que los particulares que concurren en estos hechos no pueden ser considerados como culpables de peculado; mientras que Viada y Groizard, defienden el criterio opuesto, recalco que en nuestro ordenamiento jurídico, existe la comunicabilidad en los elementos del delito de peculado.

13. Sujetos pasivos

En principio, es el Estado ecuatoriano, porque es el titular del bien jurídico protegido en estos delitos que como manifiesto se encuentra tipificado y sancionado en el Art. 278 del COIP, esto es dentro del Capítulo V del Libro II, que trata sobre los delitos contra la responsabilidad ciudadana y específicamente, Sección Tercera, se refiere a delitos contra la eficiencia de la administración pública.

¹⁶ Constitución de la República, Art. 161.

14. ¿Es prejudicial el delito de peculado?

No lo es, sin embargo esto ilícitos se deben iniciar siempre y cuando exista informe previo de la Contraloría General de Estado sobre presunciones de responsabilidad penal; pues, hay una resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que se pronuncia que para inicio de la acción penal en delitos financieros como el peculado, debe existir resolución previa de la Contraloría General del Estado o de ser el caso de la Superintendencia de Bancos, según resolución publicada en el Registro Oficial No. 336 del 08 de diciembre de 2010. Debo señalar, que varios tratadistas manifiestan, que la Contraloría General del Estado no ejerce atribuciones judiciales, pues ella no hace sino examinar una cuenta y aprobarla o hacer saber al que la rinde que hay un cargo en su contra, pero cuando hay presunción de índole penal la decisión corresponde a la Función Judicial, más aun específicamente a la Fiscalía General del Estado, atento a lo dispuesto en el artículo 195 de la Carta Magna; sin embargo, debo reconocer que hay opiniones contrarias en el sentido de que los informes de la Contraloría respecto de la gestión de un funcionario público en lo relativo al manejo de los fondos que administra por razón de su cargo es requisito de procedibilidad para iniciar un proceso por delito de peculado, y este requisito de procedibilidad es ahora obligatorio, por resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

15. ¿Cuándo se comete el delito de peculado?

Conocido es, que la antijuridicidad se integra cuando el sujeto activo del ilícito, adecua su conducta a los requerimientos

del correspondiente título, en este caso al artículos 278 del COIP, y porque objetivamente se presenta una contradicción entre el comportamiento y la norma; de tal modo, que cuando se lesiona o se pone en peligro los bienes protegidos por el Estado, que en este caso, es el mantenimiento de la confianza y fidelidad del servidor público, recalcando que cuando en un hecho de apariencia delictuosa falta el elemento de antijuridicidad no hay delito; el agente obra con voluntad consiente, pero su acto es justo; o sea, que la configuración del delito de peculado requiere la concurrencia de un perjuicio de carácter patrimonial, consistente en el abuso de caudales, por tal debe haberse probado la apropiación de los caudales, caso contrario no hay delito de peculado; recordando que este delito no es contra el patrimonio, sino contra el deber de fidelidad de los servidores públicos encargados de administrar o custodiar bienes.

Gustavo Ortiz Rodríguez, dice:

Que el Peculado está constituido por la ofensa al deber de fidelidad y probidad del funcionario para con la administración. Por ello esta clase de daño es más moral y político que material. Esta clase de daño es esencial al delito, sin su existencia no puede integrarse. En esencia, el peculado es una traición a la confianza depositada por la administración en el funcionario, que cuando es público es abuso y violación de la confianza pública. Es por ello que algunos como Carrara, incluyen esta infracción entre los delitos contra la fe pública¹⁷.

¹⁷ García Falconí Op. Cit. 34.

El tratadista Carlos Creus, señala que el peculado no requiere necesariamente de una lesión patrimonial, pese a que parte de la doctrina, considera lo contrario, pero reconozco que otros juristas, consideran que la consumación de este delito se puede dar sin lesión patrimonial.

El tratadista colombiano Luis Carlos Pérez, con lógica dice:

Concebir el Peculado sin daño, por lo menos tres de sus clases fundamentales que estudiamos aquí, es llegar a un purismo jurídico incompatible con la esencia de la infracción y con los intereses que lesionan”. Agrega “El peculado lesiona la confianza pública pero también viola un interés de índole económico, de lo cual induce a considerar el daño patrimonial como elemento necesario del delito, de lo contrario se presenta un delito sin lesión o sin peligro de lesión, lo cual carece de sentido¹⁸.

El jurista colombiano Bernal Pinzón, dice: “(...) no queda la menor duda de que para la subsistencia de peculado, es indispensable la producción de un daño en el patrimonio de la administración pública”; de tal modo, estos dos ilustres colombianos manifiestan que si no hay realmente perjuicio, es un peculado inocuo.

Antonio Cansino, señala, que para que el resultado se produzca es indispensable que se menoscabe o se ponga en peligro la recta funcionalidad de la administración pública, aún

¹⁸ *Ibidem*, página 35.

sin el enriquecimiento del delincuente, pues las normas del peculado, tiene como finalidad la protección de la administración pública; es decir, del interés del Estado relativo a organizar el regular funcionamiento de los órganos públicos.

Otros de los problemas que se presentan en la vida práctica, es si la disposición repetida de cantidades ejecutadas en diversas ocasiones y en tiempos diferentes constituyen varios delitos de peculado o uno solo; la respuesta es uno solo pero siempre y cuando los caudales estén a cargo del funcionario público o persona encargada de un servicio público que abusa de los caudales puestos a su cargo, por diferentes conceptos, de todos modos este particular sobre el delito continuo, debe ser aclarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Así, el momento consumativo del delito de peculado, es distinto según la razón de la tenencia ejercida por el sujeto, esto es:

1. La sola circunstancia de incorporar los bienes sujetos a su control cometerá el delito en ese momento porque existe apropiación indebida.
2. Cuando el funcionario tiene solamente la obligación de entregar otro tanto igual de lo recibido, el delito se consume cuando no rinde cuentas, o esta no se lo haga a su debido tiempo.
3. El desfalco se opera y se consume el hecho delictuoso, con la sola incorporación de los bienes al patrimonio del funcionario.
4. Debo señalar, que la persona particular si no está involucrada con un funcionario público en el abuso de dineros

públicos no comete delito de peculado, sino puede ser de hurto, robo, estafa o abuso de confianza según el caso, y se consuman estos delitos en el momento de que el particular, se apropia de dinero o bienes públicos.

De este modo, el peculado, se consuma cuando el sujeto activo, realiza la conducta antijurídica, expresada por el verbo típico de la figura de **abusar**, así se requiere un resultado concreto, una efectiva violación del deber de fidelidad para con la administración, la exteriorización de la conducta antijurídica en un hecho tangible; o sea, que esta infracción se perfecciona cuando el servidor público abusa de los caudales o efectos que administra o se los apropia en provecho propio o de un tercero cualquiera que sea la intención que específicamente lo determine a obrar.

16. Tentativa

Conforme señala la doctrina, es posible que en el inter criminis, el resultado no se logra merced a algo o a alguien que le impidió, a pesar de la voluntad positiva de su autor; de tal modo, que el peculado intentado es posible y punible como tal, siempre que los hechos ejecutados sean por sí mismo idóneos para lograr el resultado; por tal, es posible la existencia de tentativa de peculado, siempre que el sujeto activo llegue a la etapa ejecutiva y realice actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, pues hay que tener en cuenta, que la tentativa exige la realización de actos inequívocamente dirigidos a la consumación del delito¹⁹.

¹⁹ *Ibidem*, página 75.

17. Medios con los que se comete el delito de peculado

En la práctica hemos podido constatar, que para la comisión del delito de peculado, los sujetos activos, se valen de diferentes medios, como la falsificación de cheques, falsificación de asientos contables, se forjan documentos, todo lo cual sirve como medio para llegar al fin de apropiarse de los recursos públicos del Estado; esto es:

1. Manipulación, falsificación o alteración de los registros contables, o de los documentos que lo respaldan, con base en los cuales se adulteran los estados financieros.
2. Exposiciones falsas u omisión intencional de hechos, transacciones y cualquier otra información significativa.
3. Aplicación indebida de los principios de contabilidad, hecha en forma intencional, con respecto a cantidades, clasificación, forma de presentación o revelación, etc.

18. Reintegro de los fondos abusados

Conforme he manifestado en varios trabajos que he publicado, la reintegración de la suma faltante aun antes de iniciarse el proceso penal no desvirtúa el carácter delictuoso, sino que por el contrario lo confirma; esto es, solo puede disminuir la magnitud de la sanción o sea el reintegro, puede ser considerado como circunstancia atenuante por haber procurado con celo la reparación del mal causado; pero como queda manifestado, el delito consumado no desaparece por la posterior restitución, aunque se haga sin requerimiento alguno, inclusive algunos tratadistas señalan que no hace desaparecer

la culpabilidad del hecho ni la atenúa, tan solo puede influir sobre la responsabilidad civil proveniente del delito en lo relativo a la restitución de la cantidad sustraída, así el delito una vez consumado queda tal cual es y lo que ocurre posteriormente no influye en el ilícito.

19. Pena con que se castiga el delito de peculado

En el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el Asambleísta Nacional debe aplicar dentro de los límites constitucionales la pena correspondiente al delito cometido según el bien jurídico lesionado; y tales límites pueden ser explícitos como implícitos; de tal manera que la dosimetría de la pena, es un asunto librado a la labor y definición legislativa, dentro de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; aclarando, que mediante el principio de proporcionalidad, se introducen las categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad en el derecho constitucional.

En varios trabajos que he publicado, he manifestado que sin duda, le corresponde a la Asamblea Nacional, establecer en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, regímenes estructurados a partir de criterios diferenciales en el tratamiento penal de las conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos, basados por ejemplo, en la existencia objetiva de distintas categorías delictivas, que presentan variaciones importantes en cuando a la gravedad que comporta su comisión, en la trascendencia de los bienes jurídicos que se busca proteger mediante su incriminación y en otros criterios de política criminal.

El artículo 278 del COIP, señala sobre la pena, lo siguiente:

1. En el caso del inciso primero, se sanciona con pena privativa de libertad de diez a trece años.
2. En el caso del inciso segundo, se sanciona con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
3. En el caso del inciso tercero, se sanciona con pena privativa de libertad de cinco a siete años.
4. En el caso del inciso cuarto, se sanciona con pena privativa de libertad de diez a trece años.
5. En el caso del inciso quinto, se sanciona con pena privativa de libertad de siete a diez años.
6. En el caso del inciso sexto, se sanciona con pena privativa de libertad de siete a diez años.
7. El inciso final, dice “Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.

20. Prescripción de la acción penal por el delito de peculado

El Estado constitucional de derechos y justicia, en la administración de justicia precisa un Estado que haga efectiva la reforma del aparato judicial que se ajusta a una justicia conforme lo señala el Considerando del Código Orgánico de la Función Judicial, de tal modo que a ese Estado constitucional de derechos y justicia social, debe ajustarse la administración de la

misma, bajo los principios que informan la organización y la actividad judicial, especialmente bajo los principios rectores y disposiciones fundamentales que debe observar el operador de justicia al conocer, resolver, y dar cumplimiento a lo juzgado, conforme lo señalo en los tres tomos de mi obra **Análisis Jurídico Teórico-Práctico del Código Orgánico Integral Penal**.

Sobre la imprescriptibilidad de la acción y de la pena en el delito de peculado, tiene su razón de ser, pues el Asambleísta Constituyente de ciudad Alfaro, Cantón Montecristi, provincia de Manabí erigió los derechos fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio; de tal modo, que solo la utilización medida, justa y moderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento, pues solo así se lo puede entender a un Estado constitucional de derechos y justicia social, cuyos fines esenciales son, entre otros el servicio a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y la protección de los derechos y libertades, lo cual presupone la renuncia a teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia criminal; o sea que la estricta protección de los bienes jurídicos y los derechos inalienables de la persona, torna la dignidad e integridad del infractor penal en límite de autodefensa nacional y es en esta órbita que en el Art. 233 de la Constitución de la República, se estableció la responsabilidad de las servidoras y servidores públicos por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones; de tal modo que son responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, y estableció que los delitos de peculado,

cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito “La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.

Puedo anotar lo siguiente:

- a) Antes de la Constitución de la República de 1998, se podían dar las siguientes circunstancias:
 1. De no haber enjuiciamiento, prescribía la acción en veinte años., contados a partir de la fecha en que fue perpetrada la infracción.
 2. También prescribía en veinte años, si habiendo enjuiciamiento el sindicado no se presentaba voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores al auto iniciado.
 3. Si habiendo enjuiciamiento, el indiciado se presenta voluntariamente y no es reincidente, la prescripción ocurre en dieciséis años.
- b) Tanto en la Constitución de la República de 1998, como en la del 2008 vigente, el delito de peculado no prescribe, así lo señala el inciso segundo del Art. 233, que en su parte pertinente dispone: “(...) la acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles (...)”.
- c) La prescripción, es la cesación de potestad punitiva del Estado al transcurrir un período de tiempo fijado por la ley; de tal modo, que transcurrido ese lapso, se extingue

el derecho del Estado a imponer la sanción; esto es la prescripción extingue la potestad punitiva del Estado.

- d) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la prescripción, ha manifestado varios razonamientos, especialmente en los siguientes casos: Barrios Altos contra Argentina; Caso Albán Cornejo y otros contra Ecuador, entre otros. También nuestra jurisprudencia en la Gaceta Judicial Serie XVI No. 1, página 187, trata sobre la prescripción en un delito que precisamente no es peculado; igualmente en la serie XVI No. 8, página 2098.

21. Bibliografía

- Arenas, Antonio Vicente, *Compendio de Derecho Penal*, Ed. Temis. Bogotá, 1989.
- Barrera Domínguez, Humberto, *Juzgamiento de los Altos Funcionarios del Estado*, Ed. Temis. Bogotá, 1962.
- Cansino, Antonio, *El Peculado*, Ed. Temis Bogotá, 1983.
- Zabala Baquerizo, Jorge, *Alegatos Penales*, Ed. Confraternidad Universitaria, Doctor Jorge Zabala, Guayaquil, 1981
- Torres Chávez, Efraín, *Breves comentario al Código Penal del Ecuador* Ed. Jurídica del Ecuador; Quito, 1990
- Pérez, Luis Carlos, *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Temis. Bogotá, 1967
- García Falconí, José, *El Juicio por Delito de Peculado*, Ed. Rodín, Quito, 1991
- Ponce Andrade Ana Lucía, Villagómez Cabezas Richard, *El Delito De Peculado en el Código Orgánico Integral Penal*, Ed. Zona G, Quito, 2015

Lesividad y dosimetría penal en las infracciones contra el derecho a la propiedad

Richard Villagómez Cabezas
Conjuez Nacional

Sumario:

1. Introducción. **2.** Desarrollo **3.** Bibliografía.

1. Introducción

El derecho penal, desde lo constitucional, justifica su intervención sobre la base de bienes jurídicos relevantes, que describen lesividad y luego ameritan su intervención dosificada frente al injusto. De este modo, solo los bienes jurídicos de relevancia constitucional requieren tutela penal dosificada en (relación de) proporcionalidad con el daño inferido.

En tal sentido, la lesividad o dañosidad constituye el primer elemento que legitima el *ius puniendi*, con la aparición del tipo penal; luego la intensidad del daño inferido por el injusto, imprime la impronta de proporcionalidad por el que a mayor lesividad, mayor penalidad (y menor lesividad, menor penalidad).

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) recoge el principio de proporcionalidad garantizado en el artículo 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) al determinar en abstracto, conforme cada descripción típica, el marco de la pena pendular.

Las infracciones, conforme la lesividad, hoy al igual que ayer, se clasifican en delitos y contravenciones de donde luego se tiene el diseño y la construcción de los tipos y la medida de la pena.

Al tratarse de infracciones de resultado, el grado de dañosidad, determina la intensidad de afectación del derecho a la propiedad a partir del valor económico del bien afectado, lo que luego justifica y determina la intensidad de intervención del derecho penal.

Los artículos 209 y 210 COIP describen tipos contraven-
cionales de hurto y abigeato sobre la base dispar de afectación
económica (50% - 1 SBUTG) y desemboca en la misma es-
cala penal.

Esta disparidad en la configuración del tipo contravencio-
nal en las infracciones contra la propiedad, luego afecta la in-
terpretación judicial al tratarse de delitos en que la lesividad
(tipicidad, antijuridicidad formal y material) se determina a
partir de la escala contravencional.

2. Desarrollo

La Constitución de la República del Ecuador (CRE), en
el capítulo sexto, Derechos de libertad, art. 66.26 reconoce y
garantiza, entre otros: “El derecho a la propiedad en todas sus
formas, con función y responsabilidad social y ambiental. El
derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adop-
ción de políticas públicas, entre otras medidas.”

En Ecuador, el derecho a la propiedad tiene reconocimien-
to de rango constitucional al igual que el derecho a la vida,
trabajo, etc., luego la razón de penalización para tutela de este
bien jurídico no carece de sustancia a vista de la CRE que lo
aquilata, valora y garantiza. No obstante, debe diferenciarse
para fines de este trabajo que el derecho a analizarse es el de-
recho a la propiedad privada, entendido como el derecho atri-
buable a la persona humana (natural o jurídica) a ser titular de
tal derecho y ejercerlo con función y responsabilidad social y
ambiental.

Tanto en la ley penal anterior, EL Código Penal (CP), como en la posterior, Código Orgánico Integral Penal (COIP), el derecho a la propiedad privada tiene tutela a través de varios tipos penales.

La forma en que está diseñado el corpus normativo anterior y posterior coincide al mantener el esquema de infracciones que se clasifican en delitos y contravenciones.

El artículo 10 CP señala: “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar.”

En tanto que, el artículo 19 COIP dice:

Clasificación de las infracciones.- Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones.

Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días.

Contravención es la infracción penal sancionada con pena no privativa de libertad o privativa de libertad de hasta treinta días.

El factor diferenciador entre delito y contravención sigue siendo la naturaleza de la pena principalmente privativa de la libertad y esto pese a que también es importante el rango de la pena pecuniaria y otras formas de punición en que se incluye comiso, restricción de derechos, etc., que solo son aplicables a delitos y no a contravenciones. Es decir que, el asambleísta tomó la consecuencia (pena) para diferenciar entre delito y contravención sin que se visibilice con precisión y claridad en

tal criterio, la lesividad o dañosidad de una u otra infracción y la proporcionalidad de la intervención del derecho penal.

Del mismo modo, al diferenciar entre delitos y contravenciones contra el derecho a la propiedad, se prefirió una forma de narración por exclusión, por el que, lo que no se subsume en la descripción de contravención (a), por deducción es delito (b). Por tanto, lo que no es a es b. Y lo que es b no es a.

Al respecto, el art. 607.1 CP dice:

Serán reprimidos con multa de catorce a veintiocho dólares de los Estados Unidos de América y prisión de cinco a treinta días:

1º. El hurto, siempre que el valor de las cosas sustraídas no supere el cincuenta por ciento de una remuneración básica unificada del trabajador en general. (...)

Luego, lo que supera el 50% de una remuneración básica unificada del trabajador en general es delito de hurto, descrito en el artículo 547 CP y sancionado en el artículo 548 *ibídem*.

El precepto del delito de hurto está dado en el artículo 547 CP que dice: “Son reos de hurto los que, sin violencias ni amenazas contra las personas, ni fuerza en las cosas, sustrajeren fraudulentamente una cosa ajena, con ánimo de apropiarse.”

Mientras que la consecuencia (sanción) se encuentra en el artículo 548 *ibídem*, que dice: “El hurto será reprimido con prisión de un mes a tres años, tomando en cuenta el valor de las cosas hurtadas.”

Tanto precepto (art. 547 CP) como sanción (548 CP) se subordinan al daño inferido en relación con el valor de la cosa hurtada.

En tanto que, en el COIP, se crea dos reglas diferenciadoras de delito y contravención, pero atadas a tipos penales (delictuales: hurto-abigeato) a diferencia del esquema del CP en que la regla es general.

Al definirse las contravenciones contra el derecho de propiedad se tiene:

El artículo 209 COIP que describe la contravención de hurto en los siguientes términos:

En caso de que lo hurtado no supere el cincuenta por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

Para la determinación de la infracción se considerará el valor de la cosa al momento del apoderamiento.

En tanto que el artículo 210 *ibídem*, describe la contravención de abigeato, que dice:

En caso de que lo sustraído no supere un salario básico unificado del trabajador en general, la persona será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

Para la determinación de la infracción se considerará el valor de la cosa al momento del apoderamiento.

Aunque los incisos finales de los artículos 209 y 210 *ibídem* coinciden al enfatizar que para determinar la infracción (delito-contravención) *se considerará el valor de la cosa al momento del apoderamiento*, se advierte que la escala penal no varía, ya sea que se trate de contravención hurto o contravención abigeato, pues los dos tipos contravencionales desembocan en pena privativa de libertad de quince a treinta días, conforme el cuadro que sigue:

PRECEPTO	QUANTUM	SANCIÓN
Art. 209 COIP Contravención hurto	50% SBUTG	15-30 días de pena privativa de libertad. Art. 70.1 COIP Multa 25% SBUTG
Art. 210 COIP Contravención abigeato	1 SBUTG	15-30 días de pena privativa de libertad. Art. 70.1 COIP Multa 25% SBUTG

La divergencia entre tipos de contravención (hurto-abigeato) radica en que mientras para la contravención hurto se determina el monto de *cincuenta por ciento de un salario básico unificado del trabajador en general (SBUTG)*; en la contravención abigeato se establece un marco que *no supere un salario básico unificado del trabajador en general*.

De esta forma, lo que supera el monto de 50% SBUTG es delito. (Lo que no es a, es b).

De otro lado, lo que es igual o superior 1 SBUTG es delito de abigeato. Por ello, lo que está debajo de tal rango es contravención.

Estas dos reglas son específicas porque están atadas a un tipo penal particular (hurto-abigeato).

Mientras la primera regla se vincula con el hurto, la segunda con el abigeato.

El art. 209 COIP, marca la diferencia entre delito hurto y contravención hurto, por el valor de la cosa al momento del apoderamiento. (50% SBUTG).

El art. 210 *ibídem*, establece la diferencia entre delito abigeato y contravención abigeato. (Igual o superior a 1 SBUTG)

La creación de dos reglas para definir el umbral entre delito-contravención es un constructo nuevo en el COIP, dado que en el CP, existe una regla general (art. 607.1) aplicable para todas las infracciones contra la propiedad.

En este sentido, el artículo 209 se vincula con el artículo 196 *ibídem*, que tipifica y pune el hurto en los siguientes términos:

La persona que sin ejercer violencia, amenaza o intimidación en la persona o fuerza en las cosas, se apodera ilegítimamente de cosa mueble ajena, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Si el delito se comete sobre bienes públicos se impondrá el máximo de la pena prevista aumentada en un tercio.

Para la determinación de la pena se considerará el valor de la cosa al momento del apoderamiento.

Por ello, cuando el valor de la cosa (sustraída) al momento del apoderamiento supera el 50% SBTUG, no es contravención sino delito.

En tanto que, el artículo 210 (contravención abigeato) se vincula con el artículo 199 *ibídem*, que tipifica y pune el (delito de) abigeato, y dice:

La persona que se apodere de una o más cabezas de ganado caballar, vacuno, porcino, lanar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Igual pena se impondrá a la persona que, con ánimo de apropiarse, inserte, altere, suprima o falsifique fierros, marcas, señales u otros instrumentos o dispositivos utilizados para la identificación de las cabezas de ganado.

Si la infracción se comete con fuerza, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si es cometida con violencia será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si a consecuencia del delito se causa la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Por tanto, cuando el valor económico del ganado (*caballar, vacuno, porcino, lanar*) al momento del apoderamiento, es igual o superior a 1 SBTUG. Se trata de un delito y no de una contravención.

Esto no siempre fue así, dado que por efecto del art. 554 CP el valor del ganado sustraído era irrelevante y desembocaba en delito de abigeato ya sea de hurto o de robo que son las

tipologías reconocidas en la ley penal anterior que no diferencia entre delito-contravención en tratándose de abigeato.

Esto se explica cuando se considera que el COIP, en el art. 210, introduce el tipo contravencional de abigeato, al diferenciar el valor del ganado, en tanto sea menor al 50% al momento del apoderamiento.

En la ley penal anterior, el art. 554 describe el delito de abigeato (hurto-robo) sin considerar la cuantía del ganado sustraído.

El art. 555 CP, determina la sanción diferenciada ya sea que se trate de abigeato hurto (pena de 1 a 3 años) o abigeato robo (2 a 5 años de prisión, con plus de pena del doble en caso de reincidencia).

El art. 556 CP, crea una tipología subordinada al daño (adicional) inferido ya sea que se provoque lesiones o muerte, remitiéndose al marco penal de los tipos correspondientes de lesiones (conforme la incapacidad) y el homicidio.

De esta forma, el precepto del abigeato (hurto-robo) está dado en el art. 554 CP que dice: “El hurto o el robo de ganado caballar, vacuno, porcino o lanar, cometido en sitios destinados para la conservación, cría o ceba de los mismos, constituye el delito de abigeato, sin consideración a la cuantía del ganado sustraído.”

En tanto que, la sanción (consecuencia penal) discriminada por: **a.** hurto o robo; y, **b.** reincidencia, está determinada en

el art. 555 *ibídem*, que dice: “El abigeato será reprimido con la pena de uno a tres años de prisión, en caso de hurto; y de dos a cinco años de prisión, en caso de robo.

La reincidencia se castigará con el doble de dichas penas.”

Finalmente, el art. 556 CP, dice: “Si el abigeato cometido con violencias ha causado heridas o lesiones, o la muerte de alguna persona, se aplicarán al culpable las penas establecidas, para estos casos, en el Capítulo del robo.”

A través de este artículo se introduce formas de tipología de abigeato subordinadas a otros resultados lesivos concurrentes ya sea que se trate de lesiones o muerte, remitiéndose a la escala pena de estos tipos para su juzgamiento, esto aunque bien puede resolverse en concurso de delitos (ya sea ideal o material).

En contra partida, la técnica legislativa empleada en el COIP, en resumen:

- a. El art. 199, aglutina los tipos penales (arts. 554, 556 CP)
- b. Establece un marco punitivo diferenciado por tipo (hurto-robo) y dañosidad extra (lesiones-muerte)
- c. Crea la figura de contravención hurto (art. 210 COIP).

En suma, el primer inciso, contiene la descripción del (delito de abigeato) cuando dice: “La persona que se apodere de una o más cabezas de ganado caballar, vacuno, porcino, lanar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”

En tanto que, el inciso segundo amplía el núcleo de la anterior descripción típica bajo la denominación (por cláusula abierta) de: “Igual pena se impondrá a la persona que, con ánimo de apropiarse, inserte, altere, suprima o falsifique fierros, marcas, señales u otros instrumentos o dispositivos utilizados para la identificación de las cabezas de ganado.”

En los incisos, tercero y cuarto, se tipifica y sanciona de forma diferenciada el abigeato robo, con plus de pena, ya sea por la concurrencia de fuerza o violencia, cuando dice:

Si la infracción se comete con fuerza, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si es cometida con violencia será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Finalmente, el inciso final, de la norma in comento, dice: “Si a consecuencia del delito se causa la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.”

En esta descripción típica (tipología) de abigeato cuando existe el resultado lesivo muerte, se opta, mediante remisión, por la sanción del art. 140 COIP que tipifica y pune el asesinato en los siguientes términos:

La persona que mate a otra será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano.

2. Colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación.
3. Por medio de inundación, envenenamiento, incendio o cualquier otro medio se pone en peligro la vida o la salud de otras personas.
4. Buscar con dicho propósito, la noche o el despoblado.
5. Utilizar medio o medios capaces de causar grandes estragos.
6. Aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima.
7. Preparar, facilitar, consumir u ocultar otra infracción.
8. Asegurar los resultados o impunidad de otra infracción.
9. Si la muerte se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública.
10. Perpetrar el acto en contra de una o un dignatario o candidato a elección popular, elementos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales, jueces o miembros de la Función Judicial por asuntos relacionados con sus funciones o testigo protegido.

Para el tipo penal de abigeato es importante el supuesto de resultado lesivo muerte, sin que sea trascendente por ejemplo preterintencionalidad, porque la consecuencia desemboca inexorablemente en la punición congrua del asesinato.

De igual forma, no importa si se cumple uno de los supuestos de hecho del artículo 140 COIP, puesto que el tipo penal de abigeato, al verificarse resultado muerte de un ser

humano, lo que toma es el marco punitivo más no sus supuestos previstos en los numerales 1-10

Conforme esta descripción, el delito de abigeato, aglutinada en el art. 199 COIP, deja de lado la posibilidad de concurso material o ideal previsto en los artículos 19 y 20 *ibídem*, en tanto que, cuando concurre en el abigeato el resultado lesivo lesiones, esta conducta se adecua en el numeral cuarto del tipo, independientemente de la intensidad del daño ocasionado, con una punición de cinco a siete años.

Mientras el valor de la cosas sustraída es relevante para definir ya sea que se trate de delito-contravención hurto (art. 209 COIP) o delito-contravención abigeato (art. 210 COIP), tal determinación de lesividad es irrelevante para el tipo penal de robo, en que el valor de la cosa no es determinante para el examen de tipicidad en tanto concurre el elemento constitutivo fuerza (en las cosas) o violencia (en las personas), habiéndose aglutinado en un solo tipo (art. 189 COIP) los supuesto que anteriormente eran tratados como tipología en artículo aparte en el CP, originando problemas de dosimetría de la pena en abstracto.

El artículo 189 COIP dice:

La persona que mediante amenazas o violencias sustraiga o se apodere de cosa mueble ajena, sea que la violencia tenga lugar antes del acto para facilitararlo, en el momento de cometerlo o después de cometido para procurar impunidad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Cuando el robo se produce únicamente con fuerza en las cosas, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si se ejecuta utilizando sustancias que afecten la capacidad volitiva, cognitiva y motriz, con el fin de someter a la víctima, de dejarla en estado de somnolencia, inconciencia o indefensión o para obligarla a ejecutar actos que con conciencia y voluntad no los habría ejecutado, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si a consecuencia del robo se ocasionan lesiones de las previstas en el numeral 5 del artículo 152 se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Si el delito se comete sobre bienes públicos, se impondrá la pena máxima, dependiendo de las circunstancias de la infracción, aumentadas en un tercio.

Si a consecuencia del robo se ocasiona la muerte, la pena privativa de libertad será de veintidós a veintiséis años.

La o el servidor policial o militar que robe material bélico, como armas, municiones, explosivos o equipos de uso policial o militar, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Dentro de este marco, la tarea legislativa conforme el art. 126.2 CRE, crear delitos y penas, es facultad de la Asamblea Nacional y desde la perspectiva y adecuación constitucional debe atenerse a la reserva legal y la proporcionalidad.

El principio de legalidad, actualmente estatuido en el artículo 76.3 CRE dice:

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:

(...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley...

Principio de legalidad sustantiva que se recoge en el artículo 5.1 COIP que dice:

Artículo 5.- Principios procesales.- 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 los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla (...)

Este principio se relaciona con el alcance y contenido del tipo penal por el que, según Ferrajoli, se resume en el axioma: *Nullum Crimen sine lege*, de lo cual la descripción (típica, legal) de lo prohibido, conforme Bacigalupo, debe estar dada en la ley con cuatro características: scripta, previa, certa y estricta, para evitar en contrapartida cuatro prohibiciones:

- a. de cláusulas generales.
- b. de aplicación analógica.

- c. de aplicación retroactiva.
- d. de fundamentación de la condena en derecho diverso del surgido de la ley en sentido formal.

Mediante el empleo de cláusulas generales al redactar el tipo penal queda la posibilidad de que, mediante interpretación, los jueces doten a la norma de mayor contenido del que el asambleísta dispuso al legislar y crear el tipo.

La analogía no es propiamente un método de interpretación sino una forma por la que se trae desde otra fuente (ley no penal, jurisprudencia, doctrina, etc.) un contenido para completar el tipo penal y luego efectuar el reproche al resolver la categoría dogmática de la antijuridicidad. Por ello, a decir de Muñoz Conde y García Arán, la analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación, puesto que, una vez interpretada la ley (es decir, una vez establecidos los supuestos que contiene), se extiende sus consecuencias (se aplican) a otros supuesto no contenidos, pero similares o análogos.

Por tanto, en materia penal, al existir la posibilidad de restringirse derechos, debe aplicarse los métodos de interpretación previstos en el artículo 13 COIP que dice:

Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma
3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.

La norma en análisis, determina en materia penal la interpretación:

- a. pro homine, propia de la materia constitucional de la que no se divorcia el derecho penal al ser una manifestación y consecuencia de la primera.
- b. Interpretación literal (a la letra de la ley)
- c. La prohibición de analogía ya sea para: crear delitos, ampliar el tipo (mediante sujeto activo sujeto pasivo, verbo rector, elementos normativos, elementos descriptivos), la medida de la pena, y, la restricción de derechos.

Del mismo modo que la ley penal, por regla general, rige (en el tiempo) para lo venidero, conforme así lo declara el artículo 16.1 COIP que dice:

Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas:

1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión.

En tanto que, por excepción, por efecto de la favorabilidad, rige retroactivamente conforme el artículo 16.2 *ibídem* que

dice: “Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia...”

Como se puede advertir el principio de legalidad (sustantiva) hoy visibilizado a nivel de tratados internacionales de derechos humanos, luego en las Constituciones nacionales, y, en el ordenamiento jurídico interno, es la consecuencia de un largo trajinar y resume la lucha por los derechos humanos, reconociéndose su primer hito en la *Magna Charta Libertatum* (1215), luego en el Contrato Social de Rousseau, fundamento de *La Ilustración*, luego positivizado en el Código Penal Francés de 1810 y en el art. 7 del Convenio de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, artículo 11.II de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 9 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

Conforme el artículo 25 COIP, *los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes*, ya sea que se traten de delitos o contravenciones, con su respectiva escala penal, conforme el reproche de antijuridicidad.

La tipicidad entonces está configurada por los siguientes elementos constitutivos:

- a. Sujeto pasivo
- b. Sujeto activo
- c. Verbo rector
- d. Elementos normativos

- e. Elementos descriptivos
- f. Pena.

En ausencia de uno de estos elementos constitutivos del tipo, por el principio de legalidad no se configura el tipo penal ya sea que se trate de delito o contravención.

Desde la teoría del delito, este punto es importante toda vez que afecta la categoría dogmática de la tipicidad, de lo cual también, por efecto cascada, se provoca un desmoronamiento de las categorías de antijuridicidad, culpabilidad y pena. Esto debido a que el delito debe ser visto como una unidad integral en que se analicen todas sus categorías.

Conforme lo expresado, la forma en que actualmente se construyen los tipos penales tanto contravencionales como delictuales de hurto y abigeato, atadas a un daño discriminado de 50% SBTUG y 1 SBTUG, afectan la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la medida de la pena.

De lo expresado, la tipicidad inicialmente exige justificar la necesidad de represión a través de la norma, lo que Ferrajoli encuadra en los axiomas: *A3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate.* *A4. Nulla Necesitas sine iniuria.*

Estos axiomas morigeran el ius puniendi, por lo que una vez superada la necesidad de intervención penal, luego debe racionalizarse su medida conforme el principio de proporcionalidad.

En suma, los bienes jurídicos que ameritan intervención penal se expresan, por el principio de legalidad, en el tipo,

luego en la proporcionalidad de la intervención, que se traduce en: el número de tipos, la medida de la pena.

En este sentido, conforme lo asevera Hassemer, el bien jurídico dota de legalidad al derecho penal y luego justifica la proporcionalidad de su intervención y propicia la *controlabilidad* de la decisión judicial, para evitar la discrecionalidad.

Es justamente sobre este punto, la determinación bienes jurídicos merecedores de tutela penal, en que se suscita un quebranto en el diseño de los tipos penales (delito-contravención) relacionados con el derecho a la propiedad, porque no se explica en criterio dispar de valoración de la cosa (y la dañosidad) para diferenciar entre delito y contravención al tratarse del mismo bien jurídico, propiedad privada.

En este sentido, el artículo 76.6 CRE, al tratar el principio de proporcionalidad penal como parte del debido proceso, declara que:

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:

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

Desde esta perspectiva, cuando el assembleísta crea tipos penales y justifica la medida de la intervención del derecho penal debe considerar le lesividad (dañosidad) y luego la medida de intervención. Por tanto, para que sea directamente

proporcional la intervención del derecho penal, debe considerarse, por una lado, la dañosidad, y, por otro, la medida de intervención. Por ello, a mayor lesividad corresponde mayor penalidad. En tanto que, a menor lesividad corresponde menor penalidad.

La dosimetría penal es un concepto traído, mediante analogía, desde la ciencia médica por el maestro Francesco Carnelutti. Sirve para expresar la finalidad y la medida de la pena, bajo la creencia de que la pena debe ser administrada (dosificada) al reo, como la medicina al enfermo. No en demasía porque no cura, tampoco en exceso porque mata y tampoco en menor medida porque no cura. De ahí que, para que la pena cumpla con su objetivo rehabilitador declarado en la CRE, debe dosificarse en la justa medida.

La proporcionalidad se desarrolla en tres niveles.

La pena en abstracto, dada por el asambleísta en el tipo penal, a través de un piso y un techo, lo que (a decir de Gómez Rivero), se conoce como sistema de determinación legal relativo o pena pendular.

La pena en abstracto, que se aplica por el juez al determinar su medida en el caso concreto, una vez que se ha probado la existencia de los elementos constitutivos del tipo penal (delito) y la concurrencia de atenuantes y agravantes, y, el grado de participación. En tanto que en los procesos contravencionales no existe esquema de circunstancias agravantes y/o atenuantes, ya sean genéricas o específicas.

Finalmente, la pena tiene una tercera manifestación a nivel de ejecución, luego de que una persona ha sido vencida en juicio y condenada (*A6. Nulla culpa sine iudicio*, en términos de Ferrajoli), quedando sujeta al cumplimiento de la pena en que existe un régimen de cumplimiento actualmente sujeto a control judicial por disposición de la CRE y el COIP

De lo expresado, se puede concluir que la pena en abstracto está dada por el legislador que la plasma en la ley penal, bajo la premisa de lesividad que le ha llevado a definir primero la intervención y luego su medida (*quantum*) que es el marco de referencia del órgano jurisdiccional para la imposición de la pena en el caso concreto.

La Corte Constitucional (sentencia no. 006-12-SCN-CC, caso no. 0015-11-CN) considera que la proporcionalidad de la pena es una técnica legislativa que determina la medida de la sanción privativa de la libertad mediante la norma sustantiva penal, y dentro de éstos parámetros se debe determinar la medida de la pena considerando un mínimo (piso) y un máximo (techo) que el Juez debe determinar y motivar en el caso concreto.

Expresado lo anterior, se ha de entender que no es lo mismo, ni implica igual, el ser juzgado y condenado con distinto baremo ya sea que se trate de delito-contravención hurto o delito-contravención abigeato, lo que afecta las categorías de la teoría del delito, ya sea tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y pena.

Frente a un hecho flagrante, su calificación por órgano jurisdiccional, en tratándose de hurto a abigeato entraña la

discusión sobre la valoración económica de la cosa al momento de la apropiación.

Sin embargo, la calificación de flagrancia no solo centra en este umbral de calificación delito-contravención sino que esta discusión parten otras que se amplían a:

- a. La dictación o no de medidas cautelares reales y personales;
- b. El tipo de trámite ya sea contravencional o delictual (directo, ordinario)
- c. La competencia del órgano jurisdiccional.
- d. El esquema de participación penal. En contravenciones no cabe discusión sobre autoría (mediata, directa, coautoría) y complicidad, ni responsabilidad de persona jurídica (Villagómez, 2016); en tanto que, en los procesos por delitos sí.
- e. La suspensión condicional de la pena que opera en el proceso por delito.
- f. La aplicación de procedimiento abreviado que es viable en proceso por delito.
- g. El régimen de prescripción para el ejercicio de la acción penal.
- h. Las reglas de la extinción y prescripción de la acción penal.
- i. El esquema impugnatorio, dado que la sentencia de proceso contravencional no es susceptible de casación¹.

¹ Villagómez, Richard, *El derecho a castigar. Un necesario análisis constitucional sobre el derecho penal*, Edit. Monsalve, Ecuador, 2012

La afectación que entraña este dispar tratamiento en la configuración del tipo penal (contravención-delito) que en el juicio de tipicidad se ubica en los elementos normativos/valorativos dado que el SBUTG se actualiza en sede administrativa como consecuencia del índice de inflación anual. De forma que, el tipo penal ya sea de delito o contravención se complementa a partir de esta definición que proviene fuera del marco de las facultades del asambleísta expresadas en la ley penal.

Respeto de la antijuridicidad, se ha de considerar que se exige previamente el cumplimiento de un tipo penal sin causas de justificación.

En materia contravencional, conforme el COIP, no existe espacio, para discutir causas de justificación que enfrente derechos de rango constitucional para establecer o no la antijuridicidad, luego la culpabilidad y la pena.

Por tanto, para que una conducta antijurídica constituya delito se exige que sea penalmente típica.

El tipo no es un elemento valorativamente neutro porque expresa respuesta de tutela frente a un bien jurídico relevante. Por ello, la tipicidad expresa la valoración de un bien jurídico desde la ley penal. Luego, sin tipicidad no hay antijuridicidad. Y en cadena, se puede expresar que sin antijuridicidad no hay culpabilidad y tampoco pena.

Las categorías del delito se encuentran eslabonadas unas con otras y en ausencia de una de ellas no cabe responsabilidad.

Cuando el asambleísta tipifica una conducta y la sanciona con una pena, piensa y justifica la antijuridicidad.

Es en este punto que, la deficiencia en la creación de rango diferenciado al delimitar contravención-delito, en que la lesividad pierde sustento y coherencia en la tipicidad, al no justificarse trato diferenciado ya sea de 50% SBUTG para el hurto y de 1 SBUTG para abigeato. Luego, este desajuste se expresa en la antijuridicidad que exige dos niveles: a. como desvalor de resultado; y, b) como desvalor de la conducta.

El desvalor de resultado exige que se trate de un bien jurídico relevante que cumple a decir de Mir Puig, tres funciones:

1. Sistemática, al dar coherencia en la clasificación de los tipos penales en las leyes.
2. De guía de la interpretación, para establecer mediante interpretación teleológica, la concurrencia o no de los elementos del tipo.
3. De criterio de medición de la pena, en virtud de la mayor o menor lesividad.

En tanto que, el desvalor de la conducta para el reproche al agente, parte inicialmente del presupuesto del desvalor de resultado, ya que la conducta humana es una unidad objetivo-subjetiva en que la valoración social depende de estos dos reproches vistos de modo integral ya en la afectación a la norma penal y también en conocimiento del agente sobre la ilicitud.

En el desvalor de resultado, el margen de valoración del quantum de la cosa al momento de la apropiación (50% SBU-1SBUTG), provoca incertidumbre en el agente al cuestionársele el desvalor de conducta.

Continuando con las categorías de la teoría del delito, la culpabilidad exige previamente al agente conocimiento de la antijuridicidad (tipicidad) para determinar dolo o culpa.

En este punto, las contravenciones ofrecen estrecho margen para la discusión de culpabilidad, en tanto que en los procesos por delito tienen más amplio espectro en que se ofrece la discusión de si el agente puede actuar de otro modo, que el contrario a lo que prohíbe el tipo. Por ello, bien puede discutirse error como desconocimiento de antijuridicidad que no provoque culpa.

La culpabilidad como categoría racionalizador del delito, tiene doble faceta como fundamento de la pena y como medida de la pena.

- a. Como fundamento de la pena, el principio de culpabilidad conforma el principio axiomático de que *no hay pena sin culpabilidad*, lo que significa que no cabe culpabilidad sin que concurra dolo o imprudencia según el delito de que se trate.
En contravenciones, esta discusión se reduce sustancialmente a diferencia de los delitos en que opera dolo y culpa.
- b. Como medida de la pena se ha de considerar que la culpabilidad cumple dos funciones:

1. permite establecer graduaciones ya sea que se trate actualmente de autoría y/o complicidad; y,
2. impide que por fines de prevención se imponga una pena más grave de la medida de la culpabilidad.

El COIP al tratar la participación penal pasa a un esquema en que se reconoce autoría y complicidad (y se suprime el encubrimiento como grado de participación).

El artículo 42 COIP sobre la autoría dice:

Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

1. Autoría directa:

- a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.
- b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

2. Autoría mediata:

- a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
- b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.

El artículo 43 *ibídem* describe la complicidad en los siguientes términos:

Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido.

No cabe complicidad en las infracciones culposas.

Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor.

En la ley penal anterior el esquema de participación penal diferenciaba entre autoría, complicidad y encubrimiento.

Actualmente, en el COIP se suprime el encubrimiento como grado de participación penal y se constituye en tipo penal autónomo conforme el inciso segundo del artículo 272 *ibídem*, y se añade en la participación la responsabilidad de la persona jurídica.

La participación penal también permite dosificar el reproche y la medida de la pena ya sea que se trate de autor o de cómplice, considerándose que en tratándose de delitos no cabe posibilidad de complicidad en delitos culposos y que tampoco cabe complicidad en contravenciones.

En cuanto al cómplice por efecto de su participación, la medida de la pena atribuida, oscila entre un tercio y la mitad equivalente a la del autor.

De lo expresado, se precisa que la pena se fundamenta en la culpabilidad más no en criterios de prevención. Por ello la culpabilidad limita la medida de la pena en concreto.

En conclusión el diseño de los tipos penales (contravención-delito) en tratándose de hurto y abigeato, crea un esquema nuevo en que se diferencia el valor económico de la cosa al momento de la apropiación.

Este elemento normativo/valorativo en la tipicidad, luego ocasiona dificultad multinivel.

El primero, en relación con las categorías dogmáticas del delito: antijuridicidad, culpabilidad y pena.

El segundo, de orden procesal, en que se diferencia la vía de la acción ya sea que se trate de delito o contravención

El tercero, sobre la participación y responsabilidad penal.

El cuarto, en relación con la afectación de derechos proveniente de los principios de legalidad y proporcionalidad.

Frente a este escenario, el margen de interpretación judicial al calificar los hechos y subsumirlos ya sea en delito o contravención, exige más y mejores elementos de convicción al tratarse de flagrancia, y mejores medios de prueba en etapa de juicio, y, que eventualmente puede constituirse en objeto de recurso ordinario ya sea de apelación o extraordinario de casación.

Para la dictación de condena en el proceso penal, anteriormente conforme el Código de procedimiento Penal (CPP) se exigía certeza sobre delito y responsabilidad. Actualmente se requiere convicción más allá de toda duda, habiéndose cambia el estándar de prueba exigido para dictar condena. En uno u otro esquema normativo, el proceso es un instrumento gnoseológico para la adquisición de conocimiento sobre hechos mediante la prueba y su convicción razonada.

Ante la posibilidad de duda sobre la constitucionalidad de los artículos 209 y 210 COIP, el órgano jurisdiccional ordinario, ya sea uni o pluripersonal, sobre la base la CRE y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) , puede formular consulta para ante la Corte Constitucional a fin de obtener respuesta a este planteamiento y luego con tal respuesta resolver el caso concreto en sede ordinario, y, también establecer el efecto erga omnes de tal pronunciamiento del máximo intérprete de la CRE.

No obstante, de tratarse de una consulta cuyo objeto es la legalidad, los jueces ordinarios, conforme la CRE y el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) pueden dirigir su requerimiento para ante el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

En uno u otro caso, la respuesta no es igual dado el elemento autoritativo de una y otra Corte, a lo que se suma el efecto derivado de tal respuesta, ya sea inter partes o erga omnes.

El principal punto de discusión ya sea en sede constitucional u ordinaria estriba en la potencial afectación a los principios de: legalidad (art. 76.3 CRE), proporcionalidad (art. 76.6 CRE), la seguridad jurídica, el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva.

En relación con la teoría del delito, la disparidad en la configuración de delito-contravención en tratándose de hurto y abigeato, afecta no solo a la tipicidad específica, sino a los tipos penales de:

a. apropiación fraudulenta por medios electrónicos, descrito en el art. 190 COIP que dice:

La persona que utilice fraudulentamente un sistema informático o redes electrónicas y de telecomunicaciones para facilitar la apropiación de un bien ajeno o que procure la transferencia no consentida de bienes, valores o derechos en perjuicio de esta o de una tercera, en beneficio suyo o de otra persona alterando, manipulando o modificando el funcionamiento de redes electrónicas, programas, sistemas informáticos, telemáticos y equipos terminales de telecomunicaciones, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La misma sanción se impondrá si la infracción se comete con inutilización de sistemas de alarma o guarda, descubrimiento o descifrado de claves secretas o encriptadas, utilización de tarjetas magnéticas o perforadas, utilización de controles o instrumentos de

apertura a distancia, o violación de seguridades electrónicas, informáticas u otras semejantes.

b. hurto de bienes de uso policial o militar, tipificado y sancionado en el art. 197 COIP que dice:

La o el servidor policial o militar que hurte material bélico como armas, municiones, explosivos o equipos de uso policial o militar, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

En el caso de hurto de medicinas, vestuario, víveres u otras especies que afecten al desenvolvimiento de la Policía Nacional o las Fuerzas Armadas, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

c. hurto de lo requisado, tipificado y sancionado en el art. 198 COIP que dice:

La o el servidor policial o militar que, al haber practicado requisiciones, se apropie de los bienes requisados, será sancionado con el máximo de la pena prevista para este delito.

d. Receptación, tipificado y sancionado por el art. 202 COIP que dice:

La persona que oculte, custodie, guarde, transporte, venda o transfiera la tenencia, en todo o en parte, de bienes muebles, cosas o semovientes conociendo que son producto de hurto, robo o abigeato o sin contar con los documentos o contratos que justifiquen su titularidad o tenencia, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

Si por omisión del deber de diligencia no se ha asegurado de que las o los otorgantes de dichos documentos o contratos son personas cuyos datos de identificación o ubicación es posible establecer, será sancionada con pena privativa de libertad dos a seis meses.

Este problema de orden normativo luego es de interpretación judicial ya sea ordinaria o constitucional al también afectarse, potencialmente, la antijuridicidad, la culpabilidad y la pena.

Por ello, el diseño típico a partir de la definición del quantum de la cosa al momento de la apropiación, debe guardar conformidad constitucional y también respecto de las categorías dogmáticas del delito para no afectar el reproche y la penalidad derivados de la descripción legal.

3.- Bibliografía

- Bacigalupo Enrique, *Principios Constitucionales de Derecho Penal*, Buenos Aires, Depalma Edit., 1999
- Carrasquilla, Juan, *Derecho Penal Fundamental*, Ed. Temis, Bogotá, 1995
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Edit. Trotta, Madrid, 2009
- Gomez Rivero, María et al, *Nociones Fundamentales de Derecho Penal*. España, Tecnos, 2ª. Ed., 2007
- Hassemer, Winfried, “*Bienes Jurídicos en el derecho penal*”. *En estudios de derecho penal*. Homenaje al profesor Julio B. J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005
- Ibañez, Perfecto, *Los Hechos en la Sentencia Penal*, México, Biblioteca de Filosofía del Derecho y Política, Fontamara, 1ª reimpresión, 2007

- _____, *Prueba y Convicción Judicial en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Hammurabi Ed., 2009
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, España, Edit. Aranzadi, 2010
- MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Edit. Repertor, 8ª. ed., 2012
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, España, Tirant Lo Blanch, 2010
- Villagomez, Richard, *El derecho a castigar. Un necesario análisis constitucional sobre el derecho penal*, Edit. Monsalve, Ecuador, 2012
- _____, *El principio de favorabilidad y determinación judicial de la pena*, Workhouse Procesal, Ecuador, 2015
- _____, *Control de Convencionalidad en el Estado constitucional de derechos y justicia*, Zona G, Ecuador, 2015
- _____, *Casación Contravencional en el Código Orgánico Integral Penal*, Correo Legal, Ecuador, 2015
- _____, *Femicidio: entre la ampliación y la legitimación del derecho penal*, Zona G, Ecuador, 2016
- _____, “El *ius puniendi* frente a la no afiliación al IESS”, en *Memorias de IV Jornadas Internacionales de derecho Empresarial*, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2016
- Zafaronni, Eugenio, *En Busca de las Penas Perdidas (Deslegitimación y Dogmática Jurídico-Penal)*, AFA, Lima, s.f.

Temas Penales 3

Segunda Parte:
El Proceso Penal

Los principios de la etapa de juicio y la finalidad de la prueba en el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano en vigencia

Marco Rodríguez Ruiz

Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha

Sumario:

1. Introducción; **2.** Introducción; **3.** Conclusión; **4.** Bibliografía

1. Introducción

La necesidad de exponer los límites y alcances de los principios que rigen la etapa de juicio, así como la finalidad de la prueba en el actual contexto jurídico-penal ecuatoriano, constituirán el eje central y el objetivo primordial del artículo que se desarrollará.

En este sentido, resultará de primordial importancia abordar los principios de la etapa de juicio, entre los que consta el de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, etc., desde la perspectiva de la jurisprudencia emanada sobre todo de la Corte Constitucional ecuatoriana y de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, así como de la doctrina, a fin de desentrañar las particularidades de tales principios.

De otro lado, el método utilizado en el presente artículo ha sido el deductivo, que sirvió de gran ayuda para descender de lo general a lo particular, a fin de condensar y ordenar lo más importante de las ideas del artículo.

En todo caso, se espera haber cumplido con los resultados trazados, y que se sintetizan en abordar los principios de la etapa de juicio y la finalidad de la prueba en el sistema jurídico-penal del Ecuador en vigencia.

2. Desarrollo

En este contexto, y en el afán de adentrarme en los principales lineamientos del presente artículo, se advierte que los principios de la etapa de juicio, constituyen los siguientes:

- a. oralidad;
- b. publicidad;
- c. intermediación;
- d. contradicción en la actuación probatoria;
- e. continuidad del juzgamiento;
- f. concentración de los actos del juicio;
- g. identidad física del juzgador; y,
- h. presencia obligatoria de la persona procesada y del defensor público y privado

Precisamente, los principios por los cuales se rige y se desarrolla el juicio penal, constan taxativamente en el artículo 610 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP)¹, lo cual, guarda concordancia con lo previsto por los artículos 168.6 y 169 de la Constitución de la República (en adelante CRE)²; en este sentido, bien “se puede afirmar que los

¹ Código Orgánico Integral Penal, artículo 610: “Principios.- En el juicio regirán, especialmente los principios de oralidad, publicidad, intermediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y la presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución.”

² Constitución de la República del Ecuador, artículo 168.6: “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas

mismos principios que rigen al juicio penal son los de los otros procesos”³, salvo el principio de la presencia obligatoria del demandado en los procesos no penales⁴.

Alrededor de los principios de la etapa de juicio, en especial, de los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad, la Corte Constitucional ecuatoriana (en adelante CC), se ha pronunciado en el siguiente sentido:

La sujeción al **principio de inmediación** y celeridad, no es otra cosa que la presencia del juzgador en las diligencias procesales, esto es, está encaminado a la relación directa con los litigantes, a la apreciación inmediata de las pruebas llevadas al proceso, **está ligado con la oralidad del procedimiento**, y para el caso que se practiquen las confesiones, declaraciones testimoniales, alegatos, peritajes entre otras sin la presencia del juzgador carezcan de eficacia jurídica. Está en concordancia con los términos o plazos procesales, ya que cada etapa procesal es perentoria y de estricto cumplimiento, para evitar las declaratorias de nulidades. En suma, los términos procesales constituyen un derecho fundamental

las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo”; artículo 169 de la CRE: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso (...)”

³ Revista Judicial, “Diferencias entre el proceso penal y los otros procesos”, Mariana Yépez Andrade, www.derechoecuador.com

⁴ Código General de Procesos, artículo 87.2: “Cuando la o el demandado o la o el requerido no comparece a la audiencia que corresponda, se continuará con la audiencia y se aplicará las sanciones y efectos, entendiéndose siempre que pierde la oportunidad procesal de hacer valer sus derechos (...)”

que no pueden dejar de observarse, ya que de hacerlo es vulnerar la tutela efectiva, imparcial y expedita, el vulnerar el debido proceso y el acceso a la justicia y evitar de igual forma quedar en estado de indefensión.⁵

El derecho está vinculado con el **principio de oralidad** de los procesos, adoptado como norma general para la actuación de la administración de justicia. Más aún, la oralidad, como mecanismo para viabilizar el derecho a ser escuchado, es una característica relevante de los procesos de garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales. Precisamente, como ya se ha dicho, la alegación de la hoy accionante va encaminada a atacar la decisión de la Sala de no permitirle exponer sus argumentos de manera oral, por medio de la audiencia, por lo que será necesario dar luces sobre el contenido del derecho en el contexto del principio de oralidad, a fin de responder si el derecho se ha violado. James Goldschmidt define a la oralidad como: “...el principio de que la resolución judicial puede basarse sólo en el material procesal proferido oralmente.

Ello significa que las actuaciones más relevantes de un procedimiento deben realizarse por medio de un proceso de audiencias. No obstante, como bien señala Enrique Véscovi, la diferencia entre procesos escriturales y orales no es de calidad, sino más bien de grado. Al respecto, señala: “...cuando hablamos de oralidad, lo hacemos para usar un término que es de común conocimiento y aceptación, aunque sabemos de antemano que prácticamente no hay régimen alguno

⁵ SENTENCIA dictada de la Corte Constitucional 112, Registro Oficial, Suplemento No. 728 de 20 de junio de 2012.

de derecho positivo exclusivamente oral, sino que todos son mixtos”⁶. “Según Carlos Bernal Pulido, el debido proceso está integrado a la vez por varios subprincipios o subderechos que lo hacen efectivo. Uno de ellos es el **principio de publicidad**, “[...] este principio impide que existan en el proceso actuaciones ocultas [...] resulta indispensable para la formación válida de la relación jurídico procesal, pues, de no ser así, el demandado quedaría expuesto a que contra él se profiera una sentencia adversa sin haber sido siquiera debidamente notificado de la existencia de la demanda promovida en su contra”⁷.

En suma, el pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en última instancia el resultado del mismo. Así, el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: notificar al acusado y al abogado defensor, con la suficiente antelación, y no excluirlo indebidamente del proceso, puesto que de otro modo no se garantiza el derecho de las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales, o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa.

(...) Empezaremos señalando que una característica importante de todo proceso es la publicidad, que es el derecho que tienen las partes a estar debidamente informadas sobre las acciones seguidas en su contra y el estado en el que se encuentra su proceso, por lo que la citación, de conformidad con el artículo 73 del Código

⁶ SENTENCIA de la Corte Constitucional 227, Registro Oficial, Suplemento No. 777 de 29 de agosto del 2012.

⁷ SENTENCIA de la Corte Constitucional No. 026-14-SEP-CC, Caso No. 1884-12-EP.

de Procedimiento Civil “(...) es el acto por el cual se hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y las providencias recaídas en esos escritos”, entonces, la citación es el acto procesal por medio del cual se anuncia al demandado la sujeción al órgano jurisdiccional y la de convertir en litigioso un derecho; en otras palabras, la citación da comienzo a la litispendencia y esta constituye la relación jurídico procesal.⁸

De acuerdo a lo planteado, resulta claro que las partes procesales deben mantener la oportunidad de ser escuchadas y presentar sus pretensiones ante el juez; sin ser privados de los medios necesarios para reclamar y hacer valer sus derechos durante el desarrollo de un proceso judicial. De ahí que, el derecho a la defensa garantice un proceso judicial equitativo, fundado en principios de igualdad y seguridad jurídica. Por tal razón, ante la petición de una parte debe oírse a la otra, para saber si la acepta o contradice, de conformidad con el principio de la bilateralidad de la audiencia. Al respecto, cabe señalar que el **principio de la bilateralidad (contradicción)** de la audiencia implica que no puede existir ningún tipo de ventaja de alguna de las partes en el proceso; en tal virtud, toda actuación judicial o administrativa debe ser notificada a la contraparte, con lo cual se cumple con el **principio de la publicidad** interna dentro del proceso, a fin que no existan decisiones que sean ignoradas por alguna de las partes y conocidas por otras.⁹

⁸ SENTENCIA de la Corte Constitucional 55, Registro Oficial, Suplemento No. 85 de 20 de septiembre del 2013.

⁹ SENTENCIA de la Corte Constitucional 55, Registro Oficial, Suplemento No. 767 de 2 de junio del 2016.

Como se ha dicho antes, el debido proceso constituye un conjunto de garantías que deben observarse en las instancias procesales con la finalidad de que las personas pueden ejercer su defensa adecuadamente, ante cualquier autoridad, más aun, tratándose de un proceso de carácter penal. En tal sentido, lo dispuesto en la norma procesal penal, respecto de la forma de sustentar la etapa de impugnación a través de una audiencia pública contradictoria, permite cumplir con el principio de inmediación, mediante el cual las partes procesales aportan todos los elementos que coadyuven a la correcta resolución de los casos puestos en conocimiento del juzgador. A través de **la inmediación** se da una vinculación personal entre los juzgadores y las partes con la finalidad de poder conocer directamente todo lo correspondiente al proceso penal, desde su inicio hasta su conclusión, de tal forma que se tenga un conocimiento efectivo de los hechos planteados para su resolución por parte de los administradores de justicia, obteniendo los medios y elementos para que el proceso sea eficaz y la sentencia sea justa. Como se ha explicado, dentro del debido proceso, especialmente el de carácter penal, es imperativo que se hagan efectivos sus principios rectores, en el presente caso, el de **inmediación**, mismo que se desarrolla a través de la convocatoria a una audiencia oral, pública y contradictoria en la que el juzgador conjuntamente con las partes evacuen los medios probatorios y los demás actos procesales que permitan estructurar un fallo debidamente motivado. Estos principios rectores del debido proceso penal se encuentran ligados con el derecho a la tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 75 de la Constitución de la República que menciona lo siguiente: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los

principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”. El **principio de inmediación** además se ha establecido dentro del mismo texto constitucional en su artículo 169, en el que, al desarrollar el sistema procesal de la administración de justicia, se dispone que las normas procesales consagrarán, entre otros, el principio de inmediación y harán efectivas las garantías del debido proceso. Bajo este análisis, el principio de inmediación tiene estricta relación con el **principio de contradicción**, mediante el cual las partes procesales se encuentran en igualdad de condiciones de exponer todos los elementos necesarios que brinden al juzgador mayor información, en aras de un mejor resolver del caso, en tal sentido, refiere el autor Juan Montero Aroca lo siguiente:

Las garantías de actuación de las partes en el proceso, especialmente los principios de **contradicción** o defensa y de igualdad, no constituyen solo derechos de las partes que el tribunal debe respetar, sino que también son garantía de la correcta actuación del derecho objetivo. Para un juez el derecho de las partes a ser oídas no es solo un derecho subjetivo ajeno a respetar, es también regla fundamental organizadora de su actividad, dirigida a conformar el proceso de la manera más adecuada para obtener la mejor actuación de la norma.¹⁰

Por su parte, la actual Sala de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia (en adelante SP-CNJ), en torno a los mismos principios de la etapa de juicio, ha dicho lo siguiente:

¹⁰ SENTENCIA de la Corte Constitucional 223, Registro Oficial, Suplemento No. 575 de 28 de agosto del 2015.

Esta facultad que la ley otorga al Juez y Tribunal de Garantías Penales, se sustenta en el **principio de inmediación**, toda vez que este principio permite al Juez asistir al desarrollo de las pruebas. Tiene como finalidad provocar un estrecho e integral contacto del juzgador con los litigantes y los medios probatorios, del que debe derivar su convencimiento; pues las fases de exposición, de prueba y de debate le permiten al Juez observar de cerca el comportamiento de los sujetos procesales, no únicamente para comprobar la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, para según corresponda y en aplicación la ley, condenar o absolver al acusado, sino además, determinar la forma, en ánimo y la intención de litigar de las partes procesales.¹¹

Por la motivación de la sentencia se asegura la **publicidad** en la conducta de los jueces y el control del pueblo sobre el desempeño de sus funciones, lo que es de la esencia del régimen republicano. Por ella podrán también los interesados conocer las razones que justifican el fallo y resolver su aquiescencia con él o su impugnación; el tribunal que deba conocer del recurso recogerá especialmente de ella los elementos para ejercer su control y servirá, en fin, para crear jurisprudencia, entendida como el conjunto de enseñanzas que derivan de las sentencia judiciales.¹²

El principio de oralidad busca, en general, hacer que todas las actuaciones procesales se lleven a cabo

¹¹ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO PENAL, Registro Oficial, Suplemento No. 165, 16 de septiembre del 2014, No. 738-2010, Expediente No. 738, en el juicio penal que sigue Cofre Moran Yolanda en contra de Vallejo Jaramillo Norma.

¹² CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, Registro Oficial, Suplemento No. 64, 16 de mayo del 2016, Juicio No. 49-2010, Expediente No. 49, DELITO DE VIOLACION CONTRA RAMIRO FABIAN TENELEMA PEREZ.

verbalmente, con el fin de cumplir con otros postulados principales del proceso penal, tales como: **a) inmediación.-** es la oralidad la que ayuda a que exista un contacto directo entre los alegatos de las partes, las pruebas que ellas presentan y el juzgador encargado de resolver la causa; **b) publicidad.-** la publicidad externa del proceso, que se logra mediante la veeduría ciudadana sobre las actuaciones del juzgador y las partes, es obtenida también a través de la oralidad, pues la población puede participar en la celebración de las audiencias de sustentación de la causa, con excepción de ciertos casos en los que los bienes jurídicos que han sido vulnerados mediante la comisión de un ilícito, requieren de un ámbito de privacidad para ser juzgados; **c) concentración.-** la actuación oral de los distintos actos procesales ,permite que ellos puedan ser realizados de forma aglutinada, lo que favorece en gran medida la labor decisoria del juez, al poder llevar un análisis inmediato de los alegatos y las pruebas presentadas por las partes, superando de esa manera las falencias del sistema escritural, en el que la necesidad de que tanto litigantes como juzgador se manifiesten dentro del proceso mediante escritos y providencias.¹³

En virtud de los principios de **inmediación y contradicción** de la misma, al respecto de estos dos principios nos habla Yesid Ramirez Bastidas, en su obra el juicio oral en Colombia pág. 183, en la que respecto al primero dice “la inmediación solo puede entenderse asegurada si el juez y las partes tienen la posibilidad de acercarse a la prueba por medio de un contacto constante entre

¹³ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, QUITO, DE 15 DE ENERO 2015, JUICIO NO. 1852-2014.

todos ellos y el elemento probatorio en examen, añade que es “la circunstancia en virtud de la cual los sujetos procesales reciben en forma inmediata, directa y simultánea los elementos de prueba provenientes de los diferentes medios, como presupuestos lógicos de la sentencia”; con respecto al segundo señala que se cumple “cuando el sistema permite la interacción de las partes, en un fuego equilibrado de intervenciones orientadas a reforzar la posición de cada uno de los intervinientes y en controlar el desarrollo de la audiencia oral.¹⁴

Asimismo, la doctrina acerca de los principios antes mencionados, ha dicho lo siguiente:

Considerada por la doctrina como un principio consecuencia del de la oralidad, el de **publicidad**, ha ido adquiriendo en los últimos años, y es de prever que aumente en el futuro inmediato, una mayor relevancia en el derecho procesal penal tanto como principio que inspira varios de sus actos, como uno de los medios que garantiza la legítima defensa del acusado o, a contrario sensu, cuya ausencia la afecta sensiblemente. El término publicidad lexicológicamente se caracteriza por su historicidad y anfibología, variabilidad de su significado en correlación con distintas fases históricas, al tiempo que se advierte una diversidad de nociones del mismo en contextos culturales similares, semejantes, coetáneos y hasta idénticos. Por tanto se define como: La inmediata percepción de las actuaciones verificadas por y ante el tribunal por personas que no forman

¹⁴ CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, 9 de julio de 2013, Juicio No. 770-2012 –LBP

parte del mismo. La publicidad para las partes o publicidad interna, significa que todo cuanto actúa el juez o tribunal y la parte adversa es conocido ope legis por la parte. La publicidad general hace referencia al gran público no interesado directamente en el proceso. La publicidad general se manifiesta, a su vez, en otras dos formas, la publicidad inmediata, que supone la percepción directa de los actos procesales por el público, y la publicidad mediata, que tiene lugar por vía indirecta, a través de un intermediario (prensa, radio, televisión, cine..., etc.). La publicidad para las partes queda fuera del ámbito estricto de la publicidad procesal. Más bien se identifica con el derecho de defensa, con el carácter contradictorio del proceso y con el principio de igualdad de armas. Supone, en consecuencia, la necesidad de que las partes conozcan todas las actuaciones procesales, como medio indispensable para asegurarles una defensa eficaz. El Tribunal Constitucional ha seguido este concepto estricto de publicidad a la residencia en el derecho constitucional de defensa, y no en el derecho a un proceso público, las reclamaciones formuladas con ocasión del secreto sumarial.¹⁵

El **principio de inmediación** es la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo del mismo con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas (Vescovi). El principio de inmediación es la íntima vinculación personal entre el juzgador y las partes y con los elementos probatorios, a fin de que dicho juzgador pueda conocer directamente el material del proceso desde su iniciación hasta la terminación del

¹⁵ Pose Roselló, "Principio de Publicidad en el proceso penal", en Contribuciones a las Ciencias Sociales, julio 2011, www.eumed.net/rev/cccss/13/

mismo (Chamorro, José A.)¹⁶. ¿Qué es el contradictorio?, el **principio de bilateralidad o de contradicción**, es el derecho que cada parte tiene a tomar conocimiento de los actos procesales que se realizan en el proceso a fin de tener el poder de intervenir, ejercer su derecho a defenderse y acreditar su posición.

Al respecto Alsina indica, que: El principio de **concentración**, al igual que la **inmediación** está relacionado con la **oralidad** del procedimiento penal y concretamente con el juicio oral. Tiende a reunir en un solo acto determinadas cuestiones. El material de hecho se concentra en el juicio oral, a fin de que la actividad probatoria se desarrolle en una audiencia única y en el menor número de sesiones. Esta **concentración**, además, es posible porque el juicio oral está precedido de la instrucción, regido por el principio de eventualidad, y porque la fase intermedia tiende a purgar el procedimiento de obstáculos procesales. Para Oré Guardia, la actual doctrina ha visualizado una **publicidad** interna y otra externa. En el primer caso, se trata del derecho que asiste a los protagonistas, desde el comienzo del proceso, a tener acceso a todos los documentos desde el inicio y en el segundo caso el derecho que tiene la ciudadanía de asistir, dentro de las lógicas limitaciones materiales, a las etapas fundamentales del proceso, desde la investigación hasta la sentencia. Más adelante el mismo autor señala que este principio se materializa en la fiscalización y control que asume la administración de justicia fundamentalmente en tres momentos: antes de la audiencia, en la publicación de la relación de

¹⁶ <https://jorgemachicado.blogspot.com/2016/08/pdip.html>

procesos a llevarse a cabo en la Sala, luego por el acceso libre del público durante el desarrollo del juzgamiento, y luego, mediante el análisis y crítica de las resoluciones Judiciales. La publicidad, además de asegurar un mejor control de los magistrados por la sociedad, constituye una manera de poner en evidencia la soberanía popular, en cuyo nombre se administra justicia. El principio de **identidad física del juzgador** establece que un mismo juez debe serlo sobre toda la audiencia del debate oral, y además debe ser él quien personalmente dicte sentencia, sin posibilidad de delegación. Lo anterior garantiza que la decisión final es adoptada por quien o quienes presenciaron en forma directa e inmediata tanto los elementos de prueba producidos en la audiencia, cuando los alegatos de las partes referidas a todas las cuestiones debatidas. Creemos que este principio se refiere no solamente la necesidad de que el mismo juez debe estar presente en toda la audiencia del juicio oral hasta la emisión de su sentencia, sino también, literalmente debe presenciarse físicamente al juzgador, es decir, las partes procesales en especial el acusado debe saber la identidad completa como su nombre y conocerlo físicamente al juzgador (magistrado con identidad); tanto el imputado como la parte civil, deben estar seguro del juzgador que tiene al frente (“cara a cara”), es el que va a valorar todas actuaciones probatorias que la defensa exponga.¹⁷

Para algunos tratadistas y estudiosos del DPP, como los españoles ESCUSOL y CORTÉS DOMINGUEZ, “la ausencia del imputado, acusado de un delito, justificada

¹⁷ <http://www.monografias.com/trabajos88/principio-juicio-oralperuano/principio-juicio-oral-peruano.shtml#identidad#ixzz4k6TcblTq>

o no, debiera ser siempre causa de suspensión del juicio oral”, por las siguientes razones: a) Porque si no está presente el encausado, o acusado ya por el Fiscal en su dictamen, no se puede constituir la relación jurídica procesal básica. b) Por razones constitucionales: se priva al acusado de enterarse, personal y directamente, de la acusación que le hace el Ministerio Público, y de los fundamentos de la misma. No puede hacerse escuchar ni argumentar ni rebatir la acusación. c) Porque al no estar presente no puede ejercer su derecho a la defensa ni impugnar las pruebas que se presenten en su contra; por ejemplo, no puede contra interrogar a los testigos de cargo y a los peritos, ni cuestionar los informes periciales que se hubieren presentado. Se dirá que por el acusado ausente puede intervenir el defensor de oficio o defensor público designado por el Tribunal Penal para que intervenga a nombre de su representado; mas, la experiencia nos demuestra que las intervenciones de esos profesionales, en la práctica, son sumamente deficientes debido a la falta de contacto personal y directo entre defensor y defendido, lo cual repercute en la falta de información y coordinación para buscar y conseguir pruebas de descargo que pudieren ser presentadas ante el juzgador. En consecuencia, la designación de estos defensores, algunos de los cuales pueden tener la mejor voluntad de cumplir su cometido se convierte en una formalidad procesal que sólo busca cubrir en apariencia la exigencia constitucional de que todo procesado ejerza de manera efectiva su derecho a la defensa. Para otros, en cambio, que actúan por motivaciones políticas o de política criminal, debe darse paso al juicio en ausencia, por las siguientes consideraciones: a) Por razones de economía procesal: Si el Estado ha incurrido en gastos de investigación policial y actividad del

Ministerio Público, el objetivo final –juzgar e imponer la pena al delincuente– no debe dejarse de lado. El fin –hacer efectivo el Ius Puniendi– debe alcanzarse a como dé lugar. b) Por razones prácticas: Cuando se ha dado una suspensión, lo más probable es que se dé una y otra y otra más. c) Para evitar impunidades: Los testigos ya no querrán concurrir a un Juicio que se ha pospuesto varias veces. El alejamiento de la fecha del juicio a la de los hechos produce la desdibujación de los mismos produciendo una distorsión de la verdad. d) Para evitar una sobrecarga de trabajo para las judicaturas: Las suspensiones originan nuevas providencias, notificaciones a las partes, etc. Por las consideraciones anteriores, prevalece el criterio mayoritario, especialmente entre los integrantes del Fiscal o Fiscalía, de que el juicio se celebre en ausencia del acusado, pero a condición de que se cuide “de forma muy cautelosa de que en ningún caso se vulnere el derecho a la defensa y el principio según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído.”¹⁸

A partir de la citada jurisprudencia de la CC y de la SP-CNJ, así como de los textos doctrinarios, se infiere con meridiana claridad los límites y alcances de los principios de la etapa de juicio, y que se sintetizan de la siguiente manera:

- a. Principio de oralidad: constituye la columna vertebral de la etapa de juicio y del proceso penal; en efecto, a través de la oralidad se consigue transparencia, buena fe procesal, celeridad, agilidad, todo lo cual, contribuye

¹⁸ <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/>

para evitar dilaciones innecesarias, incidentes que solo denotan abuso del derecho y prueba sorpresa.

- b. Principio de publicidad: también se busca transparencia, en la medida en que todos los procesos deben ser vistos a la luz pública, con sus excepciones¹⁹, con lo que se evita el secretismo y la reserva. En este sentido, se garantiza que la ciudadanía esté al tanto y conozca de los procesos penales.
- c. Principio de inmediación: está ligado a los principios de identidad física del juzgador, así como el de presencia obligatoria de la persona procesada, del defensor público y privado; implica la intervención directa y obligatoria del juzgador que conoce la causa con los sujetos procesales, con lo cual, se vela por la eficiencia en la administración de justicia, pues es el juzgador resuelve la causa, luego de palpar, ver, oír, en suma, constatar por medio de sus propios sentidos la prueba, el operador de justicia encargado de resolver la causa.
- d. Principio de contradicción: base fundamental del derecho a la defensa, significa que los sujetos procesales pueden replicar los argumentos de las otras partes procesales y presentar en forma verbal sus argumentos de los que se crean asistidos.
- e. Principio de continuidad del juzgamiento: garantiza celeridad, simplificación, agilidad y economía procesal,

¹⁹ Código Orgánico Integral Penal, artículo 562: Publicidad de las audiencias: Las audiencias son públicas en todas las etapas procesales. Son reservadas las audiencias sobre delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar y contra la estructura del Estado constitucional."

debido a que también con alguna excepción, cuando alguna de las partes solicite al tribunal que se suspenda la audiencia aduciendo que algún testigo o perito que no ha comparecido a rendir su testimonio, es de vital importancia para justificar su teoría del caso²⁰, la audiencia de juicio no puede ser interrumpida.

- f. Principio de concentración de los actos del juicio: comporta la obligación para el juzgador de realizar la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia, lo cual, también garantiza celeridad, agilidad y economía procesal.

De la forma antes bosquejada, los principios de oralidad, inmediación, contradicción, concentración y publicidad, entre otros, no solo que constituyen la columna vertebral de la etapa de juicio, sino que son principios fundamentales del

²⁰ Código Orgánico Integral Penal, artículo 612: Instalación y suspensión: La o el juzgador declarará instalada la audiencia de juicio en el día y hora señalados, con la presencia del fiscal, la o el defensor público o privado y la persona procesada, salvo el caso previsto en este Código referente a las audiencias telemáticas y a los casos previsto en la Constitución. La o el acusador particular podrá intervenir a través de un procurador judicial o en el caso de personas jurídicas de derecho público o privado podrá comparecer la o el representante legal o su procurador judicial. En caso de no comparecer a la instalación de la audiencia, la acusación particular, se entenderá abandonada. Una vez iniciada la audiencia, si al momento de intervenir algún perito o testigo no se encuentra presente o no puede intervenir a través de algún medio telemático, se continuará con los peritos o testigos presentes y demás medios de prueba. Finalizados los testimonios, cualquiera de las partes podrá fundamentar ante el tribunal la relevancia de la comparecencia de los peritos o testigos que no están presentes. El tribunal excepcionalmente, en caso de aceptar esta solicitud, suspenderá la audiencia y señalará día y hora para su reanudación. La cual se realizará de manera inmediata, en un plazo no mayor a diez días. En caso den o ser aceptada la petición de las partes, se continuará con la audiencia y el tribunal dictará sentencia sobre la base de las pruebas evacuadas."

derecho al debido proceso; por tanto, los juzgadores están en la obligación jurídica de observarlos de manera fiel y cumplirlos a cabalidad, a fin de que se garantice la tutela judicial efectiva y el derecho a la seguridad jurídica.²¹

Por otra parte, también resulta pertinente recordar que la etapa de juicio, es la etapa principal del proceso y que se la tramita únicamente si existe acusación por parte de Fiscalía²², como titular de la acción penal pública²³. Lo anotado tiene su fundamento, en la medida en que se decide la situación jurídico-penal de los procesados; y, además, porque en aquella etapa la prueba debe presentarse e incorporarse, para ser valorada por los jueces de los tribunales de primer nivel, así lo prevé el artículo 454 del COIP; por ende, la trascendencia de la etapa de juicio radica en que en ella, tiene lugar el juicio de desvalor de la presunción de inocencia y de culpabilidad de los acusados.

²¹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 75: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”; y, artículo 82 de la CRE: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

²² Código Orgánico Integral Penal, artículo 609: “Necesidad de la acusación.- El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal.”

²³ Código Orgánico Integral Penal, artículo 442: “Fiscalía.- La Fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa.”

Bajo estos parámetros, es preciso establecer que la proposición de cargos obedece a un acto o un conjunto de actos que dan lugar a la hipótesis de adecuación típica de la conducta incriminada y que, sobre ella pueden haber diversos puntos de vista, por lo que la referencia de la prueba se circunscribe a los hechos, pudiendo diferir los criterios de adecuación típica penal de la conducta incriminada. Por esta razón y por cuanto en la instrucción fiscal tan solo hay elementos de convicción para la formulación de una hipótesis de adecuación típica, no probada aún, el artículo 454.6 del COIP determina que los “partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones”, porque se reitera que únicamente en la etapa de juicio, se evacua y practica la prueba, para atribuirle o no la comisión de un delito al procesado.

En este orden de planteamientos, el sistema oral exige la sustentación oral de las experticias y de toda la prueba en general que deben actuarse respecto de los hechos controvertidos y no de aquellos sobre cuya verdad intrínseca y procesal hay consenso, excepto de los que constituyen el núcleo del tipo penal y de los hechos que por sí mismos pueden acarrear una duda razonable²⁴; de ahí que los jueces del tribunal *a quo* no pueden referirse sino a las pruebas actuadas en la

²⁴ Código Orgánico Integral Penal, artículo 5.3: “Principios procesales.- 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 los siguientes principios: (...) 3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”.

audiencia de juicio y solo pueden resolver sobre una verdad procesal que las partes han coadyuvado entre sí a construirla, sobre la base de hechos reales de los que el juzgador conocerá en ficción, en la forma que les ha sido posible, a las partes, trasladarlo a su conocimiento y convertirla en verdad procesal en la que aparecen circunscritos los hechos, valorando las pruebas producidas en la audiencia oral de juicio de acuerdo a los criterios de valoración de la prueba²⁵.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que la prueba se rige por los principios de oportunidad, intermediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia y exclusión, así como de igualdad de oportunidades; y, solo la prueba que cumpla con aquellos principios, podrá ser susceptible de valoración por parte de los juzgadores²⁶.

²⁵ Código Orgánico Integral Penal artículo 457: "Criterios de valoración.- la valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales. La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente."

²⁶ Código Orgánico Integral Penal artículo 454: "Artículo 454 del COIP: "Principios.- El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios: 1. Oportunidad.- Es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica en la audiencia de juicio. Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio. Sin embargo, en los casos excepcionales previstos en este Código, podrá ser prueba el testimonio producido de forma anticipada. 2. Intermediación.- Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba. 3. Contradicción.- Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada. 4. Libertad probatoria.- Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrá probar por

En este orden de ideas, la finalidad de la prueba consiste en llevar al juzgador al convencimiento de los hechos materia de la infracción y la responsabilidad del procesado, así lo establece el artículo 453 del COIP; lo cual, implica que el juzgador, a partir de la valoración de la prueba, debe desentrañar la existencia o no de la infracción penal, entendida como la conducta típica, antijurídica y culpable, conforme lo prevé el artículo 18 *Ibíd*, más allá de toda duda razonable, así se dejó sentado en líneas anteriores. Entonces, cada elemento de la infracción penal, le dan contenido material al injusto, de ahí que se torna indispensable para el juzgador el análisis de cada elemento en el orden indicado.

Precisamente, haciendo un parangón entre lo que apunta la dogmática y nuestra legislación penal, tenemos que cierto sector de la dogmática penal, desglosa al delito en tres categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Sin embargo, la dogmática va más allá, y desmenuza a las tres categorías del ilícito, así:

cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas. 5. Pertinencia.- Las pruebas deben referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativas a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada. 6. Exclusión.- Toda prueba o elementos de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal. Se inadmitirán aquellos medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la o el fiscal con la persona procesada o su defensa en desarrollo de manifestaciones preacordadas. (...). 7. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.- Se deberá garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal."

- a. Tipicidad: acarrea los elementos constitutivos del tipo objetivo, que son los siguientes: a) Sujeto activo o actor del hecho; b) Sujeto pasivo o víctima; c) Conducta, constituida por los verbos rectores de la conducta prohibida; d) Medios utilizados para conseguir el fin ulterior; y, e) Finalidad ulterior de la actividad delictiva. El artículo 25 del COIP, cuando habla de la tipicidad, dice que los tipos penales describen los elementos de las conductas penalmente relevantes. La dogmática continúa con el desarrollo de la tipicidad, y dice que en ella constan los elementos del tipo subjetivo, que tiene como finalidad determinar la existencia de dolo en la conducta del acusado, cuyos elementos son: a) conciencia, elemento intelectual, entendida como el saber qué es lo que se hace y conocer los elementos que caracterizan la acción; y, b) voluntad, elemento volitivo, entendido como el querer realizar el tipo objetivo, la voluntad incondicionada de realizar algo típico que el actor cree que puede realizar. Mientras tanto, el artículo 26 del COIP, únicamente habla de dolo, como el designio de causar daño.
- b. Antijuridicidad: se divide en formal (desvalor de acción) y material (desvalor de resultado) del acto típico acusado, esto es, analizar si hubo o no causas de justificación (desvalor de acción) y la no producción de la puesta en peligro del bien jurídico protegido (desvalor de resultado). Por su parte, el artículo 29 del COIP, sobre la antijuridicidad dice que para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por la normativa penal.

- c. Culpabilidad: como juicio de reproche, dicho juicio tiene como presupuestos los siguientes elementos: a) imputabilidad; b) conciencia actual o potencial de la antijuricidad; y, c) exigibilidad de otra conducta. En este mismo punto, el artículo 34 del COIP, acerca de la culpabilidad, dice que para que una persona sea responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta.

Ahora bien, otra garantía fundamental del derecho al debido proceso, que debe ser observada por el juzgador, constituye la motivación de las resoluciones judiciales, que se encuentra contemplada en el artículo 76.7.1 de la CRE²⁷. Precisamente, la motivación del fallo, entre otras cosas, implica en que para ser correcta, debe referirse al hecho y al derecho, valorando las pruebas y suministrando las condiciones a que arribe el juzgador sobre su examen, respecto de la función del hecho comprobado en un precepto penal, y de las consecuencias jurídicas que de su aplicación se derivan. Por consiguiente, el juzgador debe consignar las razones que lo llevan a tener por acreditadas o no, e históricamente, ciertos o falsos, los hechos que constituyen los elementos materiales del delito, enunciando las pruebas de que se sirve en cada caso y expresando

²⁷ Constitución de la República del Ecuador, artículo 76.7.1: "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. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos o fallo que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados."

la valoración que haga de ellas, esto es la apreciación que lo conducen relativamente al supuesto de hecho investigado, a una conclusión afirmativa o negativa. Por lo contrario, la falta de motivación en derecho puede consistir en la no descripción del hecho que debe servir de sustento a la calificación, en otras palabras, cuando se aplica una norma jurídica diferente a la que corresponde en un proceso de correcta adecuación típica; de tal suerte que para ser motivada en los hechos, la sentencia debe suministrar las pruebas en que se fundan las conclusiones fácticas, es decir, describirlos.

Así las cosas, en la ardua tarea de dictar sentencia, el juzgador también deberá considerar criterios emanados de los principios de justicia y de no impunidad, mucho más en la actualidad que la institución del garantismo se ha impuesto como modelo no solo de denominación sino también de convicción en el juzgador, sin que esto suponga tampoco llegar al hipergarantismo o al eficientismo a ultranza; en este sentido, se debe propender a buscar un verdadero equilibrio entre la justicia y la legalidad, que muchas veces, históricamente hablando, no se ha podido conseguir. Atrás, en el pasado, debe quedar entonces posturas inquisitivas y persecutorias per se; y por ende, el deber más trascendente del juzgador en la contemporaneidad, debe fundamentarse en impartir, de una vez por todas, verdadera justicia, en derecho; y, por supuesto, alejado totalmente de machismos, xenofobias, homofobias, sexismos, fundamentalismos, etc..

3. Conclusión

En suma, y a manera de corolario, el juzgador, luego de analizar la prueba de cargo y de descargo actuada en la audiencia de juzgamiento, deberá llegar al pleno convencimiento de los hechos materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, siempre tomando en cuenta los alcances y límites de los principios que rigen la etapa de juicio. Sin embargo, resulta evidente que la valoración de la prueba no siempre es la suma matemática de dos más dos es igual a culpable o a inocente; y, en este sentido, la normativa jurídico-penal, así como los aspectos doctrinarios y jurisprudenciales en materia penal, siempre están en constante desarrollo en procura de ponerse a tono con el vértigo que impone la historia.

4. Bibliografía

- Yépez Andrade, Mariana, *Diferencias entre el proceso penal y los otros procesos*, Revista Judicial, www.derechoecuador.com
- Y. Pose Roselló, *Principio de Publicidad en el proceso penal*, en *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, julio 2011, www.eumed.net/rev/cccss/13/ (consultada 19 de junio de 2017)
- <https://jorgemachicado.blogspot.com/2016/08/pdip.html> (consultada 19 de junio de 2017)
- <http://www.linaresabogados.com.pe/anotaciones-principio-de-contradiccion/> (consultada 19 de junio de 2017)

- <http://www.monografias.com/trabajos88/principio-juicio-oral-peruano/principio-juicio-oral-peruano.shtml#identidad#ixzz4k6Tcb1Tq> (consultada 19 de junio de 2017)
- <http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/> (consultada 19 de junio de 2017)
- Jurisprudencia de la Corte Constitucional ecuatoriana
- Jurisprudencia de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia
- COIP. Código Orgánico Integral Penal
- CRE. Constitución de la República del Ecuador

El derecho de impugnación en el sistema oral penal iberoamericano. La apelación frente a la inmediatez

Alberto Pérez Dayán

*Magistrado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,
México*

Sumario:

1. Introducción; **2.** El recurso de revisión, la apelación;
3. El recurso efectivo; **4.** La inmediatez; **5.** Conclusiones; **6.** Bibliografía.

* Ponencia presentada durante el Seminario Internacional “los medios de impugnación en los sistemas no penales en el Ecuador”, evento organizado por la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, del 12 al 15 de junio del 2017.

1. Introducción

En dos mil ocho la Cumbre Judicial Iberoamericana, esto es, aquel órgano que concita la concurrencia de cortes supremas y consejos de la judicatura, entendió que cobraba conciencia y especial relevancia la transformación de los sistemas Iberoamericanos de la judicatura regional para la incorporación del enjuiciamiento oral, muy en lo particular en los juicios penales, tratando de abandonar el sistema tradicional escrito o mixto, cuya rigidez y lentitud por naturaleza lo hacía en general poco eficaz. Lo anterior para dar paso a un enjuiciamiento más versátil y acomodado a los principios de inmediación, continuidad, concentración, publicidad, igualdad, celeridad y contradicción.

En suma, se presentó una nueva plataforma que, predicando un nuevo orden internacional de los derechos humanos, alcanzara los objetivos trazados por las convenciones internacionales en una forma bastante más eficaz que el sistema tradicional, esto es, aquel que ocupa tanto la versión oral como la escrita pero fundamentalmente se apoya en documentos como sentencias redactadas a través de documentos.

Comentaré tres conceptos básicos: el derecho a la revisión, llamado genéricamente apelación. El recurso efectivo como una segunda vertiente y finalmente, trataré de reflejar esto en el principio de inmediación judicial.

2. El recurso de revisión, la apelación

Por lo que hace al derecho a la revisión y la apelación, siempre entendida como la oportunidad que un tribunal superior revise el fallo de un tribunal inferior a efecto de encontrar una sentencia como decimos los abogados, conforme de toda conformidad.

Un recurso efectivo que significa en términos de la convención americana el examen integral del caso, a través de un medio defensivo, y un principio de inmediación judicial que no es otra cosa sino la percepción directa del juicio y de sus incidencias para el juez sin intermediación de nada.

Conviene hacer notar que todo acto humano puede ser acertado o equivocado, mucho más lo puede ser una sentencia, pues la aplicación del derecho puede caer en el territorio de la equivocación. Este es un fenómeno que se agudiza y cobra relevante importancia cuando lo que está en juego es como lo dice el derecho penal moderno, el derecho a la verdad pero también, del otro lado, la pérdida de la libertad de una persona.

Es así que, entonces, abordaré el derecho a la revisión, como uno de estos tres primeros apartados para llegar a una conclusión final.

Por lo que ve al derecho a la revisión esto es, genéricamente, la apelación, utilizaré como referente nuestra Constitución mexicana. La Constitución mexicana para la apelación en materia penal establece: ‘ningún juicio criminal podrá tener más de tres instancias’.

Por instancia debemos entender la etapa procesal ante un distinto juzgador que conoce de la causa.

Cabe recordar la disposición constitucional mexicana, en el sentido de que ningún juicio criminal puede tener más de tres instancias. Esto es un recordatorio al sistema legal para evitar que hubiere más de tres instancias, buscando evitar la prolongación indebida de los juicios. La idea básica es no prolongar indebidamente los enjuiciamientos.

Sin embargo, tres instancias ordinarias son sumamente complejas, y lo digo bajo esta perspectiva. El juez del enjuiciamiento ordinario conoce de la primera instancia hasta dictar sentencia, ésta cuando no alcanza los objetivos de las partes es combatida en apelación y la apelación se conforma de agravios. Los agravios son la materia con la que el órgano superior revisa la conformidad de una sentencia y decide. Si abriéramos una tercera instancia como, de acuerdo al texto constitucional pudiera suceder en México, esta otra instancia se complicaría severamente, pues solo se constreñiría a revisar la manera en que los agravios fueron considerados por la sentencia de apelación y muy probablemente en este juego de equilibrios, el caso original y la sentencia de primera instancia terminarían olvidadas.

La experiencia, por lo menos en nuestro sistema nos ha demostrado que cuando hay tres instancias, el tema final en su control se dificulta severamente.

Regresando al punto, independientemente de que nuestra constitución pudiera permitir tres instancias, que no las hay,

generalmente se dan dos, hay casos, en los que solamente se da una, por disposición constitucional no tendríamos ningún inconveniente en establecer un juicio ordinario sin una apelación, pues la Constitución nos dice que no podrá tener más de tres. Más de tres pueden ser tres, esto es, pueden ser dos o puede ser una.

Pero aquí quisiera referirme no sólo al ámbito constitucional que rige la vida jurídica mexicana, sino a las disposiciones convencionales que también son derecho interno, en virtud del compromiso que adquiere cada nación cuando se suma al pacto americano de derechos humanos. Y es así entonces, que dos artículos nos dan una claridad base sobre lo que se llama el derecho a la revisión. Insisto, posiblemente, en el ámbito constitucional mexicano, en la materia criminal pudiéramos tener una sola instancia y no más, pero al quedar adheridos al sistema convencional y regirnos por sus disposiciones, es tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que nos dan determinadas pautas.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, punto 5, nos dice ‘toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.’ Como se observa, México, Ecuador y todo aquel país que haya sumado esfuerzos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cumplimiento del artículo 14, punto 5, deberá prevenir un sistema que permita que toda persona declarada culpable de un delito pueda tener derecho a que el fallo

condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

No es todo lo que nos rige, por su parte la Convención Americana nos indica, en su artículo 8, garantías judiciales, ‘toda persona inculpada de delito’, dice el punto número 2, tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, durante el proceso tiene derecho en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas, h), derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

Convencionalmente los países adheridos a estos dos pactos están obligados a tener una segunda instancia que permita que un órgano superior revise una sentencia, esto básicamente ante la posibilidad de encontrar un error en la judicatura que pudiera llevar a privar de la libertad injustamente a una persona. De suerte que su derecho, ya no en el caso mexicano, garantizado por la Constitución sino por los tratados firmados por el Estado mexicano, obliga a que en este sistema en donde haya una condena de carácter penal tenga que haber una apelación que permita que el caso sea revisado por una instancia superior.

En conclusión, el derecho a la revisión en materia penal se encuentra constreñido por los artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a permitir que otra instancia revise el caso en tratándose de condenas en materia penal.

3. El recurso efectivo

Ahora bien, al referirme al recurso efectivo, evidentemente el derecho a la apelación no necesariamente está asociado de manera igual a lo que conocemos como recurso efectivo. Éste tiene como connotación el derecho a recurrir de manera plena, esto es, entregar a la jurisdicción que revisa, la oportunidad de introducirse al juicio completo y revisar el fallo en función de todo lo actuado durante el propio juicio, esto es, insisto, el derecho a recurrir tiene una variante del recurso efectivo.

El recurso efectivo busca entregar jurisdicción plena al revisor, a efecto de entregarle a él la posibilidad que en sustitución del juzgador original, pueda acometer al estudio del asunto en su totalidad y resolver todos los cuestionamientos que la parte inconforme haya hecho.

Al interpretar la Corte Interamericana de Derechos Humanos el artículo 8, punto 2, alcanzó en los siguientes casos, *Herrera Ulloa vs Costa Rica*¹, *Mohamed vs Argentina*², *Barreto Leiva vs Venezuela*³ y muy recientemente *Norín Catrimán vs Chile*⁴, lo siguiente: el derecho a un recurso efectivo tiene que cristalizar en estas cuatro grandes vertientes.

¹ Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004.

² Corte IDH. Caso Mohamed vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 23 de noviembre de 2012.

³ Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs Venezuela. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009.

⁴ Corte IDH. Caso Norín Catrimán vs Chile. Sentencia de 29 de mayo de 2014.

1. Que sea resuelto por un juez o tribunal distinto y de superior jerárquica orgánica.
2. Que garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida y permita subsanar cualquier error en la sentencia.
3. Que se permita el análisis de cuestiones fácticas.
4. Que sea ordinario, accesible y eficaz.

En lo concerniente al primer punto, ordinario en el sentido de que sea garantizado antes de que la decisión adquiera calidad de cosa juzgada. Accesible porque no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. Y eficaz, ya que debe procurar resultados o respuestas encaminadas a alcanzar el fin para el cual fue concebido. Es decir, el recurso de apelación tiene que ser de jurisdicción plena y el tribunal que revisa tiene la oportunidad de analizar todos y cada uno de los agravios formulados en contra del fallo recurrido y asumir en igual jurisdicción que lo hizo el juez que conoció de la causa.

En el último caso que tenemos aquí expresado, *Norín Ca-trimán vs Chile*, la Corte Interamericana en su fallo de condena, al establecer exactamente el alcance de recurso efectivo, expresó que el recurso debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada puesto que en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho. De forma tal que una errónea determinación de los hechos implica una errada o indebida aplicación del derecho.

En esta tesitura, abordaré el tema de la inmediación judicial, porque en el tránsito de uno y otro sistema se trató de abandonar la rigidez del sistema mixto para dar paso y predicar una nueva cultura de derechos humanos a través del enjuiciamiento oral, cuyas características, de conformidad a lo previsto en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, son las siguientes: inmediación, continuidad, contradicción, concentración y publicidad.

4. La inmediación

¿Qué es la inmediación? Es la característica más importante del sistema de la oralidad. Es la posibilidad de que el juez o el jurado si es que éste existe, se impongan del caso por sus propios sentidos. Es la percepción de un hecho a través de las actuaciones. Considerémosla así como la forma más auténtica de valoración juiciosa que hace un individuo respecto de lo que tiene frente a sí.

El juez que preside la audiencia, cualquiera que sea la instancia, no debe delegar en nadie el desarrollo del juicio, puesto que la inmediación permite que el juez esté permanentemente viendo cómo se conduce el inculpado, cómo se conduce la víctima, qué deponen los testigos, cómo declaran estos, cuál es la contradicción en que puedan caer e inclusive, si llega a haber un careo en qué punto puede ser bastante más creíble la versión de uno frente a otro, cómo desarrolla un dictamen un perito, qué fuerza puede tener un documento y en general cualquier otra prueba que pueda ser útil para defender y para resolver el caso.

Frente a la inmediación el juez puede desahogar sus dudas de manera directa frente a las partes, ya sea interpe­lándolas o mediante las interpretaciones que él quiera le aclare cada una de ellas. Así pues, la inmediación le permite a través de un factor adicional resolver en público y frente a las partes el sentido del fallo y la valoración que hace de cada prueba.

En síntesis, se habla de derecho a la revisión a la oportunidad que tiene el incul­pado, procesado y ahora sentenciado de recurrir a una instancia superior a que revise su caso. Bajo el tema de recurso efectivo la oportunidad de que ese superior jerárquico del juez que dictó la sentencia asuma pleno control de ella y pueda contestar todos los agravios que se han formulado, tal cual lo fue el juez de primera instancia. Finalmente, se cumple con una de las características del nuevo sistema de enjuiciamiento oral, como lo es la inmediación, entendida como la oportunidad de que el juez presencie todas y cada una de las actuaciones para que se forme el proceso de valoración juiciosa y resuelva el caso de la manera más correcta que estime conveniente, siempre en el entendido de que si no hay inmediación no hay juicio oral.

Conviene preguntarnos ¿Cómo juegan entre sí estas tres importantes formas de conceptualizar dichas novedosas figuras, en el marco de un sistema oral?

Uno, de acuerdo con el derecho convencional tengo derecho a ir a una instancia superior. Pero quien resuelve la instancia superior no vio las actuaciones del juicio, con independencia de que ahora con los implementos tecnológicos pueda recrearlo a través de una grabación.

No debe pasar desapercibido que los sistemas de los cuales obedece la creación de un sistema de enjuiciamiento penal oral como lo son los de Inglaterra y los Estados Unidos, en donde participa un jurado, desde sus inicios, bien podemos entender, no había sistemas electrónicos que pudieran recrearle a la instancia de apelación lo que sucedió, de ahí que la máxima en esos sistemas sea que la decisión tomada por el jurado no es motivo de agravio ante la apelación.

En tal virtud, cualquiera decisión que haya sido tomada por el jurado, ya sea la de culpabilidad o no culpabilidad, no puede ser cuestionada ante el órgano de apelación pues el órgano de apelación no percibió por sus propios sentidos el desarrollo del juicio ni generó la convicción de lo que dijo el inculpado, de lo que dijo la víctima si es que ésta existe, de lo que dijeron los testigos, de lo que sucedió de un careo o de lo que pudieron haber depuesto los peritos al rendir un dictamen, en tanto no les consta no están habilitados para juzgar sobre la causa y valoración de las pruebas aplicadas sobre lo que quieren y pretenden demostrar.

Cabe preguntarnos, si riñe entonces, el sistema de apelación con el sistema oral, qué tendríamos que hacer con el derecho convencional que nos obliga a una apelación mediante recurso efectivo que entregue plena jurisdicción al órgano revisor cuando éste no atendió y no pudo ver el desarrollo del juicio, independientemente de que ahora pueda recurrir a sistemas tecnológicos.

Quizá esto no nos genere problema en la valoración de un documento, pero la manera en que se conducen las partes,

los testigos, los peritos o el propio inculpado es algo que el propio juez se forma y a partir de ello genera su juicio es una cuestión que no comparte el órgano de apelación.

5. Conclusiones

Bajo esta perspectiva, la apelación en el enjuiciamiento oral nos trae las siguientes conclusiones. El o los revisores no presenciaron directamente el desarrollo del juicio, no lo percibieron de modo presencial, por tal motivo, tampoco se cumple el principio de publicidad del enjuiciamiento oral en primera instancia pues resuelven en privado a partir de los agravios que formule la parte inconforme. Ya no hay entonces diligencia alguna que desahogar frente a un público ni frente a las partes, no tienen posibilidad alguna de reexaminar o repreguntar al inculpado, a algún testigo o perito sobre dudas o imprecisiones en las que puedan llegar a caer durante ello. A qué conclusión se puede llegar. Es posible establecer un entendimiento en este momento, en donde el enjuiciamiento oral en materia penal que participa principalmente de la inmediación como la base de la determinación del juicio con el cual el juzgador ha de resolver con las exigencias que el orden convencional ha establecido en función de la apelación y el recurso efectivo como lo señalan las directrices de la convención americana. O más concretamente, la apelación de jurisdicción plena, esto es, el examen integral de un fallo es compatible con el principio de la oralidad, particularmente con el de la inmediación. Para tales efectos habré de recurrir a un ejemplo práctico que sucede en mi país.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, que rige el enjuiciamiento oral en materia penal tanto para los delitos federales como para los delitos locales, es decir, es aplicable por los jueces del orden federal como por los jueces del orden común, dice en su artículo 468: ‘Resoluciones del tribunal de enjuiciamiento apelables. Serán apelables las siguientes. Segunda. La sentencia definitiva en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba, siempre que no comprometan el principio de inmediación o bien, aquellos actos que impliquen una violación grave al debido proceso.’

Así, es apelable la sentencia definitiva en materia penal en relación con aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba, en tanto no comprometan el principio de inmediación.

¿Qué escuela ha tomado el Código Nacional de Procedimientos Penales? Una de las tres posibles vertientes que a continuación se señalan.

Podría pensarse que el de entregar a la inmediación la fuerza de convicción del fallo, pues es precisamente el juez quien a través de los sentidos tomó conocimiento del caso y resolvió en función de ello. Entonces, de acuerdo con ello, la sentencia será apelable en cualquier otra cosa que no implique valoración de la prueba, en tanto ésta comprometa el principio de inmediación.

Pudiéramos tener cuestionamientos respecto del alcance que debiera tener o no un documento y el documento que

está a la vista del juez de primera instancia es el mismo que estará a la vista del juez de apelación; sin embargo, él no vio cómo depuso el testigo o de qué manera en un careo uno y otro de los participantes sostuvieron la firmeza de sus aseveraciones, es precisamente el juez bajo el principio de inmediatez y publicidad quien junto con quienes integran la corte aprecia lo que ahí sucede y todo lo que necesariamente le va a llevar a formar un juicio y decidir conforme a él.

De ahí que el sistema clásico o tradicional en sus orígenes del enjuiciamiento oral a través de jurados de donde proviene, que es el sistema anglosajón, no permite que en la apelación el órgano de alzada revise la culpabilidad o no culpabilidad determinada por el jurado, pues se entiende que sólo el jurado es quien se pudo haber formado la convicción de lo que ha decidido.

¿Qué posibilidades existen de conectar uno con otro horizonte? Por lo que ve al caso *Norín Catrimán vs Chile*. Esta nación sudamericana no permite, en su sistema, el recurso apelación, para sólo permitir la nulidad de un juicio cuando se advirtiera una causa que así lo generará, mas no la posibilidad de que la apelación, privilegiando el sistema de la inmediatez, pudiera ser motivo de revisión por un órgano superior.

El caso fue llevado, entonces, ante la Corte Interamericana, luego de que la Comisión consideró que la disposición que establece sólo el recurso de nulidad y no el de apelación era inconvencional y esto es lo que llevó a que el pronunciamiento de la Corte en el caso al que me acabo de referir condenara al sistema chileno por no tener un sistema de apelación como

recurso efectivo, esto es, la posibilidad de que un superior revise la sentencia de un inferior en igualdad de circunstancias que lo haría el inferior, esto es con jurisdicción plena.

Lo anterior significa que frente a los sistemas que tienen esta misma complejidad, la primera posición consistiría en privilegiar la intermediación judicial haciendo restrictiva la apelación como lo apunta la disposición procesal antes referida. Partiendo de los orígenes y fundamentos del enjuiciamiento oral y de la percepción directa de los hechos, será el juez, entonces, cuya intermediación le permita valorar y decidir la cual no comparte con el órgano de alzada.

Una segunda y radical postura sería permitir la jurisdicción plena en la apelación examinando directamente la prueba, esto es, que en la apelación a efecto de cumplir con los mandamientos que nos señala la Convención Americana, dejar que el órgano de apelación pueda volver sobre la valoración de la prueba y decidir si confirma, revoca o modifica el fallo que ha sido apelado.

O tres, un sistema, posiblemente difícil de aplicar, consistente en establecer un sistema de control de racionalidad de la prueba en la apelación. Es decir, la intermediación judicial se centra en la producción y desahogo de la prueba, y la apelación atiende a la racionalidad del fallo. En la apelación no se valora la prueba en sí sino la actuación del juez y su criterio al resolver, lo que se traduciría en una manera distinta de decir que se está abriendo la jurisdicción plena trasladando el tema de intermediación judicial sólo a la primera instancia respecto de lo que es la producción y desahogo de la prueba, y que en

la apelación el órgano superior sólo revise la racionalidad con la que el juez se condujo para llegar a una determinación. No valorará directamente la prueba, sino los razonamientos en los cuales el juez consideró conveniente darle o quitarle valor a una prueba.

En estos términos, pareciera que la distancia entre la primera y la tercera postura es muy larga, la distancia entre la segunda y la tercera no tanto, sin embargo, aún creo que sólo el sistema que se ancla en la segunda puede permanecer intacto frente al derecho convencional.

¿Será entonces que debemos ajustarnos en esta parte a la construcción de la Convención Americana que hizo sobre la base de un sistema específico en donde la apelación y la plena jurisdicción cuadran perfectamente bien, pero hoy frente a los nuevos paradigmas del enjuiciamiento oral y las características que lo hacen efectivo?

Me parece que el tema no está en lo absoluto resuelto, pues por lo que ve al recurso de apelación previsto en el artículo 468 del Código Nacional de Procedimientos Penales, asumir la postura de que el recurso de apelación no puede ser un instrumento para desvirtuar la valoración judicial de los medios de prueba practicados en primera instancia, por suponer un quebranto del principio de inmediación, salvo que la valoración sea absurda, ilógica o irracional, podría suponer una desnaturalización de la tradicional configuración jurídica mexicana de la apelación como una plena revisión de la causa, caracterizada por la posibilidad de que el órgano superior controle toda la actividad procesal verificada ante el juez a

quo y la corrección de la sentencia de fondo, encontrándose el órgano de alzada en la misma posición que el juzgador de primera instancia al momento de fallar, lo que sin duda alguna, en su caso, robustecería la confianza de los gobernados de contar con órganos judiciales independientes y dotados de las máximas competencias jurisdiccionales y elementos de la técnica para revisar los fallos que deseen recurrir, partiendo de la comprensión de que el análisis de los hechos (y valoración de elementos probatorios) tiene sustento jurídico en la expresión: ‘aquellos actos que incluyen una violación grave del debido proceso’, prevista en el artículo 468 del Código Nacional de Procedimientos Penales, pues podría pensarse que si bien es cierto que mientras el juez recibe los elementos de convicción y forma su criterio se está ante la plenitud de la inmediación, también lo es que cuando motiva con las máximas de experiencia, con las reglas de la lógica y en su caso, con prueba científica, es completamente operante la revisión, sin que se menoscabe el principio de inmediación jurisdiccional y, particularmente para no contrariar a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido ciertos estándares internacionales al respecto.

Temas Penales 3

Tercera Parte:
**Constitucionalización
del Proceso Penal**

La reparación integral, componente de la tutela judicial

Iván Saquicela Rodas
Conjuez Nacional

Sumario:

1. Introducción; 2. La tutela judicial; 3. Reparación Integral; 4. Tutela judicial y reparación integral en la legislación ecuatoriana; 5. Reparación integral: problemas que afectan la tutela efectiva; 6. Conclusiones; 7. Bibliografía.

1. Introducción

Un sistema jurídico no tendría sentido alguno si reconociendo bienes jurídicos, los derechos de las personas, no cuenta con los mecanismos para reclamar cuando éstos son amenazados o vulnerados, o eso no es posible o viable. De allí que, junto al derecho material, necesariamente existe un derecho de acción que hace posible discutir en un proceso judicial sobre tal derecho material y que los jueces resuelvan sobre el respecto. Un sistema de justicia para que sea tal, que busque justicia y sea eficaz, valorado útil por los ciudadanos, debe no sólo reconocer derechos a las personas, sino además garantizar la posibilidad de reclamarlos, de hacerlos respetar, de protegerlos, de buscar la reparación cuando han sido agredidos, de buscar y encontrar una respuesta cuando se ha provocado daños. El Estado cuenta con un servicio público relevante, la administración de justicia, a ella pueden acudir los ciudadanos con una pretensión concreta ejerciendo su derecho de acción, cuando consideran vulnerados sus derechos; es decir, el Estado además de reconocer derechos indispensablemente debe posibilitar que el ciudadano pueda acceder al sistema de justicia y recibir una tutela efectiva; de esta forma se puede evidenciar la importancia que tiene en un sistema jurídico el reconocimiento del derecho a la tutela judicial y su respeto irrestricto.

La tutela judicial efectiva, dicho en términos amplios, es un derecho de los ciudadanos de acceder al sistema de justicia a través de una demanda, exhibiendo una pretensión particular en relación al derecho material, a fin de obtener de los jueces una respuesta oportuna, adecuada y eficaz, tanto en el

desarrollo del proceso como en su resolución que deberá ser ejecutable y ejecutada.

Precisamente por ello se vincula estrechamente con la reparación integral, pues sin duda alguna la tutela judicial efectiva no es el mero acceso a la administración de justicia, tampoco siquiera la respuesta a través de una resolución o sentencia, habrá tutela judicial efectiva cuando la resolución judicial sea cabalmente cumplida o ejecutada, cuando, *verbi gracia*, se ha causado un daño y el ciudadano es satisfecho con la reparación integral.

En lo que respecta a la reparación integral hoy por hoy ha cobrado actualidad y debate excepcional, sobre todo en el llamado derecho de daños, y en materia penal como forma de reparar el injusto penal que ha sufrido una persona, sin perjuicio de la pena; ha sido desarrollado ampliamente por el derecho internacional de los derechos humanos, particularmente en el sistema americano de derechos humanos. La reparación integral es otro de los componentes de valía fundamental, hasta el punto que podría decirse contribuye importantemente a la eficacia de un sistema de justicia, al menos si éste aspira garantizar una tutela judicial en forma efectiva; los ciudadanos cuando acuden al sistema de justicia en búsqueda de una respuesta, en buena medida, aspiran ser reparados por el daño que se les ha provocado.

El objeto de este estudio es la tutela judicial efectiva mirada en relación a la reparación integral, pretendemos vislumbrar la relevancia de la reparación integral como componente *si ne qua non* de la tutela judicial, y determinar su noción, sus alcances y algunos de los problemas que presenta.

2. La tutela judicial

2.1. Tutela judicial: antecedentes y nociones

Es importante partir de un hecho fundamental, el Estado tomó para sí la potestad de administrar justicia; es decir expropió a los particulares la función sancionatoria, y debe en sustitución de los ciudadanos organizar un mecanismo para resolver los conflictos y aplicar las sanciones, al prohibir la justicia por los particulares debe organizar la suya propia. (Véscovi, 2010, pág. 5). Ya no son los particulares los que pueden solucionar sus conflictos, sino que la solución de esos conflictos es heterocompositiva, corresponde al Estado, lo cual implica que es deber estatal expedir las normas de convivencia social, pero además establecer la función jurisdiccional para cuando los particulares reclamen la vulneración de las normas jurídicas¹. En consecuencia, para que los ciudadanos hagan valer sus derechos acuden al Estado, reclaman tutela, lo hacen a través de un poder jurídico denominado acción, el Estado otorga tutela fundamentalmente por medio del proceso, y el Estado ejerce la jurisdicción, entendida como la potestad pública de dirimir o solucionar los conflictos de los particulares, juzgar y ejecutar lo juzgado e imponer las sanciones

¹ Recordemos que en la evolución social aparecen diferentes formas de solución de conflictos, pues evidentemente el ser humano es social por naturaleza, pero en esa relación social aparecen conflictos de diverso orden que deben ser solucionados. La forma primitiva de solucionar el conflicto es a través de la fuerza, con posterioridad se regula la fuerza, como por ejemplo con la ley del talión, para finalmente tomar el estado la potestad de solucionar los conflictos. Al respecto puede verse en la obra de Enrique Véscovi, teoría General del Proceso, Editorial Temis, página 2, en donde el autor refiere las diversas formas de solución de conflictos, lo que implica la autodefensa, la autocomposición, heterocomposición, etc.

cuando corresponda; de esta forma la acción, la jurisdicción y el proceso son los tres componentes sustanciales o la trilogía del Derecho Procesal.

La tutela judicial tiene íntima relación con la jurisdicción y la acción, pero no puede ser confundida con éstas, el ciudadano tiene la acción, el poder de acudir al sistema de justicia, pero en ello no se agota la tutela. La jurisdicción es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado, acompañado del imperio para que se cumplan las resoluciones de los jueces y se imponga el Derecho, pero no es la tutela propiamente; pues, incluso existen elementos fuera de las funciones del juzgador necesarios para una efectiva tutela, además de que la noción de tutela judicial tiene que ver con un derecho de protección que supera la noción de jurisdicción.

La tutela judicial efectiva se constituye en un derecho autónomo, que no puede ser confundido con la acción, tampoco con el proceso ni con el derecho material que se encuentra en discusión dentro de un proceso judicial; pero es un derecho complejo y de difícil definición, sobre todo porque su contenido esencial o núcleo no es único, es amplio o, podríamos decir, de una anchura que cada vez va aumentando. Si la administración de justicia es un servicio a la colectividad tan fundamental y delicado, como efectivamente lo es, y tiene relación esencial con la democracia de un estado, es indispensable que el mismo Estado garantice una tutela judicial efectiva; es decir, que conciba y ponga en práctica los mecanismos más idóneos para ejercer la potestad de la justicia y para hacer realidad los derechos fundamentales que sus sistema normativo reconoce, para hacer vigentes los

derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales².

Se sostiene que este concepto aparece por vez primera en la Constitución española de 1978, referido fundamentalmente a la noción primigenia, el derecho y posibilidad que tiene un ciudadano de acceder al sistema de justicia y obtener una respuesta. El artículo 24 numeral 1 de la Constitución de España determina que toda persona tiene el derecho de obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda quedar en indefensión, antes de esta disposición constitucional teníamos el derecho de jurisdicción, pero el artículo 24 de la Constitución de España revoluciona el concepto hasta el punto que la tutela judicial es autónoma y diferente de la jurisdicción, la acción y el proceso debido, aunque, obviamente, guarden estrechas relaciones, no puede haber separaciones rígidas, tajantes y absolutas en los derechos que son interdependientes. Esta disposición constitucional, es similar a la de la constitución de 1998 de Ecuador –a la que nos referiremos más adelante– pero por ahora debemos decir que dicha norma constitucional ecuatoriana se refiere a tutela efectiva de derechos e intereses y que por ningún motivo

² Luigi Ferrajoli, en su obra *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, España, página 117, explica la relación existente entre derecho y democracia, sobre todo cuando se refiere al derecho penal y expresa que en la jurisdicción penal hay cuatro dimensiones del poder del juez: el de verificación jurídica, verificación fáctica, el de discernimiento equitativo, y el de disposición o valoración ético política. Sin duda, existe un vínculo entre democracia y justicia, somos de la idea que no existe democracia sin justicia, y que una forma de medir la democracia y la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución de un estado es su sistema de justicia.

se cause indefensión³. El artículo 24.1 de la Constitución de España reconoce como un derecho la tutela, y se refiere a una tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas, lo que quiere decir, como señalábamos antes, que no es suficiente que el Estado reconozca los derechos o tome para sí la potestad de administrar justicia, sino que dote de los mecanismos adecuados para que los ciudadanos puedan reclamar sus derechos. El artículo 24.1 se refiere particularmente a que en ningún caso se producirá indefensión, se nota la relevancia que pone en este aspecto, pues existen otros componentes importantes, pero la norma proscribió específicamente la indefensión. Un asunto que merece tomar en consideración es la expresión usada de “obtener tutela”, lo cual podría hacer pensar que la tutela tiene que ver con la accesibilidad, sin embargo la jurisprudencia española ha ido desarrollando el contenido esencial y complejo de la tutela. Por fin, en relación a la constitución española, causa alguna confusión lo de interés legítimo, empero la sentencia 63/1983 del Tribunal Constitucional Español ha clarificado que lo de interés legítimo debe entenderse por lo que está protegido por el Derecho (Recurso de Amparo, 1983) Sin embargo, en nuestra opinión, este aspecto (que coincide con las normas de otros países como la ecuatoriana de la constitución de 1998) podría llevar a confusión respecto del derecho material que está en discusión en un proceso, y que, desde luego, no atañe a la tutela judicial, es decir la tutela no garantiza o comprende la aceptación de la pretensión de quien pide tutela.

³ Es en la Constitución del Ecuador de 1998 en que apareció la tutela judicial, el artículo 24 se refería al debido proceso y en su numeral establecía: “..., hoy esta constitución se encuentra derogada a partir de la Constitución de 2008, o llamada Constitución de Montecristi, que también contiene el derecho a la tutela en el artículo 75.

De lo expuesto, se puede colegir, insistimos, en la amplitud o anchura de la tutela judicial. Se entiende por tutela el derecho que tienen los ciudadanos de acceder al sistema de justicia, de que su petitorio sea tramitado dentro de un proceso debido y con garantías mínimas, de obtener una respuesta oportuna, sea una sentencia o resolución y que dicha resolución se cabalmente ejecutada⁴.

La tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de defensa o protección contra la injerencia de cualquier extraño sobre todo del poder público en su ámbito jurídico; se trata de un derecho fundamental de todo ente con personalidad reconocida por el Derecho exigir tutela judicial para que sus derechos no sean amenazados con lesión o sean efectivamente vulnerados⁵.

Algo que nos parece relevante es que la tutela judicial es tarea fundamentalmente de los jueces, el deber del juez es dictar justicia, hacer justicia. Nos encontramos ante un poder-deber, situación que la doctrina más autorizada considera

⁴ Al respecto cabe hacer dos puntualizaciones, la primera que no es indispensable para que haya tutela judicial efectiva que la pretensión sea aceptada por el juzgador, en todo caso si hay inconformidad con la resolución existen los recursos, por ejemplo la apelación y la casación. En segundo término bien puede haber una respuesta que no sea propiamente la sentencia, sino la nulidad, desestimación u otra que tiene que ver con aspectos procesales, ello en modo alguno implica vulneración a la tutela judicial, porque finalmente hay una respuesta, claro está deberá estar apegada a Derecho, y respetar las formas procesales en relación a los fines del proceso; al respecto véase la obra de Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, pág. 57, quien en lo sustancial afirma que las formas son necesarias en cuanto cumplan un fin, representen una garantía.

⁵ Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Edilex, Guayaquil, 2010, Pág. 306.

como activa, pese a que tiene un lado pasivo, el deber, que la coloca en una oscilación entre derecho y deber⁶.

El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, Convención Americana o Pacto de San José) se refiere a la tutela judicial, determina que:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En éste artículo 8 del Pacto de San José, que se adoptó en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos que tuvo lugar en Costa Rica entre los días 6 y 22 de noviembre de 1969, se reconoce la tutela, la Convención Americana destaca los componentes siguientes: **1.** Ser oída, lo cual implica la posibilidad de acceder al órgano judicial y tener la posibilidad de que se le escuchen sus argumentos o razones cuando están de por medio sus derechos y obligaciones o una acusación penal. **2.** No basta tener acceso o ser oído, debe ser con las garantías debidas, lo cual implica un proceso debido para sustanciar la acción y pretensión de un ciudadano. **3.** Dentro de un plazo razonable, lo que implica que para que el estado otorgue tutela no puede demorar la respuesta excesivamente, de allí que hoy en los sistemas procesales se ponga énfasis en

⁶ Vescovi, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Temis, Bogotá, 2010, Pág. 124.

la celeridad, no se diga en materia penal⁷. 4. El juez que conoce la causa debe ser competente, independiente e imparcial, de nada servirán los derechos y las garantías si el juez no es independiente e imparcial, pues no deben existir condiciones endógenas ni exógenas que pongan en riesgo siquiera la imparcialidad, pues ésta imparcialidad es la esencia del juez, del tercero llamado a resolver un conflicto, la norma además exige que el juez o tribunal debe ser establecido con anterioridad por la ley, no caben jueces ex post facto. 5. El Pacto de san José garantiza la tutela dentro de una acusación penal o cualquier proceso en el que se discutan derechos y obligaciones de las personas, sea materia civil, laboral, o cualquier otra.

2.2. Los derechos fundamentales y el derecho fundamental de la tutela judicial

Podemos decir que los derechos fundamentales son derechos humanos pero que se hallan positivizados, como tales no constituyen creaciones del Estado, pues son derechos inherentes a la persona humana, el Estado lo que hace es

⁷ En cuanto al plazo razonable los sistemas de justicia de hoy le dan mucha importancia, en la Constitución del Ecuador, artículo 169, se establece la celeridad y la economía procesal como principios que deben observar las normas procesales. En todos los ámbitos los ciudadanos exigen una respuesta oportuna y razonable, empero debemos destacar que en materia penal la necesidad del plazo razonable, de la celeridad son más exigentes, no se diga cuando una persona está privada de la libertad como medida cautelar; en el Ecuador, por ejemplo, se estableció los plazos de caducidad de la prisión preventiva, con rango constitucional, la prisión preventiva caduca en seis meses para el caso de los delitos sancionados con pena privativa de la libertad de hasta cinco años, y para los que superan los cinco años la prisión preventiva caduca en un año, según lo previsto en el artículo 77 numeral 9 de la Constitución; además según las normas del Código Orgánico de la Función Judicial, artículo, 108 numeral 7 se sanciona la caducidad de la prisión preventiva imputable al juzgador con la sanción de suspensión.

reconocerlos; los derechos fundamentales tienen íntima relación con la dignidad del ser humano, la dignidad es inherente o intrínseca a la condición humana, y su reconocimiento y protección son el elemento *si ne qua non* para la justicia⁸.

Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que universalmente corresponden a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar, por status se entiende la condición de un sujeto que se halla previsto en una norma jurídica y que constituye el presupuesto de idoneidad para poder ser titular de situaciones jurídicas⁹.

Se entiende por derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que le son propios a la persona en cuanto tal, que por la importancia de los bienes jurídicos que representan, tienen un reconocimiento constitucional, del reconocimiento que se hacen se derivan consecuencias jurídicas, entre otras la tutela judicial y el contenido esencial de los derechos¹⁰.

En el neo constitucionalismo que, en lo fundamental y general, debe entenderse como una nueva filosofía y cultura

⁸ Somos de la opinión que, finalmente, la justicia tiene por base la dignidad humana; es decir los derechos tienden a que el ser humano tenga una vida digna; el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta, Madrid, 1999, Pág. 37.

¹⁰ Benavidez Ordóñez, Jorge, *Un repaso general a la teoría de los derechos fundamentales*. En Benavidez Ordoñez, Jorge *Constitucional*, Pág. 75., "Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana" Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho.

jurídica, como una nueva teoría del derecho y un diferente modelo de estado de derecho, que podría decirse no es su negación sino su superación, los derechos fundamentales tienen una importancia radical, entre otras cosas su naturaleza peculiar y su doble cualidad, de un lado son derechos subjetivos individuales, pero de otro son normas de derecho objetivo, y por tanto de directa e inmediata aplicación¹¹. En este sentido tienen los derechos una doble cualidad y función, en la dimensión de lo subjetivo implica la restricción que tiene el estado para respetar y no vulnerar las libertades públicas, pero ello no es suficiente, es necesario considerar la cualidad objetiva; es decir el derecho fundamental es también norma de derecho, lo cual implica la realización del contenido axiológico de la norma constitucional. Cabe destacar que es la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania la que ha generalizado el concepto de valor objetivo, lo cual sin duda implica un cambio sustancial en la teoría de los derechos fundamentales. Fue la doctrina de Alemania la que descubre la doble dimensión de los derechos, la cual recepta la doctrina española y así se expande por el constitucionalismo contemporáneo; en Latinoamérica se ha aceptado sin mayores reparos¹².

Robert Alexi se refiere no solo al derecho fundamental sino a la norma de derecho fundamental, dice que entre el

¹¹ En el Ecuador, en su Constitución de 2008, se han recogido las tendencias del neo constitucionalismo, sobre todo en materia de derechos, en el llamado efecto irradiación, en la doble cualidad de los derechos, de ser al mismo tiempo norma de derecho objetivo y derecho subjetivo. Al respecto véase el artículo 11 numeral 3 de la Constitución que señala: " 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.

¹² Op. Cit. Pág. 46.

concepto de norma de derecho fundamental y el de derecho fundamental existen estrechas conexiones, que siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que otorga este derecho, no vale cuando existen normas de derecho fundamental que no otorgan ningún derecho subjetivo¹³. Expresa el jurista que todos los artículos de la Ley Fundamental contienen enunciados normativos o partes de enunciados normativos, y que la norma que expresa el enunciado es una norma de derecho fundamental, por tanto puede ser llamado enunciado normativo de derecho fundamental¹⁴.

La tutela judicial es un derecho fundamental de jerarquía constitucional, sin bien es cierto no hay una definición unánime a causa de la complejidad de sus componentes, no es menos cierto que existe claridad en que tiene relación con el derecho de acción y de jurisdicción, o que a partir de allí se dan sus expresiones y su contenido. La tutela judicial es el nombre que recibe el derecho de jurisdicción que es producto de la evolución del derecho al debido proceso; así por ejemplo el derecho al ser oído, la sentencia motivada, derecho a la prueba, ejecución de la sentencia, entre otros; todo este procedimiento cumplido es satisfacción del debido proceso dentro del derecho a la tutela judicial efectiva; en definitiva el derecho fundamental del debido proceso es el que concreta el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁵.

¹³ Alexi, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, Pág. 47.

¹⁴ Ibidem, Pág. 63.

¹⁵ Op. Cit. Pág. 307.

La tutela judicial es un derecho fundamental de carácter prestacional toda vez que para la realización de su contenido es indispensable que los órganos del poder público, en suma el Estado mismo, asuman obligaciones, de un lado comparte la noción básica y originaria del derecho subjetivo público; es decir, que el Estado respete su contenido, no interfiera en modo alguno con acciones, políticas o normas que puedan afectarlo; de otro lado debe materializar las condiciones necesarias para hacer realidad la tutela judicial efectiva. Estas obligaciones son principalmente del sistema de justicia, no obstante los demás órganos del estado también tiene tareas que cumplir para el acceso efectivo y real al sistema de justicia y que ésta pueda otorgar la tutela efectiva de los derechos e intereses.

2.3. El contenido esencial de los derechos y de la tutela judicial

2.3.1. El contenido esencial de los derechos

Dentro de un Estado democrático y de Derecho, que reconoce y garantiza los derechos de las personas está presente lo que se denomina el contenido esencial de los derechos, lo cual es de suma importancia para definir la esencia de un derecho; es decir cuál es el rasgo característico, cuales son los componentes de su ser, además que el contenido esencial define un derecho, es indispensable para protegerlo; así, se debe destacar al contenido esencial de los derechos como una garantía que tienen los derechos fundamentales. Recordemos que éstos son anteriores al Estado e inherentes al ser humano, de modo que es necesario protegerlos de que el legislador, el

gobierno y toda autoridad respete y no intente modificar por vía legislativa, política o cualquiera otra su contenido esencial. El contenido esencial de los derechos fundamentales cumple la finalidad de reforzar el sentido normativo de los preceptos constitucionales, fundamentalmente de lo que se trata es que obliga al legislador y a todos los órganos del poder público a respetar los derechos en su contenido, de allí que resulta clave en un estado de Derecho que privilegia los derechos de las personas, en aras de que estos sean respetados y no se menoscaben, disminuyan o restrinjan ilegítimamente a pretexto de normarlos, por ejemplo.

El contenido esencial es el rasgo más importante que le hace tal a un derecho, sin ese aspecto no sería reconocible. Este contenido esencial de los derechos no es más que la parte definitoria o identificadora del significado que un derecho tiene en nuestra cultura jurídica, y cuyo sacrificio o menosprecio lo desnaturalizaría o le alteraría de manera que lo haría irreconocible¹⁶.

Se dice que el contenido esencial de los derechos fue reconocido originariamente en la Constitución alemana de 1949 en su artículo 19 numeral 2, pues establecía que en ningún caso podrá afectarse el contenido esencial de un derecho, con posterioridad fue reconocido por otras legislaciones y por jurisprudencia de varios países.

En el Ecuador se encuentra expresamente la garantía del contenido esencial de los derechos en el artículo 11 numeral

¹⁶ Carbonel, Miguel, *Curso Básico de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, a.C, México D.F., 2015, Pág. 126.

4 de la Constitución, en forma breve y tajante determina que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales¹⁷, norma vinculada estrechamente con la prevista en el artículo 11 numeral 8 que determina que el contenido esencial de los derechos debe desarrollarse progresivamente a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

En Argentina también se encuentra constitucionalizada la garantía del contenido esencial de los derechos, el artículo 28 de la Ley Fundamental Argentina establece: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

El contenido esencial y la tutela judicial efectiva son las principales forma de proteger a los derechos; es decir la manera de garantizarlos para que exista una real vigencia y respeto de los derechos, de modo que además, destacamos el vínculo cercano desde este punto de vista entre la tutela y el contenido esencial de los derechos; también entre las garantías de los derechos, junto al contenido esencial y la tutela judicial a se suele destacar al efecto de irradiación. Incluso

¹⁷ El artículo 11 de la Constitución del Ecuador establece un conjunto de principios para el ejercicio de los derechos, cabe destacar el privilegio que otorga a los derechos cuando en el artículo 11 numeral 9 señala que el más alto deber del estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, así mismo relievamos lo previsto en el artículo 11 numeral 3 que determina: “3. 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.

se dice que constituyen el derecho de los derechos y que la inexistencia de aquellas conllevaría a que hablemos de cualquier otra categoría, pero no de derechos fundamentales en un estado constitucional y democrático de derecho¹⁸.

2.3.2. El contenido esencial de la tutela judicial

En lo que respecta a la tutela judicial, en primer término destacamos que su contenido es amplio y complejo. La tutela judicial no se agota con el acceso a la justicia, la tutela comprende el derecho de los ciudadanos de acceder a los órganos del sistema de justicia, obtener de ellos la tutela efectiva de sus derechos, dentro de un proceso debido, que la respuesta a obtener sea oportuna o en un plazo razonable, que la resolución sea motivada, ejecutable y ejecutada; de esto se colige el amplio contenido del derecho a la tutela. Generalmente se habla del contenido esencial de los derechos, sin embargo en el caso de la tutela podríamos hablar de contenidos esenciales, tanto que incluso se sostiene estos contenidos podrían variar en la casuística, por tanto no es inmutable y absoluto. Joan Picó i Junoy considera que los contenidos de la tutela judicial son: a) el derecho de acceso a los tribunales; b) el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente, c) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y d) el derecho al recurso legalmente previsto por la ley¹⁹.

¹⁸ Op. Cit. Pág. 96.

¹⁹ Pico i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, Pág. 40.

a) El derecho de acceso a la justicia.- El primer contenido esencial de la tutela es cabalmente el acceso a la justicia, lo cual no debe entenderse, y hemos dicho ya, que con el solo acceso estaría satisfecha la tutela judicial efectiva. Pero claro, es evidente que el ciudadano requiere primero el acceso al sistema de justicia, tener la posibilidad real de acceder a través de recursos o acciones expeditas. Recordemos que artículo 24 numeral 1 de la Constitución de España determina que toda persona tiene el derecho de obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, lo cual implica acceder al sistema de justicia para obtener la tutela. La Constitución de la nación Argentina no tiene una norma constitucional específica o particularizada sobre la tutela, empero en el artículo 18 que dice relación con el debido proceso se refiere a los diversos componentes del debido proceso y la tutela judicial. La Constitución del Ecuador en su artículo 75, como analizaremos en el acápite correspondiente, la primera expresión que usa al garantizar la tutela judicial es “el acceso gratuito a la justicia.”

El primer elemento, entonces, es el acceso a la justicia, y decimo el primer elemento porque los jueces una vez que el ciudadano accede al órgano jurisdiccional le corresponde garantizar los derechos, otorgar tutela y dar una respuesta efectiva, así que en ningún modo puede confundirse el acceso a la justicia con la calidad de su respuesta al requerimiento del ciudadano. Este acceso se constituye por la posibilidad cierta de acceder al órgano judicial con la petición de justicia, ésta situación se concreta con varias cuestiones que el estado debe cumplir y que van más allá de la presentación del

libelo, como la intermediación, el asesoramiento profesional, entre otras²⁰.

Por fin, en este punto queremos destacar que para garantizar el acceso a la justicia las tareas del Estado no se circunscriben en el órgano judicial, ni siquiera en el sistema procesal, pues es menester políticas de Estado, acciones de otros órganos del poder público a fin de permitir el acceso, piénsese por ejemplo, en la eficiencia administrativa, en el uso de tecnologías, en la infraestructura, en la necesidad de que el Estado destine presupuesto para levantar estructura institucional y personal suficiente en los diferentes lugares del país, entre otros; incluso algunos de estos aspectos han sido considerados en instrumentos internacionales, como el llamado "100 Reglas de Brasilia" que busca garantizar el acceso al sistema de justicia de las personas en situación de vulnerabilidad²¹.

b) El procesamiento de la petición.- Una vez que el ciudadano accede al sistema de justicia es necesario que su petición, que lo hace a través del poder jurídico que es la acción, tenga un procesamiento; es decir, debe ser sustanciada su petición en un proceso debido, con las garantías mínimas que deben respetarse en un proceso. La Constitución del Ecuador

²⁰ Oyarte, Rafael, *Debido Proceso*. Quito, 2016, Pág. 413.

²¹ En este sentido se puede afirmar que la tutela judicial efectiva requiere mucho más que lo que suele entenderse como contenido esencial, podrá decirse que no es parte de su contenido en estricto sentido jurídico, pero no es menos cierto que resulta indispensable para que el Estado garantice una tutela efectiva. Por ejemplo varios países de América Latina, como el Ecuador, están obligados a cumplir el instrumento internacional conocido como las 100 reglas de Brasilia, instrumento que promueve el acceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad, según edad, discapacidad, comunidades indígenas, etc.

determina que el ciudadano tiene derecho a acceder a la justicia, recibir la tutela efectiva, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, y que en ningún caso quede en indefensión. En otras palabras, destaca del debido proceso la inmediación y celeridad con la que se tramite la petición, y la garantía de la defensa. El artículo 76 numeral 1 de la Constitución del Ecuador, entre los componentes del debido proceso establece como deber de toda autoridad administrativa o judicial garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes.

Un aspecto que debe puntualizarse es que el procesamiento de la petición no implica necesariamente la admisión a trámite, los jueces pueden inadmitir si la petición no cumple los requisitos indispensables para la admisión, finalmente quien acude al sistema de justicia tiene derechos pero también deberes que cumplir, por ejemplo un trámite puede inadmitirse o archivarse. Sin embargo, debe tenerse presente que no es correcto jurídicamente, ni conveniente tampoco para un sistema de justicia, que los jueces inadmitan los requerimientos por solo aspectos formales, al respecto la Constitución del Ecuador es clara y determinante, en su artículo 169 al prohibir sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades²².

c) El derecho a una decisión motivada.- Uno de los contenidos de la tutela judicial efectiva es la resolución motivada,

²² Al respecto el artículo 169 de la Constitución preceptúa: "El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

pues finalmente el ciudadano acude al sistema de justicia para recibir una resolución que ampare sus derechos e intereses, de modo que la respuesta, sea un auto, resolución o sentencia, según los casos debe ser debidamente motivada. La motivación es un derecho y una garantía de seguridad jurídica, además que el conocer las razones que tiene un juzgador para adoptar la resolución contribuye a legitimar un sistema de justicia, finalmente permite al ciudadano ejercer la defensa de sus derechos y estar informado para hacer uso del derecho de impugnación. Soy de la opinión que la fundamentación no solo consiste en explicar las razones, afirmo que es justificar las resoluciones, lo cual es más congruente con el estado constitucional de derechos y se aleja del legicentrismo. En términos generales la motivación consiste en hacer conocer las normas jurídicas en que se sustenta la resolución del juzgador, y exponer la pertinencia de aplicación a los elementos fácticos que constituyen el objeto del proceso; en definitiva se debe considerar que los jueces deben adecuar los hechos probados al Derecho, por tanto deberán explicar y justificar su resolución desde un punto de vista fáctico y jurídico. Al respecto citamos el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución que, como elemento del debido proceso exige la motivación de una forma muy clara.

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

La Corte Constitucional en varias sentencias se ha referido a la motivación, así ha dicho que:

[...] En ese orden de ideas, le compete a esta Corte en un primer momento definir el derecho a la motivación, para ello, es pertinente tomar en cuenta los pronunciamientos previos emitidos por la Corte Constitucional. Así, en la sentencia N.0 227-1 2-SEP-CC, dictada por la Corte Constitucional, para el período de transición, dentro de la causa N.0 1212-1 1 -EP, se manifestó que: Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el Derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto [...] ²³.

El criterio de la Corte Constitucional al respecto coincide esencialmente con la norma constitucional antes referida, sin embargo desarrolla el concepto con tres elementos claros que debe cumplir la motivación a saber: la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad. La razonabilidad que consiste

²³ Acción Extraordinaria de Protección, 198-14 (Corte Constitucional del Ecuador 13 de noviembre de 2014).

en invocar los principios jurídicos o normas en que se funda la resolución, vale decir las razones; la lógica que consiste en la coherencia o congruencia entre las premisas que sirven de base y la conclusión misma; por fin, la comprensibilidad que implica la resolución explicada de modo tal que sea absolutamente clara e inteligible.

d) El cumplimiento de la decisión.- Quien accede al sistema de justicia, como es obvio entender, no solo aspira una declaración en sentencia del juzgador en relación a sus derechos o intereses legítimos, persigue que lo resuelto por el juez sea cabalmente cumplido y ejecutado, de lo contrario no se estaría tutelando a tales derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. La tutela judicial empieza con las garantías que el ciudadano debe tener para acceder al sistema de justicia y no concluirá sino cuando la decisión esté cabalmente ejecutada. Al respecto debemos recordar que, precisamente, la jurisdicción es la potestad pública de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Para que sean cumplidas las decisiones que adoptan los jueces, las legislaciones prevén las medidas de ejecución, medidas que puede y debe adoptar el juzgador para hacer cumplir su resolución; generalmente corresponde hacer cumplir la resolución al juez de primer nivel quien cuenta con atribuciones amplias, incluso puede ordenar el uso de la fuerza pública, en materia de garantías constitucionales las sanciones por incumplimiento de la decisión son severas, como el caso de la destitución del funcionario público que ha incumplido la sentencia.

En el Ecuador el Código Orgánico General de Procesos norma lo relativo a la ejecución en el libro V, entiende la

ejecución como el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución, a su vez determina que son títulos de ejecución la sentencia ejecutoriada, el laudo arbitral y el acta de mediación, el contrato prendario y de reserva de dominio, la sentencia, laudo arbitral y acta de mediación expedidos en el extranjero, las actas transaccionales y demás que establezca a la ley²⁴.

El Código Orgánico Integral Penal, por su parte, en el libro III norma lo relativo a la ejecución de la pena, la ejecución de penas y medidas cautelares corresponde al organismo técnico encargado del sistema de rehabilitación social, bajo el control y supervisión de los Jueces de Garantías Penitenciarias²⁵.

3. Reparación integral

3.1. Nociones fundamentales

La reparación integral es un derecho reconocido en diferentes legislaciones de los países, tanto en materia civil, penal, de garantías constitucionales y otras. La reparación integral,

²⁴ El artículo 363 del COGEP determina en forma expresa cuales son los títulos de ejecución, el artículo 364 ibídem determina que la ejecución se circunscribirá a la realización o aplicación concreta de los establecido en el título de ejecución, en este sentido las partes deben actuar en el plano de absoluta igualdad, pero se deben limitar exclusivamente al control del cumplimiento del título de ejecución.

²⁵ Al respecto véase el artículo 666 del Código Orgánico Integral Penal, que determina que en las localidades donde exista un centro de privación de libertad habrá cuando menos un Juez de Garantías Penitenciarias. De acuerdo al artículo 667 ibídem al Juez de Garantías Penitenciarias, corresponde fundamentalmente realizar el cómputo y determinar con exactitud la fecha en la que terminará la condena.

sus fundamentos y contenido surge como una respuesta a los casos de graves violaciones a los derechos humanos, especialmente en aquellos casos que estaban quedando impunes, olvidados pero reclamados por las víctimas o sectores sociales.

Así, se puede citar casos extremos de violaciones a los derechos humanos, como la desaparición forzada de personas, la tortura, la ejecución extra judicial, detenciones arbitrarias, entre otros²⁶.

Es la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante Corte IDH) la que ha ido desarrollando su concepto y contenido. La Corte IDH en el caso *Furlán y familiares vs. Argentina* en relación a la reparación integral ha dicho:

La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de

²⁶ Escudero Soliz, Joel, *Reconocimiento Constitucional a la reparación integral y su complicado desarrollo en el Ecuador*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2013, Pág. 274.

no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados²⁷.

De esta sentencia se depende que la reparación integral en el concepto de la Corte IDH busca una reparación plena, la denominada *restitutio in integrum*, pero evidentemente ello no siempre es posible, existen límites físicos o naturales, por ejemplo en el caso de una muerte, de afecciones a la salud o integridad personal, etc., es imposible regresar las cosas al estado anterior a la vulneración de del derecho, por tanto corresponde y son útiles las medidas compensatorias a fin de satisfacer el derecho violado, medidas que son muy amplias, pues dependerá del caso concreto y del derecho vulnerado que se pretende reparar.

La Corte Constitucional del Ecuador en relación a la reparación integral se ha pronunciado en múltiples oportunidades y sentencias, así por ejemplo ha dicho:

La concepción de reparación integral, introducida a partir de la Constitución de 2008, va más allá de la forma tradicional en la que se entendía a la remediación de los daños ocasionados por la vulneración de derechos constitucionales, es así, que bajo esta figura, se busca alcanzar una reparación de orden material e inmaterial. Este concepto, es considerado incluso como un verdadero derecho constitucional, acorde a lo manifestado previamente por esta Corte en la sentencia N.º 004-13-SAN-CC5, siguiendo la línea

²⁷ Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, Serie C, número 246, párrafo 271 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012).

jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene como fundamento el artículo 63 numeral 1 de la Convención Americana sobre Derecho Humanos.. A través de la reparación integral, se pretende lograr un resarcimiento de los daños causados en un sentido amplio y garantizar una protección más efectiva de los derechos constitucionales, para lo cual el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prevé varias formas de reparación: la restitución del derecho, la compensación económica, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, las medidas de reconocimiento, entre otras. La reparación económica²⁸.

Esta sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, destaca que la reparación integral ya no puede ser entendida como antes, se la entiende más allá de la fórmula tradicional, de modo que la reparación integral busca reparar el daño material e inmaterial. En efecto, en las diferentes sentencias de la Corte Constitucional en materia de garantías jurisdiccionales se ha dispuesto la reparación integral de acuerdo al artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que, precisamente contempla varios aspectos o componentes de la reparación integral.

3.2. Contenido de la reparación integral

La reparación integral ha superado, definitiva y claramente, la mera reparación económica; es decir lo que se conocía

²⁸ Acción Extraordinaria de Protección, 135-14 (Corte Constitucional del Ecuador 17 de Septiembre de 2014).

como el pago de los daños y perjuicios, ciertamente lo que se aspira es que la víctima de daños o de un delito pueda recuperar su estado anterior a la vulneración del derecho, empero como ello en la mayoría de los casos no es posible conseguirlo, se deben dictar otras medidas que compensen, pero no se circunscriben al daño material.

La Organización de las Naciones Unidas dictó la resolución denominada: “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”; destacamos que la comunidad internacional hace honor a su palabra respecto del sufrimiento de las víctimas y reafirma el derecho internacional en la materia.

Este conjunto de principios se ocupa de dos aspectos fundamentales para las víctimas, la posibilidad de que las víctimas pueden interponer un recurso para reclamar sus derechos, para que se haga justicia; y, por otra parte, el derecho a obtener reparaciones, así, observamos que la tutela judicial y la reparación integral están juntas, lo evidencia la ONU en ésta resolución, no se diga en el caso de violaciones a los derechos humanos.

En lo que dice relación con la reparación integral, una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones de las normas internacionales de derechos humanos, o las graves violaciones del derecho internacional humanitario. La resolución

mentada en su capítulo IX, numeral 18 determina lo que dice relación con el contenido de la reparación integral.

Conforme al derecho interno y al derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, según se indica en los principios 19 a 23, en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición²⁹.

Este documento internacional, en lo que respecta al contenido de la reparación integral, lo desarrolla en los artículos 19 al 23, y se refiere a: Restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

a) Restitución.- Como primer componente se tiene la restitución, siempre que sea posible, debe devolver a la víctima a la situación anterior a la violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o la violación grave del derecho internacional humanitario. La restitución comprende el restablecimiento de la libertad, el disfrute de los derechos humanos, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el

²⁹ Naciones Unidas, O. d. (16 de Diciembre de 2005). Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones.

regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes.

b) Indemnización.- Por su parte, la indemnización debe ser apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso concreto, debe considerar todos los perjuicios económicamente evaluables que sean consecuencia de la violación del derecho, tales como los siguientes: El daño físico o mental; la pérdida de oportunidades, en particular las de empleo, educación y prestaciones sociales; los daños materiales y la pérdida de ingresos, incluido el lucro cesante; los perjuicios morales; los gastos de asistencia jurídica o de expertos, medicamentos y servicios médicos y servicios psicológicos y sociales.

c) Rehabilitación.- En lo que se refiere a la rehabilitación, ésta debe incluir la atención médica y psicológica, así como servicios jurídicos y sociales, de la misma manera depende el caso concreto a fin de que se disponga lo pertinente y útil a fin de cumplir con la reparación integral.

d) Medidas de satisfacción.- En cuanto a las medidas de satisfacción para la reparación integral, ésta debe incluir, cuando sea pertinente y procedente, la totalidad o parte de las medidas siguientes: **1.** Medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones; **2.** La verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que esa revelación no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones; **3.** La

búsqueda de las personas desaparecidas, de las identidades de los niños secuestrados y de los cadáveres de las personas asesinadas, y la ayuda para recuperarlos, identificarlos y volver a inhumarlos según el deseo explícito o presunto de la víctima o las prácticas culturales de su familia y comunidad; 4. Una declaración oficial o decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; 5. Una disculpa pública que incluya el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; 6. La aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables de las violaciones; 7. Conmemoraciones y homenajes a las víctimas; 8. La inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles.

e) Garantías de no repetición.- Por fin, en lo que dice relación con las garantías de no repetición, se considera la prevención de futuras violaciones a los derechos, debe incluirse la totalidad o parte de las siguientes medidas: 1. El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad; 2. La garantía de que todos los procedimientos civiles y militares se ajustan a las normas internacionales relativas a las garantías procesales, la equidad y la imparcialidad; 3. El fortalecimiento de la independencia del poder judicial; 4. La protección de los profesionales del derecho, la salud y la asistencia sanitaria, la información y otros sectores conexos, así como de los defensores de los derechos humanos; 5. La educación, de modo prioritario y permanente, de todos los sectores de la sociedad respecto de los

derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad; **6.** La promoción de la observancia de los códigos de conducta y de las normas éticas, en particular las normas internacionales, por los funcionarios públicos, inclusive el personal de las fuerzas de seguridad, los establecimientos penitenciarios, los medios de información, el personal de servicios médicos, psicológicos, sociales y de las fuerzas armadas, además del personal de empresas comerciales; **7.** La promoción de mecanismos destinados a prevenir, vigilar y resolver los conflictos sociales; **8.** La revisión y reforma de las leyes que contribuyan a las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y a las violaciones graves del derecho humanitario o las permitan.³⁰

De estos principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos, se colige la importancia que se da a la reparación integral, sobre todo cuando su contenido es sumamente amplio, rebasa la reparación económica, con una anchura muy interesante en lo que respecta a las medidas de satisfacción y garantías de no repetición, por ejemplo. Se tiene claridad en el desarrollo y contenido de la reparación integral, el primer objetivo es devolver a la víctima a su estado anterior, lo que quiere decir a un estado como si no se hubiera producido la violación a sus derechos, pero adicionalmente se tienen amplias posibilidades para la reparación que, según los casos, se pueden adoptar todas o algunas de estas medidas indicadas.

³⁰ Op. Cit.

Recordemos que antes la víctima estaba condenada al ostracismo, su olvido estaba dado por cuanto el Derecho se ocupaba de la sanción, del infractor y de la infracción más que del sufrimiento de la víctima y la necesidad de reparar el daño causado. Actualmente, sobre todo en el derecho internacional de los derechos humanos, existe conciencia sobre la víctima y se ha desarrollado la reparación integral a través de su reconocimiento en las normas y en la jurisprudencia. De lo que se trata es que la víctima tenga un reconocimiento y protección específicos y eficaces, la víctima es quien sufre un menoscabo en sus derechos, se le ha provocado un daño en su aspecto físico, mental, emocional, daños en su patrimonio, en suma, en sus derechos e intereses legítimos

El concepto y contenido de la reparación integral, decíamos ya, ha sido reconocido en instrumentos internacionales y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH, desde luego esta reparación integral es aplicable a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos, sin embargo estos criterios, en lo fundamental, son plenamente aplicables a los casos judiciales internos de los países y en diferentes materias, como en el caso de las víctimas de infracciones penales, casos de garantías jurisdiccionales, daños ambientales, en la llamada responsabilidad objetiva del Estado e incluso en materia civil, sin perjuicio de que quizá en todas las materias no se lo entiende y aplica en la misma dimensión y amplitud, o no lo han desarrollado como lo han hecho los instrumentos internacionales y la jurisprudencia internacional, particularmente la Corte IDH.

4. Tutela judicial y la reparación integral en la legislación ecuatoriana

4.1. La tutela judicial en el Ecuador

En el Ecuador la tutela judicial es de rango constitucional, se encuentra reconocido de manera específica como un derecho de protección, el artículo 75 de la Constitución del Ecuador señala:

Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Por su parte el artículo 24 numeral 17 de la Constitución de 1998 señalaba:

Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Estas disposiciones constitucionales, tanto de la vigente como de la Constitución de 1998, reconocen como derecho la tutela judicial; en cuanto a su contenido es similar, consideran el acceso al sistema de justicia y la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, garantiza que en ningún caso se puede dejar en indefensión a la persona y, finalmente, que

el incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. La Constitución del 2008 incorpora que el acceso a la justicia y la tutela efectiva debe ser con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; es decir pone especial énfasis en estos principios del sistema procesal; la inmediación que implica la cercanía de los jueces con los medios de prueba y los sujetos procesales, lo cual hace posible que obtengan información de mejor calidad y en consecuencia expidan una mejor decisión; la celeridad que deben tener el despacho y resolución de los jueces en las causas, tiene que ver con una respuesta oportuna y contribuye a una eficiente administración de justicia, conocido es aquello de que justicia que tarda no es justicia.

Un asunto que constituye una variante sustancial en la Constitución del 2008 es lo que respecta a la gratuidad, pues la norma vigente establece el derecho de acceder en forma gratuita a la justicia, en el Ecuador durante la vigencia de la Constitución de 1998 los usuarios del sistema de justicia debían pagar tasas judiciales, excepto en ciertas materias como la penal, constitucional, niñez y laboral, hoy no existen tasas judiciales lo cual podría contribuir ampliamente a acceder a la justicia, aspecto sin embargo que suele ser muy debatido.

En cuanto al contenido esencial del derecho a la tutela judicial es similar en la Constitución de 1998 y la del 2008; es decir el acceso a la justicia, el procesamiento de la petición dentro de un proceso debido, la respuesta oportuna, la resolución motivada y el cumplimiento de la resolución judicial, hasta el punto que se sanciona el incumplimiento de las decisiones judiciales.

El Código Orgánico de la Función Judicial contiene varias disposiciones relativas a la tutela judicial, diríamos a su contenido. El artículo 23 en forma expresa determina que la Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos; determina que la desestimación por vicios de forma debe darse únicamente cuando se haya ocasionado nulidad insubsanable o si se ha provocado indefensión.

Al respecto destacamos que una de las formas de atentar a la tutela judicial es cuando se pretende hacer un culto a la norma procesal, cuando se confunde los medios con los fines, la superficie con el fondo; ciertamente las normas procesales y las formas son importantes, pero condicionadas a la finalidad de hacer realidad los derechos, pues deben declararse nulidades o desestimarse las causas siempre que los vicios de forma sean de tal gravedad que incidan en la decisión de la causa, provoquen indefensión o nulidad insanable.

Así mismo el Código Orgánico de la Función Judicial determina en su artículo 17 que la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado y que coadyuva a que se cumpla el deber del Estado de respetar y hacer respetar los derechos. El Estado al considerar un servicio público dota de las herramientas legales y se obliga a dictar las políticas públicas a fin de que este servicio público sea eficiente, eficaz y cumpla su finalidad; así el artículo 15 *ibídem* señala que los servidores judiciales deben aplicar el principio de debida diligencia en los procesos a su cargo, y que serán civil y

penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones³¹.

El Código Orgánico de la Función Judicial va más allá de lo procesal para garantizar la tutela, por ejemplo el artículo 22 ibídem ordena que el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial establecerán medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria y que impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso. Así mismo, en consideración a la diversidad cultural del Ecuador, la Constitución en su artículo 1 reconoce que el estado es plurinacional, se reconocen sus conocimientos ancestrales, su cultura y tradición, e incluso su sistema jurídico. Es interesante al respecto el artículo 24 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece el principio de interculturalidad, señala la norma que los servidores de la Función Judicial –y no solo los jueces– deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos; que

³¹ El Código Orgánico de la Función Judicial fue publicado en el Registro Oficial No. 544 del lunes 9 de marzo de 2009, es una norma que comprende la estructura de la Función Judicial, las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos. Al respecto pueden consultarse las normas contenidas en el capítulo III referente a los principios rectores y disposiciones fundamentales que tienen que ver con la forma como concibe el Estado a la Función Judicial y al sistema de justicia en particular, cuyas normas buscan la tutela judicial efectiva, el respeto al debido proceso y hacer realidad los derechos y garantías reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos; estas normas, además pretenden concretizar lo previsto en el artículo 169 de la carta magna que señala que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia.

en estos casos se debe buscar el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad la cultura propia del involucrado, tanto que el artículo 344 literal b) *ibídem* ordena que en los procesos en los que intervengan personas y colectividades indígenas, los jueces deben ordenar la intervención de traductores, peritos antropólogos y especialista en derecho indígena.

4.2. La reparación integral en el Ecuador

La reparación integral en el Ecuador nace de una disposición constitucional, nos referimos al artículo 78 de la Constitución que señala:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

Es importante puntualizar que, sin embargo, la disposición constitucional antes citada se refiere solamente a las víctimas de las infracciones penales, más no a las víctimas en un concepto amplio; es decir todas aquellas que reciben un menoscabo o afectación en sus derechos e intereses legítimos. En tanto ha sido la jurisprudencia la que ha ido desarrollando

el contenido de la reparación integral, tanto las resoluciones de la Corte Constitucional del Ecuador cuanto de la Corte Nacional de Justicia. La Corte Constitucional del Ecuador en diferentes sentencias se ha referido a la reparación integral, así, en una de estas sentencias ha dicho:

La reparación integral en el ordenamiento ecuatoriano constituye un verdadero derecho constitucional, cuyo titular es toda persona que se considere afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. Adicionalmente, es un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de derechos; así, esta institución jurídica se halla inmersa en todo el ordenamiento constitucional ecuatoriano, siendo transversal el ejercicio de los derechos, así por ejemplo la obligatoriedad de la reparación para las víctimas de delitos penales

Esta sentencia es sumamente clara en reconocer a la reparación integral como un verdadero derecho constitucional, cuyo titular –dice la corte– no es solamente la víctima de infracciones penales, sino toda persona afectada por la vulneración de sus derechos reconocidos en la Constitución. En esta sentencia se define a la reparación integral como un principio orientador que complementa y perfecciona la garantía de los derechos; así se puede encontrar su íntima relación con la tutela judicial efectiva, pues estos derechos solo estarían cabalmente protegidos cuando se otorga la reparación integral.

El Código Orgánico Integral Penal (En adelante COIP) reconoce la reparación integral y determina su contenido, se encuentran la restitución, rehabilitación, las indemnizaciones

de daños materiales e inmateriales, las medidas de satisfacción o simbólicas, las garantías de no repetición, la norma es clara en señalar que son formas no excluyentes de reparación integral. Como se puede observar coinciden fundamentalmente con los criterios y estándares internacionales, principalmente con la resolución de la ONU que antes hemos citado y que dice relación con los principios y directrices para las víctimas de derechos humanos, a fin de que puedan tener recursos y reparaciones.

En materia penal en el Ecuador la reparación integral es sumamente amplia, además se debe tomar en cuenta que la ley penal considera a la víctima sujeto procesal con un conjunto de derechos para participar en el proceso penal, incluso de conformidad con lo previsto en el artículo 441 del COIP tiene derechos independientemente de que se procese, aprehenda, enjuicie, sancione o condone al responsable. El artículo 628 del COIP señala que toda sentencia condenatoria deberá contemplar la reparación integral de la víctima, con la determinación de las medidas por aplicarse, los tiempos de ejecución y las personas o entidades públicas o privadas obligadas a ejecutarlas. El COIP, entonces, recoge los criterios doctrinarios y da una respuesta al reclamo de que la víctima sea visibilizada y no permanezca olvidada como otrora lo estuvo en el proceso penal; es decir la consideración a la víctima y la reparación integral están muy vinculados.

5. Reparación integral: problemas que afectan la tutela efectiva

5.1. Planteo

La tutela judicial está reconocida como un derecho fundamental, de la misma manera que la reparación integral, ciertamente cada uno es un derecho, pero ello no quiere decir que no se encuentren estrechamente vinculados, hasta el punto que sin reparación integral no podemos hablar de tutela judicial efectiva. Recordemos que la tutela judicial implica fundamentalmente el acceso al sistema de justicia, que el procesamiento de la petición sea conforme a un proceso debido, recibir una respuesta oportuna y motivada, y que dicha resolución sea ejecutada. Precisamente los ciudadanos acuden al sistema de justicia con una acción y pretensión concreta para conseguir no solamente el reconocimiento de sus derechos o intereses legítimos, sino además para conseguir que se repare los daños que se les ha provocado. Al respecto es interesante y muy decidor recordar un principio del Derecho Romano, principio que tiene total vigencia y utilidad, nos referimos al *alterum non laedere*, el mandato de no hacer daño a nadie que, en nuestro concepto, es relevante para la justicia misma; es decir la idea es que en la sociedad los ciudadanos nos comportemos de tal modo que no causemos daños o perjuicios a otras personas, pero ya de causarles es nuestro deber reparar. De allí que la reparación integral actualmente ha cobrado mucho vigor en las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina, cabalmente porque con ello se da una respuesta eficaz a los ciudadanos que acceden al sistema de justicia; en otras palabras podemos afirmar que la reparación integral enriquece

al contenido de la tutela judicial, quizá uno de los elementos más importantes, pues cuando menos desde la visión del ciudadano lo relevante es que el juzgador ordene la reparación integral de sus derechos e intereses legítimos que han sido afectados, así entenderá que el Estado le ha protegido sus derechos cual es su deber primordial, el ciudadano entenderá que se ha garantizado la tutela judicial efectiva.

En el Ecuador la reparación integral tiene muchas complejidades y vacíos que, finalmente, hacen que no sea del todo eficaz y en consecuencia se afecta a la tutela judicial; en otras expresiones, no se llega a garantizar la tutela judicial.

5.2. Los problemas en materia penal

En materia penal el COIP es garantista con la víctima de la infracción penal, le otorga la calidad de sujeto procesal, le reconoce un conjunto amplio de derechos, se preocupa particularmente de la reparación integral. El artículo 11.2. determina como derecho de la víctima:

[...] A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso [...]

Sin embargo de ésta clara y determinante disposición y pese a que reconoce como sujeto procesal a la víctima y ampliamente sus derechos, no tiene este mismo tratamiento cuando

se ocupa y norma la ejecución de la sentencia. El COIP se refiere en su libro III a la ejecución de la sentencia, pero en el desarrollo de sus normas no existe ninguna disposición en relación a la reparación integral, sus disposiciones son exclusivamente sobre la pena privativa de la libertad. Esto resulta contradictorio, pues pese a la importancia que se ha otorgado a la víctima finalmente no se la considera en la ejecución de la sentencia, aspecto que es de suma relevancia para hacer realidad la reparación integral; una vez más la víctima en este sentido está olvidada.

Pero no solo que la víctima está olvidada, con esta deficiente e incompleta normativa del COIP se atenta a la tutela judicial efectiva, como decíamos ya, no puede garantizarse tutela judicial sin la ejecución del fallo, la reparación integral es una de las disposiciones de la sentencia que debe ser cumplida y se dificulta por la forma en que se encuentra el capítulo de la ejecución de la sentencia, debía establecerse un procedimiento específico, claro, sencillo y eficaz, que evite las dilaciones.

De otra parte, uno de los problemas que se plantea es que según las normas del COIP el mismo juez que dicta la sentencia es quien tiene la competencia para ordenar la reparación integral que incluye la responsabilidad civil; empero si dentro del capítulo de la ejecución de la sentencia en el COIP no consta lo referente a la reparación integral, entonces, al amparo de lo previsto en el artículo 2214 del Código Civil, el ciudadano podría acudir ante un Juez Civil para reclamar los daños y perjuicios, lo que deberá hacerlo enfrentando la complejidad que implica incoar una nueva acción

y con las complicaciones que presenta el diseño del sistema judicial por las variantes en materia civil y penal respecto a la reparación integral, con sus diferencias en las nociones y alcances³².

Adicionalmente debe considerarse que la reparación integral está ligada al derecho y garantía de la motivación. Como se sabe, es deber del juzgador motivar sus resoluciones, lo que expresado en términos generales significa invocar las normas jurídicas en que funda su resolución y la pertinencia de aplicación a los antecedentes fácticos, lo propio corresponde al juez al resolver sobre la reparación integral, debe justificar razonadamente la aplicación de la reparación integral a fin de que en ésta parte la resolución determine proporcionalmente los remedios jurídicos con relación a los derechos de los afectados³³. En efecto, se debe considerar que el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador exige la motivación de las resoluciones judiciales, una parte fundamental de la sentencia es la reparación integral que deberá estar suficientemente motivada; empero el artículo 19 *ibídem* remite solamente la reparación económica a la competencia civil.

³² El Código Civil del Ecuador norma lo que se conoce como responsabilidad civil, hoy con más propiedad la doctrina se refiere al derecho de daños. Al respecto en lo tocante a la temática que nos ocupa, el artículo 2214 determina que: "El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito. El artículo 2216 señala: "Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo está obligado hasta lo que valga el provecho.

³³ Op. Cit. Pág. 284.

5.3. Algunos problemas en el contenido de la reparación integral

Existe claridad tanto en el derecho internacional de los derechos humanos, cuanto en la legislación nacional sobre los componentes de la reparación integral. Los principios de la ONU para que las víctimas de violaciones a los derechos humanos tengan recursos judiciales y reparación integral son claros, las sentencias de la Corte IDH lo propio; de la misma forma el artículo 78 de la Constitución, artículo 78 del COIP, artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, etc.; sin embargo de ello en la práctica existen problemas en cuanto al contenido de la reparación integral. Así, existe una tendencia de otorgar mayor valía o disponer la reparación integral solo en lo referente a la reparación material, no queremos decir con ello, de ninguna manera, que siempre deba disponerse todas las medidas que contempla la reparación integral, pues es necesario adoptar las medidas que sean menester según la naturaleza del caso y de los daños que se hayan provocado a la víctima; pero se debe superar el viejo concepto de daños y perjuicios y entender que la reparación integral tiene diversos componentes que deben ser considerados, así lo ha venido haciendo la Corte IDH.

En el Ecuador, por ejemplo, ha habido casos muy importantes desde la óptica jurídica y la connotación social referentes a violaciones de derechos humanos, recordemos que se creó la Comisión de la Verdad el 03 de mayo del 2007 por Decreto Ejecutivo, con la finalidad de investigar, esclarecer e impedir que las graves y sistemáticas violaciones a los derechos

humanos atribuidas a los agentes estatales cometidas en el periodo entre 1984 y 1988 quedaran en la impunidad; es decir, se trata de la judicialización de graves violaciones a los derechos humanos. La Fiscalía General del Estado inició varios procesos penales, uno de ellos el denominado caso González y otros por el presunto delito de asesinato que se habría perpetrado por agentes de la Policía Nacional del Ecuador en el año 2003, en la farmacia Fybeca de la ciudad de Guayaquil.

En este caso la sentencia es muy interesante en lo que respecta al quantum de la reparación material, en esta causa se consideran cuatro parámetros: 1) El salario básico unificado del trabajador en general; 2) Remuneraciones por año; 3) Esperanza de vida; 4) Tiempo transcurrido desde el cometimiento de los hechos. Con estos datos se aplicó la siguiente fórmula: $MR = (RMU * TRMUA) (EV - E)$, en donde MR es el monto reparatorio, RMU la remuneración mensual unificada, TRMUA el total de las remuneraciones por año, EV la expectativa de vida, y E la edad que la víctima tenía a la fecha del delito. Al aplicar la fórmula los jueces ordenaron como indemnización el monto de doscientos cuatro mil ciento treinta y siete dólares americanos con sesenta y cuatro centavos, que debe ser pagada por el condenado en solidaridad con el estado ecuatoriano³⁴.

Cabe destacar que la Ley para la reparación de las víctimas y la judicialización de graves violaciones de Derechos Humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre el

³⁴ Caso González y otros, 1631-2013 (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal 24 de Noviembre de 2015).

4 de Octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008³⁵ busca investigar, sancionar y evitar la repetición de graves violaciones a los derechos humanos, uno de los objetivos fundamentales es la búsqueda de la verdad y las acciones simbólicas como mensaje al país para el respeto de los derechos humanos³⁶.

Por otra parte, algunas sentencias en el país, sobre todo en materia penal, no han ordenado la reparación integral, lo cual significa que persiste el olvido de la víctima y la sola preocupación de la sanción al delincuente, en estos casos la Corte Nacional de Justicia ha declarado la nulidad por falta de motivación, de conformidad con lo previsto en el artículo 76 numeral 7 literal l) de la Constitución del Ecuador. Finalmente, no existen criterios uniformes en lo que respecta al quantum de la reparación en el ítem de la indemnización, las fórmulas de cálculo son disímiles, contradictorias, con diferencias muy grandes; en mi opinión esto se debe a que no existen normas en el COIP sobre la forma de cuantificar la indemnización, así como tampoco un capítulo o acápite de la ejecución de la reparación integral, pues, como hemos manifestado ya, el

³⁵ Corte Nacional de Justicia (13 de diciembre de 2013). Ley para la reparación de las víctimas y la judicialización de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y 31 de diciembre de 2008. (R. O. 143, Ed.) Quito.

³⁶ Al respecto puede consultarse el artículo 3 de la Ley para la reparación de las víctimas y la judicialización de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 2008 que establece: "Principio de reparación integral.- La reparación integral buscará la solución que objetiva y simbólicamente restituya a la víctima sus derechos, al estado anterior a la comisión del daño e incluirá el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Libro III del COIP norma la ejecución de la pena privativa de la libertad más no de la reparación integral³⁷, tampoco determina parámetros para fijar la reparación integral y la indemnización en particular.

6. Conclusiones

6.1. Conclusión Principal

La reparación integral es condición sine qua non para la tutela judicial efectiva, sin reparación integral no se garantiza tutela. Pese a que está reconocida en instrumentos internacionales y la Constitución, tiene muchas complejidades y vacíos que le hacen ineficaz y, consecuentemente, se afecta a la tutela judicial. Los criterios disímiles sobre la reparación integral; la falta de normas y de un procedimiento para fijarla y su cálculo; las sentencias con reparación insuficiente; y, la dificultad de su ejecución y cumplimiento provocan problemas a las víctimas de infracciones y afectan a la tutela judicial que, finalmente, no es efectiva.

6.2. Conclusiones derivadas

1. La tutela judicial es fundamental en un Estado que tiene como el más alto deber respetar y hacer respetar los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales,

³⁷ Al respecto puede consultarse el Libro III del COIP que se ocupa de la ejecución, concretamente consta una sección única, el artículo 667 se refiere al cómputo de la pena, pero no hay normas sobre la ejecución de la reparación integral.

la Constitución y la ley, a fin de que no queden en letra muerta. El ciudadano acude al sistema de justicia para que sus derechos e intereses sean protegidos, allí cobra sentido que el Estado, a través de sus órganos judiciales, debe garantizar tutela efectiva, derecho fundamental con contenido esencial amplio;

2. La reparación integral es un derecho reconocido en instrumentos internacionales y en las legislaciones nacionales, sus componentes son amplios y lo ha ido desarrollando la jurisprudencia internacional sobre todo en materia de violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, su noción y contenido esencial son plenamente aplicables al sistema de justicia interno de un Estado y en diferentes materias, los mecanismos de reparación que deban disponerse dependerán del caso concreto;
3. Existe un vínculo e interdependencia indisoluble entre la tutela judicial y la reparación integral, simple y llanamente quien accede al sistema de justicia no solo aspira una declaración en sentencia en relación a sus derechos o intereses legítimos, persigue que lo resuelto por el juez sea cabalmente cumplido y ejecutado, de allí que afirmamos que sin reparación integral no existe tutela judicial efectiva;
4. En materia de reparación integral se ha avanzado en su reconocimiento en la constitución y la ley; pero aún no es eficaz por los problemas que presenta, fundamentalmente en las reparaciones incompletas o limitadas al aspecto económico o material, y por la falta de normas y procedimientos para permitir una ejecución sencilla, oportuna y eficaz.

7. Bibliografía

- Recurso de Amparo, 500-1982 (Tribunal Constitucional de España 20 de julio de 1983).
- Constitución de la nación Argentina. (3 de enero de 1995). Buenos Aires, Argentina.
- Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, Serie C, número 246, párrafo 271 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012).
- Acción Extraordinaria de Protección, 198-14 (Corte Constitucional del Ecuador 13 de noviembre de 2014).
- Acción Extraordinaria de Protección, 135-14 (Corte Constitucional del Ecuador 17 de Septiembre de 2014).
- Sentencia Corte Constitucional , C-180-14 (Corte Constitucional de Colombia 2014).
- Caso González y otros, 1631-2013 (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal 24 de Noviembre de 2015).
- Alexi, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- Convención Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica.
- Aromi, Gabriela, *Reparación del daño, tercera vía del sistema penal*. Mave, Buenos Aires, 2013.

- Benavidez Ordóñez, Jorge, *Un repaso general a la teoría de los derechos fundamentales*. En J. y Benavidez Ordoñez, *Manual de Justicia Constitucional ecuatoriana*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, (págs. 73-98), 2013.
- Carbonel, Miguel. *Curso Básico de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Jurídicos Carbonell, a.C. Mexico D.F., 2015.
- Constitución de la República del Ecuador. Quito.
- Ecuador, C. C. (13 de junio de 2013). *Acción Extraordinaria de Protección*. Quito.
- Ecuador, C. N. (13 de diciembre de 2013). *Ley para la reparación de las víctimas y la judicialización de graves violaciones de derechos humanos y delitos de lesa humanidad ocurridos en el Ecuador entre el 4 de octubre de 1983 y 31 de diciembre de 2008*. (R. O. 143, Ed.) Quito.
- Escudero Soliz, Jhoel. *Reconocimiento Constitucional a la reparación integral y su complicado desarrollo en el Ecuador*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2013.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del mas débil*. Trotta, Madrid, 1999.
- Naciones Unidas. O. d. (16 de Diciembre de 2005). *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*.

- Ojeda Hidalgo Álvaro. La responsabilidad objetiva del Estado en la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia. *Boletín Institucional Corte Nacional de Justicia del Ecuador*, 10-17, 2017.
- Oyarte, Rafael. *Debido Proceso*. Quito, 2016
- Pico i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997
- Naciones Unidas, O. d. (2005). *Principios Básicos sobre el derecho a interponer recursos y a obtener reparaciones*.
- Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*, Temis. S.A. Bogotá, 2010.
- Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación Jurídica*. Edilex, Guayaquil, 2010.

Procesos penales como causal de refugio: Discriminación y debido proceso

Gonzalo Emmanuel García Steeman
*Consultor de la ACNUR**

Sumario:

1. Introducción; **2.** Definición de refugiado: elementos y proceso; **3.** Legislación discriminatoria y aplicación discriminatoria de la ley; **4.** Proceso de Extradición y proceso de refugio; **5.** Debido proceso (en general); **6.** El debido proceso penal (en particular); **7.** Conclusiones; **8.** Bibliografía.

* Se hace hincapié en que los criterios vertidos en este trabajo no corresponden a la ACNUR, sino son de absoluta responsabilidad del autor.

1. Introducción

Al hablar de refugiados hacemos referencia, en rasgos generales, a personas que se encuentren fuera del territorio del que nacieron o que habitaban y que hubieran huido de allí ya que su estadía en ese lugar afectó o afectaría de manera inminente su vida, su seguridad, su libertad o algún otro derecho fundamental. Cuando recurrimos a los elementos constitutivos de la definición técnica de refugiado que se plasman en las convenciones y protocolos nos topamos con conceptos ambiguos que, prima facie, podrían dar lugar a diversidad de interpretaciones pero, gracias a la labor del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, existen directivas, manuales, directrices y otro tipo de documentos que proponen interpretaciones que permiten obtener mayor claridad.

Todos esos elementos, ambiguos o no, son utilizados dentro de un proceso administrativo por medio del cual se reconoce o se deniega la condición de refugiado de una persona. Este proceso de elegibilidad supone nada más y nada menos que analizar la descripción de los hechos realizada por el individuo en su entrevista personal a la luz de los elementos que componen la definición de refugiado (temor; fundado; persecución; motivo convencional; no pueda o no quiera acogerse a la protección).

Este proceso intelectual de constatación de los elementos en razón de la descripción individual parece no ofrecer mayor dificultad cuando existe un agente determinado o determinable que de manera ilegítima haya lesionado, lesione o amenace con lesionar un derecho del individuo. Pero no siempre es así. Existen numerosas ocasiones en que el fundamento para

solicitar asilo proviene de la persecución judicial que realiza un Estado. Es decir, la razón que motivó a un individuo a dejar su país de nacionalidad o residencia es la existencia de un proceso judicial en su contra que podría acarrearle la privación de su libertad. Incluso, puede complejizarse si existiera un pedido de captura internacional que derive en un proceso de extradición que, necesaria e inevitablemente, inmescuya al poder judicial del país requerido. Esto redundará en intervenciones cruzadas desde dos poderes del Estado: el Poder Ejecutivo analizando la petición de refugio y el Poder Judicial analizando el pedido de extradición.

Aquí trataremos de exponer sucintamente tres casos en los cuales el proceso penal iniciado en el país de origen o residencia del solicitante puede redundar en la configuración de una persecución ilegítima y habilitar la protección internacional: legislación discriminatoria, aplicación discriminatoria de una ley que no se presente como discriminatoria, manifiestas violaciones al debido proceso en el país de origen. Para ello se expondrá ciertos criterios que sostiene el ACNUR en sus directrices, enunciar los efectos y las implicancias del proceso judicial de extradición tramitado en paralelo y proponer ciertos parámetros del debido proceso penal para incorporar al análisis técnico de la condición de refugiado.

2. Definición de refugiado: elementos y proceso

La convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en su primer artículo define al refugiado, en primer término, como todo aquel que haya sido reconocido como tal por

instrumentos anteriores a esa convención y, en segundo término, a toda persona

[q]ue, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Según el Manual de Procedimientos y Criterios Para Determinar La Condición de Refugiados del ACNUR (en adelante “El Manual del ACNUR”)¹, la primera definición refiere a aquellas personas que hayan recibido protección internacional de forma previa a la entrada en vigor de esta convención. La intención era evitar el desamparo de aquellas personas que contaban con algún tipo de documentación que les brindaba un mínimo de protección (por ejemplo el Pasaporte Nansen o algún certificado emitido por la Organización Internacional de Refugiados) para que no quedaran desamparadas luego de la entrada en vigor de esta convención.

Mientras la primera parte de la definición supone que la autoridad de aplicación solo se limite a constatar la existencia

¹ ACNUR, Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios Para Determinar La Condición de Refugiados, 2011, pág. 11

de una protección previa a la convención de 1951 para reconocer el estatuto de refugiado, la segunda parte de la misma expresa los elementos que serán tenidos en cuenta a la hora de evaluar la necesidad de la protección del solicitante: 1) temor, 2) fundado, 3) persecución, 4) motivo convencional, 5) no pueda o no quiera acogerse a la protección del Estado.

En cuanto al límite temporal para la protección que se fija en la Convención de Refugiados de 1951 (acontecimientos anteriores al 1° de enero de 1951) cabe señalar que la misma fue modificada por el Protocolo de 1967. No era más que la consagración de la intención de los Estados de obligarse por aquellos desplazados a causa de la segunda guerra mundial, intención que colisionó con el devenir de la historia.

Por último, existen instrumentos regionales como *la Declaración de Cartagena sobre refugiados* o *La Convención De La OUA Por La Que Regulan Los Aspectos Específicos De Problemas De Los Refugiados En África* que al tratar de contemplar las realidades locales aportan una ampliación en la definición de refugiado. En estas se propone incluir dentro del concepto de refugiado a aquellas personas que se vieran compelidas a abandonar su estado de residencia o nacionalidad por situaciones graves (agresión extranjera, perturbaciones graves del orden público, violencia generalizada, conflictos internos, violaciones masivas de los derechos humanos) que hubieran puesto en riesgo su vida, seguridad o libertad. Esta definición no supone de ninguna manera abarcar problemas de extradición ni de procesos judiciales en el país de origen por lo que no será tenida en cuenta.

2.1. Elementos y procesos

Ahora bien, en cuanto a la definición clásica de refugiado ¿Qué es temor? ¿Cuándo un temor está fundado? ¿Cuándo se configura una persecución? ¿Qué tipo de persecución es representativa para el derecho de los refugiados? ¿Cuáles son los motivos convencionales? El Manual del ACNUR nos ofrece lineamientos que clarifican todos y cada uno de los conceptos aunque, como veremos, en algunos de ellos no logran alcanzar la exhaustividad que se requiere para hacer un análisis preciso.

Previo a comenzar, corresponde señalar que se trata de un análisis progresivo donde solo nos avocaremos al análisis de los elementos subsiguiente una vez que se dé por cumplida el elemento previo: una vez constatado elementos que permita tener por configurado el temor del solicitante se procederá a analizar el carácter fundado del mismo (de otro modo, si no pudiéramos individualizar temores sería imposible buscar pruebas de que objetivamente ocurre); ya precisado un temor y advertida la factibilidad del mismo en razón del panorama objetivo del país de origen o residencia habitual, se procederá a analizar si existió una amenaza o una violación a algún derecho; individualizada la persecución se debe analizar si tal violación o amenaza tuvo o tendría razón de ser en uno de los motivos convencionales; finalmente, se deberá procurar conocer los dispositivos de protección disponibles en el Estado en cuestión para saber si era posible para el individuo su activación o, en su defecto, determinar la eficiencia de los mismos. La ausencia de cualquiera de estos elementos impide la configuración de la definición de refugiado.

En cuanto al **Temor**, El Manual del ACNUR² refiere que se trata de un concepto subjetivo que exige poner el foco en el punto de vista del autor, atender a la declaración brindada por el peticionante de refugio en ocasión de la entrevista de elegibilidad. Se trata de poder captar las situaciones que el solicitante advierte y expresa como riesgosas. Este elemento debe ser analizado con escisión de lo que objetivamente ocurre en su país de origen ya que eso se evaluará en el paso siguiente.

El solicitante puede referir a cualquier situación que haya atravesado él, sus amigos, familiares o conocidos sin necesidad de individualizar al autor de tales actos o las razones de los hechos: por ejemplo, puede manifestar que un grupo de personas lo hostigaba constantemente por su orientación sexual o por ser de una casta en particular o, también, que el estado apresó a su familia por una filiación política que en realidad no tienen. Cualquiera de estos supuestos sería suficiente para tener configurado el temor.

Una vez que se constate la existencia del elemento temor, se procederá a analizar el carácter **Fundado** del mismo, lo que implica remitirnos a fuentes confiables que permitan comprobar si lo descrito por el solicitante se condice con la situación objetiva del país de origen o de residencia habitual. Esto supone otorgar un marco fáctico al relato abstracto que se analizó en el punto previo, corroborar si el temor que alberga la persona solicitante encuentra correlato con una situación material que se produjo o se está produciendo en el lugar de donde huyó el individuo.

² ACNUR, Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios, p. 12

Al introducirnos al concepto de **persecución** ya la misma agencia reconoce que no existe una definición unívoca de este término y que todo proyecto para clarificarlo ha sido fallido. De todas formas sugiere que toda afectación efectiva, todo acto tendiente a tal fin o toda amenaza a la afectación de la vida o la libertad u otro derecho fundamental del individuo configurará persecución³. Por ejemplo, podemos hablar de persecución cuando un Estado promulga una ley por medio de la cual se prohíbe o se penaliza la práctica de cierta religión ya que afecta la libertad de culto; cuando se emiten leyes que imponen penas a las personas por su orientación sexual; cuando es la sociedad quien realiza crímenes de odio contra personas pertenecientes a un colectivo en situación de vulnerabilidad; cuando un grupo armado sindicado a una persona como un enemigo y amenaza o atenta contra su vida; cuando el Estado no reconoce el derecho de los objetores de conciencia respecto del servicio militar obligatorio, etc.

En este punto es donde comenzará nuestro periplo, ya que es aquí donde El Manual del ACNUR⁴ señala que la persecución debe ser distinguida del castigo por un delito de derecho común ya que si se trata de este último nos estaremos enfrentando a un evasor de la justicia y no a un refugiado. Si bien el ACNUR señala en un principio que “Conviene tener presente que un refugiado es una víctima, o una posible víctima, de la injusticia y no un prófugo de la justicia”, luego admite que la situación puede prestarse a confusiones ya que la persona puede estar evadiéndose de

³ ACNUR, Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios, pág. 15

⁴ ACNUR, Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios, pág. 16

un castigo excesivo o que la causa judicial este fundada en una ley persecutoria.

Frente a esta confusión, el ACNUR en el apartado 59 de El Manual sugiere “(...) remitirse a la legislación del país de que se trate, pues cabe la posibilidad de que una ley no esté en consonancia con los principios reconocidos de derechos humanos” y completa tal recomendación aclarando que “(...) lo más frecuente es que la discriminación no esté en la ley, sino en la forma de aplicarla”. Concluye ese apartado con un ejemplo categórico que abre la propuesta de este trabajo: “El enjuiciamiento por un delito contra el “orden público”, por difundir impresos clandestinos, por ejemplo, puede servir de pretexto para la persecución de una persona a causa del contenido político de la publicación”.

Para superar este escollo el mismo instrumento de ACNUR sugiere “(...) recurrir a los principios enunciados en los diversos instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos”. Estos párrafos resultan, a las claras, insuficientes frente a la compleja tarea de afrontar el análisis técnico de una solicitud de refugio que se funda principalmente en una causa penal (en proceso o concluida), en el país de origen o de residencia y que, en varios casos, trae a cuevas un pedido de extradición.

Constatada la existencia de un temor fundado de persecución debe procederse a analizar si el mismo es a causa de alguna de los **motivos convencionales** que se encuentran taxativamente previstos en los instrumentos internacionales: raza, religión, nacionalidad, pertenecía a determinado grupo social

u opiniones políticas. Resultará indistinto si la persona es perseguida por uno o más motivos convencionales o si realmente ostenta el carácter que se le atribuye (es decir, no importa si realmente esa persona profesa tal religión o si tiene determinadas opiniones políticas, será suficiente con el perseguidor se las atribuya). Por otro lado, en ciertas ocasiones el solicitante ignora las razones que motivaron la persecución o tal vez sabe las razones pero puede no expresarlas tan claramente. Es por esto que es labor del agente encuadrar de manera correcta la situación, eximiendo al solicitante de tener que hacerlo.

Finalmente, en cuanto a la **posibilidad o intención de acogerse a la protección de tal país** se analizará, por un lado, cual es el marco contextual de posibilidades del solicitante de procurar la ayuda de las autoridades del Estado: el Estado este incapacitado para brindar la ayuda necesaria, el problema sea tal que las herramientas puestas a disposición por el Estado resulten altamente insuficientes, el estado se niegue a brindar protección a esta persona. Por otro lado, se debe analizar la intención del Solicitante de procurar la protección del Estado lo cual no pretende escrutar la voluntad del solicitante en activar los medios de protección dispuestos por el estado, se trata de que no quiera recurrir a las herramientas estatales porque eso podría configurar un riesgo en sí mismo.

3. Legislación discriminatoria y aplicación discriminatoria de la ley

Mientras El Manual, como indicamos en el acápite anterior, nos sugiere genéricamente que la legislación o su aplicación

puede ser contraria a los principios de derechos humanos y así configurar persecución en términos de la convención de 1951, la labor del ACNUR en la producción de directrices sobre temáticas específicas nos permite precisar e identificar tipos de normativas o formas de aplicación que darían lugar a tal interpretación. Con tal premisa remitiremos a tres directrices que refieren a posibles persecuciones fundadas en legislaciones violatorias de derechos humanos que, aun pudiendo derivar en procesos judiciales en razón de un presunto delito del derecho común, podrían dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado:

- a) Las “DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 6: Solicitudes de Asilo Por Motivos Religiosos Bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 Sobre el Estatuto de los Refugiados”.
- b) Las “DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967”; y
- c) Las “DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 10: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con el servicio militar en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967”.

La primera directriz sobre solicitudes de Asilo por Motivos Religiosos comienza realizando una diferenciación entre distinción y discriminación remitiéndose a las palabras del Comité de Derechos Humanos al establecer que toda limitación será dispuesta con fines específicos, que los medios utilizados serán proporcionados respecto de ese fin y que su aplicación no podrá ser discriminatoria⁵. Posteriormente, expone la posibilidad de la existencia de normativa discriminatoria que, a pesar de ello, no llegue a configurar persecución: “18. La existencia de leyes discriminatorias normalmente no constituye persecución en sí misma, aunque puede ser un factor importante -incluso un indicador- que debe tomarse en cuenta. Una evaluación de la implementación de tales leyes y sus efectos, es crucial para establecer si existe persecución”⁶.

Complementariamente, la misma directriz consagra la posibilidad de que ciertas discriminaciones se encuentren enmascaradas bajo presuntas distinciones: “19. La discriminación también puede tomar la forma de restricciones o limitaciones en las creencias o prácticas religiosas. Por ejemplo, se establecen penas por la conversión a una fe diferente (apostasía) o por realizar proselitismo o por celebrar festivales religiosos asociados con una religión determinada”⁷.

⁵ ACNUR, DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 6: Solicitudes de Asilo Por Motivos Religiosos Bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 Sobre el Estatuto de los Refugiados, 2004, pág. 5

⁶ ACNUR, DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 6, 2004, pág. 6

⁷ ACNUR, DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 6, 2004, pág. 6

La Directriz No. 9 de Octubre de 2012 se enfoca en los casos de abusos y violaciones experimentadas por personas pertenecientes al colectivo de personas lesbianas, gay, bisexuales, transgenero e intersexuales (en adelante “LGBTI”). El Colectivo LGBTI en cualquier parte del mundo suele ser víctima de violencia física y sexual (que pueden materializarse en violencia o violaciones correctivas, entre otros tipos de violencias), de torturas, de detenciones arbitrarias, de negación o restricción de derechos de iure y de facto (por ejemplo cuando la marginación social produce la restricción de su ámbito laboral a peluquerías o la prostitución), de privación de la libertad (por leyes discriminatoras), de asesinatos. Estas vejaciones pueden ser ejercidas por agentes Estatales (como la policía, en un ejercicio abusivo de su autoridad, o por el parlamento y la judicatura al penar la orientación sexual o la auto percepción y al efectivizar esas leyes discriminatoras) como por agentes no estatales (la sociedad en general y la familia en particular puede ser quien ejerza esa violencia correctiva o violaciones correctivas, quien margine y excluya a la persona, quien niegue salud y trabajo por su orientación o identidad de género, etc.).

La Directriz No. 9 expresa que “[l]a orientación sexual y/o identidad de género del solicitante pueden ser relevantes en la solicitud de la condición de refugiado cuando él o ella teme algún daño de persecución por motivo de su orientación sexual y/o identidad de género real o percibida, que no se ajusta o no se considera que se ajusta a las normas políticas, culturales o sociales predominantes”⁸. Para dimensionar el criterio

⁸ ACNUR, DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la

de ACNUR, ese temor o ese daño puede reducirse a la lisa y llana imposibilidad de ser como uno es, a verse compelido a ocultar su orientación sexual o su identidad de género por temor a cualquier tipo de represalias.

En lo que respecta a este trabajo, el ACNUR es concluyente al sostener que “[I]a detención, incluida la detención en instituciones psicológicas o médicas, basada únicamente en la orientación sexual y/o la identidad de género se considera una violación de la prohibición internacional contra la privación arbitraria de la libertad, y normalmente constituiría persecución”⁹. Más adelante en la misma directriz, se analiza la situación de los ordenamientos jurídicos que establecen como delito las relaciones consensuadas entre personas del mismo sexo. Allí se amplía el criterio ya que incluye el riesgo de persecución o castigo como evidencia de la persecución, ya no la reclusión sino la mera posibilidad de ser procesado y penado por la práctica de la orientación sexual. Enumera a la pena de muerte, la prisión o el castigo corporal severo, la flagelación como riesgos de castigos que evidencian particularmente la persecución¹⁰.

Por último, y en concordancia con lo dicho al comienzo de este trabajo, no solo se trata de las leyes sino también en la forma en que son aplicadas: puede ocurrir que no existan leyes penales específicas que tipifiquen la práctica sexual sino

identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, 2012, p.10

⁹ ACNUR, DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 9, 2012, p. 14

¹⁰ ACNUR, DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 9, 2012, p. 16

que la aplicación de leyes generales como aquellas que velan por la moral pública y/o buenas costumbres puedan ser aplicadas y ejecutadas de manera selectiva contra personas LGBTI constituyéndolas en persecutorias por su aplicación¹¹.

Por su parte, la Directriz No. 10 se enfoca en la situación que deben atravesar los objetores de conciencia en aquellos países que tienen servicio militar obligatorio. En esta, el ACNUR reconoce el derecho de los Estados de exigir a sus ciudadanos la realización de un servicio militar sin que esto implique, per se, una violación a los derechos de los individuos. Incluso, los Estado están facultados para sancionar a aquellos que deserten o evadan el servicio militar siempre y cuando estas normas cumplan con los estándares internacionales y cuando tal evasión o deserción no sea el ejercicio de otro derecho como puede ser la libertad de conciencia.

Las consecuencias de violentar la ley del servicio militar obligatorio configurarían persecución si existiera una amenaza contra la vida, la libertad, la integridad física y psíquica del solicitante como si existiera riesgo de otras violaciones a sus derechos humanos o de daños graves. Entre estas posibilidades la Directriz No. 10 enuncia “(...) los castigos desproporcionados o arbitrarios por negarse a hacer el servicio militar del Estado o participar en actos contrarios al derecho internacional – tales como penas de prisión excesivas o castigos corporales – sería una forma de persecución. Otros derechos humanos que están relacionados con este tipo de solicitudes

¹¹ ACNUR, DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 9, 2012, p. 17

incluyen la no discriminación y el derecho a un juicio justo, así como las prohibiciones contra la tortura o los tratos inhumanos, el trabajo forzoso y la esclavitud/servidumbre”¹². Concluye esta parte del análisis desestimando la configuración de una persecución en los casos que el Estado no prevé una eximición o un servicio alternativo si las consecuencias de su incumplimiento solo redundaran en riesgos teóricos o que no se hacen efectivos.

Ahora bien, si el marco legal ofreciere un servicio alternativo al servicio militar obligatorio, se deberá analizar si el mismo es accesible, si es proporcional en su duración y respetuoso en las tareas que asigna. Cuando el servicio alternativo se encuentra previsto en la ley pero las condiciones son de cumplimiento imposible o cuando el tiempo de duración carece de criterios objetivos y razonables será posible no considerar al servicio alternativo como una opción viable, manteniendo la tacha de persecución sobre el servicio militar.

En síntesis, según los criterios dispuestos por el ACNUR en sus directrices y en concordancia con su interpretación general, podemos deducir que para poder advertir si una causa penal contra el solicitante encubre una persecución es necesario:

I. Analizar la normativa (si ostenta carácter discriminatorio)

¹² ACNUR, DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 10: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con el servicio militar en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967, 2013, P.12

- II. Analizar el marco jurídico aplicable a la situación en su totalidad
- III. Analizar la forma de aplicación y ejecución de la normativa (norma, prima facie, igualitaria que solo se aplica contra personas de determinados perfiles)
- IV. Analizaros efectos en la aplicación de la normativa (normativas sin visos de discriminación ni aplicación discriminatoria pero que al efectivizarlas producen afectaciones de derechos humanos)

4. Proceso de Extradición y proceso de refugio

Previo a analizar el último supuesto sobre vulneraciones al debido proceso como causal de persecución en el marco de la determinación de la condición de refugiado, corresponde abocarnos a una explicación sucinta sobre la interrelación entre el proceso judicial de extradición y el procedimiento administrativo de determinación a fin de exponer los elementos del primero que funcionaran de insumo esencial respecto del segundo.

La extradición suele estar regulada por tratados bilaterales particulares entre estados a la vez que en Ecuador, subsidiariamente, se encuentra regulado por la Ley 24.ro/Sup 144 de 18 de Agosto de 2000 de Extradición. Esta última prevé un procedimiento mixto que involucra tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Judicial y que exige una actuación articulada.

En una primera etapa, el Estado requirente presentará por vía diplomática o, en caso de ausencia, de gobierno a gobierno

el pedido extradición del individuo y acompañará diversos elementos probatorios (la sentencia o el auto de prisión preventiva, datos del individuo requerido, textos legales sobre delito, pena y prescripción e, imperativamente, garantías suficientes cuando la posible pena sea una de muerte, tratos corporales, inhumanos o degradantes). El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana debería analizar tales documentos para determinar si cumplen con las exigencias del artículo 7 de la Ley de Extradición ya que la falta de alguno de ellos producirá la devolución de la solicitud. Empero en la práctica ocurre que la documentación es remitida directamente a la Corte Nacional de Justicia, sin que se aplique este filtro, la Corte es quien finalmente cumple con esa tarea.

La autoridad central en temas de extradición es el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, quien con el pedido, aun incumpliendo con algún elemento y si así lo requiriese el peticionario, puede solicitar la prisión preventiva de la persona requerida. Si así fuere, dará intervención a la Policía Nacional para que proceda a la detención preventiva para poner al individuo a disposición de esa Presidencia. El Estado requirente tiene la obligación de formalizar el pedido de extradición, dentro del plazo que los convenios internacionales así lo determinen, de así hacerlo, el Presidente de la Corte Nacional convocará a audiencia; de no cumplirse se ordenará la inmediata libertad.

La Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, efectivizará el derecho a ser oído, en donde el individuo requerido, en audiencia, manifestará si consciente o no la extradición; de así hacerlo se concederá la misma. De haber negativa, se

convocará a una posterior audiencia, en donde interviene la Fiscalía General del Estado a nombre del país requirente, en tanto que el requerido deberá estar asistido de un defensor. La decisión que se tome el Presidente, en cualquiera de estas audiencias, es apelable ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Penal Policial de la Corte Nacional de Justicia.

Finalmente, una vez que exista decisión suprema respecto de la procedencia de la extradición, esta se corre traslado al Jefe de Estado ecuatoriano, quien podrá denegar tal decisión fundándose en ejercicio de soberanía nacional, al principio de reciprocidad o razones de seguridad, orden público u otros intereses esenciales para el Estado de Ecuador. Así decidido, deberá comunicarse tal decisión al presidente de la Corte Nacional de Justicia para que se disponga la libertad.

El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y la Corte Nacional de Justicia, esta última como órgano central encargado de tramitar la extradición, evaluarán los elementos que están previstos expresa y taxativamente en la ley de Extradición:

- a. pena prevista para el delito imputado –que no sea menor a un año, aunque existen excepciones– (art. 2)
- b. Si la condena fue dictada en rebeldía (artículo 3);
- c. Si se trata de la extradición de un nacional ecuatoriano (art. 4)
- d. jurisdicción –que no corresponda Ecuador ejercer jurisdicción– (art. 5 , num. 1)
- e. carácter del delito –que no sea político– (art. 5, num. 2);

- f. delito estuviera exclusivamente previsto por la ley penal militar (art. 5, num. 3);
- g. proceso tramitado ante tribunales excepcionales (art. 5, num. 4);
- h. acción o pena prescripta (art. 5, num. 5)
- i. *ne bis in ídem* (art. 5, num 6)
- j. existencia de garantías respecto de la no aplicación de pena de muerte o penas que atenten contra su integridad corporal, tratos inhumanos, crueles o degradantes (art. 5, num. 7)
- k. garantía de nuevo juicio en caso de condena en rebeldía (art. 5, num.8)
- l. Condición de asilado del requerido (art. 5, num. 9)
- m. el proceso evidencia propósitos persecutorios por razón de las opiniones políticas, la nacionalidad, la raza, el o la religión de las personas involucradas o que la situación de la persona corra riesgo de agravarse por ello (art. 6, num. 1);
- n. persona menores de dieciocho años (art. 6, num. 2)
- o. si el Estado requirente no garantizara computar el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extradición, como si el extraditado lo hubiese sufrido el curso del proceso que motivó el requerimiento (art. 13, primer párrafo in fine).
- p. La exigencia de una pena mínima.

De lo expuesto previamente, podemos advertir que todo el análisis supone una evaluación superficial de la situación ya

que los tribunales no deben analizar ni el hecho, ni la culpabilidad, ni siquiera la prueba utilizada para imputar a la persona que se pretende extraditar.

De todos los elementos enumerados previamente existen dos que resultan de interés para el proceso de la determinación de la condición de refugiado como son el artículo 5, numeral 2 y el artículo 6, numeral 1 que hablan de delitos políticos y de propósitos persecutorios. De todas formas, como se desprende de lo antedicho, estos encuentran su límite en la imposibilidad de los jueces de entrometerse en la culpabilidad, en el hecho en cuestión, en las pruebas utilizadas o en la calificación del delito imputado salvo que sea manifiestamente persecutorio (artículo 6, numeral 1).

Concomitantemente a todo este procedimiento de extradición se procesa la solicitud de refugio en el ámbito de la Comisión de Refugiados y apátridas. Como puede advertirse de lo desarrollado hasta aquí, “[l]a extradición y la determinación de la condición de refugiado son dos procesos distintos que tienen propósitos diferentes y se rigen por criterios legales diferentes” y que “[l]as personas encargadas de la toma de decisiones en cualquiera de estos procesos deben poseer conocimientos, pericia y destrezas específicas”¹³.

De todas formas, cada proceso puede incidir directamente en el otro por lo que ambos procesos no deberían hacerse

¹³ ACNUR, *Nota De Orientación Sobre La Extradición Y La Protección Internacional De Los Refugiados*, 2008, P. 31

de forma aislada. Con tal lógica, el ACNUR expresamente sostiene que “[e]s preciso que las autoridades competentes tomen en consideración todos los aspectos pertinentes con el fin de tomar una decisión adecuada, tanto en el procedimiento de asilo como en el de extradición”¹⁴. Esto queda en evidencia, por ejemplo, con la prueba que se genera en el proceso judicial de extradición, normalmente condensada en un cuadernillo de extradición, donde consta todos los elementos que hubiera utilizado para proceder a su imputación y su pedido de captura internacional. Este compendio suele contener información relevante del caso particular que pueda poner en evidencia o desmentir el carácter persecutorio de tal proceso judicial.

Corresponde aclarar que toda la información que se genere en el marco del proceso de extradición puede incidir en el proceso de determinación de la condición de refugiado pero no viceversa ya que el principio de confidencialidad imperante a lo largo de la totalidad del procedimiento impide que la información producida en el marco de ese procedimiento sea divulgada. De utilizarse tal información dentro del marco del proceso judicial de extradición podría incurrirse en responsabilidad internacional.

Resumiendo, mientras el proceso de extradición supone la constatación de ciertos requisitos de forma o superficiales de fondo como advertir la existencia de un tipo penal coincidente en ambas legislaciones (más allá del nombre que ostente) o la falta de prescripción del delito, el proceso de determinación

¹⁴ ACNUR, *Nota De Orientación Sobre La Extradición*, 2008, P. 31

de la condición de refugiados pretende advertir si es que tal proceso penal no tiene una intención encubierta del Estado de hacerse del individuo para poder privarlo de su libertad a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. El proceso de extradición y el proceso de determinación de la condición de refugiados tienen amplias diferencias aunque podrán incidir uno en el otro. Esta situación podrá generar más de una confusión ya que habilita a la posibilidad de que el Poder Judicial tome una decisión mientras que el Poder Ejecutivo (por medio de las Comisiones de Refugio y Apatridia), aparentemente, tome una decisión contraria.

5. Debido proceso (en general)

Tiempo atrás, Murillo resaltaba la importancia de las normas y estándares de derechos humanos para complementar, fortalecer y nutrir el derecho de los refugiados a la vez que señalaba la necesidad de propender a identificar medidas prácticas que materialicen la complementariedad entre el Derecho de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹⁵.

Posteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) coincidiría con él al pronunciarse en la sentencia del 25 de noviembre de 2013 sobre el “**Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional de Bolivia**”. En ese fallo la Corte IDH se detiene a analizar las garantías mínimas

¹⁵ Murillo González, Juan Carlos, *La protección internacional de los refugiados en el Sistema Interamericano de derechos humanos*, 2008,

del debido proceso en procedimiento de carácter migratorio y las garantías mínimas del debido proceso en procedimientos para determinar la condición o Estatuto de Refugiado. De este fallo podemos advertir las implicancias y los alcances del artículo 8 de la Convención Americana sobre el Debido proceso. La Corte IDH explica que:

(...) [El debido proceso] refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. (...) [C]ualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

Si bien se desprende de este párrafo que el artículo 8 sería la base del derecho a un debido proceso, el mismo no se agota en él sino que tiene relación con el artículo 7 (en aquellos incisos que consignan los requisitos para privar a alguien de su libertad –incisos 3,4,5 y 6–), artículo 9 (principio de legalidad y no retroactividad de la ley penal), artículo 10 (condena por error judicial), artículo 24 (igualdad ante la ley), artículo 25 (derecho a un recurso) y artículo 27 (suspensión de garantías).

Podemos tomar el desarrollo de Rodríguez Rescia¹⁶ en la materia, en primer lugar, para decir que “[e]l Derecho al

¹⁶ Rodríguez RESCIA, V. M., “El debido proceso legal y la convención americana sobre derechos humanos” en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio* Vol. II, p. 1295-1328

debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso”¹⁷. En segundo lugar, para enunciar una serie de elementos que el mismo autor enuncia como componentes del Derecho al debido proceso como el cumplimiento del **Derecho general a la justicia** (la existencia de un sistema de administración de justicia: órganos judiciales, disponibilidad del aparato judicial para resolver conflictos, un proceso tendiente a garantizar un recurso de todos los habitantes sin discriminación y en condiciones de igualdad), **el derecho y principio general de igualdad** (prohíbe cualquier tipo de discriminación procesal), **justicia pronta y cumplida** (sentencia en tiempo y forma sin dilaciones, dentro de un plazo razonable para impedir que las personas estén bajo acusación por periodos excesivos), **derecho a la legalidad** (solo puede haber un proceso en razón de una norma previa al hecho emanada de órgano competente y por medio del procedimiento dispuesto), **derecho de defensa en general** (supone garantizar la igualdad de armas y de audiencia previa, de imputación e intimación y de una resolución fundada), **debido proceso en materia penal**.

El derecho a **una justicia pronta y cumplida** es uno de aquellos que pueden tener incidencia en el proceso de determinación de la condición de refugiado ya que los Estados podrían sostener una causa o proceso judicial por excesivo tiempo con el objeto de someter y mantener en vilo al individuo. El cumplimiento de este derecho se evalúa a la luz de la

¹⁷ *Ibíd*em, 1296

complejidad del caso, de la actividad procesal del interesado y de la conducta de las autoridades judiciales. La Corte IDH ha sostenido en el caso Genie Lacayo -citado por Rodríguez Rescia- que “cuando se excluya la investigación policial y el plazo que empleó la Procuraduría general de la de la República de Nicaragua para formular acusación ante el juez de primera instancia... realizando el cómputo a partir de [la] fecha en que e[l] juez dictó el auto de apertura del proceso, hasta [el momento] en que todavía no se ha[bía] pronunciado sentencia firme, [transcurrieron] más de cinco años en este proceso, lapso que esta Corte considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención”¹⁸. Por lo tanto, si un procedimiento judicial se ha extendido en el tiempo por un plazo irrazonable por causas ajenas al solicitante, podría tenerse por configurada una violación al derecho a una justicia pronta y cumplida.

Más allá de lo señalado en el párrafo ut supra y las restantes observaciones que se podrían hacer respecto de los demás derechos atinentes y constitutivos del derecho al debido proceso, el *debido proceso en materia Penal* es aquel en el que haremos énfasis ya que lo que se trata de dilucidar aquí son aquellos elementos que hagan al proceso penal iniciado en el país de origen del solicitante y que pudieran ser de utilidad en el análisis de la determinación de la condición de refugiado.

¹⁸ Ibidem, 1304

6. El debido proceso penal (en particular)

El *debido proceso en materia penal* se pone de manifiesto por medio de los siguientes derechos y principios: el derecho de defensa en sí, el principio de legalidad, el principio de juez regular o natural, el principio de inocencia, el principio in dubio pro reo, el derecho a una sentencia justa, el principio de doble instancia y la cosa juzgada.

6.1. Derecho de defensa en sí

El *derecho de defensa* en sí supone en primer término y casi como un prerrequisito, el *derecho a un traductor o interprete* que permita al imputado tener conocimiento cierto y completo de lo que se le está imputando, de las consecuencias, del proceso que se va a seguir, de la posibilidad de contar con un representante legal, etc. Es decir, permitirle al imputado comprender todos y cada uno de los pasos y los extremos del proceso que se llevará en su contra.

En segundo término, comprende el *principio de intimación e imputación* que se materializa, por un lado, dándole a conocer al imputado las razones por la que fue detenido y los cargos que pesan sobre él y las consecuencias de tal imputación en el primer momento procesal que se tenga (principio de intimación). Y por otro lado (principio de imputación), conocer la autoridad que emitió la acusación así como la acusación formal con la clara individualización del imputado, la descripción detallada, precisa y clara del hecho y del tipo penal con los fundamentos de derecho de la acusación, la pretensión punitiva y las pruebas fundantes.

Sobre este principio, en contrario de lo que sostiene Rodríguez Rescia, la Corte IDH en la sentencia del 21 de octubre de 2016 sobre el fondo, reparaciones y costas en el *caso Pollo Rivera y Otros vs. Perú* (en adelante, caso pollo Rivera y Otros) ha señalado que:

189. El derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso. Ese derecho obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. De acuerdo con lo anterior, “impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada.

Aplicando tal criterio al caso en cuestión, la Corte IDH interpretó que a pesar de no haber sido notificado desde el inicio (la causa penal en Perú contra Pollo Rivera se inició el 21 de noviembre de 1996 y el solicitante tomaría conocimiento de la misma en enero de 2000) esto no afectó ni limitó el ejercicio de su derecho de defensa en los términos de la convención.

En tercer término, *derecho a un tiempo y a medios adecuados para preparar la defensa*, lo cual supone que el individuo imputado cuente con la posibilidad de ofrecer prueba, ofrecer declaraciones, pedir careos, solicitar documental, testigos, entre

otras medidas probatorias. Aquí cabe traer a colación -como lo hace Rodríguez Rescia¹⁹ - el fallo de la Corte IDH “*Loayza Tamayo*” donde se consideró que la tramitación sumarísima de un proceso es igualmente violatoria del debido proceso y a que impide un ejercicio pleno del derecho de defensa.

En cuarto término, el *derecho a una defensa material* (aquellas acciones que realiza el individuo por sí como declarar, negarse a declarar, opinar sobre las pruebas, etc.) o a una *defensa técnica* (contar con un defensor letrado). Esto, según doctrina de la Corte IDH²⁰, exige que el Estado disponga de algún medio para poder garantizar el acceso a la asistencia legal (defensa técnica) bajo apereamiento de considerar de imposible cumplimiento el requisito de agotamiento de los recursos de jurisdicción interno. Otra implicancia de este derecho es la libre y confidencial comunicación entre cliente-letrado: por ejemplo, la incomunicación entre letrado y cliente puede generar violación del derecho de defensa salvo que se trate de una medida excepcional y de breve duración -según caso Suárez Rosero como lo cita Rodríguez Rescia²¹-. Lo mismo ocurriría si no se garantiza un espacio de confidencialidad entre el letrado y el cliente para preparar su defensa.

En quinto término, el *acceso irrestricto a las pruebas con la posibilidad de combatirlas* lo que supone que el individuo pudo conocer las pruebas que se utilizaron en su contra, puede

¹⁹ Ibidem, 1310

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-11/90 sobre Excepciones al agotamiento de los recursos internos (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana Sobre Derechos Humanos) de fecha 10 de agosto de 1990

²¹ Ibidem, 1312

rebatirlas, puede solicitar nueva prueba, entre otras cosas. Este derecho incluye la posibilidad de convocar a los testigos que el desee, convocar a testigos o peritos propuestos por la parte acusatoria para repreguntarles o para recusarlos, la fiscalización de la legalidad de la prueba obtenida y utilizada.

En el caso de *Pollo Rivera y Otros*, el tribunal analizó la utilización de pruebas testimoniales obtenidas al comienzo que no hubiera sido contrastada ni combatida por el solicitante ya que no supo del proceso sino hasta 4 años después. El Tribunal entiende que solo serán válidos esos testimonios siempre y cuando fueran ratificadas por la persona que la brindo en el nuevo juicio oral, “De lo contrario, la falta de control de la defensa del imputado sobre la prueba inicial u originalmente producida no es subsanada por la mera evacuación de esa prueba testimonial en un nuevo proceso, atentando así contra su derecho de defensa”(página 56).

En sexto termino, el *derecho a no declarar contra sí mismo* lo que redundo en la nulidad de toda declaración que realice el imputado tendiente a inculparse del delito. Este derecho procura evitar cualquier coacción ilegítima que puedan realizar las autoridades con el objetivo de obtener una confesión. Incluso, varias constituciones Nacionales o sistemas penales internos suelen extender este derecho a la imposibilidad de declarar contra parientes.

Finalmente, en séptimo término, el derecho a un proceso público.

6.2. Principio de legalidad

El principio de legalidad contiene la máxima de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* y el principio de irretroactividad de la ley penal lo cual garantiza que una persona solo pueda ser perseguida penalmente por un acto que haya estado tipificado de forma clara y precisa en el ordenamiento penal vigente con anterioridad al hecho. En palabras de la propia convención, “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable”.

En este punto es dable remitirse al fallo de la Corte IDH en el caso *De la Cruz Flores contra Perú* sobre el fondo, reparación y costas del 18 de noviembre de 2004 la corte se expresó que respecto de la irretroactividad de la ley penal:

Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales. Por otro lado, si esto no fuera así, los particulares no podrían orientar su comportamiento a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos del principio de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito. Asimismo, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido.

Con esa inteligencia y afirmando que a la demandante De La Cruz Flores se le habría aplicado un decreto Ley posterior a los actos imputados, la Corte resolvió que el Estado peruano había violado el principio de no retroactividad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana (Caso De La Cruz Flores Vs. Perú, 2004, pág. 59)

6.3. Principio de juez natural

El juez natural es aquella instancia judicial que hubiera sido designada por la ley previa al hecho para entender de determinadas causas (por su materia, gravedad, territorio grado y jurisdicción) y que le permitan ejercer su jurisdicción sobre el mismo. Esta garantía impide el juzgamiento por un tribunal distinto o la creación de un tribunal específicos que quiten a la persona de la órbita de aquel tribunal que hubiera tenido competencia según la ley vigente al momento del hecho.

El fallo *Loayza Tamayo* de la Corte IDH es uno de los que analiza esta situación ya que pone en evidencia como la competencia judicial dispuesta por ley cedió ante decretos presidenciales que disponían la competencia de tribunales militares para materias de actos terroristas. **Los decretos tuvieron el**

efecto de aplicarse retroactivamente para actos cometidos de forma previa a su entrada en vigencia. Este accionar del Estado peruano nos proporciona un ejemplo paradigmático de cómo puede violarse el principio de juez natural.

6.4. El principio de Inocencia

Toda persona será considerada inocente y tratada como tal hasta que exista una condena firme derivada de un proceso regular y legal que indique su culpabilidad. Esto implica que recaerá en el acusador demostrar la culpabilidad del individuo con la imposibilidad de invertir esta lógica, es decir, que sea el individuo quien deba demostrar su inocencia. Complementariamente, este principio restringe fuertemente la posibilidad de detención preventiva de esa persona limitándola solo a casos extraordinarios: cuando exista riesgo de fuga, cuando se tema que su libertad pueda afectar el proceso o las pruebas o para prevenir repetición de hechos graves.

6.5. Principio in dubio pro reo

Principio que exige al juez que cualquier duda sea resuelta o interpretada a favor del imputado, esto es tanto en las condiciones constitutivas del sujeto (como son su situación socio-económica) como en lo que refiere a la condena final. La resolución solo puede ser condenatoria cuando se superó el umbral de la duda razonable, cuando el juez tiene plena certeza de que el imputado es la persona que llevó a cabo el acto que se le imputa. Cualquier duda sobre la persona en particular, su rol en cuanto al acto, el acto en sí o cualquier extremo de la imputación debe resolverse por la inocencia del imputado.

6.6. El derecho al procedimiento

En primer lugar, se encuentra el *principio de amplitud de la prueba*, siendo el objetivo principal del procedimiento penal la averiguación de la verdad material, se exige incluir toda prueba que no sea manifiestamente impertinente.

En segundo lugar, el *principio de legitimidad de la prueba* que supone la exclusión del acervo probatorio a cualquier medio de prueba que haya sido obtenido de manera ilegítima.

En tercer lugar, el *principio de inmediación de la prueba* que se concreta con el acceso de manera directa, inmediata y simultánea a la prueba por todas las partes intervinientes en el proceso.

En cuarto lugar, el *principio de identidad física del juzgador*, que supone que debe ser la misma autoridad judicial, el mismo juez, quien entienda desde el comienzo hasta la conclusión del caso y que el mismo tiene que ser conocido por las partes a los fines de poder ejercer el derecho de recusación.

En quinto lugar, *el impulso procesal de oficio*, el cual insta al juez a realizar toda diligencia necesaria para que no se produzcan dilaciones injustificadas en el proceso ni se corra riesgo de afectar los derechos del imputado.

En sexto y último lugar, el *principio de valoración razonable de la prueba* que exige del juzgador valorar la totalidad de la prueba producida y recibida a la luz de la sana crítica racional y de criterios objetivos, excluyendo valoraciones arbitrarias o erróneas.

En el *caso Pollo Rivera y Otros vs. Perú*, se ha expresado sobre ampliamente sobre esto y ha establecido que deben excluirse las pruebas obtenidas bajo tortura independientemente si tienden a auto inculpar a quien la realiza o a un tercero, del grado de coacción y del resultado. **La obtención de pruebas mediante torturas o la amenaza de tortura, la falta de respeto al derecho a no declarar contra sí mismo configura para la Corte IDH una violación al artículo 8.2.g) de la Convención.**

6.7. Derecho a una sentencia justa

El derecho a una sentencia justa engloba una serie de principios que deberían estar ínsitos en el proceso y en el fallo final. En principio, todas las normas procesales deben ser interpretadas a favor de que se tome una decisión de fondo y nunca como un obstáculo para alcanzarla (principio pro sententia). También se exige que exista una lógica correlación entre acusación, prueba y sentencia, lo que impide a las autoridades fallar con fundamento en pruebas o debates ajenos a lo debatido en el proceso (principio de congruencia de la sentencia).

6.8. Principio de doble instancia

El principio de doble instancia garantiza que el imputado contará con la posibilidad de recurrir el fallo ante otro juez o tribunal superior a fin de poder otorgarle al mismo la posibilidad de que se salven aquellos errores que pudiere haber tenido el tribunal que entendiera en un primer momento. Este principio se encuentra controvertido en cuanto a su extensión ya que puede suponerse que una instancia superior

revisora del derecho es suficiente garantía mientras que otras posturas sostiene que la revisión del derecho es insuficiente y para la satisfacción de este derecho se requiere una instancia que analice hecho y derecho de lo actuado por el tribunal previo.

6.9. Principio de cosa juzgada

Una vez que se ha alcanzado una sentencia firme en una causa penal esta no cabe una reapertura de la misma en perjuicio del imputado, solo a favor de este. En caso de que se pretenda juzgar nuevamente por una materia ya fenecida, el solicitante puede alegar *ne bis in ídem* que representa la imposibilidad jurídica de ser juzgado nuevamente por los mismos hechos.

En la sentencia del 17 de septiembre de 1997 en el *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú* sobre el Fondo, la Corte IDH reafirma lo dicho *ut supra* y analiza que la demandante fue procesada y absuelta por el fuero privativo militar por el delito de traición a la patria el 05 de marzo de 1993, juzgado especial de Marina que remitiría lo actuado a la jurisdicción común para que la misma sea procesada por el delito de terrorismo en razón de los mismos hechos y las mismas pruebas. Este accionar resulta contrario al principio de *Ne Bis in ídem*. En palabras de la Corte IDH:

76. La Corte considera que en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra “absolución”, sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse

incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió absolverla.

77. De lo anterior la Corte concluye que, al ser juzgada la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar, el Estado peruano violó el artículo 8.4 de la Convención Americana.

7. Conclusión

El proceso para la determinación de la condición de refugiado supone la consecución de actos que deriven en el reconocimiento o en el rechazo del estatuto de refugiado de una persona en particular. Cualquier decisión que se alcance en una petición particular puede signar la vida de esa persona ya que se trata de reconocerla como merecedora de protección internacional o considerarlo un migrante más.

La existencia de causas judiciales en el país de origen representan un reto para el análisis técnico de la condición de refugiado ya que la falta de guías o instrumentos específicos exigen remisión a otros elementos que permitan dilucidar si ese proceso judicial *prima facie* legítimo oculta la persecución que el solicitante pretende alegar. Para ello el ACNUR sugiere expresamente la remisión a la ley del país para advertir si esas leyes están o no en consonancia con principios de derechos humanos, corroborar si la forma de aplicación de esa ley es respetuosa o discriminatoria, si la imputación que se le hace al solicitante no alberga subrepticamente, por ejemplo, cuestiones político. En ciertas directrices

específicas reafirmó el marco propuesto para el análisis ampliándolo un poco al sugerir analizar el marco jurídico aplicable a la situación en su totalidad sin limitarse a la norma particular, la forma de aplicación y ejecución de la normativa y los efectos en la aplicación de la normativa (proporcionalidad y razonabilidad). Subsidiariamente concluye afirmando la posibilidad de “(...) recurrir a los principios enunciados en los diversos instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos”.

Utilizando este último parámetro hemos sugerido como elemento para incluir al análisis técnico los derechos que componen el debido proceso en general y el debido proceso penal en particular. El debido proceso como derecho puede servir como eje fundamental al momento de analizar las solicitudes de refugio que cuentan con un pedido de extradición realizado desde el Estado de nacionalidad del individuo ya que en ellos la autoridad de aplicación podrá requerir a las autoridades judiciales el Cuadernillo de Extradición y extraer de allí todos los indicios que resulten relevantes: las leyes utilizadas para procesar al solicitante, el tipo penal imputado, los hechos precisos que se imputan al solicitante, las pruebas utilizadas, el respeto al juez natural, etc. Asimismo, sugerimos complementar esos principios con los criterios que surjan de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya que ésta cuenta con facultad para interpretar los derechos humanos en la región, fijando una línea interpretativa clara que, incluso, puede llegar a servir para resolver debates doctrinales (como el señalado en el derecho de intimación e imputación).

Con tal inteligencia y a modo de recomendación podría sugerirse ciertas violaciones graves al debido proceso como indicios que podrían poner de manifiesto el carácter persecutorio ínsito en un proceso penal: la existencia de un proceso penal que perdure en el tiempo por un plazo irrazonable sin condena en ninguna instancia por culpa ajena al solicitante (caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua (fondo, reapraciones y costas)* de Sentencia de fecha 29 de enero de 1997); la utilización de imputaciones indeterminadas que impidan identificar el delito imputado y/o el acto o rol que cumplió el solicitante en el mismo; la imposición de un defensor que no fue aprobada por el individuo; no garantizar la comunicación entre defensor y defendido (según doctrina *Suarez Rosero*); impedir al solicitante acceder al expediente y a la prueba que pesa contra él; la utilización de pruebas irregulares (por ejemplo, prueba obtenida bajo tortura); procesos fundados en autoincriminación; procesos fundados en normativa reñida con el principio de legalidad (por ejemplo, delitos de asociación ilícita interpretados de una manera excesivamente extensa a fin de incluir acciones claramente ajenas al espíritu de la misma como ocurre en el Caso *De La Cruz Flores*); procesos realizados ante jueces que prima facie no serían quienes deberían resolver en la materia (caso *Loayza Tamayo*); cuando la persona sufrió detención preventiva prolongada sin que hubiera condena y se la está requiriendo por el mismo delito yendo contra el principio de inocencia; cuando el solicitante le denegaren persistentemente y sin mayores fundamentos la presentación de una prueba que considere ineludible; cuando la sentencia que pese sobre el solicitante resulte manifiestamente irrazonable según la derivación de la prueba y el proceso; cuando la persona hubiera obtenido diversas sentencias absolutorias

pero la justicia continúe pretendiendo procesar por los mismos hechos (caso *Loayza Tamayo*).

Claramente, de darse algunos de los ejemplos enunciados, de manera aislada y exclusiva o simultánea y concurrente, no resultará indefectiblemente en el otorgamiento del estatuto de refugiado, solo deberían servir como indicios al momento de determinar la condición de refugiado de un solicitante.

8. Bibliografía

- ACNUR. (2004). *Directrices sobre protección internacional no. 6: Solicitudes de Asilo Por Motivos Religiosos Bajo el Artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 Sobre el Estatuto de los Refugiados*.
- ACNUR. (2008). *NOTA DE ORIENTACIÓN SOBRE LA EXTRADICIÓN Y LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS*. Ginebra.
- ACNUR. (2011). *Manual y Directrices Sobre Procedimientos y Criterios Para Determinar La Condición de Refugiados*. Ginebra: ACNUR.
- ACNUR. (2012). *DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 9: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y/o la identidad de género en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/*. ACNUR.

- ACNUR. (2013). *DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN INTERNACIONAL NO. 10: Solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con el servicio militar en el contexto del artículo 1A (2) de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y/o su Protocolo de 1967*. ACNUR.
- Caso De La Cruz Flores Vs. Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos noviembre 18, 2004).
- CASO FAMILIA PACHECO TINEO VS. ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS noviembre 25, 2013).
- Caso Loayza Tamayo Vs. Perú (Fondo) (Corte Interamericana de Derechos Humanos septiembre 17, 1997).
- CASO POLLO RIVERA Y OTROS VS. PERÚ (Fondo, Reparaciones y Costas) (CORTE IDH OCTUBRE 21, 2016).
- Murillo González, J. C. (2008). La protección internacional de los refugiados en el Sistema Interamericano de derechos humanos. *SESIÓN ESPECIAL SOBRE TEMAS DE ACTUALIDAD DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS*. Costa Rica: ACNUR.
- RODRÍGUEZ RESCIA, V. M. (2008). EL DEBIDO PROCESO LEGAL Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. In varios, *LIBER AMICORUM HÉCTOR FIX-ZAMUDIO VOL. II*. San Jose, Costa Rica: Secretaria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El estado social, el derecho penal y el pluralismo jurídico: Caso ecuatoriano

Álvaro Román Márquez

*Catedrático de la Universidad Central del Ecuador
y de la Universidad Andina Simón Bolívar*

Sumario:

1. Introducción; **2.** Sociedad moderna, control social, Estado, política criminal, derecho penal; **3.** Estado social: límites al poder punitivo; **4.** Pluralismo jurídico y estado social, reformulación, análisis de las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador. Casos “La Cocha”, “Waoranis-Taromenane”; **5.** Bibliografía

1. Introducción

Para el objeto de este trabajo la sociedad moderna no será estudiada en una forma exhaustiva, sino como es entendida esta realidad en la forma excluyente. Esta es una construcción que en un primer momento se desarrolló en crítica revolucionaria de la sociedad feudal, monárquica, con estructura social estamental, de sometimiento, discriminación, cada grupo de poder era fuente de su propio derecho; por ello, en reacción a esa forma social y cultural, emerge la modernidad, cuyas características serán descritas y estudiadas en líneas posteriores, pero en una primera aproximación podríamos decir que se la ha relacionado con el desarrollo del capitalismo mercantil, industrial y globalizante, por lo que con base a la ideología del grupo hegemónico, se ha construido una de las herramientas más eficientes, el Estado, que sirve para legitimar el poder frente a la población a través de: el monismo jurídico; el poder punitivo para coaccionar a las conductas que afecten esas normas creadas por esa ficción jurídica, (en esta parte también se han generado límites para la construcción y aplicación de este poder); y, el mantener una sociedad homogénea sometiendo a los demás integrantes de la misma a través del derecho.

En ese sentido, esta construcción también origina la creación del Estado Moderno, que ha evolucionado a la par del reconocimiento de los derechos, así el Estado de Derecho, con los derechos civiles, políticos; el Estado social con el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales; y, el Estado constitucional como evolución de la constitución como norma jurídica y los derechos colectivos.

Esta sociedad moderna entro en crisis debido a que los seres humanos eran tratados con discriminación propias del capitalismo industrial, por ello surgen las posiciones críticas que fueron emergiendo a partir de 1918¹ y se acentuó después de la Segunda Guerra Mundial, lo que provocó una ruptura de esta modernidad que hizo visible todo lo que había sido negado y olvidado por ésta con respecto a los grupos sociales que se encontraban en situación de discriminación como son: trabajadores y campesinos, más aún la sociedad en sí, que no era propietaria de las grandes industrias. En ese sentido estos grupos sociales fueron emergiendo para visibilizar los sistemas de explotación laboral, la situación de condiciones inhumanas de trabajo, vivienda, salubridad, el analfabetismo, y con esas necesidades sociales hacen una propuesta para reformular y exigir el cambio total de esta construcción del conocimiento hegemónico.

Además, estas posiciones críticas fue el reconocimiento de la existencia de otras formas de cultura, en consecuencia, otra forma epistémica de conocer el mundo y de entender la realidad, para el caso que nos interesa el reconocimiento de otras fuentes generadoras de derecho.

En América Latina se presentaron posiciones críticas que fueron desarrollándose desde la posición marxista, primero en Chile, Argentina y México (décadas del sesenta y setenta)

¹ En 1917 es el triunfo de la revolución bolchevique y la implementación del marxismo como un modelo alternativo y critico frente al modelo capitalista. Y en 1918 el triunfo de la revolución en México y la implementación de la Constitución de Querétaro con el reconocimiento de los derechos sociales en especial de los derechos al trabajo, a la tierra.

y posteriormente se comienza a dar una propia respuesta desde este lado del mundo (capitalismo marginal) surgiendo el nuevo derecho constitucional latinoamericano, que inicia en 1988 en Brasil, 1991 en Colombia, 1993 en Venezuela, 2008 en Ecuador y 2009 en Bolivia, en estos dos últimos casos debemos anotar la creación del Estado con el reconocimiento de la plurinacional como proyecto político, cultural, jurídico, en el que se hace la crítica del modelo hegemónico y homogéneo de la sociedad en esos países, como causantes de crisis, surgiendo la necesidad del reconocimiento de los nuevos movimientos sociales, constituyéndose éstos en sujetos colectivos de derechos.

De igual manera, la sociedad moderna a través del Estado ha elaborado el subsistema penal con base a los derechos individuales en donde de a poco han ingresado los derechos sociales, y escasamente los derechos colectivos con el fin de ser tutelados.

En esa construcción del poder punitivo, los derechos se constituyen en límites propios de la intervención estatal y de su poder punitivo, al convertirse en límites deslegítiman al poder para visibilizar la divergencia que existe entre la norma constitucional y su aplicación en la norma secundarias y en las políticas públicas. Como hemos mencionado, el tema se centrará en el Estado Social, esta ficción jurídica tiene en primie face la intervención estatal en la economía y el reconocimiento de los derechos sociales como el trabajo, la educación, la salud, la vivienda.

También el Estado social tiene relación con el derecho penal bajo el modelo propuesto por Santiago Mir Puig, quien sostiene que dicha intervención tiene que ver con la utilidad

que el derecho penal debe hacer en la protección de la sociedad, pero garantizando los derechos de las personas procesadas, este autor español distingue principios que restringe esta intervención: a. de utilidad de la intervención penal, b. la mínima intervención: de subsidiaridad y fragmentariedad, y, c) de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Con toda esta construcción desde la sociedad moderna y desde la del Estado, sustentada en la visión ideológica de monismo jurídico, de coacción y de una sociedad homogénea, las teorías críticas han visibilizado lo oculto-negado y provocan que emerja y se construya una sociedad y un Estado más plural, y por lo mismo una reconstrucción de la realidad social y estatal en relación con el derecho penal.

En la parte final del presente trabajo se intentará evidenciar brevemente, la necesidad de que esta intervención estatal deba ser reconstruida frente al pluralismo jurídico existente en el Ecuador, todo ello teniendo al Derecho Constitucional como marco referencial.

Haremos una crítica desde la dogmática de la construcción del discurso dominante que todavía procura el ocultamiento y por lo mismo continuar con la subordinación, es así como ejemplo más claro, las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador en los casos puntuales de “La Cocha” y de los Waoranis, que podrían ser criticadas desde el principio de la utilidad de la intervención del Estado. O en la norma de la propia Constitución y del COIP si efectivamente se está reconociendo la mínima intervención en el reconocimiento de los derechos colectivos, o si estos están siendo efectivamente

reconocidos como una forma jurídica como bienes jurídicos, según esas sentencias, en especial La Cocha, tiene un problema de entender la forma de vivir en comunidad y creer que no protege el bien jurídico vida. Así mismo en la segunda sentencia, en cambio la falta de comprensión de la norma que rige en esas comunidades y la imposición de la norma estatal con el consejo del error de prohibición.

2. La Sociedad Moderna. Control Social, Estado, Política Criminal y Derecho Penal

2.1. Sociedad moderna

En un primer momento el foco de estudio será descriptivo, iniciaremos con la interrogante ¿Qué es la sociedad moderna? determinaremos los elementos que la forman y que provocan la crítica y su reformulación.

En un primer momento la sociedad moderna se fue gestando como el proceso de crítica del modelo feudal y estamental europeo, tuvo su punto culminante e inicio en la Revolución Francesa, este hecho produjo la ruptura y emergió como esa posición hegemónica de la cultura occidental.

Los elementos que se pueden identificar y atribuir a esta modernidad como un discurso hegemónico fue el diseño social, cultural, epistemológico, jurídico y económico, en primer momento como una forma instrumental frente a las posiciones existentes y en segundo momento se determinó estrategias contra las resistencias para anularlas o negarlas.

Desde lo epistemológico fue adoptar la posición positivista y racionalista, este fue en oposición a la forma de conocimiento divino que era producto de la dominación de la religión católica, como una forma de reducción de la realidad, ya que, tanto en lo científico como en el derecho, se orienta con el determinismo como método de conocimiento del mundo y de la realidad explicada por la causalidad.

Con esa posición positivista se introdujo en un primer momento el medio para que todos los territorios dominados por esta modernidad, se deban orientar, así todo conocimiento científico era considerado como tal si cumplía con los criterios: de objeto, método, verificación y socialización. Cuando se presentaban otras formas de conocimiento, se crearon estrategias para su negación total como formas de entender y conocer el mundo y la realidad, por ejemplo, en la antropología, en un primer momento llamaba a los pueblos originarios como primitivos e incivilizados; luego evoluciona hacia la antropología de la integración, pero continuaba el sometimiento de éstas formas por medio del multiculturalismo; y por último, la antropología de la interculturalidad.

En la sociología como sostiene Boaventura de Souza Santos, la sociología de ausencia y la de emergencia. En el Derecho la construcción de la utilización del método cartesiano de reducir y la implementación del método analítico, lógico, sistemático hace que se produzcan las exclusiones, negaciones y posterior integración y ahora se construye para la interculturalidad.

Así mismo como se mencionó, esta sociedad moderna introdujo la concepción de que todo en el mundo se explica

desde la razón, olvidando la comunicación, el dialogo, esto quiere decir, que si no estaba escrito no se puede aceptar como una producción racional, los mayores defensores de la racionalidad son Santo Tomas de Aquino, Rousseau, Kant entre otros.

En lo político, la sociedad moderna implemento el Estado de Derecho con elementos demoliberales, esto es, se crean la división de poderes, la democracia representativa (aristocracia y democracia), se le adjudica el monopolio de la elaboración de la leyes del poder punitivo y de la violencia estatal como medio de control social, la creación del Estado también implicó el surgimiento de la burguesía como clase dominante y la creación de la burocracia como forma de tecnificación de la presencia del Estado frente a la sociedad. Así mismo se generó el laicismo, separando a la iglesia de las decisiones de gobierno, así como la división de derecho y moral. Se excluyente a quienes no tenían la categoría de ciudadanos. Se desarrollaron estrategias como los conceptos de nación, gobierno unitario, soberanía.

En lo social, nació una nueva estructura social como forma de poder compuesta por la burguesía, los trabajadores, la burocracia; la iglesia como una forma todavía de ejercicio de poder social; y el pueblo. La forma social se logró construir alrededor del discurso burgués en forma hegemónica, una sociedad homogénea socialmente, todo lo que no forma parte de aquello, no se lo aceptaba, se consideraba antisocial. No se reconoció otra forma de estructura social como por ejemplo la comunidad o los pueblos indígenas.

En lo económico, surgió en forma paralela el capitalismo mercantil, luego el industrial y actualmente el globalizante; en lo relacionado con la propiedad se privilegió la privada individual frente a otras formas de propiedad. Como se creó el Estado este fue la forma del nuevo monopolio en ser el propietario. La función social, en un primer momento era un límite a la propiedad privada, en la evolución el nuevo Estado, cuando se declara social y de mercado, la propiedad social se complementa con la privada coexistiendo siempre en la función de la propiedad de las tierras.

La relación capital vs trabajo como elemento de crítica desde la aparición del socialismo como modelo económico, se genera como nuevas categorías antagónicas, en la primera etapa de la sociedad moderna y como se sostuvo en el capitalismo tanto mercantil como industrial, fueron de desigualdad permanente y empobrecimiento de la clase obrera, con el seguimiento de la intervención del Estado en su modelo social se puede corregir estas distorsiones y se promueve la igualdad material y de oportunidades. En la actualidad con el capitalismo globalizante se ha flexibilizado nuevamente esta relación y provoca conflictos sociales, por lo que el Estado debe intervenir para solucionar el desequilibrio que se presenta entre la acumulación y el generar cuestiones de índole social.

Para evitar el reconocimiento de las propiedades ancestrales se recurrió a la ficción de que el Estado es el único y último propietario, además, la propiedad y la iniciativa privada eran el centro del desarrollo normativo, un ejemplo de ellos es el Código Civil de origen francés.

En el ámbito jurídico, la construcción del derecho fue contradecir al derecho natural con la posición del positivismo jurídico, el mismo debía tener los criterios de neutralidad, autonomía, abstracción, jerarquía, lógica-coherencia, completo, universalidad, general, además uno de los elementos esenciales debe ser escrito para originar el nacimiento del principio de legalidad que tiene como finalidad la seguridad jurídica y conseguir que las decisiones de las autoridades estén reguladas y sean previsibles, en oposición de las formas de legislación del antiguo régimen.

A más de los criterios anteriores, el derecho de la modernidad se origina en el desarrollo de la posición racionalista del mismo, es decir, que debe ser producto de concebir la relación del pensamiento con el mundo (cómo lo que es puede ser captado por la mente)², por lo que existe dos racionalismos, el absoluto y el relativo, el primero que origina el absolutismo ético que sustenta la tiranías, y el segundo que es el relativismo ético que sustenta la democracia. Estas posiciones son desarrolladas en la cultura occidental, por lo que el primero es sustento de la metodología al fenómeno de la colonialidad del saber, ya sirvió a la religión y al conocimiento del grupo hegemónico para la imposición del mismo en los pueblos originarios de esta parte del mundo llamada *Abya Yala*. También debe ser producto de una autoridad que tenga la voluntad de hacerlo, por lo que es mudable a pesar de que siempre se busca lo implícito del derecho antiguo; también

² Melgarito Rocha, Alma Guadalupe, *Pluralismo Jurídico: la realidad oculta análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas*, Ed. UNAM, México, 2012, Pág. 15.

con la producción del derecho por cada Estado se supera el particularismo regional y el derecho común (derecho romano) existente en la edad media. En la actualidad se sigue manteniendo este elemento cuando el Estado tiene la producción legal de las normas, pero surgen otras fuentes del derecho y emergen el pluralismo jurídico.

Otra particularidad de este derecho es el imperativismo de sus cuerpos normativos (Pufendorf) que se origina con el concepto de autoridad, la que lo elabora y por eso continua el dominio de posición voluntarista del derecho³, siendo uno de sus requerimientos el que sea obedecido en sus mandatos y prohibiciones; esta fuerza del derecho de obediencia es producto de la mente, y su conocimiento es la forma de seguirlo, esto se profundiza con el nacimiento del Estado moderno y una de sus presunciones que es “el desconocimiento de la ley no exime la responsabilidad”, con esta ficción jurídica lo que logra es su legitimación.

Siguiendo en la descripción de los elementos del derecho de la modernidad, este debe ser visto en la lógica de la posición positivista del mundo y como una construcción de la ciencia, Leibniz y Wolf consideran que el derecho es un dato como los otros datos de la realidad, por lo que su conocimiento es como los otros conocimientos. Por ello es descriptivo, lógico, sistemático y conceptualista. Por estos elementos el conocimiento del derecho se centra en el derecho antiguo y no daba posibilidad al nuevo u otras posiciones y, además,

³ No hay que olvidar que esta posición fue iniciada por San Agustín a finales del siglo V d.c.

puede ser estudiado como se estudiaba a las ciencias y sería el fundamento para la teoría pura del derecho de Kelsen, que solamente es un descripción, negando la posibilidad de la prescripción, de entender el derecho como el deber ser que no podía originarse en el ser (ley de Hume).

Esta construcción genera la codificación moderna, fruto de la voluntad innovadora y racionalizadora. Esto facilitó las formas de interpretación como las del legislador. Esta técnica codificadora generada por esta ideología leibniziana produce códigos con pretendida sistematización y duración⁴.

En ese mismo sentido, el derecho según esta posición debe ser simple, claro y conciso, con el objetivo de permitir a cualquiera hacer de Juez. Con esta construcción, también se permitió desde lo político solucionar tres problemas: 1. La pluralidad de estatus de sujetos o pertenencia de clases. 2. La pluralidad de los modos de usufructo de los bienes que eran tipificados por el derecho; y, 3. La extremada variedad de bienes. Como se solucionó la codificación el primer problema, con el sujeto único y trasladan a los predicados las diversas posiciones de sujetos. Así mismo se solucionó con la igualdad formal ante la ley. La solución al segundo problema fue reducir los usufructos y los bienes a los derechos reales del derecho romano⁵.

Otro elemento es la posición laica, la separación de derecho y moral, con la construcción de Kelsen se mantiene en

⁴ Tarello, Giovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995, Págs. 39-47.

⁵ *Ibidem*, 49-55.

todo momento, pero ya no solo es la posición del positivismo jurídico formal, sino que surge otro positivismo jurídico axiológico, son las posiciones críticas en las que deben existir valores éticos políticos que sean fundamentales, orientadores y críticos en la elaboración de las leyes.

Y, por último, el elemento de la coacción que debe tener el derecho para que pueda ser cumplido por los destinatarios de las normas como son los legisladores, los jueces y los ciudadanos.

Esta descripción breve ha pretendido delimitar los aspectos más relevantes que han sido producto del discurso hegemónico de la modernidad y de su grupo dominante, la burguesía, con el objeto de negar y someter para sostener su legitimidad política, social, cultural, económica y jurídica.

Una vez realizado el ejercicio anterior, podemos entender que de la construcción de la racionalidad, de ver el mundo y la realidad, surgen las otras formas de carácter normativo (ética, sociales), con la finalidad de mantener un orden como producto de esa racionalidad, es por ello esta ideología desarrolla diversos dispositivos y medios entre ellas el control social y el Estado.

2.2. Control social

Cuando se redujo la tensión entre el conocimiento abstracto y la realidad social, la sociología comienza a elaborar su estudio de la comunidad y sus conflictos, entre ellos el estudio del problema de la violencia social y delincuencia, para poder entender el mismo y tratar de encontrar las soluciones.

Como se ha sostenido, esta disciplina tiene injerencia de la construcción del discurso hegemónico que se identifica con el desarrollo del capitalismo mercantil, industrial y globalizante, este desarrollo industrializado que se presenta con el establecimiento de fábricas, por ejemplo la de los automóviles Ford, hace que las personas se agrupen en las ciudades y el problema que se produciría en la convivencia entre diversas culturas, etnias y multiculturalismo; ante esta realidad cultural, las ciencias como la antropología y la sociología cambiaron su foco de interés y evolucionan de la negación u ocultamiento, y superan a la etapa de la integración de los mismos en las ciudades. Esta integración produce una subordinación con las reglas de conducta social de la sociedad hegemónica, en este caso la norteamericana, y deben someterse a esa cultura.

Para conseguir esta finalidad se diseñan medios de control social basados en la comunidad y en los grupos de relación primarios, y, también medios formales y secundarios como el derecho y la coacción ante su incumplimiento. Estos medios evitan la desorganización social, ya que estas formas de control generan en el individuo cuatro aspiraciones: el deseo de experiencias nuevas, deseo de ser reconocido, deseo de poder y por último el deseo de seguridad⁶.

Esto conlleva que estos medios ayuden a interiorizar las normas para que se integren y que no existan conductas contrarias a las expectativas sociales. El hecho que se disminuyan la influencia de las reglas de conducta, existentes y conocidas, que

⁶ Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Ed. Puerto, Buenos Aires, 2006, Pág. 253.

controlan a los individuos y al grupo, produce desorganización social. Por ello la sociedad moderna no puede permitir este debilitamiento que se produce por la influencia de los migrantes, etnias u otras culturas, por lo que busca nuevos métodos de control social para solucionar los problemas que se presentan de esta interacción social y también a nivel individual.

Uno de los métodos de control social es el diseño de la política pública criminal para construir las normas del derecho penal conforme a las necesidades del control social. En ese sentido el derecho penal se convierte en esa fuente de control social con el objetivo de motivar a través de la norma penal y de la pena, para que los individuos se abstengan de realizar dichas conductas prohibidas, y en el caso la sociedad deberá acudir a la segunda para reforzar el cumplimiento de las normas⁷.

Como consecuencia hemos justificado la necesidad para la implementación de este control social, de la creación del Estado y sus políticas públicas de toque burocrático, que deben tener como finalidad el enfoque de preocupación de solucionar los problemas de índole social.

Para el desarrollo de la política pública criminal será necesaria la creación de la institución, del cuerpo normativo que determine la competencia de esas instituciones encargadas de la implementación y el presupuesto que se debe asignar para el desarrollo de esta decisión de índole político que pretende satisfacer la necesidad social.

⁷ Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Ed. Temis, Bogotá, Pág. 22-38.

Además, uno de los objetivos de esta política criminal como el derecho penal, deben normar y limitar a esta violencia estatal legitimada constituyéndose en los límites a esa intervención punitiva, como Estado de Derecho, será el principio de legalidad con las tipificaciones de las conductas prohibidas en forma exclusiva reservado a la ley; desde el Estado Social son: de utilidad de la intervención penal, de subsidiaridad y fragmentariedad, de exclusiva protección de bienes jurídicos.

2.3. Estado

La sociedad moderna, como convivencia social e interacción, genera violencia privada, sea individual, social o delin cuencial, provocada por el debilitamiento de las normas de control social primario y secundario. En busca de prevenir que la violencia privada se generalice, los teóricos políticos crearon una institución de carácter político, jurídico y burocrático denominada Estado, con el fin de mantener el orden social y normativo que se ha creado, para el manteniendo de la regularidad de las expectativas sociales.

Esta persona jurídica tiene elementos que han surgido como crítica del modelo de la edad media, que se fundamentaba en la concentración del poder, la herencia o sucesión del poder entre los gobernantes por pertenecer a la familia que había sido elegida, se tenía un derecho con varias fuentes (derecho canónico, real, de los municipios, de los señores feudales), sus sociedad era estamental (existiendo la desigualdad), el derecho penal era de autor (se juzgaba por cuestiones de personalidad, ser hereje, blasfemo, bruja, homosexuales, vagos, mendigos, etc.) el proceso penal era inquisitivo: por el

secreto de la investigación, la denuncia anónima, los jueces eran elegidos por el Rey, la tortura era un medio de prueba, castigo y la pena generalizada la pena de muerte, además, se ejercía en el cuerpo del procesado o sentenciado.

Producto de la crítica nace el Estado moderno, con principios moliberales, su construcción se refleja en el Estado de Derecho, siendo su característica principal el sistema democrático como forma de gobierno, por lo tanto existe la división de poderes, la seguridad jurídica y el principio de legalidad (es el gobierno de las leyes); otro de los elementos es el reconocimiento de los derechos de libertad, políticos, las libertades tanto negativa como la abstención del Estado y como libertad positiva cuando el individuo se proyecta a la sociedad y debe respetar el derecho de los demás; la soberanía como concepto generado para la autodeterminación de los pueblos a gobernarse política y normativamente frente a otros Estados, y, además como soberanía popular que radica en el pueblo para la elección de sus representantes, siendo esto una superación del monopolio en el Rey y en los emperadores.

Este ente tiene como finalidad principal servir de instrumento para eliminar la violencia privada y ser quien en forma exclusiva imponga el poder punitivo, que se expresa mediante la violencia estatal legitimada, que se aplica en sus diversas formas por ejemplo, el ejército, la policía, el sistema penal, la función judicial, la fiscalía, las cárceles; estos medios deben lograr el orden social y la paz social. El poder punitivo, el poder de sancionar, tiene como elemento configurador la violencia estatal, esta debe ser regulada a través de la política criminal y en especial por el derecho penal. Si no es regulada

esta violencia no tendría límites y sería el resurgimiento del derecho penal del autor y de un estado policial.

Ha existido varias formas de Estado, uno de ellos fue el Estado de Derecho de corte liberal, pero tanto el capitalismo mercantil y luego el industrializado, con las depresiones económicas y las guerras tanto en Europa como en Norte América, entro en crisis, pues se visibilizaron derechos que se encontraban ocultos. El modelo político y económico que provoco la crítica fue el marxismo, que tiene como fundamento político social la división de clases sociales y el dominio de los medios de producción, así determina dos clases sociales antagónicas, la burguesía y el proletariado, la primera como dueña de esos medios de producción y la segunda representada por la clase obrera y considerada como una mercancía dentro de esta cadena de producción.

Esta pugna de contrarios genera que la clase obrera luche por mejorar sus condiciones de trabajo, de vida, salud, vivienda, se van reconociendo los derechos que esta clase social requerían, estos derechos son los sociales, económicos y culturales, además, este modelo político origina la intervención del Estado en la economía, asumen el rol más protagónico en la regulación de las relación de los privados, por ejemplo: en el caso del salario mínimo al trabajador o la pensión mínima en arriendo de las edificaciones.

En Europa existe el modelo del Estado de Bienestar en Alemania que se construyó dentro de un capitalismo progresista, mediante la norma constitucional se logró el reconocimiento de varios derechos, generando la discusión de la existencia del

Estado de Derecho en transición al Estado social de Derecho, es decir, complementándose los derechos y pasando de una posición negativa del derecho por los derechos individuales a una actividad positiva por los derechos sociales, en busca de proveer los mismos además de los servicios públicos que puedan atender las necesidades.

En Latinoamérica la Revolución mexicana originó la Constitución de Querétaro, que se reconoce como una norma de carácter social y el reconocimiento de los derechos del trabajador⁸, sobre la tierra⁹, a la educación¹⁰, a la salud y alimentación¹¹, vivienda¹². En esta Constitución se reconoce la identidad indígena, los derechos del pueblo indígena, las comunidades indígenas y los derechos colectivos¹³.

Como hemos descrito brevemente, el Estado Social se preocupa ya no solo de garantizar las libertades sino de proveer los derechos sociales para el ciudadano, igualmente mediante las políticas públicas de salud, de trabajo y las condiciones adecuadas para el mismo; la creación de vivienda para que se pueda acceder a las mismas, es decir, se evoluciona de la igualdad formal a la igualdad material, creando oportunidades para quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

La forma en como coacciona el ordenamiento jurídico al Estado para que se hagan efectivos estos derechos y libertades,

⁸ Artículo 5 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

⁹ Artículo 27 VII de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰ Artículo 3 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

¹¹ Artículo 4 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

¹² Artículo 4 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

¹³ Artículo 2 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.

es por medio de las garantías, que deben ser las herramientas jurídicas que el ciudadano o los grupos sociales o colectivos tienen en sus manos para deslegitimar al poder por su no cumplimiento y exigir el mismo. En ese sentido la intervención del Estado en su modelo social, igualmente debe intervenir en la formulación e implementación de la política pública criminal, que serán tratadas en el siguiente apartado más adelante.

2.4. Política Pública Criminal

Como se ha sostenido el discurso hegemónico de la sociedad moderna (burguesía) determina formas instrumentales y estrategias para neutralizar, motivar y eliminar las personas que no se someten a su modelo de subordinación.

Al ser el Estado parte del control social, es que los técnicos y los administradores del mismo, han generado decisiones de índole política para resolver necesidades que se generan en la sociedad y que deben ser resueltas con la intervención del Estado, como poseedor del poder punitivo o poder penal en el caso que nos ocupa.

Es ahí que, presentada la necesidad, la burocracia como el personal tecnócrata y especializado del Estado, debe buscar la forma como satisfacer esa necesidad, diseñando, ejecutando, evaluando y controlando las estrategias de la Política Criminal que busquen mitigar o eliminar esa necesidad, y en lo posterior sirva como una forma de evaluación de los resultados, es decir, de su eficacia en la aplicación y que sirva para reformularla o acentuarla en los casos concretos.

¿Cuáles son los criterios que deben servir para la implementación de la política pública criminal? Estos según Alberto Binder¹⁴ deben ser:

1. Definir el problema que será objeto de la medida política; 2. Reconocer todas las peticiones pertinentes a las decisiones que deberán tomarse; 3. Enumerar todas las opciones políticas; 4. Definir todos los recursos necesarios para alcanzar cada alternativa; 5. Calcular los beneficios y los costos de cada alternativa; y, 6. Tomar la decisión sobre la base de toda la información pertinente, de tal manera que se obtengan los mayores beneficios al menor costo.

Estos criterios nos pueden orientar para ir formulando la Política, cabe mencionar que en épocas anteriores como la edad media o la edad moderna en la época de la Revolución Francesa, no existían esta metodología, pero en el estudio podemos mencionar que existieron penas, por ejemplo en la edad media eran el castigo corporal y su exhibición en público ; en la etapa moderna inicial se fue generando el encierro en establecimientos de cumplimiento de penas privativas de libertad, y en la actualidad tenemos sociedad disciplinarias basadas en vigilancia electrónica y los medios de comunicación masiva y el encierro prolongado. Además como procesos o procedimientos que colaboran con la exclusión social del procesado en forma rápida y sin muchas garantías.

¹⁴ Binder, Alberto, *Análisis de la Política Criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2012, Pág. 33-34.

Esto ha generado que exista una cierta continuidad histórica y por lo mismo, para el autor argentino, existe una política criminal que no ha tomado en cuenta el diseño de estas políticas públicas con clara injerencia estatal, no existe una participación ni de las víctimas o de personas afectadas, peor aún, de personas que pertenezcan a grupos indígenas, ya que son elaboradas por la burocracia estatal.

También debemos entender que esta intervención estatal se relaciona con el Estado Social en el momento de responder a la utilidad de la intervención del mismo en la protección de la sociedad, bajo el mejoramiento de las condiciones de vida de los ciudadanos. Y que esta intervención debe responder a los criterios que son los siguientes: de utilidad de la intervención penal, de subsidiaridad y fragmentariedad, de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Y de aquí se desprenden límites que deben afectar también al Estado social como así lo hacen al Estado de Derecho, a través del principio de legalidad. Estos serán estudiados en el punto siguiente.

Podemos deducir de lo descrito en líneas anteriores, que será el grupo hegemónico que gana las elecciones quien implementara su plan de gobierno y por lo tanto en esta sociedad moderna seguirá siendo la burguesía, hasta que no exista la verdadera democracia participativa de los ciudadanos en la toma de decisión.

En el presente caso, peor aún se incluyen en la toma de decisiones a los pueblos indígenas, tomando en cuenta que

existe todavía criterios de subordinación que no reconocen en su totalidad su cultura, su derecho, sus formas de solución de los conflictos que fueron criticados y desconocidos por las sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador.

3. Estado social. Límites al poder punitivo

Esta parte del trabajo debemos describir como el Estado social se relaciona con el derecho penal, habíamos manifestado que la principal idea era la utilidad que brinda el derecho penal en la protección de la sociedad bajo los principios que surgen como límites al poder punitivo, esto son: de utilidad de la intervención penal, de subsidiaridad y fragmentariedad, de exclusiva protección de bienes jurídicos.

3.1. La utilidad de la intervención

Siendo las necesidades sociales el motor en el diseño de las políticas públicas estas deben identificar los problemas sociales que serán objeto del estudio de las políticas públicas, el Estado con su grupo burocrático técnico deben diseñar y buscar todas las alternativas para solucionar estas necesidades.

En el caso del diseño de las políticas públicas criminales o penales, en primer lugar deben tener gran injerencia estatal, por lo mismo los límites que deben implementarse para evitar que la violencia estatal se desborde es producto del principio de necesidad de intervención estatal, es decir, cuando el Estado en la búsqueda de solucionar la necesidad social de violencia social o delincencial o estatal (ejercida por los

miembros del estado), no se la puede solucionar por otros medios o políticas, se tiene que realizar los estudios necesarios para encontrar que la intervención estatal mediante el derecho penal. Esta intervención debe ser necesaria, es decir, para poder crear el derecho penal mediante la política pública, no debe existir otra forma de prevenir el conflicto social y la violencia social, delincencial, con ello se demostrará la utilidad del mismo y por lo mismo se legitima por la sociedad, pero en el caso que su intervención sea inútil puede provocar el efecto contrario.

¿Cuál será la utilidad? La más importante es la prevención del cometimiento de los delitos, lo hace mediante el tipo penal y la pena, constituyéndose en la motivación que los destinatarios de la norma puedan cumplirla, la norma primaria que es la conducta prohibida está dirigida a la sociedad en general para evitar que la violenten, y la secundaria la debe cumplir el Juez al momento de imponer una pena.

Como se ha indicado, el derecho y en esta parte el derecho penal, forma parte del control social que es el diseño de las normas de carácter social, mismas que deben ser interiorizadas mediante los dispositivos que ayuden a motivar al ciudadano al cumplimiento de las mismas, por ello serán las políticas públicas de prevención las que deben ser construidas; y, en el caso de que no sea posible su cumplimiento se construya la política de reacción que es el sistema penal.

En ese sentido el derecho penal al constituirse en esa parte del ordenamiento jurídico que tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos fundamentales para la sociedad de

las conductas humanas que los afectan y tiene relación con las penas y medidas de seguridad privativas de derechos.

Como sostiene el profesor Santiago Mir Puig¹⁵, uno de los temas que contradicen la eficacia de la pena es la reincidencia de los sujetos que vuelven a cometer delitos después de haber recibido sentencia con pena privativa de libertad. En este punto se puede sostener a favor de la pena que no debe ser objeto de estudio los casos que vuelven a delinquir sino los que no han delinquido. Ya que para los reincidentes es ineficaz la pena.

Así mismo, la intervención estatal con la pena debe ser útil cuando la pena realmente cumpla con su finalidad de evitar los delitos, por ejemplo, en el caso de la pena de muerte se ha demostrado que su imposición no previene el delito, por ello se escoge las penas menos graves, pero que se impongan en forma oportuna evitando la impunidad.

3.2. La mínima intervención penal: Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho Penal

El Estado tiene el monopolio de determinar las estrategias a través de la política criminal para combatir las conductas humanas que en forma disfuncional afectan la armonía social, por ello desarrolla a través del poder punitivo¹⁶ tiene la

¹⁵ Mir Puig, Santiago, Derecho Penal, parte general, 10 edición, Ed. IB & F, Buenos Aires, 2016, Pág. 127.

¹⁶ Cfr. Luzón Peña, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Segunda Reimpresión, Ed. Universitas S.A., Madrid, 2002, Pág. 46-47. Cfr. Za-

potestad para determinar las conductas penalmente relevantes y de imponer sanciones privativa de derechos, ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), pero así mismo lo limita cuando señala objetivamente, que esta intervención debe un respeto estricto de los principios y las normas del Estado de Derecho y de los derechos humanos¹⁷.

Como consecuencia lógica, la competencia de restringir y suspender derechos debe ser mínima, esto implica que debe ser subsidiaria y fragmentaria.

ffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Tomo I, 5ta. Edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005, Pág. 44. ¿Cómo debemos entender el derecho penal subjetivo o poder punitivo? Para Diego Manuel Luzón Peña menciona que el momento que se estudia como derecho penal subjetivo trae confusión, ya que dice el maestro español explica que el derecho subjetivo determina una facultad que alguien tiene por algo, en este caso es la facultad que tiene la sociedad, el Estado o la comunidad para imponer una pena por una conducta que afecta la norma, pero menciona que el Estado no tiene un derecho o una facultad, sino que tiene una competencia o potestad, que no es lo mismo. En el mismo sentido Eugenio Raúl Zaffaroni no es la facultad del Estado, sino la potestad o un control social formal que tiene para regular conductas que puedan afectar bienes jurídicos e imponer una sanción, es por ello que en esa competencia de jerarquía (control social) determina en forma democrática que bienes jurídicos se deben proteger de la conductas que los pueden afectar y en el caso de contrariedad de la norma imponer una sanción previo el proceso justo implementado para ello.

¹⁷ Tal como lo ha señalado este Tribunal, está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Existe un amplio reconocimiento de la primacía de los derechos humanos, que el Estado no puede desconocer sin violentar. Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 30 de mayo de 1999. Serie C. Nro. 52, párr. 204.

¿Cuándo el derecho penal es subsidiario? la Corte IDH razona que el derecho penal es la última ratio, esta sostiene que cuando las demás ramas del derecho han fracasado en la solución del conflicto social, recién en ese momento cuando se hace necesaria la actuación del derecho penal con la tipificación de conductas que alteren el orden social y el orden jurídico¹⁸.

¿Cuándo es fragmentario el derecho penal? Se entiende que es fragmentario¹⁹ solo cuando se requiere exclusivamente para proteger los derechos que son reconocidos como bienes jurídicos penalmente relevantes y dignos de protección. Aquí el Derecho hace una valoración positiva²⁰ de los mismos y los incluye en la política pública criminal. Cabe mencionar, que los bienes jurídicos por si solos no se pueden proteger, requieren de normas de conducta o primarias, que son mensajes prescriptivos que están dirigidos a los destinatarios de las mismas, estos deben seguirlas y no afectar con sus conductas los bienes jurídicos, en este instante el derecho penal hace una valoración negativa en la elección de las conductas prohibidas. Estas conductas a su vez están descritas en los

¹⁸ Cfr. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 10ma. Edición, Ed. IB &F, Madrid, 2004, Pág. 126-7.

¹⁹ Cfr. *Ibidem* 127-30.

²⁰ La Corte ha señalado: que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita. La tipificación amplia de delitos de calumnia e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de ultima ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. Caso *Kimel vs Argentina*, sentencia Fondo reparación y costas de 2 de mayo de 2008, párr. 76, 77.

enunciados, proposiciones o textos legales²¹ que están sancionados con una pena.

Es así como los lineamientos de las sentencias de la Corte, determina por un derecho penal acto o de hecho que protege bienes jurídicos y no solo el ordenamiento jurídico. En ese sentido los Estados partes deben guiar su producción legislativa como estrategia para que solo las conductas humanas realmente graves para los derechos hagan necesaria la intervención estatal penal.

Esta mínima intervención también tiene íntima relación con el principio de proporcionalidad²² entendiendo que debe evitar que se produzca excesos y abuso del poder punitivo entre la medida creada y el fin que se quiere con ella, en ese sentido la Corte IDH, en sentencias ha realizado este juicio con el propósito de argumentar a favor de este estándar.

Y ¿cuáles son las razones de la Corte para motivar su decisión? utiliza los criterios del test de proporcionalidad. Como primer criterio sostiene que la idoneidad y finalidad de la restricción penal²³ debe ser fijada mediante ley conforme el Art. 30 de la CADH, así mismo debe tener un fin legítimo que en el caso que resuelve es la protección de un derecho (honra) y

²¹ Cfr. *Ibíd.* 71-3.

²² Cfr. Caso *Kimel vs Argentina*, sentencia de fondo, reparaciones y costas 2 de mayo de 2008 párr. 68-93. Determina cuales son los criterios que deben ser utilizados para un juicio de proporcionalidad entre otros son: 1. Idoneidad y finalidad de la restricción; 2. Necesidad de la medida utilizada y 3. Estricta proporcionalidad de la medida.

²³ Cfr. Caso *Kimel* *ibíd.* párr. 68-71.

que contribuya a su protección a través de la conminación de la pena. Por eso, el derecho penal debe tener en cuenta, que solo para la protección de bienes jurídicos de acción humanas graves se puede usar este control social y como consecuencia se determinara una pena privativa de libertad como la restricción por violentar un derecho.

Siguiendo la motivación de la Corte el siguiente criterio es la necesidad de la medida utilizada²⁴, en este sentido sostiene que el Estado, al utilizar para la protección del ejercicio de cada derecho, tiene que hacerse con el deber de respeto y protección de los derechos y que en el proceso de armonización establecer las responsabilidades y sanciones para obtener tal propósito. Que se haga uso de la vía civil o penal²⁵ dependerá de las condiciones que la propia Corte ha señalado:

1. Que la tipificación de los delitos debe ser estricta, esto es, que debe ser clara y precisa, con ello hace que la intervención del estado sea en la estricta medida de protección de derechos y que lo contrario sería un ejercicio abusivo del poder²⁶.
2. La debida conciliación entre los dos derechos que se encuentren en conflicto, en el caso bajo decisión es el de la libertad de expresión y la honra;
3. Que las ofensas deben ser graves a dicho bienes jurídicos y guarden relación con la magnitud del daño inferido.
4. La prueba debe recaer en la acusación²⁷.

²⁴ Cfr. Caso Kimel *ibídem* párr. 72-80.

²⁵ Cfr. Caso Kimel *ibídem* párr. 75.

²⁶ Cfr. Caso Kimel *ibídem* párr. 76.

²⁷ Cfr. Caso Kimel *ibídem* párr. 77.

Por último, la estricta proporcionalidad de la medida, este criterio la corte sostiene²⁸ si la medida o el medio que es el delito son razonables frente al fin perseguido que es la protección de otro derecho. Para lo cual ha tomado en consideración lo siguiente:

- a. El delito por el cual fue condenado el señor Kimel fue desproporcionado en cuanto a la tipificación no fue clara, ya que en primer lugar fue sentenciado por injurias y luego por calumnia, esto provoca inseguridad jurídica, al no existir una clara tipificación para determinar cuál de los delitos era el aplicable.

²⁸ Cfr. Caso Kimel *ibídem* párr. 81- 93. 83. En este último paso del análisis se considera si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación. La Corte ha hecho suyo este método al señalar que para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

84. Para el caso que nos ocupa, la restricción tendría que lograr una importante satisfacción del derecho a la reputación sin hacer nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de los funcionarios públicos. Para efectuar esta ponderación se debe analizar i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra.⁸⁵ Respecto al grado de afectación de la libertad de expresión, la Corte considera que las consecuencias del proceso penal en sí mismo, la imposición de la sanción, la inscripción en el registro de antecedentes penales, el riesgo latente de posible pérdida de la libertad personal y el efecto estigmatizador de la condena penal impuesta al señor Kimel demuestran que las responsabilidades ulteriores establecidas en este caso fueron graves. Incluso la multa constituye, por sí misma, una afectación grave de la libertad de expresión, dada su alta cuantía respecto a los ingresos del beneficiario.

- b. En los párrafos citados se menciona que debe haber una acción grave, por lo que se considera que frente a la satisfacción del derecho protegido no existe peligro de afectación.
- c. En el caso citado no es grave ya que se estaría negando el derecho a la libertad de crítica frente a la posición de un funcionario público que reclama la protección de sus derechos a la honra que se ve disminuido en su protección; y.
- d. En el momento de la imposición de la pena existen varias sanciones, como la pena privativa de libertad, el constar en el registro y por último la indemnización fijada, lo cual genera un empobrecimiento del acusado y un enriquecimiento del supuesto afectado, lo que no es proporcional.

Si no se cumple con estos criterios resulta abusiva la intervención, ya que, se violenta la fragmentariedad que tiene el derecho penal de protección de derechos o bienes jurídicos y además, la subsidiaridad cuando se puede utilizar otras vías como la civil en detrimento de la penal que es la última ratio.

Este ejercicio de la potestad estatal de sancionar, también deben cumplir las normas y principios del Estado de Derecho, y guiarse con los principios del orden democrático. En este sentido según se ha expuesto la protección exclusiva de bienes jurídicos, que en el presente caso son los derechos reconocidos por la Constitución.

3.3. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El derecho penal de un Estado social ha de justificarse como un sistema de protección de la sociedad²⁹. Los intereses sociales que merecen protección se llaman bienes jurídicos, pero en este caso deben partir como sostiene Ferrajoli como los valores éticos políticos que deben ser vistos y estudiados en el sentido político criminal y por lo mismo deben ser protegidos por el derecho.

¿Cuáles son los valores éticos políticos³⁰ que rigen a la teoría garantista que nos ayudaran a entender el bien jurídico?: son: la paz y los derechos humanos; en ese sentido la construcción debe legitimarse como una construcción normativista en función de estos postulados, se refleja desde la política criminal, que consiste en la utilización del poder del Estado de sancionar, a través del sistema penal en el que se incluye el derecho penal, como la expresión violenta del derecho pero esta utilización debe ser en ultima ratio.

Como habíamos sostenido en líneas anteriores, la última ratio debe ser la última puerta del derecho que debe ser utilizada ya que es la más violenta, por eso el derecho penal debe limitarse como mínimo actuando solo cuando: a. Se

²⁹ Op. Cit. Pág. 130-131.

³⁰ Perez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ma. Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2010, Pág. 292. Este autor hace la diferencia entre valor, principio y regla. Nuestra constitución tiene esta estructura interna, cuando tiene valores en su preámbulo, tiene principio como normas generales y específicas y tiene reglas.

determine los bienes jurídicos que son fundamentales para la convivencia de los seres humanos y que requieran de protección penal; b. se describa las conductas que puedan afectar los bienes jurídicos; c. las penas formalizadas y proporcionadas que se fijan para castigar las conductas que se exteriorizan en contra de los bienes jurídicos; y, d. Debe existir un proceso penal que cumplan con las garantías procesales para relacionar la existencia del delito para imponer la pena prevista.

Además, la mínima intervención estatal privilegia la libertad y no la violencia estatal que se expresa a través del derecho penal que tiene su expresión más violenta con la pena privativa de libertad personal, esto en palabras del maestro italiano cuando se refiere al control social³¹ que justifica la existencia del modelo garantista frente a los no garantistas. Esto hace que “Resulta evidente el fin justificador del derecho penal como sistema racional de minimización de la violencia y del arbitrio punitivo y de la maximización de la libertad y de la seguridad de los ciudadanos”³².

En ese sentido Gonzalo D. Fernández, el derecho pertenece a las ciencias de la cultura que se diferencia de las ciencias de la naturaleza o duras, por eso el derecho se sustenta en valoraciones, interpretaciones y en normas prescriptivas, que hacen que se determine una diferencia con las segundas que se constituyen en ciencias estrictamente descriptivas. En ese sentido, siguiendo esa construcción teórica debemos hacer el análisis desde la teoría de las normas, es producto de las

³¹ Ferrajoli, Op. Cit. 338.

³² Ibidem, 340-341.

normas de valoración que se hace en forma positiva y por ello “este tiene un contenido valorativo o axiológico, en tanto subsumen bajo protección penal aquellas relaciones valiosas para el individuo y para la sociedad.”³³

Es por esa razón el bien jurídico debemos entenderlo como un valor³⁴ para Antonio Pérez Luño, los valores son “los criterios básicos para enjuiciar las acciones, ordenar la convivencia y establecer fines (...) son opciones éticos-sociales básicas que deben presidir el orden político, jurídico, económico y cultural”³⁵.

La dignidad humana es un valor que debe ser protegida, esto se hace con los derechos reconocidos por la Constitución, en ese momento se constituyen en esos bienes valiosos que ayudan al ser humano para su autorrealización como son la propiedad, la libertad; así como el mantener relaciones intersubjetivas como las relaciones sexuales, la integridad corporal; así como las relaciones colectivas como la salud, el sistema de desarrollo, el buen vivir; la relación de prestación con el estado, como la fe pública y la administración pública³⁶.

Una vez entendido que los bienes jurídicos son valores debemos seguir en la construcción de ¿Qué es el bien jurídico?

³³ Fernández, Op. Cit. 140.

³⁴ Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. IB&F, Montevideo, 2012, Pág. 89-91, 141. Pérez Luño, Op. Cit. 294. Explica que el valor citando a Pufendorf, son los modos o métodos que los seres racionales aplican a las cosas, o a los movimientos físicos para orientar y regular los comportamientos, atribuir orden y armonía en la vida humana.

³⁵ *Ibidem*, 294.

³⁶ Fernández, Op. Cit. 142.

Nos apoyaremos en dos criterios para poder explicar, esto son: a.) como su materialidad, como límite y garantía, y, b.) desde su interpretación teleológica. Eso nos permitirá entregando cuestiones objetivas que ayudaran a legitimar nuestra construcción.

En primer lugar, debemos partir buscando su materialidad, el bien jurídico ha sido visto como interés, como bien jurídico, como derecho subjetivo, etc. Pero realmente ¿Qué debemos entender como bien jurídico desde el punto de vista material? Como habíamos sostenido nuestra legislación se refiere al bien jurídico como un interés protegido, el interés es un medio entre el sujeto y el objeto o cosa, es decir, como lo sostiene Rocco es una cuestión subjetiva que se sustenta en el deseo que tiene el hombre de proteger o no proteger. Lo que debe sostener el interés que debemos tener partiendo desde los derechos reconocidos por la Constitución es la protección de los mismos. Además, el bien jurídico se ha ido construyendo en base a las necesidades sociales y que ha evolucionado esos intereses de acuerdo con la sociedad y cultura de cada época.

Esta posición es la posición de Ihering que es la finalidad del derecho, por ese motivo los derechos son el fin de protección del mismo y complementando con la posición de Savigny como derecho subjetivo en cuanto a la voluntad, como el poder de exigir siempre que hayan sido protegidos con las garantías.

En esa misma construcción la posición de Ferrajoli hace que los derechos reconocidos por la Constitución tengan esta

posición de derechos subjetivos tanto de expectativas negativas como positivas. Esto es, los primeros los tenemos como límite o abstención de parte tanto del estado como de los particulares de afectar, en el segundo sentido sería la exigencia que podemos solicitar al Estado de proveer los derechos. Además, estos deben ser protegidos como fin de todo el derecho y de toda clase de poder a través de las garantías que es la forma de coaccionar para que exista la eficacia de los mismos.

En ese sentido, el derecho penal, debe partir de la primera visión en cuanto a las expectativas negativas, es decir, que todos deben abstenerse de interferir los derechos del otro, respetando tanto la dignidad humana como la colectiva de los pueblos. Es por ello que estos son los bienes jurídicos que el derecho penal debe tutelar su afectación.

En ese sentido es la dignidad humana el valor regente en cualquier construcción, ya que los derechos justamente se originan de las necesidades y el dolor del ser humano³⁷ y de esta dignidad de respetarlo, para proteger y ampliar cuando en la misma Constitución prevé una cláusula de derechos innominados³⁸, que son derivados de la dignidad de las personas y de los pueblos, es por ello por lo que el desarrollo de este valor es a través de los derechos.

³⁷ Sostenemos la posición de Ferrajoli, que es la necesidad y el dolor del ser humano durante su proceso histórico que generaron tanto los derechos individuales se originaron del dolor que se infringió con la tortura, el sometimiento del ser humano a ser esclavo o plebeyo, en no poder decidir en cuestiones políticas o de estado. Como los derechos sociales, culturales y económicos se originaron del sufrimiento de la sociedad ante esas carencias de salud, trabajo, educación, etc. Esta construcción coloca a los derechos en una construcción histórica dejando de lado la iusnaturalista de los derechos inherentes al ser humano.

³⁸ Artículo 11.7 de la Constitución de la República del Ecuador.

De allí que debemos construir nuestra legislación para proteger los derechos y que el estado tenga como deber garantizar la vigencia de los derechos³⁹. Esta sería la materialidad que debe limitar el *ius punendi* en el Estado constitucional de derechos y justicia desde el punto del garantismo, esta teoría no solo busca esta materialidad, sino que la mínima intervención o la última ratio.

En segundo lugar, esos derechos además son una garantía frente al poder estatal de sancionarnos, ya que en base al criterio de garantismo, sostenido en la Constitución y en el desarrollo normativo secundario, y en la lógica de la ley del más débil, hace que se proteja los derechos tanto de la víctima como del procesado, así como en forma mínima afectar los mismo por parte de la violencia estatal, convirtiéndose en el límite y en la deslegitimación del poder estatal cuando existe antinomias, anomias o abusos de poder.

Estos derechos se convierten en verdaderos bienes jurídicos en función de ser límite y garantía frente al poder estatal, es decir solo estos serían los que deben ser protegidos con lo cual previene, cesa o sanciona la violación de estos bienes jurídicos como mínima intervención.

En tercer lugar, el bien jurídico como interpretación teleológica, cuando se hace la interpretación del tipo penal en forma descriptiva, debemos descubrir la verdadera norma de conducta que está contenida en el supuesto de hecho esta será la acción prohibida u ordenada que pueda afectarlo.

³⁹ Artículo 3.1 de la Constitución de la República del Ecuador.

Esta interpretación se hace en función de la protección del bien jurídico, con lo cual se excluyen acciones que no sean idóneas para afectar el bien jurídico, como por ejemplo el delito en grado de tentativa inidónea, los delitos de peligros abstracto, el delito imposible. Ya que estas acciones no afectan ningún bien jurídico, por ejemplo, en el caso del delito imposible no existe ni objeto material, tampoco está cerca el bien jurídico lo cual constituiría un absurdo jurídico sancionar dicha conducta. Así mismo en la tentativa inidónea cuando esa acción no produce un desvalor de acción ya que no es capaz de causar daño ni como principio de ejecución.

En ese sentido, esta interpretación es importante cuando se hace el juicio de la tipicidad, en ese momento existe un desvalor de acción por cuanto la misma afecta la norma de conducta que protege el bien jurídico, ahí existe una afectación que debe ser verificada cuando se hace el juicio de desvalor de resultado en la antijuridicidad. Por esa razón es importante la interpretación en función de un bien jurídico.

Por eso esta nueva construcción dogmática, debe referirse a esta teoría de normas que entiende el derecho en su condición de deber ser, tiene la condición de una norma jurídica con su propia realidad y que tiene un sentido prescriptivo y su texto legal en sentido descriptivo y cuando se utiliza la interpretación teleológica será una norma de valor que es el bien jurídico y por lo tanto prescriptiva⁴⁰.

⁴⁰ Regis Prado, Luiz, *La norma penal como norma de conducta*, Serie Derecho, 1era edición, Ed. Ubijus, México, 2012, Pág.17.

Podemos concluir, que estos derechos como construcción de valoración cultural fundamental para la sociedad deben ser protegidos para evitar que se afecten o se lesionen por acciones humanas que el Derecho debe regular a través de las normas primarias o de conducta⁴¹, que se dirigen a los destinatarios que son los ciudadanos, y estas son las que tutelan, ya que las normas valorativas no lo pueden hacer por si solas, al prohibir o mandar acciones que no destruyan o ponga en peligro este bien jurídico.

4. El Pluralismo Jurídico, Derecho Penal: Su reformulación. Estudio De Las Sentencias de la Corte Consitucional del Ecuador en los casos “La Cocha” y “Los Waoranies”

En este trabajo hemos realizado una breve descripción, y crítica de la sociedad moderna y su discurso como acción desarrollada para mantener su hegemonía y su criterio de homogeneidad social diseño todo una construcción cultural, social, económica, política y normativa para justificar y legitimar.

El derecho tiene una de las tareas más importantes tomando en cuenta que con las normas se desarrolló cada uno de los momentos epistémicos como son: a.) la negación u ocultamiento, b.) la integración o la multiculturalidad.

Para conseguir esto las categorías que la teoría del derecho elaboró para estudiar el ordenamiento jurídico, fueron

⁴¹ Ibidem, 12.

neutralidad, autonomía, abstracción, jerarquía, lógica-coherencia, completo, universalidad, general, además uno de los elementos esenciales debe ser escrito para originar el nacimiento del principio de legalidad que tiene como finalidad la seguridad jurídica y conseguir que las decisiones de las autoridades estén reguladas y sean previsibles, en oposición de las formas de legislación del antiguo régimen.

La crisis se generó en uno de los elementos como la neutralidad, ya que cuando fueron surgiendo las posiciones críticas como el feminismo y el indigenismo, se fue descubriendo cuando se realizaba la interpretación y el estudio cada una de las normas que se elaboraron en sustento de esta “neutralidad”, así, por ejemplo: el Art. 29 numeral 8⁴² del Código Penal del Ecuador, vigente hasta el 14 de agosto del 2014, determinaba como una forma de atenuante la rusticidad del autor, eso implicaba que se dirigía a los indígenas, campesinos, montubios, etc. También en el Art. 22 del Código Penal, existía la norma que excluía la responsabilidad penal del cónyuge podía matar a su mujer y su correo si los encontraba en actos de índole sexual (antes del 2005). Igualmente, en Colombia el Art. 96 del Código Penal vigente en 1981, señalaba que se le excluía la culpabilidad por inimputable, es decir, que se lo consideraba como que el indígena era un inmaduro cultural⁴³. El Código Penal del Perú de 1991, consideraba que, si los delitos eran cometidos por salvajes, así fue tratada la cuestión indígena en ese país sudamericano, según lo manifiesta Cesano⁴⁴.

⁴² Art. 29 numeral 8 del Código Penal de 1971 “Rusticidad del delincuente, que revele claramente que cometió el acto punible por ignorancia”.

⁴³ Cesano, José, Los encuentros de la Antropología con el saber jurídico penal, Ed. IB&F, Buenos Aires, 2015, Pág. 30-34.

⁴⁴ Ibidem, 39.

Esto se ha verificado en los textos legales en materia penal estaba redactada para excluir y ocultar el “problema indígena” y el “problema femenino”, pero con las teorías críticas que surgieron para determinar que existía este ocultamiento se produjeron rupturas, podemos sostener que el movimiento indígena lo hizo simbólicamente cuando en el Convenio 169 de la OIT, en ese instrumento internacional se hizo el reconocimiento del trabajo de los pueblos indígenas y su nivel de explotación, estimo que a pesar de las luchas permanente históricas de los pueblos de las personas originarias de los continentes estos seguían siendo ocultados por la construcción de la sociedad moderna, ya que desde el punto de vista no eran reconocidas estas manifestaciones culturales, peor los derechos colectivos.

Esta normativa internacional se constituye en el símbolo que produce esta ruptura e inicia que los Estados reconozcan esta forma de entender tanto el mundo como la realidad cultural, social, económica, política y jurídica en cada sociedad la cual había sido negada. En respuesta a esta propuesta la sociedad moderna enseguida reacciono y produjo una nueva forma de entender el derecho como el momento de la integración, por ello, por ejemplo: desde 1980, ante los levantamientos indígenas que presionaron el reconocimiento de los derechos colectivos y otras exigencias.

El Ecuador, inicia el voto facultativo de los analfabetos sin olvidarnos que el gran porcentaje eran indígenas, posteriormente se realizó un reconocimiento de la titularidad de las tierras de las comunidades indígenas (Gobierno de Rodrigo Borja Cevallos), pero tomando en cuenta regían las normas de la

sociedad moderna sin reconocer las tierras ancestrales, ya que se cumplía con la normas del Código Civil que se requiere escritura pública y ser inscrita en el Registro de la Propiedad y de la Ley del INDA. En el campo penal continuaba las normas expuesta no existía el reconocimiento de la justicia indígenas, a pesar de que la misma era eficaz pero cuando se la conocía solo se escuchaba como una justicia de flagelaciones, y “de salvajes”.

Recién en 1998, se reconoce el multiculturalismo o la epistemología de la integración, término que tiene un sentido de subordinación ya que, se reconoce la justicia indígena, pero debe seguir sometida a la Constitución y a la ley, así se señalaba en el Art. 191 inciso 4to de la Constitución Política del Ecuador. Así mismo, en esa constitución no existe ningún reconocimiento a la propiedad colectiva, (Arts. 30 a 34), existe el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos. Es decir, que la sociedad moderna se resiste al reconocimiento real y solo existe el reconocimiento populista, demagógico político, que los grandes representantes de esta sociedad moderna en el Ecuador, los partidos políticos, las personas que han dominado la vida pública con familias elegidas para ello y por último los grandes grupos económicos que tiene el poder político a través de los gobernantes de turno.

Bajo este panorama de subordinación del multiculturalismo, existe la presión de los nuevos movimientos sociales que son los indígenas, mujeres, los LGBTI, los negros, los montubios, que reemplazaron a los movimientos obreros, cambiando de sujetos políticos como actores sociales y que buscan el reconocimiento de sus derechos ocultados, negados

y que lograban integrarlos, pero sin una eficiente y eficacia jurídica adecuada para que se construya sea vía normativa o jurisprudencial.

En el año 2007 existe una nueva expectativa social por la elaboración de la constitución democrática en el Ecuador, que fue aprobada y publicada en octubre de 2008, en esta norma constitucional se hace un reconocimiento del Estado plurinacional e intercultural, es decir, que se avanzó a una nueva etapa de la sociedad moderna o se produce la verdadera ruptura para emerger y proponer el reconocimiento cierto, real del pluralismo jurídico y de la expectativa de la nueva propuesta de un sociedad intercultural.

¿Qué es el pluralismo jurídico? Como habíamos mencionado que la neutralidad estaba en crisis, otro de los elementos que entra en crisis es la fuente del derecho estrictamente estatal, es decir, el monismo jurídico sea duro o moderado. Esta crisis se produce y luego su ruptura, como hemos señalado por el proceso histórico de las luchas de los nuevos movimientos sociales en especial los indígenas, los montubios, por ello es pertinente la construcción de Antonio Carlos Wolkmer, cuando sostiene que: “se debe designar pluralismo jurídico como la multiplicidad de prácticas jurídicas existentes en un mismo espacio socio político, intervenidas por conflictos o consensos, pudiendo ser o no oficial y teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales⁴⁵.”

⁴⁵ Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, traducción de David Sánchez Rubio, Ed. MAD, Sevilla, 2006, Pág. 194.

Es decir, que esta conceptualización entregada por el profesor brasileño, en primer lugar, determina la crisis de la sociedad homogénea que se pretendió construir por parte de la sociedad moderna, esto quiere decir que el modelo de la sociedad ideal a seguir era la sociedad europea, más esta concepción se rompe cuando los nuevos movimientos sociales, crean consciencia por sobre la existencia de sociedades y culturas diferentes y por lo tanto diversas, por lo que se produce esta constatación de la realidad y emergen para originar su reconocimiento.

En segundo lugar podemos encontrar los elementos que se pueden adecuar a la realidad del Ecuador, ya que existe varias practicas jurídicas, como son la estatal y las de las nacionalidades y pueblos indígenas, el espacio socio político es el territorio de la República del Ecuador, existen dos posiciones, la oficial que es la estatal y la no oficial que es la de los pueblos indígenas, lo más importante y que se ha sostenido en este trabajo es que el derecho se origina de las necesidades fundamentales, materiales y culturales de ambas posiciones.

En tercer lugar se encuentra en crisis otro elemento de la teoría del derecho de la sociedad moderna que es la universalidad de la aplicación de la norma o texto legal penal como parte del ordenamiento de la sociedad moderna, tomando en cuenta que existe la presencia de otras formas de fuente del derecho que son las comunidades indígenas, las guerrillas de liberación, los nuevos movimientos sociales y que no se puede aplicar la norma estatal como tal.

Así mismo entra en crisis el principio de legalidad escrito ya que no existe el mismo como tal en estas comunidades, ya que es un derecho consuetudinario y vivo constituyéndose

en ese derecho no oficial, además, como lo sostiene Oscar Correas no existe la división entre la ética y el derecho, ya que los pueblos indígenas los valores están desarrollados no en una dualidad sino formando un solo cuerpo normativo.

La ruptura que se produce y la emergencia por el reconocimiento de los pueblos indígenas provoca que la sociedad moderna haga la propuesta en la norma constitucional del reconocimiento de la plurinacionalidad y del pluralismo jurídico, ahora sí solamente sometido a la Constitución y por ende a los derechos y al control constitucional de sus decisiones.

Entendiendo que existe una forma de respeto al otro, cuando se menciona como valor ético político en el Preámbulo de la Constitución a la dignidad de las personas y de los pueblos, esto hace que la categoría de la dignidad sea reconstruida para que los pueblos sean respetados y tratados en forma de igualdad tanto de oportunidades, de sus decisiones y formas de culturales propias.

Existe el reconocimiento de los derechos colectivos como punto de la construcción cultural, social, de su propiedad comunitaria, de sus propias manifestaciones culturales como comunidades indígenas, de su conocimiento y recuperación del conocimiento ancestral. Así mismo, aparece un nuevo sujeto del derecho que es el sujeto colectivo que es la comunidad indígena.

En esta recuperación de la cultural se determina la forma de comprender el mundo y la realidad en la filosofía andina que es el buen vivir o *sumay kausay*, valor ético comunitario que se construye en el respeto del runa andino hacia el mundo animado

e inanimado ya que ello constituye una forma de armonía para que el runa pueda desenvolverse respetando cada una de las manifestaciones que se encuentran en ella. Esto constituye un complemento y no existe la posición de dominación y destrucción que tiene como posición el ser humano occidental. Se reconoce así el respeto a cualquier manifestación de vida, siendo esta última la razón de ser del runa andino, respetar a su complemento que es el otro miembro de la comunidad, respetando a los animales, a la tierra que le otorga vida y sustento para vivir, el agua es vida y reconforta la energía de los seres humanos.

Así mismo, la comunidad andina se sustenta en valores comunitarios que son los de reciprocidad, relacionalidad, complementariedad y correspondencia.

La tensión se produce cuando existe conflictos sociales en las comunidades indígenas y que tiene interés el derecho penal de la sociedad moderna, éstos sucedieron en las comunidades indígenas, entre miembros de ellas, que deben conocer las autoridades de ellas, con sus propias normas y procedimientos para solucionar estos.

De estos conflictos comunitarios tuvieron conocimiento y competencia la Corte Constitucional, por acción constitucionales, tanto por acción extraordinaria de protección contra decisión de la autoridad indígena⁴⁶; y la segunda, de consulta de norma en cuanto a su constitucionalidad⁴⁷.

⁴⁶ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 113-14-SEP-CC, dentro del caso 0731-10-EP. Caso conocido "La Cocha".

⁴⁷ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 004-2014-SCN-CC, dentro del caso 0072-14-CN. Caso conocido como "Waoranis- Taromenane".

4.1. Caso “La Cocha”. Sentencia 113-14-Sep.Cc, Caso 0731-10-Ep.

En el caso en estudio se produjo un delito de homicidio agravado o asesinato en la Comunidad de La Cocha, provincia de Cotopaxi, el hermano del occiso en su demanda describe los siguientes hechos:

En base (sic) a los artículos 171 de la Constitución de la República y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, las autoridades indígenas de las comunidades de La Cocha y Guantopolo conocieron el caso. El domingo 16 de mayo de 2010 y el domingo 23 de mayo de 2010 establecieron la culpabilidad de los cinco jóvenes indígenas de la comunidad de Guantopolo e impusieron las sanciones conforme a la justicia indígena.

Que esta decisión ha generado diversas reacciones en los medios de comunicación y en la sociedad ecuatoriana, y la interferencia en la justicia indígena por parte de la Fiscalía General del Estado, quien el 19 de mayo del 2010, pretendió ingresar arbitrariamente a la comunidad indígena de La Cocha, con el fin de rescatar a uno de los principales involucrados en la muerte de su hermano. El Ministerio de Gobierno y Policía, igualmente, ha intentado usar la fuerza pública para rescatar a los involucrados y el Ministerio de Justicia solicitó que se inicien las acciones legales en contra de los dirigentes indígenas, quienes fueron apresados el 4 de junio de 2010 y posteriormente liberados por la Corte de Justicia de Latacunga, por el "amparo de libertad" interpuesto.

Señala que en casos anteriores los jueces y fiscales han actuado dentro del marco de respeto, coordinación, cooperación, y en apego a las normas constitucionales y legales han aceptado lo resuelto por la jurisdicción indígena.

Cita en su demanda el artículo 10 numeral 2 del Convenio 169 de la OIT, referente a la aplicación de las sanciones propias de la cosmovisión indígena, la ortiga, el baño con agua fría, látigos, etc., que representan la filosofía y la cosmovisión de la justicia indígena, lo que según “La Corte Constitucional de Colombia, no constituyen un atentado a los derechos humanos fundamentales”.

Manifiesta que los cinco responsables del asesinato se sometieron a la justicia indígena por su propia voluntad y aceptaron que se les aplique el sistema jurídico indígena, y que ahora pretenden acogerse a la jurisdicción ordinaria, por lo que están siendo procesados y se encuentran en la cárcel número 4 de la ciudad de Quito, lo que evidencia “un proceso de doble juzgamiento”.

Que en su calidad de hermano del occiso, de manera voluntaria solicitó la intervención y actuación de las autoridades indígenas de La Cocha, justicia indígena.

Caso N.0 0731-10-EP Página 4 de 36 de la comunidad de Guantopolo, a donde pertenecen los jóvenes involucrados, y que en aplicación a lo dispuesto en los artículos 171 de la Constitución de la República, 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, solucionaron el caso, resolución con la que están de acuerdo los familiares del occiso.

a) **Bien Protegido.**- La Corte encuentra, y así lo declara, que la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Por tanto, la Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.

A pesar de destacar estos importantísimos hallazgos en el proceso, y dada la trascendencia de este fallo, la Corte Constitucional se ve en la obligación de desarrollar algunos razonamientos adicionales, a partir de la formulación de las siguientes interrogantes: ¿Cuál es la obligación del Estado frente a bienes jurídicos de especial relevancia para la Constitución ecuatoriana, para el Derecho Internacional y, particularmente, para el Derecho Penal Internacional?, y, consecuentemente, en tanto no existen derechos ilimitados, ¿bajo qué horizontes normativos debe examinarse la vulneración de bienes jurídicos de especial relevancia, cuando son cometidos por ciudadanos indígenas, dentro o fuera de sus comunidades?

Cuando la Corte Constitucional del Ecuador, dentro de sus razones para tomar su decisión se ha sustentado en los peritajes en especial de Esther Sánchez Botero, sostiene la Corte que el bien jurídico que le interesa a la comunidad indígena

es la vida en comunidad y por lo mismo desprotege el bien jurídico a la vida.

En esta parte, la Corte hace un análisis reduccionista siendo coherente con la posición epistémica de la cultura hegemónica occidental y que hace la división del todo en partes⁴⁸.

Olvida la forma de entender epistémica de la filosofía indígena a la realidad que es en forma holística, compleja o contextualizada, es decir, que todos los elementos que forma parte no deben separarse como lo hace la Corte, sino que todos tiene una función en la explicación de vivir en comunidad, por ello afirmar que la vida no es importante para la comunidad indígena es partir de una análisis reduccionista y equivocado, ya que la vida en el sentido material de la comunidad es importante ya que ella protege a la vida sea humana, animal, natural al propio sol, luna, la vida de la tierra, es decir, es importante para ella la vida pero vista en su contexto no individualmente como lo hace la Corte Constitucional.

Además, la misma Constitución en el Preámbulo tiene un valor para sociedad plural y diversa que es el BUEN VIVIR, construcción que es un aporte que nace de la forma de vivir en comunidad y su forma de entender la realidad, que no es la forma de la sociedad occidental. Este valor tiene el sentido que toda manifestación de vida produce una interrelación en función de buscar la armonía y cualquier alteración produce el desequilibrio y por lo mismo afecta a toda la comunidad, en el caso en concreto la muerte de uno de los miembros de la

⁴⁸ Estermann, Josef, *Si el sur fuera el Norte*, Ed. Aby Yala, Quito, 2008, Pág. 25.

comunidad es tan grave que la propia comunidad se encuentra triste por dicho acontecimiento o LLAKI, crea ese sentimiento de incertidumbre ya que afecta sus valores comunitarios de la reciprocidad, relacionalidad, complementariedad y correspondencia⁴⁹.

En estos principios éticos-comunitarios tienen gran importancia la vida, ya que si falta un miembro de la misma afecta a estos valores comunitarios, ya que existe tristeza, no tiene su complemento para vivir en la sociedad, ya no existirá la relación que debe existir entre los miembros de la comunidad, no existirá la reciprocidad con la que se dan las relaciones comunitarios de los miembros de ella. Es decir que la vida de un ser miembro de la comunidad, tiene tanta importancia para la filosofía indígena, que entiende a la vida como el respeto a toda manifestación que es parte de esa realidad sin importar que sea un ser vivo o no. Por lo que sostener lo contrario esto es que la comunidad no tutela la vida, es caer en un absurdo jurídico, ya que no hace una interpretación de normas en la integridad que se requiere y se contradice contra la misma construcción intercultural que dice defender la Corte en la propia sentencia.

Por ello descontextualizar la idea expuesta en el fallo que es más importante la comunidad que la vida, fracasa en interpretar el sentido real de entender a la comunidad indígena, por ello esta argumentación es una forma de ocultar que tiene la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, sustentada, además, en la norma de la Constitución ecuatoriana:

⁴⁹ Ibidem, 26.

Art. 171.- Justicia indígena. Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su propio derecho, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicaran las normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Produce una forma excluyente al aplicar el positivismo jurídico formal y no material en la toma de decisiones, creando argumentaciones diminutas en sus razonamientos reduciendo la discusión a la simple jerarquía de normas en razón de que al citar esta norma para conseguir que las decisiones que tomo la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, era violatoria a la Constitución, “cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias”.

Implícitamente se sostiene por parte de la Corte Constitucional del Ecuador, que esta decisión es violatoria de los derechos humanos reconocidos por la Constitución como el derecho a la vida y considera una forma de subordinación y por lo mismo de regresión que sostiene que la decisión en la justicia ha incurrido.

Oculto el pluralismo jurídico, cuando en la parte resolutoria de la sentencia comentada entrega para el conocimiento de los delitos contra la vida

...a la jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.

Se produce un argumento descontextualizado, ya que el mejor argumento de la Corte, que a la comunidad indígena solo le interesa el todo sin importar sus partes, es totalmente absurdo desde el método holístico, claro que desde el método analítico tiene una lógica argumentativa. Por lo que subordina a la justicia indígena a solo juzgar los valores comunitarios y que no debe juzgar los derechos constitucionales reconocidos por la Constitución, irrespetando los valores del preámbulo en cuanto a la dignidad de las personas y de los pueblos.

Otras de las consecuencias de este ocultamiento del pluralismo jurídico, es que no reconoció la decisión que la Justicia indígena pronuncio sobre la muerte producida en la comunidad, así como la sanción impuesta a los infractores al sostener

que no existe doble enjuiciamiento, ya que esta justicia nunca protegió al derecho a la vida, lo que trae como consecuencia que los enjuiciamientos de estos delitos sean realizados por la justicia ordinaria.

Creemos que la finalidad de la Corte era la de conseguir que los delitos contra la vida sean conocidos por la justicia ordinaria, ya que según la sociedad occidental, el castigo de la comunidad indígena es muy leve al solo ortigarlos, o bañarlos en agua fría. Y con solo aplicar las normas del ordenamiento oficial y el sistema penal de la privación de la libertad personal es lo único eficaz para motivar a las personas que no vuelvan a cometer delitos. Cabe mencionar que hubo presiones y expresiones de altos funcionarios del gobierno para que dicha decisión tuviera este resultado.

4.2. Caso Waoranis y Taromenane: Sentencia 004-2014-Scn-Cc, Dentro Del Caso 0072-14-Cn

El Fiscal de la causa, solicita al señor Juez de Garantías Penales de Pastaza, que se consulte la norma penal que describe la conducta que prohíbe del genocidio, tomando en cuenta que al estar procesados por la Fiscalía miembros de la comunidad Waorani como autores del delito de genocidio. Ya que sostienen que la norma puede ser inconstitucional en cuanto a la aplicación de la pena, pues se estaría violado el Tratado 169 de la OIT en su Art. 8, 9 numeral 2, 10 numeral 1, puesto que para imponer una sanción se debe tomar cuenta las condiciones sociales, económicas y culturales de las personas que pertenecen a esas comunidades indígenas, consideran que al momento en que se le aplique a uno de los miembros

de la comunidad Waorani una pena privativa de libertad de personal de 16 a 25 años esta persona no entendería aquella sanción.

La Corte al momento que expone sus razones para solucionar la consulta de la norma propuesta, sostiene que la constitucionalidad de la norma no está en discusión, lo que se debe abordar es la aplicación de la misma al caso en concreto, por ello manifiesta que los pueblos tanto Taromenane como Waorani, al ser pueblos no contactados el primero, y el segundo de reciente contacto, se les puede aplicar la figura que la dogmática penal ha creado, que es el error de prohibición culturalmente motivado.

La Corte Constitucional del Ecuador, sostiene que su interpretación es intercultural y nuevamente hace una interpretación de subordinación y no de igualdad, si partimos que su razonamiento sobre la aplicación de la categoría dogmática del error de prohibición culturalmente motivado, al entender que los indígenas de los pueblos Waorani como Taromenane son comunidades que se han contactado en parte y otros no han tenido contacto, estos puede o no tener conocimiento de la norma de prohibición de la cultura occidental como del tipo penal del genocidio.

En primer momento se debe tener en cuenta que el criterio de la Corte Constitucional obedece a una construcción que tiene aceptación en la doctrina dominante, que busca que el principio de culpabilidad sea esa garantía y limite al poder punitivo, que se debe imponer la pena siempre que se haya tenido la capacidad y la comprensión de comprender la

norma de prohibición. Cuando no se tiene la posibilidad de comprender la norma de prohibición, es decir, no se tiene vivencia con la misma y por lo mismo no ha tenido el proceso que culturalmente pueda considerarse interiorizada la misma a través de los dispositivos del control social, mal se puede imponer una pena.

Si podemos observar el argumento del defensor del pueblo Waorani Doctor Jorge Acaro, quien comparece e interviene en la Audiencia de fundamentación de la consulta en la Corte Constitucional, sostiene que la norma del deber que estos pueblos tienen es el de venganza y por lo mismo cuando el honor es afectado ellos recurren atacar su enemigo para corresponder la violación de la norma de respeto que debía existir entre ellos, por lo que su actuación de atacar es un acto de guerra y de venganza por lo mismo la norma de vivencia de ellos es un deber jurídico, por ende su conducta se encuentra justificada.

Haciendo un análisis de los argumentos encontramos que la solución que cada una de las posiciones tiene diferente efecto jurídico; en primer lugar el argumento de la Corte sobre el error de prohibición culturalmente motivado se soluciona en la culpabilidad, implica que la conducta es antijurídica y lo que no se impone es una pena; en segundo lugar al no ser culpable pero si antijurídico, las consecuencias civiles pueden seguir, ya que es antijurídico al ordenamiento jurídico y por lo mismo la indemnización por daños y perjuicios procede. En tercer lugar, el hecho que sea antijurídico implica que la norma estatal subordina a la norma del derecho indígena, por lo mismo se sigue en un multiculturalismo y no se supera

aquella posición solamente con enviar a hacer estudios antropológicos y sociológicos como insinúa la sentencia para cumplir con la interculturalidad.

En la segunda posición, el efecto jurídico es diferente ya que la conducta en primer lugar: no es antijurídica, se la considera como causa de justificación tomando en cuenta que es el cumplimiento de un deber jurídico que nace de una norma del derecho indígena; en segundo lugar: al ser una causa de justificaciones implica que está permitido por el ordenamiento jurídico y por lo mismo ninguna rama del derecho puede intervenir por lo que no existe indemnización de daños y perjuicios; y, en tercer lugar: en ese momento la norma del derecho indígena como del derecho oficial tiene una igualdad y coexisten en un mismo espacio socio político y por lo mismo se respeta el derecho indígena y se cumpliría con el pluralismo jurídico.

Como vemos, la sentencia de la Corte Constitucional nuevamente se convierte en una forma de ocultamiento del pluralismo jurídico y sigue con argumentaciones de subordinar el derecho indígena al derecho oficial, logrando con ello continuar con una visión de la sociedad homogénea, hegemónica, propia de la sociedad moderna occidental y de su discurso del derecho unitario, neutral, general, abstracto.

Estas actuaciones de la Corte Constitucional, lo que producen es que la intervención estatal, en vez de ser útil para defender a la sociedad siempre respetando los derechos del procesado, sea todo lo contrario, tomando en cuenta que los razonamientos que se han explicado brevemente y que no se

ha detallado de forma más extensa, debido a la naturaleza de este trabajo, se puede inferir que más bien es una intervención máxima frente a los pueblos indígenas, provocando una subordinación del derecho indígena al derecho oficial occidental, y por lo tanto haciendo inútil dicha intervención, ya que la propia sociedad o comunidad indígena es afectada por esta intervención punitiva, y sus normas y formas de administración de justicia solo quedan, como lo determina la Corte, para juzgar solamente las situaciones que afecten los valores comunitarios, es decir que la “política pública” emanada por este alta Corte de control constitucional, provoca que las autoridades y las instituciones tendrán la plena jurisdicción sobre estos delitos.

Además, de los razonamientos de las sentencias, se puede sostener que no se hace un estudio completo como para resolver una situación de gran trascendencia, como es el hecho de cómo entender el derecho indígena y dejarse decir (comprensión) como hace la justicia indígena para juzgar y reconciliar a la comunidad. Más bien la Corte, en la línea de mantener la subordinación, en una clara aplicación de la política pública penal de obediencia de la norma estatal a como dé lugar, logra argumentar en forma no muy coherente la realidad jurídica tanto constitucional como del derecho indígena.

En ese sentido la Corte Constitucional del Ecuador, logra convertirse en una herramienta eficaz y eficiente del control social del grupo hegemónico y de la sociedad homogénea, al seguir subordinando al derecho indígena, ocultando así al pluralismo jurídico, y aplicando las normas como un positivismo

jurídico formal, que es criticado por la propia Constitución y por toda la construcción de las teorías críticas del derecho.

Por ello, en conclusión podemos manifestar que esta breve descripción que se ha realizado debe constituir en una denuncia desde el lado del pluralismo jurídico como una forma de visibilizar el comportamiento del máximo órgano de control constitucional del Ecuador, que se juega por el ocultamiento que sufre el pluralismo jurídico, cayendo en un multiculturalismo y no en una plurinacionalidad e intercultural.

5. Bibliografía

- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historia de los pensamientos criminológicos*, Ed. Puerto, Buenos Aires, 2006.
- Binder, Alberto. *Análisis de la Política Criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*, Ed. Astrea Buenos Aires, 2012.
- Cesano, José Daniel, *Los encuentros de la Antropología con el saber jurídico penal*, Ed. IB&F, Buenos Aires, 2015.
- Estermann, Josef, *Si el sur fuera el Norte*, Ed. Abya Yala, Quito, 2008.
- Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, Ed. IB&F, Montevideo, 2012.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, Valencia, 1995.
- Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Segunda Reimpresión, Ed. Universitas

- S.A., Madrid, 2002.
- Melgarito Rocha, Alma Guadalupe, *Pluralismo Jurídico: la realidad oculta análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas*, Ed. UNAM, México, 2012.
 - Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal, parte general*, 10 edición, Ed. IB & F, Buenos Aires, 2016.
 - Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Ed. Temis, Bogotá, 2004.
 - Perez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ma. Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2010.
 - Regis Prado, Luiz, *La norma penal como norma de conducta, Serie Derecho*, 1era edición, Ed. Ubijus, México, 2012.
 - Tarello, Geovanni, *Cultura jurídica y política del derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
 - Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico: Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, traducción de David Sánchez Rubio, Ed. MAD, Sevilla, 2006.
 - Zafaronni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal, Tomo I*, 5ta. Edición, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2005.
 - CUERPO NORMATIVOS INTERNACIONALES
 - Constitución de los Estados Unidos Mexicanos.
 - CUERPOS NORMATIVOS DEL ECUADOR.
 - Constitución Política de 1998.

- Constitución de la República del Ecuador de 2008.
- Código Penal de 1971.
- Código Orgánico Integral Penal, 2014.
- SENTENCIAS INTERNACIONALES.
- Corte Interamericana de Derecho Humanos.
- Caso Kimel vs Argentina. Sentencia de fondo, reparación y costas de 2 de mayo de 2008.
- Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú. Sentencia de fondo, reparaciones y costas de 30 de mayo de 1999. Serie C. Nro. 52.
- SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 113-14-SEP. CC, dentro del caso 0731-10-EP. caso conocido “la cocha”.
- Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 004-2014-SCN-CC, dentro del caso 0072-14-CN. Caso conocido como “WAORANIS- TAROMENANE”.



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

*Verdad, Seguridad y Paz
Illumanta, Kamaymanta, Kasikmanta*

www.cortenacional.gob.ec
Av. Amazonas N37-101 y Unión Nacional de Periodistas
PBX (02) 395-3500



ISBN: 978-9942-22-224-4



9 789942 222244