

REVISTA ENSAYOS PENALES SALA PENAL

Edición Nº 4 - junio 2013



"MURALES DE LIBERTAD" PROYECTO DE ARTE Y REHABILITACIÓN

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
Ecuador

Parábola del Portal de Belén

El maestro español Alejandro Nieto, en el libro **EL ARBITRIO JUDICIAL**, pone en consideración la siguiente parábola que nos permite reflexionar sobre que los conflictos judiciales son conflictos de intereses.

“En los primeros días del año 1 de nuestra era, acudió al juez de Belén el propietario de un portal o establo, denunciando que había sido éste ocupado por una pareja de forasteros, llamados José y María, quienes se habían instalado en él sin pagar renta y sin intención, al parecer, de abandonarlo con el pretexto de que les había nacido un niño y no estaban en condiciones de reanudar el viaje; solicitaba en consecuencia una resolución de desahucio y lanzamiento de los intrusos.

La situación era clara y el juez se disponía a pronunciar sentencia estimando la demanda con el apoyo de textos legales contundentes, cuando fue detenido por los

ruegos de su esposa, también parturienta y de la misma tribu de los viajeros. Era explicable que el juez se identificase, a través de su esposa, con la situación de los intrusos, aunque tampoco resultaba sencillo dejar de aplicar una ley tan inequívoca y más tratándose de un vecino pudiente con el que siempre se había relacionado bien; sin olvidar el malestar que inevitablemente habría de provocarse entre las clases sociales propietarias de Belén que terminarían acusándole de falta de celo y con el riesgo consecuente de no volver a elegirle.

El caso se complicó más al poco tiempo con la aparición de los Reyes Magos, que también intercedieron a favor de los ocupantes y hasta puede que hicieran algún espléndido regalo al juez para mover su tolerancia. Decididamente, el asunto parecía perdido para el propietario; máxime cuando el magistrado no tenía problema alguno de conciencia, puesto que, independientemente del obsequio y de la influencia

CONSEJO EDITORIAL

Dra. Lucy Blacio Pereira
Dr. Paúl Iníiguez Ríos
Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
Dr. Merck Benavides Benalcázar
Dr. Jorge Blum Carcelén
Jueza y Jueces de la Sala Penal de Corte Nacional
de Justicia del Ecuador

Director Publicación: Dr. Jorge Blum Carcelén
Diagramación e impresión:
Imprenta de la Gaceta Judicial
Editor: Dr. Santiago Aráuz Ríos
Impreso en Quito, en junio del 2013
ISSN N° 1390-7972
gacetajudicial@cortenacional.gob.ec
www.cortenacional.gob.ec
Av. Amazonas N37-101 y UNP
Telf.: (02) 2273 286
Quito-Ecuador

Nuestra revista también la puedes encontrar en: www.cortenacional.gob.ec

conyugal, entendía que su decisión era justa, pues sería cruel ponerles en la calle en lo más crudo del invierno y que podía justificarla razonando que los demandados no producían perjuicio alguno al actor.

Pero sucedió que, en vísperas de pronunciar sentencia, llegó a oídos la noticia de la política antiinfantil de Herodes, que se extendía, no sólo a los niños sino también a quienes los protegieran. Vemos, entonces, a un juez en apuros porque si absolvía se enemistaba con los propietarios de Belén (entre los que él mismo se encontraba) y, lo que es más grave, corría el riesgo de perder la carrera y hasta la vida por la cólera de Herodes; pero si ordenaba el desahucio padecerían sus sentimientos humanitarios, sería regañado por su mujer y tendría que devolver el regalo de los príncipes orientales.

Planteadas así las cosas, hojeó entonces afanoso sus libros, que no le sacaron de dudas porque en ellos se deducía que la ley podía ser interpretada de diversas maneras y que había precedentes para todos los gustos.

En estas circunstancias concretas, nadie puede predecir lo que va a decidir nuestro atribulado juez. No sabemos si se dejará llevar por las presiones de su esposa o por las ventajas resultantes de su cálculo estratégico respecto de Herodes y de sus vecinos. Lo único que sabemos es que una vez decidido el pronunciamiento -que es rigurosamente personal y bajo su exclusiva responsabilidad-, a la hora de redactar la sentencia silenciará rigurosamente las causas reales que han estado interfiriendo y, en su lugar, fundamentará el resultado -cualquiera que sea- con algún precedente que seguro ha de encontrar en la jurisprudencia del Tribunal de Jerusalén.

El autor antes mencionado señala, que existen intereses en juego en el presente caso; esto es: intereses propios del juez; intereses ajenos; cálculos estratégicos; factores mediáticos.

De lo anotado se colige que la parábola anterior, nos sirve para comprobar la presencia de unos factores de trascendencia variable según los casos, pero indiscutible, sobre la decisión. El juez podrá hacer caso omiso de los intereses que le presionan, mas nunca podrá ignorar su existencia. Y es que entre las interferencias extra normativas posibles ocupan los intereses probablemente el lugar más destacado.

Sabido es que **los conflictos judiciales son conflictos de intereses**, y se supone que han de ser intereses de los litigantes. Tal es, desde luego, la situación normal; pero tampoco llega a ser anormal la emergencia de intereses personales del juez que enturbian la situación”, así termina señalando el autor de esta parábola.

Para terminar esta reflexión, de la lectura del libro EL ARBITRIO JUDICIAL, podemos concluir, como dice el maestro Alejandro Nieto: “(...) conocer el derecho es indagar como opera en lo bueno y en lo malo. El jurista como el médico ha de mirar las cosas por dentro y, si quiere curar la carne, ha de ser palpada por el hombre. Con hombres buenos sobran los jueces. Con jueces justos sobran los abogados; y con abogados honestos sobran las leyes. Pero el derecho y las leyes están en manos de profesionales de todas clases y con todos ellos hay que contar”.

Luego de reflexionar, amable lector ¿Qué sentencia motivada dictaría usted en el caso de la Parábola del Portal de Belén? ❖

CONTENIDO

1

Parábola del Portal de Belén
Alejandro Nieto

3

Presentación
Dr. Jorge M. Blum Carcelén

4

Discurso del Dr. Gustavo Jalkh Röben
Presidente del Consejo de la Judicatura

12

Principio de congruencia
Dr. Jorge M. Blum Carcelén

16

La proporcionalidad de las penas en el actual Código Penal Ecuatoriano
Dr. Johnny Ayluardo Salcedo

27

De la concepción de menor, a niño, niña y adolescente
Dra. Lucy Blacio Pereira

33

La mínima Intervención Penal
Dr. Paúl Iñiguez Ríos.

35

Los Derechos de Libertad de las ciudadanas y ciudadanos en el Derecho Constitucional
Dr. Merck Benavides

45

Dos Audiencias que no deben ser obligatorias, y en general resultan innecesarias
Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

49

Los delitos ambientales en el Código Penal Ecuatoriano
Dra. Aída Palacios Coronel

59

La penalización de la discriminación laboral
Dr. Efraín Duque Ruiz

64

La Defensa Penal Científica
Dr. Edmundo René Boderó C.

79

El futuro del Derecho Penal
Dr. Manuel Eduardo Suárez Capelo Ms. C.

90

Análisis jurídico sobre la garantía básica constitucional de la motivación
Dr. José García Falconí

103

Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia

105

Sentencia de la Sala Penal
Juez Ponente: Dr. Merck Benavides



Presentación

A nombre de las señoras Juezas y señores Jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, tenemos el agrado de poner en consideración de los estudiosos del derecho, la Revista N° 4 denominada ENSAYOS PENALES, que contiene el análisis de varios temas jurídicos, respecto de la aplicación del marco constitucional y procesal vigente, que entregamos mediante la presentación de trabajos investigativos, debidamente fundamentados y de gran significación para la rama del derecho penal, estudiados en forma individual, desde las diferentes aristas que la práctica brinda a los juristas de conformamos la Función Judicial del Ecuador.

Ensayos Penales es una contribución, académica, desinteresada, mensual y gratuita que hacemos quienes formamos parte de la Corte Nacional de Justicia y por lo tanto, nuestras opiniones no pueden ser consideradas en casos concretos, porque el tratamiento de cada uno de los temas, lo realizamos en sentido general y solo deberán ser utilizados con fines académicos.

Nuestra portada, exhibe varios de los murales pintados en el interior de los Centros de Rehabilitación Social de Varones de Quito, por personas privadas de libertad, denominados “Murales de Libertad”, cuyo proyecto de arte y rehabilitación (Programa de reinserción mediante el arte) es impulsado desde el 2008 por el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y desde el 2012 también cuenta con el apoyo del Ministerio de Cultura.

También ponemos a consideración del lector, un mensaje de reflexión, dirigido a la la estructura familiar, como pilar fundamental de la sociedad, para sembrar en nuestros hijos valores y respeto, para que florezcan generaciones fértiles y sanas, que necesitamos, por lo que agradecemos la colaboración de la señora Solange Blum de Vizhñay, Directora de Herencia Familiar, por su mensaje a la familia judicial.

Dr. Jorge M. Blum Carcelén
Presidente de la Sala Penal Corte Nacional de Justicia



Dr. Gustavo Jalkh Röben
Presidente del Consejo de la Judicatura

Discurso del Dr. Gustavo Jalkh Röben en Presentación del Plan Estratégico de la Función Judicial

(I) A LENÍN MORENO:

Quiero comenzar esta intervención con un saludo afectuoso para Lenín Moreno Garcés, ejemplar ecuatoriano, quien sirve al país con el corazón abierto, con el alma pura, animado por un semblante de permanente alegría, que invita a pensar que es un bienaventurado que alcanzó la felicidad.

Este es uno de sus últimos actos oficiales como Vicepresidente de todos los ecuatorianos y ecuatorianas. Señor Vicepresidente, querido amigo, nuestro afecto para ti. Más de una vez escuché que en la actividad política no cabía esperar un sincero reconocimiento público; que culminada una gestión vendrían el olvido y la ingratitud; que los amigos se convertirían en detractores. Sin embargo, me entusiasma expresar que tu presencia en la vida pública terminó con esos mitos.

El país siempre te recordará, extrañaremos tu sensatez y talento; buscaremos tu consejo. Gracias por tu contribución patriótica al Ecuador de todos, gracias por mantener intacta tu fe en que es posible vivir en un país de derechos y de justicia.

(II) ESTE DÍA Y USTEDES:

Compañeras y compañeros aquí presentes, miro a mi alrededor y pienso que esta es una mañana de júbilo para el Consejo de la Judicatura, para la Corte Nacional de Justicia, para la Fiscalía General del Estado, para la Defensoría Pública, para el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, para el Ministerio del Interior, para la Defensoría del Pueblo, para la Policía Nacional, entre otras instituciones del Estado y, principalmente, para la ciudadanía.

Se trata de una jornada de ideas diáfanas, de músculo dispuesto y espíritu emprendedor, en la cual sentimos y valoramos el apoyo de su cálida presencia.

Serán ustedes los mejores impulsores de la transformación de la justicia en el Ecuador. No es suficiente levantar la bandera de la justicia, hay que sostenerla sin fatiga y hacer que permanezca flameando. No alcanza con declararse amigo de la justicia, hay que practicarla todos los días.

Como me lo dijo alguna vez Facundo Cabral en un casual encuentro, durante su última visita en Quito.: “En esto de la justicia, hay que empezar por uno mismo, justo con uno, justo con los demás...”

En efecto, nada debe perturbar nuestro ideal de justicia. El tránsito por la vida debe ser el del compromiso con las mejores causas, enfrentando el abuso; desafiando la absurda indiferencia con lo injusto; sintiendo que en verdad nada de lo humano nos es ajeno.

Gracias por asistir a esta convocatoria para presentar el Plan Estratégico de la Función Judicial, piedra angular para mejorar y modernizar la justicia en el Ecuador, exigencia impostergable del país, que avanza sin pausa, sorteando cualquier dificultad.

(III) LA JUSTICIA.- PARTE FILOSÓFICA

En julio de 1932, se juzgó a Belisario Rodríguez, autor confeso del crimen que segó la vida de su novia, suceso trágico que estremeció a los habitantes de Manizales en Colombia. No tenía defensor y la hermana del homicida escribió a un ilustre abogado bogotano, penalista experto, tribuno izquierdista, de aquellos que propugnaban la reforma agraria desde los años 40, ardoroso defensor de lo justo.

Con singular brillantez el defensor de Rodríguez, denuncia a la sociedad como autora de una serie de crímenes, y consulta al jurado lo siguiente:

“¿Qué es entonces lo que entendéis por justicia? ¿Dónde está, pues, señores del jurado, aquella persona para decirnos “yo cumplí con los fueros de la justicia? ¿Creéis que así estaréis administrando justicia y que podéis decir a la luz de Dios y de los hombres que habéis obrado con justicia? Yo os preguntaría por esta justicia que se queda en los códigos, pero que no se aplica en la vida real”.

El jurista al que aludo fue el magnífico Jorge Eliécer Gaitán, generoso al extremo de haber ofrendado su vida por sus convicciones...

las preguntas formuladas hace más de 70 años aún hoy exigen reflexiones profundas.

Los más célebres pensadores del mundo occidental, como Platón, Aristóteles, Hobbes o Rousseau disertaron sobre justicia... maestros del Derecho Universal como Kelsen, Goldschmidt, Duguit, Jiménez de Asúa o Ferrayoli, razonaron jurídicamente frente a la significación de la justicia. Hoy reclamamos por una justicia que sea parte de la vida cotidiana de todas las personas.

No es poca cosa reseñar lo que en el curso de la historia la justicia ha representado para los seres humanos y para los pueblos, pero cada vez es más necesario ensayar respuestas terrenales a exigencias terrenales.

Los creyentes esperamos la justicia de la providencia, ese concepto teológico por el cual, en el día del juicio final todos seremos saciados de justicia a la luz de la verdad, de manera que ningún injusto escapará y ningún justo quedará sin recompensa.

Pero aún creyendo en la justicia de la providencia, debemos ser constructores permanentes de la justicia terrenal...

(IV) LO QUE QUEREMOS:

Queremos para los habitantes de nuestro país una justicia oportuna, diligente, gratuita en vida, con la acción de jueces y juezas que hagan gala de su probidad; con fiscales que ejerzan la acción pública, dirigiendo eficazmente la investigación pre-procesal y procesal penal; con defensores públicos que asesoren con calidad a las personas que por sus condiciones económicas requieren de sus servicios profesionales; con abogados en libre ejercicio que litiguen con lealtad procesal.

Queremos justicia en la cual el sistema procesal sea un medio eficaz para su consecución, como manda la Constitución de

la República; justicia con la ley en la mano, pero nunca más cegada por aquella tela que le impedía ver a quien requiere protección del Estado, como el trabajador que enfrenta la prepotencia del patrono; la mujer que tiene el valor de denunciar la violencia intrafamiliar que le aflige o la víctima atemorizada de un delito que ansía la acción del estado para sancionar al infractor y reparar su derecho.

En definitiva, queremos un sistema de justicia que sea el primer refugio de los derechos humanos y que luche eficazmente contra la impunidad.

La justicia es un valor, un deber ser ideal, sin embargo, más allá de lo formal, la convicción íntima, decidida, no fortuita, nos induce a concebir y trabajar por una justicia tangible.

Justicia no es tolerancia con la ilegalidad, ingenuidad o novelaría. Permitir la impunidad es permitir injusticia, pues, la justicia está vinculada con la certeza de que al proteger a los ciudadanos se está haciendo lo correcto.

Eso sí, la persona que reclame justicia también ofrezca justicia en todos los órdenes de su vida, sin dobleces de ninguna naturaleza. Pobre alma de aquella persona que reclame justicia y practique injusticia. Acaso ¿no es repudiable que el calumniador sancionado por sus faltas, ofenda nuevamente al calumniado y a su juzgador?... Acaso ¿no es repudiable que el usurero pretenda cobrar sus créditos usurarios alegando justicia? La justicia, basada en la verdad, es para todos, sin prebendas.

(V) LA NECESARIA UNIDAD:

Toda acción emprendida para mejorar el sistema de justicia debe provocar la unión del mayor número de voluntades.

En la antigua Grecia, el filósofo Zenón preguntaba: ¿Cuántos granos son necesarios para formar un montón? Con esta similitud nació la dialéctica, la contradicción.

Nosotros podemos interrogarnos sobre: ¿Cuántos ciudadanos y ciudadanas son necesarios para que prevalezca la justicia?

Yo sostengo que basta con quienes sean firmes en la praxis, es decir, pensamiento y acción, para que impere la justicia. Si me piden cuantificar diré que se trata de casi todos los habitantes del Ecuador. La gran mayoría de nosotros anhelamos un sistema de justicia confiable; los escépticos son la excepción y los enemigos de la transformación de la justicia son unos pocos que extrañan sus dominios de antaño.

Ningún acto de la justicia es completamente justo mientras en alguna parte del Ecuador exista una injusticia similar no enmendada. Resulta injusto hacer justicia con alguien, sin hacer justicia con todos, porque la justicia, es verdad, pero también es igualdad. Buscamos justicia para todos los habitantes de la República y en todos los rincones del país.

El instrumento de la justicia es la ley, pero antes de ésta los principios constitucionales. El artículo primero de nuestra Constitución, concibe al Ecuador como un Estado de derechos y de justicia. Por eso, es deber superar la visión positivista del derecho, por otra más próxima a los derechos y a las garantías. Es curioso que la más arraigada concepción universal del derecho lo conceptúe como un conjunto de normas jurídicas, no como un conjunto de criterios de justicia.

(VI) CONSULTA POPULAR

Y es que la justicia estaba sumida en tal grado de postración que el Gobierno del

Presidente Rafael Correa Delgado debió convocar al pueblo para que se pronuncie por su transformación definitiva.

El 7 de mayo del 2011, el pueblo ecuatoriano, en las urnas, resolvió que durante 18 meses improrrogables funcione lo que fue el Consejo de la Judicatura de Transición.

Este organismo cumplió su deber, impulsando la modernización de la justicia, seleccionando jueces y juezas, a través de concursos de oposición y méritos y construyendo infraestructura que dignifica los servicios judiciales.

Concluido este proceso es hora de afianzar el cambio profundo en el sistema de justicia. En esto trabajamos con la mayor responsabilidad.

(VI) EL FUTURO:

Para responder al doctor Jorge Eliécer Gaitán, permítanme apuntar, como Ulpiano, el jurista romano, que la justicia es una virtud de correspondencia, por la cual se debe dar a cada uno lo suyo.

A esta añeja definición le agregaría exactamente los principios que contiene el Plan Estratégico que presentamos esta mañana, es decir, que la justicia es ahora y para todos y todas; que la justicia es íntegra y proba; que la justicia está enmarcada en la Constitución y la ley; que la justicia es imparcial e independiente; que la justicia no discrimina; que la justicia es vocación de servicio; que la justicia es transparencia y rendición de cuentas y que la justicia es indeclinable compromiso con la colectividad.

Estos principios rectores están apuntalados por objetivos estratégicos imperativos y medibles, como los que contiene nuestro plan, esto es: asegurar la transparencia y

la calidad de la prestación del servicio de justicia; promover el óptimo acceso a la justicia; impulsar la mejora permanente y la modernización de los servicios; institucionalizar la meritocracia en el sistema de justicia y combatir la impunidad, contribuyendo a la seguridad ciudadana.

Cada uno de estos objetivos tiene sus propias estrategias, debidamente diseñadas y sus indicadores de gestión y de impacto debidamente identificados, necesarios para medir los avances.

(VIII) EL PLAN ESTRATÉGICO

El Plan Estratégico que presentamos no responde a un esfuerzo institucional aislado. Por el contrario, este documento representa el trabajo democrático, incluyente y coordinado entre el Consejo que me honro en presidir; la Corte Nacional de Justicia, guiada por el doctor Carlos Ramírez Romero; la Fiscalía General del Estado, liderada por el doctor Galo Chiriboga Zambrano; la Defensoría Pública, dirigida por el doctor Ernesto Pazmiño Granizo, siempre con el apoyo del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, cuya titular es la doctora Johana Pesántez Benítez; el Ministerio del Interior, encabezado por el doctor José Serrano Salgado y la Defensoría del Pueblo, representada por el doctor Ramiro Rivadeneira Silva.

Gracias a todas las autoridades mencionadas y a sus equipos de trabajo. Su gestión refleja la sensibilidad patriótica con la que proceden.

El Plan Estratégico de la Función Judicial 2013-2019 guiará nuestra acción conjunta en favor de la ciudadanía. Se trata de una herramienta ejecutable y medible, que nos permitirá cumplir con el deber que el país nos confió; afianzar la transformación

de la justicia, en favor del bien común, de la libertad de todos y la dignidad de cada uno.

(IX) CONTINUIDAD Y RENOVACIÓN

Nosotros, el Consejo de la Judicatura, estamos cumpliendo con las obligaciones constitucionales y legales que nos corresponden.

Estamos trabajando en la desconcentración y la descentralización de funciones y procesos, inaplazable en una estructura organizacional moderna y eficiente.

El Consejo avanza en las obras de infraestructura. Hace pocos días inauguramos la Unidad Judicial que servirá al cantón Otavalo; pronto será inaugurado un complejo de once edificios en la ciudad de Guayaquil; Unidades Judiciales en Cayambe, Pallatanga, Ambato, Portoviejo y un largo etcétera que seguiremos aumentando.

En unos meses, en un terreno adecuadamente ubicado, iniciaremos las obras del Complejo Judicial norte en Quito, tan necesario para la capital, que permitirá mejorar las condiciones de atención al usuario, de trabajo del funcionario y de ejercicio profesional del abogado.

Activaremos próximamente la plataforma tecnológica denominada “Justicia 2.0”. Se trata de un moderno sistema informático que servirá a jueces, juezas, abogados y usuarios para intervenir procesalmente con celeridad y seguridad, en sus diversos roles, empleando la herramienta informática como un auxiliar imposterizable en la modernización del sistema judicial. Trabajamos con especial dedicación para replicar las Unidades de Flagrancia, factor de éxito en la lucha contra la impunidad; implementaremos más de estas unidades para facilitar el acceso ciudadano a la justicia.

Estas unidades son la muestra de que el trabajo coordinado entre las diferentes instituciones públicas es un factor determinante en la calidad de los servicios a la ciudadanía. La seguridad ciudadana es causa nacional y debe ser compromiso de todos y todas.

He manifestado en diversas intervenciones públicas que las herramientas tecnológicas y la infraestructura son bienvenidas, resultan indispensables en el esfuerzo estatal para modernizar la justicia, dignifican la prestación del servicio, pero no desplazan lo fundamental.

La esencia del sistema de justicia está en los jueces y juezas, columna vertebral del sistema judicial, garantes de los derechos ciudadanos, aplicando los principios constitucionales y la ley; actuando con probidad y responsabilidad. Son ellos y ellas quienes harán del servicio judicial un espacio confiable, honesto, digno, cercano al ciudadano, eficaz, y diligente de solución de conflictos y de protección de derechos, administrando justicia en nombre del pueblo soberano del Ecuador.

Porque creemos en la meritocracia seremos obsesivos en fortalecer la Escuela Judicial. Aspiramos que funcione con excelencia académica y administrativa; es el espacio intelectual idóneo para especializar a los operadores de justicia.

La Escuela Judicial será el sello definitivo de la meritocracia. Como académicos que somos nos alienta la idea de que constituya la puerta de ingreso a la carrera judicial, así como la garantía de estabilidad del juez que se pronuncia en estricto derecho, con absoluta independencia de terceros, con la paz interior de quien a nadie debe a nadie teme.

Creemos la Dirección Nacional de Desarrollo y Mejora Permanente del Servicio de Justicia, pues constantemente debemos diversificar y robustecer el mejor servicio de justicia, bajo un modelo de demanda, no de oferta, es decir, en función de las necesidades de los usuarios, de las características de las controversias, del carácter multicultural de nuestro país, aprovechando los desarrollos de la técnica, el análisis multidisciplinario, la gestión eficiente y eficaz de los recursos materiales y el talento humano, insisto, con fundamento en la meritocracia.

(X) ERRADICAR AUDIENCIAS FALLIDAS

Por otra parte, hemos dictado instrucciones precisas dirigidas a erradicar las audiencias no realizadas, que inciden en la demora de los juicios, obstruyendo la justicia, a causa de la actitud reprochable e inaceptable de algunos operadores de justicia, entre los que cuentan varios abogados particulares, acostumbrados a dilatar mañosamente los procesos.

En el primer trimestre del año 2013, disminuyeron las audiencias fallidas en varias provincias del país: Loja, Azuay, Bolívar, Carchi, Cañar, entre otras. Sin embargo, reiteramos nuestros esfuerzos para que se eliminen las audiencias no efectuadas a nivel nacional. Esta indebida práctica de impedir la realización de audiencias convocadas, la enfrentaremos fortaleciendo coordinación y aplicando disciplina. Por eso creamos la Unidad Nacional de Coordinación de Audiencias, que garantizará el debido agenciamiento y realización de éstas.

Tal vez podría explicarse el caso de quien no asiste a una audiencia por haber concurrido a otra señalada a la misma hora, descoordinación inaceptable que erradicaremos, pero ¿cómo justificar a quien alega

haber sido convocado a dos audiencias en similar horario? y nos deja luego atónitos; conocer que no concurrió a ninguna de las dos, esto es simplemente intolerable. No permitiremos que se burlen de los usuarios de la justicia ni de los jueces que convocan a las audiencias ni de fiscales y defensores que sí asisten. No dejaremos sin sanción a quien dispendia de esa manera los recursos públicos, por artimaña, negligencia o franca mala fe, sea operador del sistema o parte procesal privada.

El Consejo de la Judicatura dirigió instrucciones específicas a sus directores provinciales, puntualizando la obligación que tienen de vigilar y adoptar acciones inmediatas para que las audiencias señaladas se lleven oportunamente. Se advirtió sancionará, con el mayor rigor permitido por la ley, a los servidores públicos y abogados privados que por su acción u omisión provoquen la no realización de audiencias y se impulsará la reforma pertinente para viabilizar la intervención de los Defensores Públicos desde la primera convocatoria a audiencia.

No a título de inútil consuelo, por referencia histórica, es pertinente recordar que la demora imputable a las partes procesales no es mal de estas horas... Permítanme repetir lo que en 1927 escribió el destacadísimo jurista don Víctor Manuel Peñaherrera, en el prospecto del tomo tercero del libro titulado **“lecciones de derecho práctico civil y penal”**. Cito:

“... y ahora nos referimos a nuestros respetables colegas del foro ecuatoriano, hasta cuándo, pues, hemos de ver tranquilamente que cada decreto judicial haya de ser seguido de un dilatado incidente de revocación, y que la primera palabra del demandado en todo juicio ordinario sea precisamente la excepción dilatoria de oscuridad

del libelo, y que con esta argucia, convertida en uno de los lugares comunes de las defensas judiciales, se interrumpe por uno, dos y más años el litigio...”.

Fin de la cita.

La falta de celeridad de los juicios fue inaceptable en 1927 y es aún más indignante en el 2013. El ejercicio del derecho no significa adormecer la administración de justicia. Estimados colegas, somos abogados, parezcamos abogados, no utilicemos disparates extraños al leal ejercicio profesional para enmarañar más un proceso que ya es engorroso; seamos coherentes, renegamos de ciertas prácticas de la contraparte, mientras en otro juicio actuamos formulando similares aberraciones.

(XI) ORALIDAD PROCESAL

Esta situación cambiará radicalmente con la expedición del “Código General del Proceso” que forma parte de nuestro Plan Estratégico y que este año se remitirá a la Asamblea Nacional por parte de la Corte Nacional de Justicia, cuerpo normativo que prevé la oralidad procesal o mejor dicho el juzgamiento por audiencia, eliminando el inveterado y caduco proceso escrito.

Todo esto, por supuesto, contando con el suficiente número de jueces, fiscales y defensores. Es buena noticia para todos que luego de superar un concurso de oposición y méritos, 919 juezas y jueces han sido seleccionados como elegibles. Se trata de administradores de justicia titulares en Unidades Judiciales y Cortes Provinciales, que llenarán vacantes o judicaturas recientemente creadas, lo que permitirá desterrar la -no en todas pero si en muchas ocasiones- ingrata figura de los jueces temporales.

defensores públicos, también designados a través de concursos de oposición y méritos que están en marcha, siempre sometidos a la impugnación ciudadana propia de la participación social.

Hemos cambiado los horarios de atención al público. Los usuarios y los abogados podrán ingresar escritos y revisar procesos en el mismo horario de atención de los funcionarios judiciales, desde las 8 de la mañana hasta las diecisiete horas. Esto devela respeto para la ciudadanía y respeto para los abogados del país, decisión que hemos tomado escuchando los planteamientos de proactivos colegios profesionales y en función de nuestras profundas convicciones de servicio público.

(XII) LA CULTURA DE PAZ

Este plan propugna también la cultura de la paz y del diálogo, a través del impulso de los métodos alternativos de solución de conflictos, la mediación, la conciliación, la justicia de paz, un sueño de pocos, hoy es una necesidad de todos. No todos los conflictos tienen que transformarse en procesos judiciales y resolverse en una sentencia.

La participación ciudadana en la justicia también tiene que significar responsabilidad con la solución del conflicto del que se es parte; superar las diferencias a través del diálogo, el acuerdo amistoso, la conciliación o la mediación, es síntoma de desarrollo social, es fuente de ahorro de recursos, es parte del Buen Vivir.

Es urgente contribuir desde todos los espacios para articular la cultura de paz, de soluciones acordadas, que descargue al sistema procesal, que sólo llegue a la Función Judicial lo que debe llegar, lo que la propia sociedad no ha sido capaz de resolver por su propio esfuerzo conciliador o porque la

aplicación del derecho se vuelve ineludible para sentar un precedente, o para corregir desequilibrios de poder, o para proteger a quien necesita efectivamente ser protegido.

Todo lo demás debemos tratar como sociedad de resolverlo nosotros mismos, a través del diálogo; eso sí un diálogo, sobre la base de la buena fe, con criterios objetivos y en igualdad de condiciones, para que sea un diálogo justo y efectivo.

(XIII) CIERRE:

Sócrates enseñaba que cuatro características correspondían al buen juez, todas aplicables para buenos fiscales y defensores públicos: escuchar con cortesía; responder con sabiduría; ponderar con prudencia y decidir de manera imparcial. Ustedes operadores de justicia son la carta de presentación de la Función Judicial, eviten la sentencia de Pitágoras, **quien decía que la verdadera desgracia consiste en cometer injusticias.**

Este Plan Estratégico es una herramienta técnica que dirigirá la acción conjunta del sector justicia. Convocamos a todos y todas a sumarse y a robustecerlo. Es un instrumento que siempre estará abierto a la crítica constructiva, **pero, por sobre todo... este Plan Estratégico es la expresión humanista del ejercicio de los derechos; está construido con y para los ciudadanos y ciudadanas a quienes nos debemos.**

FINALMENTE

Conocemos el drama de la justicia, nos hemos enfrentado a quienes la han querido capturar y someter; conocemos las dificultades y complejidades para profundizar sus cambios. Se decía que la justicia era la utopía de fines del siglo XX; yo quiero ser congruente conmigo mismo y decirle al

país que **sí es posible transformar integralmente el sistema de justicia, bajo la responsabilidad del esfuerzo conjunto, porque ninguno de nosotros es mejor que todos nosotros y porque siempre existirán hombres y mujeres que luchan por hacer de la justicia una práctica diaria.**

Nuestro homenaje a las y los servidores judiciales que han entendido su misión, que se sienten y son parte de las transformaciones de la justicia. Ellos y ellas serán baluartes en la implementación de este Plan Estratégico.

Mi agradecimiento al renovado equipo del Consejo de la Judicatura que con mística, talento y honestidad trabajan día a día por un mejor sistema de justicia.

En 1898, el gran Emile Zolá, en su inspirador alegato en defensa de un inocente, el capitán Alfred Dreyfus, quien iba a ser fusilado injustamente, víctima de una confabulación militar, se dirigió al entonces presidente de Francia, con su célebre oración conocida como “yo **acuso**”.

En esos párrafos decía:

“Sólo un sentimiento me mueve, sólo deseo que la luz se haga, y lo imploro en nombre de la humanidad, que ha sufrido tanto y que tiene derecho a ser feliz”...

Parafraseando respetuosamente a Zolá... tengan ustedes la seguridad de que:

“Sólo un sentimiento me mueve, sólo deseo que la justicia se haga, en nombre de nuestro pueblo, que ha sufrido tanto y tiene derecho a ser feliz”. ❖



Dr. Jorge M. Blum Carcelén

Juez Nacional - Presidente de la Sala Penal

Principio de Congruencia

Conocemos que a nivel nacional, se vienen presentando confusiones en los administradores de justicia, respecto de la aplicación del **Principio de Congruencia**, al sustentar los señores/ as jueces y juezas que su decisión, no puede apartarse del tipo penal señalado por la Fiscalía General del Estado, en el dictamen que emite en la segunda etapa del proceso penal, o del pronunciamiento que realiza en la audiencia de juzgamiento, en la etapa del juicio; lo que desde nuestro punto de vista, constituye un error, que lesiona la seguridad jurídica y el derecho a la defensa.

Cuando el Fiscal inicia el proceso penal, por ejemplo, por delito de violación, no podrá el procesado ser llamado a juicio o recibir sentencia condenatoria por peculado, porque es un delito diverso al acusado por la Fiscalía; en este sencillo ejemplo, consideramos que no existe mayor problema, porque al cambiarle el tipo penal o la calificación jurídica, de violación por la de peculado, estaríamos violando las normas del debido proceso, trastocando el principio de congruencia y sobre todo el derecho a la defensa del encartado; porque en el de-

sarrollo de la causa, los sujetos procesales dirigieron su accionar respecto al delito de violación y no lo hicieron de peculado, concluyendo con este ejemplo, que al ser sancionado por un tipo penal totalmente distinto, si constituye violación de los principios constitucionales y de las reglas de procedimiento.

Pero existen otros casos, que desde mi punto de vista, no se viola el principio de congruencia, por ejemplo: cuando se lo procesa por homicidio, pero se lo llama a juicio o se lo condena por asesinato; o cuando es llamado a juicio por homicidio y con la prueba presentada en la audiencia de juzgamiento, los jueces integrantes del tribunal de garantías penales, observan que el hecho se produjo con las circunstancias del Art. 450 del código penal, encuadrando el accionar del procesado en el delito de asesinato; en cuyo caso, la sentencia si puede ser condenatoria de asesinato; siempre y cuando la nueva calificación jurídica, corresponda a los mismos hechos, por el que se inició el proceso penal.

Sostenemos, en este segundo ejemplo,

que no se viola el principio de congruencia, ya que desde la instrucción fiscal, el procesado se ha defendido de la muerte de un ser humano, correspondiendo a los mismos hechos, pero por las características del acto ejecutado, se cambia la apreciación típica de homicidio por la de asesinato, es decir, el Juez lo que hace es encuadrar los hechos en el tipo penal.

Recordemos que existe la regla del *IURA NOVIT CURIA*, la que se refiere a que ...“**es el Juez quien pone el derecho**”...; por ello es importante aplicarla, según la cual, el juez o tribunal juzgador no queda vinculado a la calificación jurídica que presenta la Fiscalía y, por tanto, puede aplicar a los hechos las normas que considere pertinente, variando la adecuación típica, siempre y cuando corresponda a bienes jurídicos homogéneos.

Para no afectar ningún derecho de las partes, los jueces tenemos que considerar, que el cambio de tipo penal, debe hacérselo respecto de bienes jurídicos homogéneos, entre delitos sexuales, o los que tengan relación con el derecho a la vida; por ello, en el ejemplo que citamos: “procesado por violación y condenado por peculado”, sin lugar a dudas, estos dos tipos no son homogéneos y se estaría violando el principio de congruencia, afectando el legítimo derecho a la defensa del procesado, porque como lo diría Julio Maier, en su obra Derecho Procesal Argentino, Tomo I, Volumen B, Pág. 336... “todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia de ella, sobre el cual el imputado y su defensor no pudieron cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el principio de congruencia”.

Pero si son homogéneos, respecto de los delitos, por ejemplo, de violación a estupro; de hurto a robo, de robo simple a robo calificado, de homicidio a asesinato; de homicidio simple a homicidio inintencional, entre otros; por lo que el cambio de la calificación jurídica, reitero, siempre estará supeditada a que correspondan a los mismos hechos, por los que se inició y tramitó la causa, no a eventos (hechos) nuevos o diferentes; por ello la tipificación que hace el fiscal, no necesariamente debe ser aceptada por el juzgador, precisamente, porque las pruebas que se le presentan en la audiencia de juicio, van a ser determinantes para que el tribunal, pueda establecer con certeza, cuál es el tipo penal correcto, evitando que se produzcan errores de derecho en la sentencia, que posteriormente deban ser subsanados por la Corte Nacional de Justicia, al resolver el recurso extraordinario de casación.

Podemos decir, que el Juez pone el derecho, ajusta el derecho a los hechos del proceso y si el tipo penal escogido por la Fiscalía, no se ajusta, como el guante a la mano, es obligación del juez de instancia, ubicar el tipo penal que en derecho corresponda, siempre que se refieran a los mismos hechos y que el nuevo tipo sea homogéneo al tipo por el que se inició la causa, ya que el principio de congruencia es una manifestación del derecho a la defensa y a la estructura lógica y jurídica del proceso, debiendo existir relación entre la acusación y la sentencia, ya que la falta de congruencia produce indefensión, sencillamente porque se sorprende a los sujetos procesales, que no han preparado en forma adecuada la defensa técnica, ni han tenido tiempo suficiente para controvertir los cargos.

Actualmente ya existen fallos emitidos por los distintos Tribunales de la actual Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, corrigiendo este error de derecho incurrido por los jueces de instancia; y, para ello, nos hemos visto en la necesidad de casar la sentencia, señalando el tipo penal en forma correcta y en algunos casos inclusive hacerlo a costa de los integrantes del Tribunal que incurrió en el error de derecho, ya que la congruencia es la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que impulsa el proceso y el resultado de la sentencia, la que debidamente motivada, luego de la contradicción de las partes, el juzgador emite la resolución ajustando los hechos al derecho.

Sobre este tema del Principio de Congruencia, tenemos que remitirnos y examinar varias sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos Jueces se han pronunciado aplicando el “iura novit curie”, para que el juez ponga el derecho, por ejemplo en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, donde se señala que la calificación jurídica de los hechos, puede ser modificada durante el proceso, por el órgano acusador o por el Juzgador, sin que ello atente contra el derecho a la defensa, cuando se mantenga, sin variación los hechos y se observen las garantías procesales previstas en la ley, para aplicar la nueva calificación en forma correcta.

El llamado “principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia”, dice la Corte Interamericana, implica que la sentencia debe versar únicamente sobre hechos o circunstancias contempladas en la acusación; aclarando, que el Juez no puede apartarse de los hechos que se le presentan, ya que la doctrina tradicional se limitaba a

relacionar el hecho imputado con el hecho juzgado, sin realizar la debida correlación entre la norma transgredida y la aplicada por los jueces, lo que actualmente con el sistema acusatorio ha cambiado, ya que el tipo penal puede ser modificado durante el proceso por el órgano acusador (Fiscalía) o por el juzgador (jueces), sin que para ello se atente contra el derecho de defensa, debiendo mantenerse sin variación, repetimos, los hechos, observándose las garantías del debido proceso en la nueva calificación jurídica.

Para que se produzca la violación de la garantía constitucional de defensa, debe estar afectado el principio de congruencia, precisamente cuando se ha producido una mutación esencial entre el hecho y la base de la acusación reflejada en la sentencia. También se viola el derecho de defensa, cuando existe diversidad de tipos penales, que le restringe la posibilidad de presentar pruebas, o cuando esta diversidad compromete la estrategia defensiva, tomando además en consideración que la congruencia es consecuencia directa del principio de contradicción que debe primar en todo proceso penal.

En un caso, en el que tuvimos la oportunidad de resolver el recurso de casación planteado, el Tribunal de mayoría resolvió negar el recurso, porque el tipo penal por el que se inició y tramitó la causa y por el que el procesado ejerció su derecho a la defensa, era de “Falso Testimonio” al establecerse que en el testimonio rendido en juicio, con juramento faltó a la verdad, al ratificarse en el informe pericial que emitió como médico legista, que había abierto las tres cavidades, estableciendo la causa de la muerte; pero resulta, que posteriormente

con la exhumación del cadáver se pudo conocer con la segunda autopsia, que dicho perito legista únicamente había abierto una sola de las cavidades, irregularidad con la que no podía haber establecido la causa de la muerte; iniciándose el proceso penal, contra el legista, por “falso testimonio”, cuando en la deliberación de quienes integramos dicho Tribunal llegamos a coincidir, que el acto realizado por el legista, no era el de falso testimonio, sino posiblemente un delito contra la actividad judicial, dos calificaciones jurídicas distintas, aunque el voto salvado, sostuvo, que siendo los mismos hechos, el evento de la autopsia falsa, se lo debería sentenciar en casación por delito contra la actividad judicial; negándose el recurso y se solicitó a la Fiscalía, que de considerarlo pertinente, inicie otra acción penal, por el delito contra la actividad judicial.

Para concluir, debemos indicar que el deber funcional de los jueces, por ser específico de la Función jurisdiccional que desempeñamos, implica el deber de apli-

car exclusivamente el derecho vigente, al caso sometido a decisión, calificando la realidad del hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que nos rigen, conjugando los enunciados normativos constitucionales, legales y procesales, con los elementos fácticos del caso en particular, debiendo el juez aplicar correctamente el precepto jurídico con independencia del nombre jurídico, que las partes le hayan dado a esa realidad procesal.

Conocemos de compañeros judiciales, que se limitan a aplicar el tipo penal que señala la Fiscalía, cuando en realidad con vista de los hechos, quien pone el derecho es el juez, es el que tiene la potestad procesal de ajustar el derecho a los hechos, pudiendo en delitos homogéneos, cambiar la tipificación solicitada por la Fiscalía, que no debemos entenderla como una camisa de fuerza para el juzgador, sino como el derecho que tenemos los jueces para enmendar los errores de derecho que pudieren incurrir los sujetos procesales. ❖



Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
Juez de la Corte Nacional de Justicia

La proporcionalidad de las penas en el actual Código Penal Ecuatoriano

“El Derecho Penal se compone de la suma de todos los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena o con una medida de seguridad y corrección. (...) Toda pena presupone culpabilidad del sujeto cuando cometió un hecho en el pasado, y en cambio toda medida de seguridad presupone una continuada peligrosidad del sujeto para el futuro.” Claus Roxin “Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”

Entre las garantías básicas del debido proceso, la Constitución de Montecristi contempla como derecho de protección la de proporcionalidad de las penas.

La Carta Magna, expresamente señala: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”

Es decir, la Constitución, claramente, le otorga a la ley penal, en el caso de delitos e infracciones punibles, el mandato de tarifar o desarrollar la debida proporcionalidad de las penas.

Para intentar explicar adecuadamente el tema propuesto es menester fijar, con precisión, algunas categorías y principios propios de la dogmática penal.

Corresponde como potestad exclusiva del Estado moderno establecer mediante derecho objetivo la tipificación de las conductas humanas, sociales o particulares, como

infracciones. De la misma manera, le corresponde la fijación del *quantum* de la pena.

Constituye no sólo una garantía constitucional, sino, también, es una derivación del catálogo de derechos fundamentales del debido proceso, la declaración del tipo de la infracción y la pena establecida, con anterioridad al acto presuntamente delictuoso o infraccioso. En consecuencia, quien ejecuta voluntariamente un acto punible será responsable de él, e incurrirá en la pena señalada para la infracción resultante

Igualmente, la garantía del Estado de eximir de la pena si una conducta o acto punible ha sido proscrito por una ley posterior a su ejecución; y, de existir sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

Uno de los temas en debate hoy, a

propósito del diseño del Código Penal Integral, lo constituye la cuantificación de las penas por los actos punibles y que estas guarden racional proporcionalidad con el nivel de responsabilidad o culpabilidad del sujeto activo del delito.

Y es por ello que la preocupación central radica en cómo comprender el precepto constitucional que confiere al legislador (asambleísta), a través de la ley, la facultad de establecer la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

¿Acaso existe facultad extendida al juez para interpretar y aplicar, discrecionalmente, la proporcionalidad de la pena en cada caso concreto, a pesar que la misma ha sido reglada mediante ley?

¿De ser posible esa discrecionalidad anteriormente cuestionada, no abriría las puertas a decisiones judiciales subjetivas y por ello arbitrarias?

¿De no contarse con esa discrecionalidad no supondría que la única y exclusiva obligación del juez es la tarea dosimétrica de encuadrar e identificar la materialidad de la infracción, la determinación de la responsabilidad y la fijación de la pena sobre la base del análisis de atenuantes y agravantes?

La proporcionalidad prevista en el art. 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador, debe entenderse que ella refiere a la forma de aplicar el *quantum* de la pena y no al método de solución de anomias y antinomias, pues el bien jurídico tutelado y que se ha vulnerado ya cuenta con formas específicas y concretas de sanción y reparación en la propia ley penal.

Como evidencia de lo manifestado anteriormente podemos observar que el Código

Penal vigente contiene una compleja estructura de penas graduadas, aplicables a las infracciones, y se expresan de la siguiente manera:

I) PENAS PECULIARES DEL DELITO

1.- Reclusión Mayor: Que se cumplirá en los Centros de Rehabilitación Social del Estado y se divide en:

- a) Reclusión Mayor Ordinaria: Cuya pena va de cuatro a ocho años y, de ocho a doce años;
- b) Reclusión Mayor Extraordinaria: Cuya pena va de doce a dieciséis años; y,
- c) Reclusión Mayor Especial: Cuya pena va de dieciséis a veinticinco años.

2.- Reclusión Menor: Que se cumplirá en los establecimientos precitados y los condenados serán sometidos a trabajos de reeducación o a trabajos en talleres comunes; y sólo se les hará trabajar fuera del establecimiento al organizarse colonias penales agrícolas, y no se les aislará, a no ser por castigos reglamentarios, que no podrán pasar de ocho días. Se divide en:

- a) Reclusión Menor Ordinaria: Cuya pena va de tres a seis años y de seis a nueve años; y,
- b) Reclusión Menor Extraordinaria: Cuya pena va de nueve a doce años.

3.- Prisión: Cuya pena va de ocho días a cinco años;

- a) La prisión Correccional: La sufrirán los condenados en las cárceles del respectivo cantón, en las de la capital de provincia o en secciones apropiadas de las penitenciarías, debiendo ocuparse en los trabajos reglamentarios, en talleres comunes.

El trabajo es obligatorio en los establecimientos destinados a reclusión y prisión correccional, y su producto se invertirá en la forma señalada en la ley respectiva. El producto del trabajo del penado no es susceptible de embargo ni secuestro, salvo para el pago de alimentos forzosos.

Se entenderá por “prisión correccional” y “casa de prisión” a lugares especializados para la rehabilitación de adultos mayores, que serán administrados por el Ministerio de Inclusión Económica y Social en coordinación con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

4.- Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles: Toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o a reclusión menor extraordinaria, lleva consigo la interdicción del reo, mientras dure la pena. La interdicción surte efecto desde que la sentencia causa ejecutoria, y priva al condenado de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por acto testamentario.

Los condenados a reclusión menor ordinaria, en el caso de reincidencia, o en el de concurrencia de varios delitos que merezcan pena de reclusión, quedarán también sujetos a interdicción. Además, deberá nombrársele el correspondiente guardador conforme a las reglas del Código Civil para la curaduría del disipador.

Toda sentencia que condene a reclusión o a prisión causa la suspensión de los derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena; pero en los casos que determina expresamente este Código, los jueces y tribunales podrán imponer la suspensión de tales derechos, por un término de tres a cinco años, aunque la prisión no pase de seis meses.

5.- Sujeción a la vigilancia de la autoridad: En virtud de la sujeción a la vigilancia especial de la autoridad, puede el juez prohibir que el condenado se presente en los lugares que le señale, después de cumplida la condena; para lo que, antes de ser puesto en libertad, el condenado indicará el lugar que elija para su residencia, y recibirá una boleta de viaje, en la que se determinará el itinerario forzoso y la duración de su permanencia en cada lugar de tránsito.

Además, el vigilado estará obligado a presentarse ante la autoridad de policía del lugar de su residencia dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada, y no podrá trasladarse a otro lugar, sin permiso escrito de dicha autoridad, la que tiene derecho para imponerle ocupación y método de vida, si no los tuviere.

Igualmente, los condenados a pena de reclusión pueden ser colocados, por la sentencia condenatoria, bajo la vigilancia de la autoridad, por cinco a diez años; y si reincidieren en el mismo delito o cometieren otro que merezca la pena de reclusión, esa vigilancia durará toda la vida.

6.- Privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios; y,

7.- Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público.

II) PENAS PECULIARES DE LA CONTRAVENCIÓN

1.- Prisión de uno a treinta días.

2.- Multas: Las multas por delitos pertenecen al Fisco; y serán impuestas a cada uno de los condenados por una misma infracción. La multa se cobrará por apremio real.

En la sentencia podrá el juez autorizar al condenado a pagar la multa por cuotas; debiendo fijarse el monto y la fecha de los pagos, según la condición económica del condenado.

Las penas de multa y de comiso especial prescribirán en los plazos señalados para la prescripción de las penas principales; y las condenas civiles impuestas por una infracción prescribirán según las reglas del Código Civil.

Cuando sólo se hubiere impuesto multa o comiso especial, prescribirá en un año.

III) PENAS COMUNES A TODAS LAS INFRACCIONES

1.- Multa: En concurrencia de multa y costas debidas al Fisco, los pagos que hicieren los condenados se imputarán primeramente a las costas.

2.- Comiso Especial: Recae sobre las cosas que fueron el objeto de la infracción; sobre las que han servido, o han sido destinadas para cometerla, cuando son de propiedad del autor del acto punible, o del cómplice; y sobre las que han sido producidas por la infracción misma.

El comiso especial será impuesto por delito, sin perjuicio de las demás penas establecidas por la ley; pero, al tratarse de una contravención, no se impondrá sino en los casos expresamente determinados por la ley.

3.- Costas: Toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas procesales por parte de todos los responsables del delito. Los daños y perjuicios serán pagados asimismo en forma solidaria por todos los responsables contra quienes se haya ejercitado acusación particular con el objeto de alcanzar tal indemnización. En caso de insolvencia comprobada, por las costas procesales no habrá apremio alguno.

4.- Daños, Perjuicios y Reparación: La condena a las penas establecidas por este Código es independiente de la indemnización de daños y perjuicios de acuerdo con las normas de los Códigos Civil y de Procedimiento Civil. Determinado el monto de la indemnización se lo recaudará por apremio real.

Podrá el damnificado o quien ejerza su representación legal reclamar ante el fuero penal la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, mediante la correspondiente acusación particular

que con tal objeto se intente. La liquidación de las indemnizaciones serán declaradas en sentencia exista o no acusación particular, conforme el 309.5 del Código de Procedimiento Penal. La recaudación se realizará por apremio real en contra del deudor o del civilmente responsable.

Cuando los bienes del condenado no fueren suficientes para pagar los daños y perjuicios, la multa y las restituciones, serán preferidas las dos primeras condenaciones. Las obligaciones civiles derivadas de las infracciones, no se extinguen por la muerte del reo.

El culpado está obligado a publicar, a su costa, la sentencia condenatoria, cuando la publicación constituya el medio de reparar el daño no pecuniario ocasionado por el delito.

La condena condicional no suspende la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito, el pago de las costas procesales, ni el comiso especial.

IV) EXCEPCIONES A LA IMPOSICIÓN DE PENAS DE RECLUSIÓN Y SUSPENSIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

No se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta y cinco años. El que en tal edad cometiere un delito reprimido con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional.

Si hallándose ya en reclusión cumplieren sesenta y cinco años, pasará a cumplir su condena en una casa de prisión, conforme al inciso anterior. Lo mismo podrá resolver los jueces respecto de las personas débiles o enfermas.

Ninguna mujer embarazada podrá ser privada de su libertad, ni será notificada con sentencia que le imponga penas de prisión o de reclusión, sino 90 días después del parto.

V) CÓMPUTO E IMPUTABILIDAD DEL TIEMPO DE LA CONDENA Y EJECUCIÓN DE LA PENA

La duración de un día para computar el tiempo de la condena, es de veinticuatro horas; y la de un mes, de treinta días.

Toda detención, antes de que el fallo esté ejecutoriado, será imputada a la duración de la pena de privación de la libertad, si dicha detención ha sido ocasionada por la infracción que se reprime.

Ninguna pena podrá ejecutarse mientras esté pendiente un recurso o aclaratoria de la sentencia.

SISTEMA DE APLICACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LAS PENAS EN EL ACTUAL CÓDIGO PENAL

I) LAS CIRCUNSTANCIAS

ATENUANTES EN LAS PENAS DE RECLUSIÓN

Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, no constitutiva o modificatoria de la infracción, las penas de reclusión serán reducidas o modificadas de la siguiente manera:

- La reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años se sustituirá con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.
- La reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.
- La reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años se sustituirá con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.
- La reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años se sustituirá con reclusión menor ordinaria de tres a seis años.
- La reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años se sustituirá con reclusión menor ordinaria de seis a nueve años.
- La reclusión menor ordinaria de seis a nueve años se sustituirá con prisión correccional de dos a cinco años.

- La reclusión menor ordinaria de tres a seis años se sustituirá con prisión correccional de uno a tres años.

II) LAS CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES EN LAS PENAS CORRECCIONALES DE PRISIÓN Y MULTA

Si hay dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante no constitutiva o modificatoria de infracción, las penas correccionales de prisión y multa serán reducidas, respectivamente, hasta a ocho días y seis dólares de los Estados Unidos de Norte América, y podrán los jueces aplicar una sola de estas penas, separadamente, o reemplazar la de prisión con multa, hasta de doce dólares de los Estados Unidos de Norte América, si sólo aquella está prescrita por ley.

III) LA ATENUANTE TRASCENDENTAL

Existe el criterio consensuado que para que una atenuante tenga un rol trascendental debe reunir los siguientes requisitos:

- Ser de calidad excepcional, que conmueva positivamente, desde el punto de vista humano.
- Antecedentes del sujeto activo deben indicar la carencia de peligrosidad del mismo.
- Carencia de agravantes; y,
- La apreciación de la trascendencia de la atenuante corresponde al juez. Por lo mismo, la ley usa podrán y no deberán, cerrando así el derecho para el sentenciado de pedir la modificación favorable de la pena. La circunstancia de cada caso determinará si corresponderá o no el beneficio constante en el artículo.

Cuando hubiere a favor del reo una sola atenuante de carácter trascendental y se tratare de un sujeto cuyos antecedentes no revelen peligrosidad, no habiendo agravantes no constitutivos o modificatorias de infracción, podrán los jueces apreciarla para

la modificación de la pena, conforme a las reglas antes señaladas.

La reducción de la pena de reclusión, en virtud de circunstancias atenuantes, no impide que al condenado se le coloque bajo la vigilancia especial de la autoridad durante tres años a lo menos, y seis, a lo más.

La Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, a diferencia del Código Penal vigente, sí confiere los elementos constitutivos de la atenuante trascendental y señala que quien hallándose implicado en infracciones previstas por esta Ley suministrarle a la Policía Nacional, Ministerio Público o jueces competentes datos e informaciones precisas, verdaderas y comprobables, que condujeran a descubrir presuntos culpables de ilícitos previstos en ella, sancionados con pena igual o mayor que la contemplada para la infracción por la que se le juzga, será reprimido con un tercio a la mitad de la pena modificada por las atenuantes establecidas en el artículo precedente, en caso de haberlas, o de las que le correspondería en ausencia de ellas.

IV) LAS CIRCUNSTANCIAS EXCUSANTES

Cuando exista alguna de las circunstancias de excusa, determinadas en los Arts. 25, 26 y 27, las penas se reducirán del modo siguiente:

- Si se trata de un delito que merezca reclusión mayor extraordinaria de doce a diez y seis años, la pena será sustituida por la prisión correccional de uno a cinco años y multa que no exceda de treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América;
- Si se trata de una infracción reprimida con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, se aplicará la pena de prisión correccional de uno a cuatro años y multa que no exceda de diecinueve dólares de los Estados Unidos de Norte América;

- Si la infracción está reprimida con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años se sustituirá esta pena con la de prisión correccional de uno a tres años y multa que no exceda de dieciséis dólares de los Estados Unidos de Norte América;
- Si la pena señalada para la infracción es la de reclusión menor extraordinaria de nueve a doce años, se reemplazará con prisión correccional de seis meses a dos años y multa que no exceda de doce dólares de los Estados Unidos de Norte América;
- Si la infracción está reprimida con reclusión menor de seis a nueve años, se aplicará la pena de prisión correccional de tres meses a un año y multa que no exceda de nueve dólares de los Estados Unidos de Norte América;
- Si la pena que debe aplicarse es la de reclusión menor de tres a seis años, se reemplazará con prisión correccional de uno a seis meses y multa de seis dólares de los Estados Unidos de Norte América; y,
- Si se trata de un delito reprimido con prisión correccional, la pena quedará reducida a prisión de ocho días a tres meses y multa de cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, o una de estas penas solamente.

V) LA REINCIDENCIA COMO FACTOR DE MODIFICACIÓN DE LA PENA

Hay reincidencia cuando el culpado vuelve a cometer un delito después de haber cometido uno anterior por el que recibió sentencia condenatoria.

En las contravenciones hay reincidencia cuando se comete la misma contravención u otra mayor, en los noventa días subsiguientes a la condena por la primera falta.

La reincidencia, en el caso de la contravención establecida en el numeral 1 del artículo 607, será considerada como delito de conformidad con el Capítulo I del Título X del Libro II de este Código.

Las sentencias condenatorias expedidas en el extranjero se tomarán en cuenta para la reincidencia. Igualmente, se tomarán en cuenta las sentencias condenatorias pronunciadas por los tribunales militares pero sólo al tratarse de delitos de la misma naturaleza; y, en este caso, solamente se considerará el mínimo de la pena que podía haberse impuesto en la primera condenación, y no la que se hubiere en realidad aplicado.

VI) REGLAS PARA EL AUMENTO DE LAS PENAS POR CASOS DE REINCIDENCIA

- 1a. El que habiendo sido condenado antes a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión mayor de cuatro a ocho años, sufrirá la misma pena, pero de ocho a doce;
- 2a. Si el nuevo delito está reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años, el delincuente será condenado a reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años;
El que habiendo sido antes condenado a pena de reclusión cometiere un delito reprimido con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años; y, si el nuevo delito es sancionado con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, la pena será de veinticinco años, no sujeta a modificación.
- 3a. Si un individuo, después de haber sido condenado a pena de reclusión, cometiere un delito reprimido con reclusión menor de tres a seis años, sufrirá la misma pena, pero de seis a nueve;
- 4a. Si el nuevo delito cometido es de los que la ley reprime con reclusión menor de seis a nueve años, el transgresor será condenado a reclusión menor extraordinaria;
- 5a. Si el que fue condenado a reclusión menor extraordinaria de nueve a doce

años cometiere otra infracción reprimida con la misma pena, será condenado a reclusión mayor de doce años;

- 6a. Si el que ha sido condenado a reclusión cometiere un delito reprimido con prisión correccional, será reprimido con el máximo de la pena por el delito nuevamente cometido; y, además, se le someterá a la vigilancia de la autoridad por un tiempo igual al de la condena;
- 7a. Si el que ha sido condenado a pena correccional reincidiere en el mismo delito, o cometiere otro que merezca también pena correccional, será reprimido con el máximo de la pena señalada para el delito últimamente cometido; y,
- 8a. Si un individuo condenado a pena correccional cometiere un delito reprimido con reclusión, se le aplicará la pena señalada para la última infracción, sin que pueda reconocérsele circunstancias de atenuación.

VII) LA CONCURRENCIA DE VARIAS INFRACCIONES

En caso de concurrencia de varias infracciones, se observarán las reglas siguientes:

1. Si concurren varios delitos reprimidos con penas correccionales, o uno o más de estos delitos con una o más contravenciones, se acumularán todas las multas y penas de prisión correccional y de policía; pero de manera que la multa no pueda exceder del doble de la más rigurosa; y la prisión correccional, de seis años;
2. Cuando concorra un delito reprimido con reclusión con delitos reprimidos con prisión correccional o una o más contravenciones, se impondrá la pena señalada al delito más grave;
3. Cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión, se impondrá la pena mayor.
Cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión mayor especial, se acumularán las penas por un máximo de treinta y cinco años;

4. Las penas de comiso especial en virtud de varias infracciones concurrentes, serán siempre acumuladas;
5. Cuando haya concurrencia de varias contravenciones se acumularán todas las penas merecidas por el contraventor, pero no podrán exceder del máximo de la pena de policía; y,
6. Cuando un solo acto constituya varias infracciones únicamente se impondrá la pena más rigurosa que será hasta de treinta y cinco años, si se trata de infracciones sancionadas con reclusión mayor especial.

VIII) CONDENA POR PRIMERA VEZ Y SUSPENSIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PENA:

- a) En los casos de condena por primera vez, si es causada por delito sancionado con una pena cuyo máximo no exceda de seis meses de prisión correccional o por un delito al que sólo se aplique multa, los jueces podrán ordenar en la misma sentencia que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Esta decisión se fundará en el criterio respecto de la personalidad integral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, en cuanto puedan servir para apreciar dicha personalidad. Los jueces requerirán las informaciones que crean pertinentes para formar criterio.
- b) En el caso de concurrencia de infracciones, procederá la condenación condicional si el máximo de la pena aplicable al reo no excede de seis meses de prisión o fuere sólo de multa.
- c) La condena se tendrá como no pronunciada si dentro del tiempo fijado para la prescripción de la pena y dos años más, el condenado no cometiere nueva infracción.

IX) LA ACUMULACIÓN DE PENAS

Si el condenado, durante el tiempo indicado anteriormente, cometiese nueva infracción, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que corresponda al

nuevo acto cometido.

X) CONDICIONES PARA LA REDUCCIÓN DE LAS PENAS Y LIBERTAD CONDICIONAL

Todo condenado que hubiere sufrido las tres cuartas partes de la condena, en tratándose de reclusión, y las dos terceras partes, al tratarse de prisión correccional, podrá ser puesto en libertad condicional, por resolución de la autoridad correspondiente, siempre que hubiere cumplido con regularidad los reglamentos carcelarios y observado muy buena conducta, revelando arrepentimiento y enmienda, bajo las siguientes condiciones:

- 1a. Residir en el lugar que se determine en el auto respectivo, no pudiendo salir de esa residencia sino con permiso de la autoridad que le otorgó la libertad;
- 2a. Que, cuando obtenga dicho permiso, al trasladarse a otro lugar, dé a conocer el permiso a la primera autoridad policial de su nueva residencia;
- 3a. Que acredite tener profesión, arte, oficio o industria, o bienes de fortuna, u otro medio que le permita vivir honradamente;
- 4a. Que el tiempo que le falte para cumplir la pena no exceda de tres años;
- 5a. Que, al haber sido condenado al pago de indemnizaciones civiles, acredite haber cumplido esta obligación, a menos de haber comprobado imposibilidad para hacerlo; y,
- 6a. Que el Instituto de Criminología en la Capital de la República o una comisión integrada por el Fiscal Provincial de la Corte Provincial de Justicia y el Jefe Provincial de Salud, en las demás localidades del Estado, conceda informe favorable a la liberación condicional.

XI) REVOCATORIA DE LA LIBERTAD CONDICIONAL:

- Si el que obtuvo su libertad condicional, durante el tiempo que le falta para

- cumplir la condena y hasta dos años más, observare mala conducta, o no viviere de un trabajo honesto si carece de bienes, o frecuentare garitos o tabernas, o se acompañare de ordinario con gente viciosa o de mala fama, la autoridad respectiva revocará la libertad condicional, para que cumpla la parte de pena que le faltaba al obtener tal libertad, sea cual fuere el tiempo transcurrido desde ella.
- Si cometiere nuevo delito, a más del tiempo que le faltaba por la primera condena, sufrirá la pena por el delito nuevamente cometido.
 - Transcurrido el tiempo de la condena y dos años más, sin que la libertad condicional haya sido revocada, quedará extinguida la pena.
 - Ningún penado cuya libertad condicional haya sido revocada podrá obtenerla nuevamente.
 - El reo que obtenga su libertad condicional quedará sujeto a la vigilancia especial de la autoridad por el tiempo que le falte para cumplir la condena y dos años más.
 - El descubrimiento de un delito anterior, debidamente comprobado, suspende los efectos de la condena condicional.

XII) LA AMNISTÍA, EXTINCIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE LA PENA:

- a) La amnistía no solamente hará cesar la acción penal, sino también la condena y todos sus efectos, con excepción de las indemnizaciones civiles.
- b) La pena se extingue también por declaración de la Asamblea Nacional, rehabilitando la honra y estableciendo la inocencia de los condenados injustamente, de acuerdo con lo que disponga la Constitución del Estado y el Código de Procedimiento Penal.
- c) Toda acción penal prescribe en el tiempo y con las condiciones que la ley señala. En el ejercicio del derecho que la prescripción establece, se observarán las reglas que siguen:

- Tanto en los delitos de acción pública como en los delitos de acción privada se distinguirá ante todo si, cometido el delito, se ha iniciado o no enjuiciamiento. Las penas privativas de la libertad, por delito, prescriben en un tiempo igual al de la condena, no pudiendo, en ningún caso, el tiempo de la prescripción ser menor de seis meses.
- La prescripción de la pena comenzará a correr desde la media noche del día en que la sentencia quedó ejecutoriada y se imputará al tiempo necesario para la prescripción el que el delincuente hubiere estado recluso, preso o detenido por motivo del mismo delito.
- **En los delitos de Acción Pública:** De los A excepción de los casos de imprescriptibilidad de las acciones y de las penas previstas en la Constitución de la República, en los demás delitos reprimidos con reclusión, cuyo ejercicio de acción es pública, de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años; tratándose de delitos reprimidos con reclusión mayor especial, la acción para proseguirlos prescribirá en quince años. Tratándose de delitos reprimidos con prisión, la acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada. En los mismos delitos de acción pública, de haber enjuiciamiento iniciado antes de que aquellos plazos se cumplan, la acción para continuar la causa prescribirá en los mismos plazos, contados desde la fecha del Instrucción Fiscal. Si el indiciado se presentare voluntariamente a la justicia en el plazo máximo de seis meses posteriores al inicio de la instrucción, los respectivos plazos se reducirán a diez años en los delitos reprimidos con reclusión mayor especial; a ocho años en los demás delitos reprimidos con reclusión; y, a cuatro años en los delitos reprimidos con prisión. En estos casos, los plazos se

contarán desde la fecha del inicio de la instrucción. No surtirá efecto esta regla en caso de reincidencia.

- **En los delitos de acción privada:** La acción para perseguirlos prescribirá en el plazo de ciento ochenta días, contados desde que la infracción fue cometida. Iniciada la acción y citado el querellado antes del vencimiento de ese plazo, la prescripción se producirá transcurridos dos años a partir de la fecha de la citación de la querrela.
- **Los delitos reprimidos sólo con multa:** La acción penal se extinguirá en cualquier estado del juicio, por el pago voluntario del máximo de la multa correspondiente al delito, y de las indemnizaciones, en los casos en que hubiere lugar.
- **Prescripción por la falta de despacho oportuno de los jueces:** serán castigados por el superior con la multa de cuarenta y cuatro a cuatrocientos treinta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América, quedando a salvo la acción de daños y perjuicios a que hubiere lugar contra dichos funcionarios, de conformidad con lo prescrito en el Código de Procedimiento Civil.

Las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca el proceso.

De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el tribunal penal que conozca el proceso.

Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

- Tanto la prescripción de la acción como la de la pena se interrumpen por el hecho de cometer el reo otra infracción que merezca igual o mayor pena, antes de vencerse el tiempo para la prescripción.
- La acción y la pena de policía prescriben en los plazos que señala el Libro III de este Código.
- Todo condenado a pena de reclusión que hubiere prescrito quedará, de hecho y por diez años, sujeto a la vigilancia especial de la autoridad, y no podrá residir en el lugar en que cometió el delito, si en él habitan el agraviado o sus parientes. La prescripción correrá o será interrumpida, separadamente, para cada uno de los participantes en un delito.
- La prescripción puede declararse a petición de parte, o de oficio, necesariamente, al reunirse las condiciones exigidas en este Código.

XIII) EL INDULTO, CONMUTACIÓN, PERDÓN Y REBAJA DE LA PENA:

- La autoridad designada por la Constitución podrá perdonar, o conmutar, o rebajar las penas aplicadas por sentencia judicial ejecutoriada, sujetándose a las disposiciones especiales de la Constitución y de la Ley de Gracia.
- La interdicción civil cesará cuando el condenado haya conseguido indulto de la pena, o cuando se haya conmutado ésta con otra que no lleve tal interdicción. El perdón, la conmutación, o la rebaja de la pena no se extenderán a exonerar al culpado del pago de los daños y perjuicios y costas al Fisco, o a terceros interesados.
- Las incapacidades anexas a ciertas condenas, por ley o sentencia judicial, no cesan por el indulto que se concediere

con arreglo a la Constitución y las leyes, a no ser que lo consigne expresamente el decreto de gracia.

- Todo condenado a reclusión mayor o menor que obtenga indulto o conmutación de la pena, quedará bajo la vigilancia especial de la autoridad, hasta por el término de diez años, si el decreto de gracia no dispusiere otra cosa.
- Por el perdón de la parte ofendida cesa la pena al tratarse de las infracciones de adulterio e injuria calumniosa y no calumniosa grave. Si hubieren varios partícipes, el perdón en favor de uno de ellos aprovecha a los demás.

XIV) LIBERTAD CONTROLADA Y PRELIBERTAD

El Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social ha establecido criterios para la cancelación de rebajas señalando que la reducción de penas que operará sobre un sistema de méritos que permita evaluar la buena conducta y la colaboración activa del interno en su rehabilitación, que se demostrará por la participación en procesos culturales, educativos, laborales, de tratamiento de adicciones u otros. La reducción de penas podrá concederse hasta un máximo del 50% de la pena impuesta al detenido y no procederá cuando los internos hayan sido sentenciados por plagio, asesinato, delitos sexuales, trata de personas, o por crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, de agresión, determinados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

El sistema de méritos y su valoración será determinado por el Consejo Nacional de Rehabilitación Social mediante reglamento que se expedirá para el efecto.

- **La libertad controlada:** es la fase del tratamiento mediante la cual el interno convive en su medio natural, bajo la supervisión del régimen y será concedida

o revocada por las juezas y jueces de garantías penitenciarias, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la ley y sus reglamentos.

- **Pre libertad:** la fase de la prelibertad es la parte del tratamiento en la que el interno que ha cumplido los requisitos y normas del sistema progresivo, desarrolla su actividad controlada por el régimen, fuera del centro de rehabilitación social, conforme al reglamento pertinente.

Como se advirtió inicialmente, el régimen de sanciones y penalidades reviste un nivel importante de complejidad para su comprensión, pero ello de ninguna manera puede resultar despreciable, pues, por el contrario este hace gala de un exagerado detallismo que al final queda plenamente justificado ante el esfuerzo que ha intentado desplegar el legislador para maximizar las posibilidades de construcción de un sistema objetivo de aplicación proporcional de las penas.

XV) LA FINALIDAD DE LA PENA

El análisis resulta oportuno, también, para auditar los resultados de la finalidad de la pena. Al parecer esta se encuentra en entredicho porque los resultados de rehabilitación y reinserción social contrastan con la realidad.

Finalmente, la proporcionalidad ha sido desarrollada legalmente bajo inspiración de los criterios axiológicos y teleológicos del legislador al momento de graduar y tarifar las sanciones para evitar el abuso, la arbitrariedad y subjetividad de los jueces al momento de imponer las penas, atendiendo la importancia del bien jurídico tutelado frente a la gravedad del daño provocado por el agente infractor, sin olvidar también que resulta importante analizar quién y cómo pudiera aplicarse la proporcionalidad del dolor de las víctimas. En definitiva, derecho injusto no es derecho. ❖

El principio del interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades¹.

De la Concepción de Menor, a Niño, Niña y Adolescente



Dra. Lucy Blacio Pereira
Jueza de la Corte Nacional de Justicia

El 20 de noviembre de 1948, en el seno de la Organización de Naciones Unidas, se proclamó la Convención de los Derechos del Niño, la misma que nació en el reconocimiento de la lucha de los derechos de los niños como sujetos de derechos, quienes están revestidos de interés superior y de prioridad absoluta, en lo que se denomina la Doctrina de Protección Integral.

Pese a haber sido proclamada en los años cuarenta, en el mundo tanto como en el Ecuador tomó un tiempo considerable para que las legislaciones de los países adoptaran sus principios, así como las obligaciones que ésta contiene en protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En el año 2003, en el Ecuador se promulgó el Código de Niñez y Adolescencia, el cual derogó el Código de Menores que se encontraba en vigencia desde el año 1976. Este nuevo código dio el salto de la doctrina de situación irregular a la doctrina de protección integral.

Doctrina de Protección Integral vs la Doctrina de la Situación Irregular:

Estas dos corrientes en el ámbito de pro-

tección de los derechos de la niñez se han visto contrapuestas durante muchos años. Estas dos doctrinas claramente opuestas, a su manera pretenden delinear las relaciones entre niños, niñas y adolescentes, y adultos y adultas, las cuales nacen de la misma Convención de los Derechos del Niño, pero en lados opuestos.

La llamada doctrina de la situación irregular tuvo como objetivos principales establecer una diferencia marcada entre los adultos y los niños, estableciendo una relación de sumisión y pertenencia de los hijos a los padres y en general, de los niños a los adultos. Con esta visión adulto centrista, los niños, niñas y adolescentes, carentes de opinión y derechos, pasan a ser un objeto de protección de sus padres y del Estado, dentro de una mirada de obediencia y castigo, de caridad y no de protección.

Así, por varios años existieron instituciones dedicadas a la caridad y al amparo, y no a la protección y al desarrollo. El Estado por muchos años entendió que su deber de protección solamente se debía a los “menores” abandonados, maltratados y desprotegidos, en un afán de ampararlos mediante la mera

¹ Opinión Consultiva OC-17/2002, CIDH, 28 de agosto de 2002.

satisfacción de necesidades como una función altruista y no como una política del Estado.

Esta corriente se titula de la situación irregular, ya que se centra en que el menor en conflicto generaba un problema al Estado, era el que interesaba al Estado con el fin de resolver su situación, no como un deber social, sino como un problema social. Por lo tanto, el niño era el problema a resolver y no su situación, su entorno y la raíz de la situación que causaba el conflicto.

La doctrina de la situación irregular se basaba en que los niños, niñas y adolescentes eran aquellos que tenía a sus padres o madres, o en general vivían en familia, aparentemente sin problemas, por lo que no eran vistos por el Estado ya que al pertenecer a sus padres o familiares estos eran los únicos llamados a criarlos, es decir el Estado tenía una ínfima participación en las decisiones que los adultos tomaran con respecto a sus hijos e hijas y por lo tanto no necesitaban protección.

No hablamos entonces de políticas públicas, ya que, el Estado estaba para resolver los problemas de los menos poseídos y no para todos los niños, niñas y adolescentes.

Por lo tanto, eran niños, niñas y adolescentes aquellos que no tenían ningún problema y los menores aquellos que al encontrarse en problema el Estado debía atender.

Esta doctrina se plasmaba de manera categórica en el Código de Menores, el cual no versaba acerca de la forma de protección de todos los niños, niñas y adolescentes sino que normaba el cómo se resolvían los conflictos que existían con respecto a temas de alimentos, visitas, salidas del país, etc., así como el sistema de castigos para aquellos que se portaban de manera incorrecta y que sus padres no podían controlar.

La caridad y el altruismo eran las líneas de acción del Estado, así como la poca in-

tervención del mismo en los asuntos referentes a los niños, niñas y adolescentes en el hogar y en sociedad.

Esta visión retrógrada merecía que se desnaturalice la institución y su importancia para el Estado, ya que cuidar a los menores era una fusión accesoria y por esta razón debía ser llevada por una institución accesoria manejada por la primera dama.

Por otro lado, tenemos la doctrina de protección integral, la misma que se auto determina así en el sentido de visibilizar a todos los niños, niñas y adolescentes, y dejar atrás la diferencia de a quiénes proteger. Esta doctrina se basa en principios rectores como la prioridad absoluta y el interés superior del niño, niña o adolescente, y la titularidad de derechos de los niños, niñas y adolescentes, principios que marcan un profundo cambio de época y plasma de manera real los objetivos de la Convención de los Derechos del Niño.

La doctrina de protección integral marca la diferencia entre el término menores y niño, niña o adolescente. Este cambio en primera instancia visibiliza tanto a los niños como a las niñas y a los y las adolescentes, no los encasilla en la misma categoría, sino que los individualiza para poderlos proteger de manera específica e individualizada.

Por otro lado, deja de lado el término “menor”, el cual ha sido utilizado tanto por la legislación, como por diferentes autoridades para referirse a los niños, niñas y adolescentes, estableciendo una diferencia entre una persona menor de edad y un menor, mencionando que el primero es una distinción de una persona por su edad y el otro como un término peyorativo.

En la misma línea es necesario mencionar que la doctrina de protección integral establece que los niños, niñas y adolescentes dejaron de ser objetos de protección, y son sujetos de derechos, es decir que al ser titu-

lares de sus derechos los mismos no pueden ser reducidos o eliminados a disposición de sus padres o apoderados, sino que más bien son ellos y ellas quienes los ejercen y gozan de las garantías de los mismos. Lo cual se establece en el Código de Niñez y Adolescencia, en su artículo primero.

De la mano con este principio, la doctrina de protección integral también consagra el principio de ejercicio progresivo el cual establece que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de todos sus derechos, pero su ejercicio es progresivo, por ejemplo los niños, niñas y adolescentes tienen derecho al trabajo pero pueden ejercerlo a partir de los quince años en algunos casos y con ciertas restricciones, y de manera completa, a partir de los 18 años, (artículo 13 CNA).

Por otro lado, la doctrina de protección integral también establece el principio de prioridad absoluta, el cual aparte de estar consagrado en la legislación especializada, se encuentra consagrado en la Constitución del Ecuador del año 2008. Este principio establece que los niños, niñas y adolescente gozan de prioridad absoluta frente a la formulación de políticas públicas o provisión de recursos, así como en el acceso a los servicios públicos.

La doctrina de protección integral también determina el principio de interés superior, el mismo que establece que las autoridades, la familia y la sociedad tienen el deber de ajustar sus decisiones a las necesidades y al conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Este principio, como la norma bien lo manifiesta no puede ser utilizado contra norma expresa.

Otro principio consagrado tanto en la Convención de los Derechos del Niño como en la Constitución y la ley es el principio de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia en defensa de los de-

rechos de los niños, niñas y adolescentes. Este principio establece, a diferencia con la corriente opuesta, que son estos tres actores quienes tienen responsabilidad con el fiel cumplimiento de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, esto, claro en sus marcados ámbitos de acción, los mismo que son conducentes entre sí como los de cuidado, protección, desarrollo integral, entre otros.

Esta doctrina también incluye principios como la presunción de edad de los niños, niñas y adolescentes, justicia especializada, el derecho a opinar y la aplicación de la norma más favorable.

Un cambio de época:

Teniendo claras las diferencias entre la doctrina de protección integral y la de situación irregular, el lector podrá dar cuenta del cambio que implicó empezar a aplicar la una e ir desterrando la anterior.

Este cambio de época ha sido posible gracias a la intervención de los distintos movimientos pro defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Los mismos, claro, no están alejados de aquellos que defienden los derechos de otros grupos también invisibilizados por la historia y la sociedad, como es el movimiento de pro defensa de los derechos de las mujeres y los de defensa de los derechos de los adultos mayores y los jóvenes.

Esta lucha dio sus primeros frutos con la promulgación del antes mencionado Código de la Niñez y Adolescencia, el cual instauró a parte de los principios rectores de la doctrina de la protección integral, el Sistema Descentralizado de Protección de Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Este sistema pretende que la protección de los derechos de los niños aterrice desde el organismo central a los distintos rincones del país, desde su circunscripción política más pequeña, que son los cantones.

El Sistema Nacional de Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes en los últimos tiempos también dio un cambio, ya que por mandato constitucional, este deberá también emprender la lucha por la defensa de los derechos de los adultos mayores y los jóvenes, en una visión intergeneracional.

Más pese a ello, es la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes la que ha dado grandes frutos en estos últimos diez años. Esto se lo puede verificar en el sentido de que derechos como la educación, la salud y el desarrollo infantil han sido políticas públicas claras y líneas de acción concretas en este último período, así como el hecho de que se haya incluido en el texto constitucional a los niños, niñas y adolescentes entre los grupos de atención prioritaria y la inclusión y atención a niños, niñas y adolescentes y general a la población con discapacidad.

Este importante salto que ha dado el Estado, pese a ser enorme, en cierto casos no resulta suficiente frente a la concepción errada que la sociedad aún sigue teniendo con respecto a los niños, niñas y adolescentes. Esto en el sentido de que aún persiste la idea de la pertenencia de los hijos a los padres y de los niños a los adultos.

Todavía en varios espacios se escucha la frase “son mis hijos y con ellos hago lo que quiero”, o como “no lo preguntes, es un niño, no sabe lo que quiere”, “aquí quien decide lo que te conviene soy yo”, dichas frases que pueden haberse escuchado en el seno familiar, se replican en la escuela y en la misma sociedad, cuando es un maestro o maestra quien maltrata a sus alumnos y le exige que guarden silencio, o cuando como sociedad miramos indolente el trabajo infantil por las calles.

Estas son deudas que el Estado, la sociedad y la familia no han logrado saldar con los niños, niñas y adolescentes, deudas que

por muchas décadas no han permitido que nuestros países crezcan, ya que un niño en la calle significa un adulto en la calle.

Grandes avances:

Pese a las deudas que el Estado, la sociedad y la familia han mantenido, con respecto a protección de los niños, niñas y adolescentes, en el Ecuador se han dado grandes avances con respecto a la protección y respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. A continuación me permito citar algunos, los cuales considero han marcado una clara e irreversible tendencia a considerar a la niñez como un grupo importante para el Estado ecuatoriano:

- **Educación**

Los grandes cambios en el tema de educación han sido claros en estos últimos años, ya que, se han instaurado una serie de políticas públicas de generalización de la educación inicial, básica, intermedia y bachillerato, como la eliminación del pago por ciertos servicios como matrícula, uniformes, textos y desayuno escolar, además de la evaluación generalizada de maestros y maestras con la participación de los propios alumnos y alumnas.

Esto sumando a la enorme inversión en la implementación de centros de estudio y la unificación de la educación en el sentido de eliminar la educación diferenciada entre hombres y mujeres.

Todos estos cambios dan cuenta que el Estado le apuesta a la educación como la única forma de salir de sub desarrollo y de plantar las bases de un país con futuro.

- **Salud**

En el ámbito de salud, el cambio también es notable. En primera instancia quisiera rescatar el programa de generalización y acceso a la salud implementado en este último período ha sido uno de los pasos dados con mayor certeza, la gratuidad en la salud, la construcción e implementación de varios centros y sub centros de salud, así como el

acceso a vacunas, cuidados pre natales y a nuevas técnicas de detección de enfermedades propias de la niñez que combatida a tiempo dan una esperanza de vida mayor.

Más otro tema que vale la pena comentar y esto enfocado a los adolescentes es el acceso a información clara y precisa con respecto a educación en sexualidad y una política de prevención del embarazo adolescente.

- **Desarrollo Infantil**

Con respecto al tema de desarrollo infantil, es claro el avance ya que se ha puesto real interés en implementar varios centros de desarrollo integral de niños de 0 a 5 años, anteriores a la etapa escolar. Estos centros de desarrollo infantil, de la mano de una política clara de eliminación de la informalidad tanto en el sector público como en el privado en la atención a este grupo de niños, están haciendo la diferencia en el sentido de otorgar nuevos espacios de estimulación y cuidado, así como de otorgar tranquilidad a las familias que deben entregar a sus hijos a un lugar seguro mientras ejercen sus actividades cotidianas.

- **Eliminación del Trabajo Infantil en basurales**

En el año 2010, Ecuador se proclamó país libre de trabajo infantil en basurales, esta declaración nació de un trabajo conjunto entre varias instituciones del gobierno central y local, con el fin de erradicar esta que es una de las peores formas de trabajo para un niño, niña o adolescente.

La eliminación de esta precaria forma de irrespeto a los derechos de niños, niñas y adolescencia marcó la diferencia y evidenció el real peligro al que están expuestos los niños, niñas y adolescentes y en general todas las personas que trabajan en basurales en todo el país.

- **Protección Especial**

Protección especial significa aquella intervención que el Estado realiza en pos de

salvaguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes privados de un medio familiar idóneo, es decir, aquellos que han sido víctimas de maltrato de cualquier tipo, abandonados, con discapacidad, etcétera.

En este ámbito se ha avanzado en el sentido de haber hecho una inversión histórica, tanto en personal como en recursos a las distintas instituciones que trabajan en el tema, así como políticas claras de protección, de intervención y de prevención.

- **Participación**

Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a participar en todos los temas que sean de su interés y que conciernan a sus derechos, es por esta razón que se han implementado varios espacios de participación, tanto formal como informal, los cuales han tenido cabida en estos últimos años en las diferentes esferas políticas y sociales del quehacer del Estado. Se ha instaurado una serie de consejos consultivos nacionales y locales los cuales han dado su voz en la toma de decisiones.

Justicia Especializada

Con la aprobación de la Constitución de 2008, así como con la aprobación del Código Orgánico de la Función Judicial, en el país inició una reforma judicial la cual no fue esquiva a la justicia especializada en niñez y adolescencia. En los últimos años se han abierto varios concursos con el fin de escoger a más de un centenar de jueces y juezas de niñez y adolescencia a nivel nacional, así como de empleados judiciales auxiliares y personal del equipo técnico de los respectivos juzgados, los cuales llenaron las plazas dejadas por aquellos empleados judiciales que no pudieron aprobar las pruebas de aptitud para ocupar sus cargos y aquellos que fueron destituidos además de las nuevas judicaturas creadas.

Este cambio no solamente fue de aumento de personal, sino que cada uno de estos procesos de selección estuvo caracterizado

tanto por el mérito como por la capacitación brindada a los postulantes, y, jueces y juezas.

Lo que está por hacer:

Como se había mencionado anteriormente, pese a que hubo avances importantes en el reconocimiento y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, también se han evidenciado ciertos temas que se han quedado en la palestra como deudas que saldar:

- **Adolescentes en conflicto con la ley penal**

En los últimos años y debido a un repunte considerable de la delincuencia en la sociedad ecuatoriana, se ha abierto un fuerte debate con respecto a la situación de los adolescentes en conflicto con la ley penal. Si bien es cierto, las mismas normas de sociedad indican sanción para los infractores, es la condición de adolescente que hace que estos al haber cometido un acto reputable a un delito merezcan protección y no represión.

Con la propuesta legislativa de un Código Penal Integral se han abierto frentes opuestos, por un lado aquellos que consideran que los adolescentes en conflicto con la ley penal merecen protección especial para prevenir que vuelvan a delinquir y protegerlos de las razones por las cuales delinquieron; y, aquellos que consideran que por gravedad del delito cometido merecen cierto trato como adultos y castigos igualitarios, una legislación más severa para el delito y la reducción de la edad de imputación.

Si bien es cierto que la misma es una propuesta que debe ser debatida en el seno de la Asamblea Nacional, esta debe tener en cuenta tanto los tratados y convenios internacionales, la legislación nacional y la Constitución, previo a ceder ante presiones tanto de unos como de otros.

Es deber del Estado proteger a todas las personas pero en especial a los grupos de

atención prioritaria.

- **Eliminación total del trabajo infantil y explotación laboral**

Como se mencionó anteriormente, se han dado pasos importantes en la erradicación del trabajo infantil y la explotación laboral, es necesario que se incrementen esfuerzos para poder eliminar, erradicar el trabajo infantil en todas sus esferas, es posible aún ver en las calles familias enteras de toda edad vendiendo toda la clase de productos en las calles. Al no existir una política pública sustentada y sustentable con respecto a trabajo infantil, esta seguirá siendo una deuda pendiente.

- **Eliminación de los delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes**

Pese a encontrarse en camino una reforma al Código Penal, en la cual se trata de aumentar y radicalizar la lucha contra los delitos como el narcotráfico y el asesinato en forma de sicariato, es también necesario realizar una en el sentido de radicalizar la lucha contra la pornografía infantil, la trata de personas con fines de explotación sexual, y demás delitos que afectan la vida, el desarrollo integral y sexual de los niños, niñas y adolescentes.

De la mano con este razonamiento, es preciso que se dé un cambio en la forma en la cual se investiga y lleva el juzgamiento de los delitos ya cometidos, esto en razón de que no se repitan prácticas como la revictimización, discriminación, la negociación de la sanción en delitos de violencia sexual.

Como conclusión es necesario mencionar que como en todo cambio social, el verdadero salto no lo da la ley, sino la misma sociedad al tratar de aprehender para sí la concepción de respeto a los derechos de todos los seres humanos, en especial de los niños, niñas y adolescentes. ❖

“...pues quien negara que se elevó su corazón, y que en su pecho, más libre, latió la sangre con más pureza cuando se elevó el primer fulgor del nuevo sol, cuando se oyó hablar de los derechos del hombre, comunes para todos, de la libertad embriagadora y de la hermosa igualdad. Entonces cada cual espero vivir por sí mismo; parecía romperse la cadena que arrojaba a muchos países, y que sostenía en su mano el ocio y el egoísmo”. W. GOETHE.

La Mínima Intervención Penal



Dr. Paúl Iñiguez Ríos

Juez de la Corte Nacional de Justicia

La mínima intervención es un principio limitador al derecho penal, contiene directrices y barreras para evitar su extralimitación, otorgándole al derecho penal el carácter de última ratio; es decir, solo para casos graves y cuando hayan fracasado otros mecanismos de protección de bienes jurídicos. En este sentido Silva Sánchez afirma que *“el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos maneras: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantísticos individuales”*.

Contar con los argumentos y directrices del principio de mínima intervención penal o del Estado, permite, sin duda, la comprensión, desarrollo y correcta aplicación dentro de los deberes y atribuciones de la Asamblea Nacional, como ente legislativo;

de la Fiscalía General del Estado, como ente investigador y de la Función Judicial como órgano garante de derechos. Aunque el artículo 195 de la Constitución de la República, lo señala en relación a la investigación, función conferida al Fiscal, su influencia debe irradiar a todo el sistema penal, empezado por su creación hasta su aplicación.

Este principio alcanza relevancia por la expansión del poder punitivo del Estado frente al evidente peligro de lesiones a bienes jurídicos por el incremento de la inseguridad social, sin observancia de las garantías y de los derechos, para sancionar aquel que se considera “enemigo” de la tranquilidad y paz social, lo cual resulta inconsecuente con el Estado constitucional de derechos y justicia.

Aunque amplísimamente cuestionado por algunos sectores sociales, resulta necesario, puesto que, la intervención jurídico-

penal del Estado en la vida de los ciudadanos debe ser limitada a partir de determinadas orientaciones teleológicas del Derecho Penal; pues, la política criminal clásica no ha resultado tan eficiente y requiere alternativas, transformaciones sociales e institucionales que garanticen derechos para un mejor convivir de la sociedad.

La intervención penal lejos de resocializar y rehabilitar al infractor, lo que ha provocado es especializar el delito y al delincuente; convertir al transgresor en un verdadero antisocial y como diría Antonio Pablos García *“a menudo no es la comisión de un delito el obstáculo real para la reinserción del infractor, sino el hecho de haber padecido una pena.”* Y más en un Estado en el que aun existiendo el derecho, no existe la cultura jurídica del resarcimiento y de la reparación del daño cuando por error se sanciona a un inocente.

Este principio parte del reconocimiento de los efectos que produce la intervención punitiva. Esto se pone en evidencia sobre todo por dos factores: **1.- Irracionalidad selectiva**, propia de todo sistema penal ya que la mera observación no muestra la verdadera realidad, basta con recorrer las cárceles, los lugares de detención de contraventores para menores infractores, para darnos cuenta de su ineficacia; y, **2.- Irracionalidad de las cárceles**, la pena carcelaria como prototipo de sanción

penal produce efectos deteriorantes y desgarradores en la personalidad humana del infractor, contribuyendo, contrario a su finalidad, al incremento de los niveles de inseguridad ciudadana; obstaculiza la formación, educación y reinserción social del individuo. Si sumamos estas irracionalidades, advirtiendo que la respuesta punitiva no es el único medio para alcanzar la paz social.

Con esto no se quiere decir, que no se deba sancionar y castigar el delito, sino que las sanciones se adecuen a las conductas y a las realidades de nuestras sociedades; en tal sentido, se debe excluir una conducta del ámbito penal e integrarla en otras esferas del derecho como se ha venido haciendo en los últimos tiempo, debiendo dejarse en manos del derecho penal los casos que revisten gravedad e inminente peligro a la sociedad.

El principio de mínima intervención penal, resulta asimismo de mucha utilidad, como herramienta interpretativa del derecho, tanto en el juzgamiento de una conducta, como en la imposición de la sanción, ejercicio que conduce a la aplicación del principio de proporcionalidad, en el juzgamiento de una conducta criminal, que en nuestro sistema jurídico lo regula la ley de acuerdo al mandato del artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República. ❖

Los Derechos de Libertad de las Ciudadanas y Ciudadanos en el Derecho Constitucional



Dr. Merck Benavides
Juez de la Corte Nacional de Justicia

1.1. INTRODUCCIÓN

Los derechos de libertad constitucionales, son aquellos que están consagrados dentro del ordenamiento jurídico del Estado y que están vinculados especialmente con la vida, la integridad, la igualdad, la intimidad, la propiedad, la identidad y el trabajo; derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana que están garantizados por la norma constitucional y los tratados internacionales, tales como la Declaración Universal Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, mismos que se encuentran suscritos, aprobados y ratificados por el Ecuador.

El vocablo libertad proviene del latín *libertas*, *-ätis*, que tiene el mismo significado. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la libertad así: “*Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera u otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos*”. Por lo mismo, la libertad está relacionada estrictamente con la conciencia objetiva y de ninguna manera con el subjetivismo personal; he ahí, la necesidad de la aparición del Derecho que delimita la libertad de un individuo con la de los demás conciudadanos y conciudadanas.

Desde el ámbito teleológico, la acción humana se encamina a cumplir un fin o una meta razonable y consciente que cumpla objetivos globales vitales; que enmarcado en el campo de la libertad, los actos del ser humano, no pueden ir más allá de la libertad de los demás. De allí se expresa que, el hombre no es libre si no ha obrado con conciencia, porque sus fijaciones psíquicas serán siempre arbitrarias; y ante estas últimas, está presente el Derecho para normar la conducta de los seres humanos en cada uno de sus actos.

La necesidad hace crear el Derecho, así lo sostenía el filósofo Sócrates; y, por su parte César Beccaria expresa: “*Fue, pues, la necesidad quien obligó a los hombres para ceder parte de su libertad propia;...*” (Beccaria, 2008, pág. 9). La libertad es la conducta individual que no causa daño a la sociedad; al respecto la primera parte del Art. IV de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dice: “*La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás*”. Entonces se puede afirmar que, la libertad es uno de los derechos fundamentales de las personas, por ende está facultado a realizar sus actividades sin

ninguna restricción, pero siempre respetando los derechos de los demás.

Los tratadistas sobre los derechos de los ciudadanos, desde una perspectiva histórica, clasifican a los derechos humanos como de primera, segunda, tercera generación, en atención a la época en que fueron reconocidos por el ordenamiento jurídico correspondiente, por lo cual en el presente trabajo, se hace un análisis de los derechos mas relevantes o significativos para el ser humano, garantizados por la Constitución de la República y los tratados y convenios internacionales, de los cuales el Ecuador es parte. Además desde el punto de vista teórico, ya se habla de derechos de cuarta generación, que son los que protegen al ser humano contra la manipulación genética y el abuso de la biotecnología.

El tratadista Iván Vila Casado, al referirse a la clasificación de los derechos humanos expresa:

“1. Primera generación - Se trata de los derechos y libertades individuales exaltados por la Revolución Francesa e insertos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En Colombia aparecieron en las constituciones de la llamada Primera República Liberal (1810-1815); desde el Acta de la Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro, del 15 de Agosto de 1810, documento en el que se afirma que el pueblo es titular de los derechos naturales e imprescriptibles de la libertad, igualdad, seguridad y propiedad”.

2. “Segunda generación - Surgieron como resultado de la luchas sociales y políticas por el mejoramiento de las condiciones de vida de los trabajadores y de la comunidad en general. Reciben también el nombre de derechos asistenciales o prestacionales, porque imponen cargas y obligaciones al Estado, frente al cual el individuo es reconocido como acreedor de ciertos

bienes que aquel debe disponerle a través del aparato político administrativo”.

3. “Tercera generación - Son los más recientes. Se les denomina derechos de la solidaridad humana y tienen que ver con la preocupación del mundo contemporáneo por las cuestiones que afectan a la comunidad y, particularmente, las relacionadas con la protección del medio ambiente”. (Vila Casado, Iván, “Fundamentos del Derecho Constitucional Contemporáneo” pág. 468).

1.2.- LOS DERECHOS DE LIBERTAD

Los derechos de libertad están establecidos en el Capítulo Sexto, Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, donde se puede apreciar que existen normas que reconocen y garantizan estos derechos, entre los cuales y los más relevantes son:

1.2.1.- EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LA VIDA

Así el **Art. 66** expresa: “*Se reconoce y garantizará a las personas:*

1.- El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”.

La vida es el derecho más importante que tienen los seres humanos y se verifica por el hecho de existir y estar vivo; y es la razón de ser para gozar de los demás derechos que se encuentran garantizados por la ley, la Constitución de la República y los tratados y acuerdos internacionales de los cuales el país es parte.

El derecho a la vida es uno de los derechos individuales que deben ser respetados tanto por los particulares como por los gobernantes, siendo el Estado garantista de dicho derecho y los demás derechos individuales; los mismos que a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano por la Asamblea Nacional de 1789 están consagrados en todas las

Constituciones de los países del mundo. Asimismo la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 3 dice: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”. Este derecho pertenece a los derechos civiles y políticos de mayor importancia del ser humano y que por lo tanto debe ser garantizado por todos los miembros de la sociedad, ya sean personas naturales o los gobiernos que ejercen el poder político en cada uno de los países miembros de la comunidad mundial.

En el Ecuador la vida está garantizada desde su concepción, así lo expresa la segunda parte del primer inciso del Art. 45 de la Constitución y el Art. 61 del Código Civil literalmente dice: “*La ley protege la vida del que está por nacer*”. El Código de la Niñez y Adolescencia también protege la vida desde la concepción; por lo que las leyes deben estar acorde con la Carta Fundamental y sus normas prevalecen sobre cualquier otro ordenamiento jurídico (Art. 424 CRE).

Dentro del campo ontológico la vida humana es de naturaleza divina, por lo que en cada vida existe un Ser; ante esto el derecho a la vida no surge con las normas jurídicas sino que ha nacido con el hombre desde su creación universal. Ante dicho enunciado el Derecho como ciencia y la justicia, jamás pueden atentar contra este derecho fundamental, consecuentemente la Constitución de la República y las leyes ecuatorianas, sin hacer una reflexión ontológica, protegen la vida y prohíben la **pena de muerte**.

El Estado fue creado para proteger los derechos de las personas y no para atentar contra ellos, peor aún para destruir la vida como castigo penal. Por ello es importante considerar que nadie puede disponer de la vida de otra persona y peor más aún como pena como consecuencia de la comisión de un delito. Las penas en el Derecho Penal existen y son necesarias para aplicar en

contra de los reos, pueden ser de diferentes clases, pero ninguna de ellas será la pena de muerte.

Sin embargo, en la historia republicana del Ecuador, la pena capital estaba profanada en las primeras Constituciones, siendo la de 1897 que en su Art. 14 abolió la pena de muerte, porque siempre se piensa en la protección de este derecho fundamental a que tenemos los seres humanos.

En la historia del mundo ha existido la pena de muerte, en especial para proteger los derechos de las autoridades; y en América las Leyes Incas y las Leyes de Indias, existía la ejecución ante violación de ciertas normas penales.

En la actualidad algunos países, dizque para proteger a la sociedad y resolver problemas sociales y políticos, mantienen la pena de muerte; pero existe un interés progresivo de abolirla según datos de la Amnistía Internacional. No obstante, en 69 países se contempla la pena de ejecución en sus legislaciones, aunque en los países democráticos, a excepción de EEUU y Japón, ya no existe y se respeta el derecho a la vida; pero en los regímenes autoritarios esta pena se aplica con frecuencia sin la observancia del debido proceso y por delitos que no son de sangre, como por ejemplo por robo a bancos, secuestro, tráfico de personas, fraude fiscal grave, violación, utilización ilegal de armas, ataques terroristas, tráfico de drogas, corrupción de funcionarios, entre otros, lo cual marca la pauta que no hay ponderación de derechos, considerando el bien jurídico protegido de cada uno de los delitos antes indicados.

Los métodos aplicados más utilizados, según la Amnistía Internacional en el año 2011 son: la decapitación, el ahorcamiento, la inyección letal y el fusilamiento; aunque para evitar el sufrimiento de los condenados

se emplea la silla eléctrica y la cámara de gas, todos éstos son muy crueles y que sin compasión se aplica la pena de muerte, atentando a lo que la Legislación Ecuatoriana y las demás de la mayoría de países, prohíben de manera expresa, en respeto al derecho a la vida de los seres humanos.

La pena capital viola los derechos humanos y se va por encima de toda norma convencional, moral y legal establecida en los diversos acuerdos internacionales; al respecto el tratadista Jorge García manifiesta: “*La concepción de Derechos Humanos cubre no sólo a aquellos específicamente difundidos en la Constitución, sino también en pactos, convenios y tratados internacionales sobre la materia*”. (García, 2008, pág. 104).

2.- “*El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios*”.

La dignidad es un valor inherente al ser racional y por eso es un derecho inviolable. La naturaleza humana es la misma en todos los hombres y mujeres, y ante esta igualdad, el Derecho protege a todos los ciudadanos y sin ninguna discriminación por razones de etnia, nacionalidad, edad, género, idioma, religión, ideología, pasado judicial, es decir que este derecho se reconoce a todos los seres humanos por igual.

El ser humano es merecedor de lo que le brinda la naturaleza y del fruto del desarrollo de los bienes materiales y servicios sociales; de aquí nace el derecho a una vida digna: las personas pueden mejorar sus condiciones de vida en base a sus decisiones y el ejercicio de su libertad. La propia autonomía del individuo permite el *sumak kawsay* dentro de una organización social, sujeta al mérito y a su condición.

De esto se puede deducir, que el ciudadano debe exigir al Estado, lo que se merece por su esfuerzo y su superación individual y social; pero es necesario que prevalezca el principio de equidad y solidaridad tal como lo establece el numeral 6 del Art. 3 de la Constitución: “*Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización*”.

El derecho a la dignidad está recogido en varias fuentes. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su Art. 3 expresamente dice: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...*”; la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresa en el Art. 11, numeral 1: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*”. Este derecho pertenece a la **segunda generación, según lo que dice la doctrina**, y lo constituye en los aspectos económicos, sociales y culturales, debido a los cuales, el Estado pasa a ser un Estado social de derecho.

El catedrático Galo Blacio Aguirre en su texto Comentado a la Constitución dice: “*Es obligación del Estado proporcionar a todas las personas una vida digna, en la cual podamos tener trabajo, acceso a la salud, a la vivienda, educación, trabajo, etc.*”. (Aguirre, 2011, pág. 88)

1.2.2.- EL DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL

La palabra integridad se deriva del adjetivo latino “*integer*” que se traduce como intacto, entero y del prefijo “*in*” que significa no; por lo que etimológicamente sería no tocado. La integridad es la calidad de íntegro: que no carece de ninguna de sus partes; de allí que la Constitución de la República hace un alcance a todo el aspecto holístico de la persona: física, psíquica, moral y sexual; que dentro de un concepto jurídico, la integridad personal se relaciona

al derecho a no ser objeto de vulneraciones en todos estos aspectos.

El derecho a la integridad personal está consagrado en el derecho internacional desde 1945 en el Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Tratado de Ginebra de 1949, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Este último instrumento internacional en el Art. 5 numeral 1 expresamente dice: *“Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”*.

El Estado está obligado a garantizar la integridad de los ciudadanos por mandato constitucional, por lo que se debe legislar con miras a proteger los derechos intrínsecos de las personas. El ser humano por el hecho de ser tal debe ser protegido en: **la salud**, lo que implica a conservar y cuidar su cuerpo desde el punto de vista físico; **el psiquismo**, abarca la conservación de sus funciones y contenidos mentales saludables, es decir su salud mental; **la moral**, que se refiere a su comportamiento, sus creencias y su forma de actuar en el desarrollo de su vida diaria; y **lo sexual**, que es el respeto a la libertad de la sexualidad, sin que nadie le pueda condicionar, sino que es de acuerdo a su voluntad y conocimiento.

Lo físico, lo mental, moral y sexual abarca una protección holística jurídica que merece atención prioritaria por parte de los asambleístas de la Función Legislativa; a tal punto que el proyecto del Código Orgánico Integral Penal debe ser revisado con criterio amplio y definido, a fin de evitar la violación de estos derechos que están garantizados por la Constitución de la República *“...El legislador debía castigar sólo aquellos comportamientos que amenazan un bien jurídico; los actos que sólo atentan a la moral, a los valores*

sociales o contra el soberano debían excluirse del catálogo de delitos;...”. (Hassenmer, Winfried, 2011, pág. 30). Son criterios de actualidad que deben estudiarse con atención y cuidado, para que todas las normas jurídicas que tipifican y sancionan actos humanos, estén en concordancia con lo que dispone la Carta Magna.

En relación a la violencia se puede afirmar, que por las múltiples acciones del ser humano, no está libre de estar afectado por la violencia en cualquier momento; por tal razón para el Estado es un desafío para prevenirla, sancionarla y erradicarla, especialmente en defensa de los seres más vulnerables de la sociedad como las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, entre otras.

Referente a la tortura y tratos crueles, por las prácticas mundiales atentatorias contra este derecho, es aprobada por Asamblea General de la Naciones Unidas la Convención contra la Tortura y otros Tratos Crueles Inhumanos o Degradantes de 1987; ya que dentro de los procesos penales, con el fin de investigación, se cometía muchas injusticias en contra de los presuntos infractores. De allí que el tratadista César Beccaria afirma: *“Una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito...”*. (Beccaria, 2008, pág. 40). Cuando se va a juzgar a un infractor de la ley penal, es necesario que el juzgador actúe con prudencia, conocimiento jurídico y sabiduría, para respetar los derechos del involucrado en el hecho delictivo y que la sanción se la imponga cumpliéndose el debido proceso y el respeto de los derechos y garantías del acusado, lo cual permitirá alcanzar la paz social y de manera especial la credibilidad de la ciudadanía en la administración de justicia en materia penal.

1.2.3.- DERECHO A LA IGUALDAD FORMAL, IGUALDAD MATERIAL Y NO DISCRIMINACIÓN.

En doctrina existe la teoría sobre la igualdad de derecho o formal y la igualdad sustantiva o material o de hecho. La **primera** protege a las personas sin ninguna distinción, porque todas son iguales ante la ley; y la **segunda** es la equiparación compensatoria y efectiva por la posición real del ser humano, por las circunstancias que impiden el ejercicio pleno de los derechos y el acceso de las oportunidades implantadas por la política pública o la misma normativa jurídica (mujer, discapacidad, enfermedad, etc.).

Este planteamiento es complejo en su interpretación, pero real en las constituciones y leyes de varias naciones; el inciso final del numeral 2 del Art. 11 de la Constitución de la República dice: “*El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad*”. El propósito es eliminar la discriminación contra un grupo social minoritario, para mejorar su calidad de vida y que históricamente ha sufrido injusticias sociales como el caso de los grupos étnicos, campesinos, preferencias sexuales, violencia de género; por lo que se trata de un tratamiento preferencial para aumentar la representación en cualesquier escala, ya sea esta laboral o económica y para favorecer a los más débiles, con la sola intención de que todos tengan igualdad de oportunidades.

Existen varias normas constitucionales y legales en el Ecuador donde se aplica la acción afirmativa, partiendo del principio de igualdad de oportunidades. La paridad de género para desempeñar un cargo público está garantizada en el Art. 61 numeral 7 de la Constitución; o por ejemplo para conformar la Corte Nacional de Justicia el Art.

173 del Código Orgánico de la Función Judicial dice que se promoverá, a través de la acción afirmativa, la paridad entre hombres y mujeres; a tal punto que en los concurso de méritos y oposición, se da un trato preferencial a las mujeres en su calificación; y esto está recogido también en el Art. 65 inciso segundo de la Carta Constitucional al afirmar: “*El Estado adoptará medidas de acción afirmativa para garantizar la participación de los sectores discriminados*”.

Como se puede apreciar la Carta Magna de 2008, ha adoptado medidas de acción afirmativa a favor de las personas y sectores más vulnerables, como ninguna otra Constitución lo ha realizado; entonces ésta es la igualdad sustantiva o material, que debe ser considerada siempre por el legislador en el momento de dictar las normas jurídicas, que son las que regulan el convivir diarios de los ciudadanas y ciudadanos que forman parte de nuestra querida Patria.

Por lo anteriormente analizado es necesario citar lo que dice el tratadista Robert Alexy “Por lo tanto, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales, desde todos los puntos de vista. Por otra parte, si ha de tener algún contenido, no puede permitir todas las diferenciaciones y todas las distinciones. Cabe preguntarse si, y cómo puede encontrarse una vía intermedia entre estos extremos. Una clave al respecto la ofrece la fórmula clásica: -Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual- (Alexy, Robert, “Teoría de los Derechos Fundamentales”, pág. 350). Esta última frase es muy compleja y por ello es necesario hacer un estudio científico jurídico para darle una interpretación adecuada que vaya siempre en beneficio de la construcción de una nueva sociedad.

1.2.4.- EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD, SIN MAS LIMITACIONES QUE LOS DERECHOS DE LOS DEMÁS

La personalidad es la diferencia individual que constituye a cada persona y la distingue de otra, así lo definen muchos tratadistas; pero dentro de la Psicología, es el conjunto de rasgos de caracteres y temperamentos distintivos de un individuo. Pues la personalidad contiene el carácter y el temperamento: el uno constituido y el otro genético.

No obstante, existe otras apreciaciones más profundas, veamos: *“El Ser humano nace con la esencia, mas no nace con la personalidad, esta última es necesaria crearla”*. (Samael, 1970, pág. 65). Además añade: *“Personalidad y esencia deben desarrollarse en forma armoniosa y equilibrada”*.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad como manifiesta la Norma de Normas, está limitado al derecho de los demás; en tal sentido, debemos adquirir una personalidad armoniosa y equilibrada como sostiene el mencionado pensador, para que no sea dañosa ni cause perjuicio a la sociedad, sino más bien que constituya un aporte para el crecimiento de la sociedad, con ciudadanos mas justos, mas humanos.

De pensar que la personalidad sea algo aislado del individuo y que cada quien adquiera una diferente; pero es el Estado, a través de la educación, que debe propender a desarrollar la personalidad en los estudiantes, fuera de la obligación que tengan los padres y el interés personal. Por lo dicho la personalidad se la aprende con el ejemplo y las sabias enseñanzas, pues se la desarrolla de 0 a 7 años según la psicología oficial; y el Art. 55 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia hace referencia al desarrollo integral de la personalidad.

En la Conferencia dada por Humberto Benavides López concluye en esto: Está probado que: *“El fin último de la educación es lograr o promover el libre, pleno y armónico desarrollo de la personalidad del educando”*. Es por esto que el maestro, llámese docente profesor facilitador, o cualquier otra denominación, es el que tiene una responsabilidad directa en la formación de la personalidad de los educandos, es decir que la educación debe ser integral, ya que solo ésta, permitirá alcanzar hombres y mujeres con pensamiento crítico, analítico y de manera especial con gran capacidad de comprender los problemas de la sociedad y la búsqueda de los mecanismos técnicos o científicos que permitan su solución. El profesor es entonces, el que abre el camino, para que los educandos encuentren la luz que ilumine el pensamiento, para alcanzar el buen vivir de todos los ciudadanos de la humanidad. Así el tratadista Juan Montaña al referirse al buen vivir manifiesta: *“...en el Ecuador posterior al 20 de octubre de 2008, la formulación, ejecución y evolución de políticas y servicios públicos debe orientarse necesariamente al eficacia de los derechos del buen vivir, con la consecuencia de que si una política pública vulnera un derecho constitucional hay la obligación de cambiar o reformular la política pública incluyendo la modificación del presupuesto, con la estrecha participación de los afectados”*. (Montaña, Juan, (2011) *“Apuntes de Derecho Procesal Constitucional”*, Tomo 2, Quito-Ecuador).

1.2.5.- LOS DERECHOS DE LIBERTAD TAMBIÉN INCLUYEN:

a) *El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Art. 1 establece: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

Nacer significa salir del vientre de la madre fruto de la fecundación y en ese preciso

instante el recién nacido es libre, por mandato constitucional y es especial por ser connatural; lo que significa que no es esclavo, no está sometido y no será explotado, si no será libre en toda su dimensión como ser humano.

El nacimiento da origen a la persona sujeta de derecho, por lo que estará inmersa en el ordenamiento jurídico de cada Estado; y si el nacimiento se da donde la ley tiene un régimen democrático, libre e independiente, de hecho el recién nacido tendrá todos esos privilegios legales.

El momento de nacimiento, a través de la historia, ha generado dos teorías: la Viabilidad y la Vitalidad. La primera defendía que para ser persona se debía nacer viva, con figura humana y vivir más de 24 horas; y la segunda sostiene que sólo se necesita nacer viva. Esta última se fundamenta en el **Art. 60 del Código Civil** que literalmente expresa: “*El nacimiento de una persona fija el principio de su existencia legal, desde que es separada completamente de su madre*”; y Art. 41 ibídem: “*Son personas todos los individuos de la especie humana, cualesquiera que sean su edad, sexo o condición...*”.

A la persona se la puede definir así: individuo de la especie humana sujeto de derecho, susceptible de tener derechos y deberes jurídicos; por lo que la persona existe jurídicamente con el nacimiento, y el que está por nacer no alcanzado tal calidad. Es importante indicar que considerando que los derechos del ser humano se encuentran garantizados por la Carta Magna, razón por la cual el ser humano, es considerado con tal desde su concepción y consecuentemente serán respetados sus derechos por todos los miembros de la sociedad.

La vida comienza con la concepción y la existencia con el nacimiento. La concepción genera ciertos derechos como el derecho a la vida, pero la existencia origina todos los

derechos constituidos en las normas jurídicas internas y externas; verbigracia, un feto no puede tener un documento oficial de identidad, pero si el derecho a la herencia como mera expectativa.

b) La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas.

El vocablo esclavo viene de latín *sclavus*, que significa persona que está bajo el dominio de otra; de aquí se deriva la palabra **esclavitud**, que como institución jurídica es una situación donde un ser humano es propiedad de otro.

El **Código de Hammurabi**, creado en el año 1760 A.C. es uno de los primeros documentos que imponen la esclavitud y el primer país moderno que la abolió es Portugal en 1761.

En el Imperios antiguos de América no hubo esclavos en el sentido pleno de la palabra, mas vino aparecer con la llegada de los blancos provenientes de la Península Ibérica. En nuestro territorio se dictó una disposición por el Cabildo de Quito, vigente desde el 27 de marzo de 1535: “*El esclavo que fugara, fuera mutilado, en la primera vez, y sufriera pena de muerte en caso de reincidencia*”. José María Urbina compró la libertad de los esclavos con el arancel de la pólvora el 25 de julio de 1851, con la que terminaría la esclavitud, se extendería en el tiempo; desgraciadamente se perdería pasando por el servilismo sometido por los terratenientes.

Ante tanta miseria humana, surge el pensamiento vivo de Juan Montalvo, que en la revista “El Regenerador” expresa: “*La libertad natural la tenemos del Altísimo, la personal de la naturaleza, la política de la sociedad humana*”. (Montalvo, 2002, pág. 111); pero no era así en su época y por eso su aspiración era salir de la servidumbre, el sometimiento y la tiranía, y proclamar la libertad.

La Revolución Francesa de 1789 donde se propugnaban los ideales de Libertad, Igualdad y Fraternidad, corrieron como un fantasma por todos los países del mundo, pero únicamente como pensamiento revolucionario; concretándose en un proceso de lucha sangrienta y de sacrificio. Por ejemplo con el “Acta para la Abolición del Comercio de Esclavos” promulgada el 25 de marzo de 1807 por el Parlamento del Reino Unido, no terminó con la esclavitud de los pueblos y colonias inglesas.

El Art. 4 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dice: “Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas”.

La **servidumbre** es una derivación próxima de la esclavitud, porque es otra máscara del despotismo de otra época histórica: el feudalismo. Es la condición o el estado de siervo: esclavo de un señor. Siervo viene del vocablo latino *servus*, y la servidumbre es el trabajo propio del siervo, donde el noble suministraba vivienda, cosechas y prendas a cambio de su fuerza productiva. No tenía el derecho a la propiedad, su condición era hereditaria y no podía abandonar la tierra sin autorización del señor feudal.

Nadie podrá ser sometido a la servidumbre, significa que los empresarios deben pagar un salario digno a sus trabajadores, por lo que la norma constitucional nos ilustra en el **Art. 328** al decir: “La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia...”. Lo justo se refiere a lo que disponga la ley y lo digno es que el salario cubra la canasta básica.

El lenguaje es vivo, la palabra esclavo se trastocó con la de siervo y la de esta a trabajador; pero en cualquiera de estas formas lingüísticas sigue siendo subordinado a otra persona. Por lo que es menester que

las relaciones laborales no se estanquen y sigan evolucionando, en busca de la justicia laboral; será más aceptable el vocablo “productor” o el término “productor vital” que otra denominación anterior.

La **explotación** se deriva del verbo explotar y este del francés *exploiter*, que se traduce como sacar provecho de algo. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al verbo explotar lo define así: “Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o una circunstancia cualesquiera”.

La explotación humana es una imposición aceptada por la costumbre o incluso legitimada, donde una persona por su condición social tiene dominio sobre otra. Existen varias formas de explotación así:

Explotación laboral, se la define como recibir una cantidad inferior al trabajo realizado, quedándose el capitalista con lo que llamó Carl Marx plusvalía; aunque esto va más allá, ya que algunas personas son sometidas a trabajos forzados y no reciben nada a cambio de su fuerza laboral.

Explotación sexual, que es la utilización de personas para que ejerzan la prostitución, manteniendo una gran ganancia económica; para lo cual se utiliza muchas veces el engaño, la violencia y la intimidación, especialmente aprovechando de la vulnerabilidad de la persona prostituida; por ejemplo, las migrantes, las adolescentes, las desempleadas, etc.

Veamos ahora el tráfico y la trata de personas, que es un delito de lesa humanidad que viola los derechos humanos y para proteger las Naciones Unidas creo el Protocolo de Trata de Personas que entró en vigencia el 25 de diciembre del 2003 y en el Ecuador **se tipificó en el Código penal el 23 de junio del 2005.**

El tráfico ilícito es cuando las personas admiten o consienten ser llevadas a otro país, pero en condiciones peligrosas y degradantes; este delito termina con la llegada de los migrantes a su destino cruzando fronteras sin documentos y evadiendo los requisitos de ley. Se caracteriza por ser transnacional, ejercido por grupos del crimen organizado, pequeños grupos o individuales, que afecta principalmente hombres. Es un delito contra el Estado, porque atenta contra los intereses de una nación. El literal a) del Art. 3 del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, define a este delito así: “*Por ‘tráfico ilícito de migrantes’ se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material...*”.

La trata es, que las personas no han consentido sino que se utiliza el engaño, la coacción y el abuso de los traficantes; teniendo como fin la explotación que genera ganancias ilegales. Se caracteriza por ser nacional o internacional, ejercida por individuos u organizaciones de explotadores. Atenta contra la dignidad y los derechos de la persona, por lo que es un delito contra el individuo. Las víctimas de este delito, fundamentalmente son mujeres menores de edad y en menor grado hombres. El literal a) del Art. 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, define a este delito así: “*Por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como*

45 mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos...”.

Las dos formas atentan contra los derechos humanos y que los países organizados procuran controlar estas infracciones penales que afectan tanto a los Estados como a las personas individualmente, para ello la OEA, y la ONU, son las organizaciones internacionales con facultades para dictar las normas que permitan garantizar de manera eficaz el respeto de los derechos que han sido elevados a la categoría de constitucionales.

Los dos Protocolos antes mencionados, son complementos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional creada mediante Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre de 2000.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en el Art. 6 numeral 1 textualmente expresa: “*Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, en tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas*”.

Por lo expuesto se concluye, que los derechos de libertad son connaturales del ser humano, razón por la cual todas las legislaciones del mundo deben reconocerlos y de manera especial respetarlos, con la finalidad de alcanzar que todos los miembros del conglomerado social tengan conciencia, que los derechos de cada individuo se terminan cuando comienza el de otro; por eso me atrevo a decir:

“El ser humano que hace respetar sus derechos, venciendo incluso las imposiciones, es virtuoso y por ende va por el camino a la perfección”. ❖

Dos Audiencias que no deben ser Obligatorias, y en General Resultan Innecesarias



Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
Juez de la Corte Nacional de Justicia

He podido apreciar dudas, y por ende diferentes criterios, entre las señoras y señores Jueces y **en el proceder de los tribunales que se conforman para conocer de “los recursos de apelación en las acciones de hábeas corpus”, respecto a si es o no “obligatorio” que se convoque a una audiencia.** El recurso de apelación referido, se lo tramita fundamentalmente conforme los artículos 89 de la Constitución de la República, y artículos 44, numeral 4, y 24 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

Considero que en el trámite de apelación de la acción de hábeas corpus, no es obligatorio convocar a audiencia (ni tampoco ordenar la práctica de nuevos elementos probatorios), si el Tribunal no lo considera necesario. Debe señalarse que **esta audiencia es de carácter obligatorio únicamente en su trámite inicial, pero no en apelación.**

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), que como sabemos es la ley orgánica que regula la jurisdicción constitucional, expresamente señala en su artículo 44 numeral 4 que “*procede la apelación de conformi-*

dad con las normas comunes a las garantías jurisdiccionales”, por lo que reenvía tal trámite a lo señalado en el artículo 24 de la misma Ley, cuyo segundo inciso claramente establece, como regla general, que se “resolverá por el mérito del expediente en el término de ocho días”; y, solo por excepción, se “podrá ordenar la práctica de elementos probatorios y convocar a audiencia...”.

Por lo antes señalado la Ley orgánica que regula la jurisdicción constitucional claramente determina que no es, de manera alguna, obligatorio el que se señale fecha y hora para realizar una audiencia (física o virtual) por el Tribunal que conoce la apelación de la acción de hábeas corpus.

Se dan respetables opiniones en contra, en el sentido de que sería obligatorio siempre señalar tal audiencia en el trámite de apelación, toda vez el tercer artículo innumerado a continuación del artículo 5 del Código de Procedimiento Penal (CPP) señala: “*En todas las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral...*”. Me parece que este artículo innumerado no sería aplicable, porque la resolución que se toma respecto

a la acción de hábeas corpus no es exactamente una resolución judicial, sino que se la expide “en ejercicio de la jurisdicción constitucional”, la cual es conceptualmente distinta a lo “judicial” y tiene otro alcance. Además, evidentemente, la acción constitucional de hábeas corpus “no es una etapa” del proceso penal.

Se ha querido tomar, igualmente, el artículo 86 numeral 2 letra a) de la Constitución de la República, para sostener que sería siempre obligatorio señalar tal audiencia en el trámite de apelación de la acción de hábeas corpus; pero a más de lo antes señalado respecto a la norma indicada del CPP, **considero que entender tal norma constitucional de manera aislada es errado, sino que necesariamente debe ser sistematizada, por eficacia integradora con la norma competente y especial para estos casos, que es indudablemente la norma que tiene por objeto y finalidad regular, precisamente, “la jurisdicción constitucional”, esto es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional**, la cual como claramente hemos ya dicho, expresamente señala que en el trámite de apelación de acción de hábeas corpus, no es obligatorio que los tribunales la convoquen, sino que “podrán” hacerlo cuando lo consideren necesario. Mantener lo contrario, sería incurrir en el contrasentido de mantener que la Ley orgánica que regula precisamente la jurisdicción constitucional estaría en palmaria contradicción con su fuente misma, lo cual devendría en inaceptable.

Por otra parte, existe otra audiencia en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), que podría afectar el normal desenvolvimiento de cualquier órgano judicial jurisdiccional, civil o penal u otros, e incluso de la fiscalía, y que merece también una reflexión: ¿Cuál es el al-

cance de la así llamada “audiencia informal o privada” que consta en el artículo 103 numeral 14 del COFJ, que dice: *“Es prohibido a las servidoras y servidores de la Función Judicial: 14. Recibir o reunirse, en las causas que esté conociendo, a una de las partes o a sus abogados, sin que haya sido notificada previamente la otra por medio de la secretaria de la judicatura, con una antelación no menor a cuarenta y ocho horas.”*

De manera creciente están llegando a los Tribunales lacónicas peticiones con un tenor similar al siguiente: *“de conformidad a lo dispuesto en el Art. 103 número 14 del Código Orgánico de la Función Judicial, sírvanse señalar día y hora para ser recibido por el Tribunal, previa notificación a la parte contraria.”* Habiendo discrepancia entre los jueces y juezas de los tribunales respecto al tratamiento que debe darse a estos pedidos: algunos/as consideran que es “obligatorio” para el Tribunal conceder tales audiencias, otros en cambio consideramos que es “facultativo” el señalarlas o no.

Debe tenerse en cuenta que el artículo 103 numeral 14 del COFJ no crea ninguna nueva audiencia obligatoria, sino que al contrario parte de una clara prohibición. **Es facultad de los Jueces, el dar o no paso a tal así llamada “audiencia informal” cuando los jueces lo consideren pertinente, pero de ninguna manera es ésta de obligatoria concesión a pedido de la parte o de los sujetos procesales**, como de los escritos de petición parecería desprenderse; **debe quedar muy claro que ella no es una especie de audiencia en estrados en las materias no penales, ni opera en “su reemplazo” cuando la misma no fue solicitada a tiempo; ni tampoco podría ser “un preludio” de la audiencia oral, pública y contradictoria de la materia penal.**

Es fácil en un tema como éste caer en un análisis superficial, por ejemplo el sostener que al no atenderse

tal petición se estaría atentando contra el “debido proceso”, pero me parece que ello no es así porque el artículo 76 numeral 7 literal c) de la Constitución de la República claramente dispone que **el derecho a la defensa incluye el ser escuchado, pero evidentemente respetando los procedimientos establecidos en la ley y no cuando las partes a bien tengan, sino “en el momento oportuno”;** en el caso de la Corte Nacional, por ejemplo, tal momento se da con la “audiencia en estrados” o con “la audiencia oral, pública y contradictoria”; efectivamente el artículo 14 de la Ley de Casación claramente señala cuándo se puede solicitar esta audiencia, y lo propio lo hace el artículo 352 del CPP.

No sería dable, por ejemplo, que se mal interprete el artículo 103 numeral 14 del COFJ, en el sentido de que la audiencia informal ahí considerada, de alguna extraña manera, venga a reemplazar la única audiencia que la Ley de Casación ordena, esto es la “audiencia en estrados” señalada en el artículo 14 de la Ley de Casación, pero en mi opinión, lamentablemente así se lo está manejando en muchos casos, con el efecto negativo que ello podría conllevar en relación a los principios procesales de celeridad y concentración; de manera similar sería extraño que se pretenda en materia penal que antes de llevarse a cabo “la audiencia oral, pública y contradictoria” señalada en el artículo 352 del CPP se pretenda que el tribunal de casación penal se reúna con los sujetos procesales a pedido de uno de ellos.

Considero que la así llamada “audiencia informal” está dirigida más bien a los jueces y juezas, y no a las partes. Cuando por una especial complejidad del proceso a resolver, y que no puede ser debidamente resuelto con los autos que constan en los expedientes, entonces estos podrían convocarla para pedir las debidas aclaraciones o comentarios a las partes. En las audiencias señaladas confor-

me el artículo 103 numeral 14 del COFJ “los jueces y juezas preguntan y las partes aclaran, los jueces y juezas preguntan y las partes escuchan y responden”, a diferencia especialmente de la audiencia en estrados, donde “las partes hablan y los jueces escuchan”, ambos tipos de audiencias tienen una orientación y significación muy diferente, casi opuestas.

El conceder la audiencia informal “a pedido de parte”, de manera automática “para supuestamente no correr riesgos de atentar contra el debido proceso” me parece un despropósito, y que fácilmente puede conducir, si se abusa de esta audiencia informal para dilatar los procesos, contra el principio de celeridad y concentración, y eso si es algo que en un sistema procesal “sobre-saturado” como el nuestro no podemos seguir permitiendo. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si paulatinamente se llega a tener “tres audiencias” en un proceso de casación: a) la de estrados en materias no penales, o la oral, pública y contradictoria en materia penal, b) “la informal uno” pedida por una parte o sujeto procesal, y c) la “informal 2” solicitada por la contraparte (que obviamente no podría ya ser negada si se concedió la primera, aunque se diga que también estuvo presente, porque podría argüir que después “se acordó” de otro tema adicional que no tuvo tiempo de mencionarlo al Tribunal en aquella primera ocasión, etc.).

¿Acaso el Art. 15 de la Ley de Casación no dice que en la sustanciación de los procesos de casación “no se aceptará incidente alguno”? ¿Acaso entre los principios procesales no está el de economía procesal, entre los cuales la celeridad tiene un rol fundamental? **Resulta pertinente recordar que la celeridad consiste en “limitar el proceso a las etapas, plazos y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias”** como correctamente nos señala el artículo 4 numeral 11 literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

En lo personal, en la mayoría de casos puestos a conocimiento del Tribunal no considero necesario otorgar tal “audiencia informal”, pues del expediente en general no se desprende ningún motivo relevante que haga necesario concederla para mejor resolver, y de hecho casi siempre el propio peticionario se limita únicamente como en el ejemplo inicialmente transcrito a solicitarla sin resaltar siquiera cuál sería la necesidad imperiosa de convocarla, y en realidad se puede apreciar que el peticionario estaría intentando causar un mero incidente al confundir la así llamada “audiencia informal” del artículo 103 numeral 14 del COFJ con la audiencia en estrados del artículo 14 de la Ley de Casación, lo cual como ya se ha explicado no es dable ni procesalmente correcto, y por tanto debería negársela.

Entendemos la desesperanza que embarga a las partes y/o sujetos procesales y a los abogados litigantes con la lentitud de los procesos judiciales, tema éste cuyas causas son de una enorme complejidad y deben ser atacadas de manera sistémica y no individual; tal solución no puede pasar a través del artículo 103 numeral 14 del COFJ, dado que **tal audiencia informal no puede servir para “recordar” a los jueces y juezas o miembros del Tribunal que esa causa está esperando sentencia, ni puede tal audiencia informal servir para ser una mera repetición de los argumentos que ya constan en las piezas procesales**, porque aunque en algunos casos una de las partes consiga que se agilite la decisión final en un proceso determinado, curiosamente ello sería en detrimento de los principios de seguridad jurídica, concentración y celeridad, dado que **se ha abierto la puerta para que paulatina y tácitamente se vaya pensando que habría una especie de audiencia alternativa y de reemplazo a las juntas y audiencias que sí están fijadas obligatoriamente en las diferentes leyes y códigos de procedimiento; re-**

sultando que lo que parece inocuo muchas veces no lo es, pues cada vez que se para el despacho de un Tribunal para oír a alguien, es a costa de dejar de lado la atención de otro problema humano y social contenido en otro expediente procesal. **La solución de ninguna manera puede ser “sobrecargar” más al sistema procesal ecuatoriano creando nuevas expectativas de audiencias informales de carácter supuestamente obligatorio, sino en simplificar el sistema en su totalidad**, precisamente con “menos” pasos procesales, con menos juntas y audiencias en los distintos procesos.

Por otra parte, por ejemplo dentro trámite de casación, considero que debe ser un auto del Tribunal el que acepte o niegue el llevar a cabo o no la audiencia informal referida, y no del juez o jueza ponente únicamente, toda vez tal pedido no constituye un mero trámite de sustanciación dado que tal audiencia informal no está contemplada en la Ley de Casación ni en el Código de Procedimiento Penal, por lo que debe ser resuelto mediante auto del Tribunal y no por mero decreto del ponente.

Ahora bien, ¿debería o no asistir el juez o jueza que salva el voto, al no haber considerado necesario que se lleve a cabo tal pedido de audiencia informal o privada? Considero que, a diferencia de la audiencia en estrados o la audiencia oral, pública y contradictoria, cuya asistencia es obligatoria para los miembros del Tribunal, en el caso de la audiencia informal ello no es así, porque al ser facultativa del Tribunal el concederla o no, entonces el juez o jueza que salvó el voto, y por ende estima que en el expediente procesal constan ya todos los elementos necesarios para resolver, o que bastará la audiencia oral, no es necesario que asista, siendo suficiente la presencia de los dos jueces o juezas que consideraron pertinente concederla. ❖

Los Delitos Ambientales en el Código Penal Ecuatoriano



Dra. Aída Palacios Coronel
Conjueza de la Corte Nacional de Justicia

Ante la gravedad de las agresiones producidas al entorno: alteraciones climáticas globales, el efecto invernadero, los agujeros de la capa de ozono, las lluvias ácidas; y, la necesidad de restablecer el medio natural adecuado al desarrollo humano, es necesario la existencia de normas jurídicas protectoras del ambiente.

En el orden ambiental existen sanciones administrativas, reguladas en las diferentes disposiciones que protegen aspectos generales y sectoriales del ambiente, así tenemos: la Ley de Gestión Ambiental, Texto Unificado de Legislación Ambiental Secundaria (TULAS), Ley de Prevención y Contaminación Ambiental, Ley que Protege la Biodiversidad, Ley Orgánica de la Salud, Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, Ley de Régimen Para la Conservación y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Galápagos, Ley de Hidrocarburos, Ley de Minería, Reglamento a la Ley de Minería, Reglamento Ambiental para Actividades Mineras en la República del Ecuador, etc.

El Derecho Penal no ha quedado al margen de la directa influencia de la materia

ambiental en la estructura del ordenamiento jurídico, pues a la tradicional protección civil y jurídico-administrativa, se ha añadido la protección jurídica-penal del ambiente, criminalizando conductas que van en contra de la preservación de la naturaleza, por lo que ha aparecido un tipo delictual, conocido con el nombre de “delito ambiental”, el mismo que puede ser definido formalmente como “*la infracción de una norma jurídica de protección ambiental, que por su gravedad no está directamente prevista ni regulada por una norma administrativa, sino por el Código Penal*”.¹

El delito ambiental atenta contra las bases de la vida, de la subsistencia del mundo orgánico, de la permanencia del mundo inorgánico, y globalmente de la existencia de todos los seres; en algunas situaciones tras la concurrencia de ciertas circunstancias se manifiestan con el carácter de permanentes, algunos tipos de polución o contaminación, y presentan tipologías extremadamente complejas².

De su lado, la Constitución de la República del Ecuador en el art. 14 “reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado,

¹ Cfr. Silvia Jaquenod de Zsögön. *Derecho Ambiental: Preguntas y Respuestas*, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2004, pp. 75.

² Cfr. Silvia Jaquenod de Zsögön. *Derecho Ambiental*, segunda edición, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2004, pp. 230.

que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay* (...); y, en el art. 66.27, dentro de los derechos a la libertad, se reconoce y garantizará a las personas “el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”. Como un deber y responsabilidad de las ecuatorianas y los ecuatorianos, el art. 83.6 *ibidem* regula “respetar los derechos de la naturaleza, preservar un ambiente sano y utilizar los recursos naturales de modo racional, sustentable y sostenible”.

Consecuencia de lo anterior, el legislador ha estimado necesario complementar la tutela constitucional del ambiente, a través del Derecho Penal. De esta manera, la Ley N° 49, publicada en Registro Oficial 2 de 25 de Enero del 2000, incorpora el delito ambiental al Código Penal -a fin de proteger los bienes ambientales-, dentro del Capítulo X-A, de los delitos contra la seguridad pública (artículos 437-A - Art. 437-K).

Cabe indicar también, que el bien o valor jurídico protegido por este tipo penal es el ambiente.

Bacigalupo sostiene que por ambiente se debe entender “*el mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna y de la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales*”.³

Rodríguez Ramos afirma que se puede considerar como ambiente a “*todos los recursos naturales utilizados por el hombre, relacionados con la calidad de vida personal y social*”.⁴

Silvia Jaquenod de Zsögön entiende como ambiente el bien jurídico a proteger por las normas de carácter ambiental. En consecuencia, se considera ambiente (entorno o medio) en sentido amplio, al sistema de diferentes elementos, fenómenos, procesos naturales (agua, suelo, aire, flora, fauna...) y agentes socioeconómicos (población, patrimonio, actividades...) y culturales, que interactúan condicionando, en un momento y espacio determinado, la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los componentes inertes, en una conjunción integradora, sistémica y dialéctica de relaciones e intercambio⁵.

Al proteger el ambiente estamos tutelando al ser humano, sin embargo el ambiente es considerado como bien jurídico independiente.

La Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 71 establece que la naturaleza o Pacha Mama, es donde se reproduce y realiza la vida, y el artículo 10 *ibidem* la reconoce como sujeto de derechos⁶, calidad que ha sido discutida, considerando que son sujetos de derecho, todas aquellas personas que pueden tener derechos y ejercerlos.

Los delitos que atentan contra el ambiente generalmente se han construido sobre la base de leyes penales en blanco, en que la conducta descrita en el precepto, no contiene todos los elementos del tipo, sino que debe remitirse a otras normas para su completación, lo que significa que el principio de legalidad no está perfectamente definido.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se acepta como válida la técnica de la norma penal en blanco, pues las conductas

³ Cfr. Tribuna Libre, Cuadernos Jurídicos, Edit. Fontalba, España, 1996, pág. 11.

⁴ Cfr. Ciencia Policial, Estudios, Madrid, 1994, pág. 64.

⁵ Cfr. Silvia Jaquenod de Zsögön. Derecho Ambiental: Preguntas y Respuestas, O.C., pp. 35-36

⁶ Concepción planteada en el año 1978 por el abogado ambientalista Godofredo Stuzin, en el Primer Congreso Nacional de Derecho del Entorno en Valparaíso, Chile.

describas en el precepto no contienen todos los elementos del tipo, sino que hay que remitirse en cada caso a la normativa ambiental administrativa, lo que nos lleva a pensar que la ley penal resulta de difícil aplicación al momento de la imputación como al momento de dictar condena, por lo que cabe preguntarse: es el Derecho Penal la materia idónea para abarcar la protección ambiental o la materia administrativa?

A pesar de que el Derecho Penal Ambiental debe existir para tipificar las conductas más graves, no se debe invadir el campo del Derecho Ambiental Administrativo, ni desconocer que el Derecho Penal es de última ratio, por lo que la vía administrativa en algunos casos puede ser la más eficaz, pues resultaría más efectiva una indemnización a fin de reparar el daño causado al ambiente que la privación de libertad.

El Derecho Penal Ambiental es accesorio del Derecho Ambiental Administrativo, porque es la forma de incorporar su contenido dentro de los tipos penales, para marcar la diferencia de gravedad entre la infracción administrativa y la penal.

En este tipo de delitos el sujeto activo tiene conocimiento de haber infringido con su conducta una norma administrativa ambiental, pero para que la conducta sea típica no es necesario que el sujeto tenga conocimiento de que con su conducta se ha creado un peligro grave para el ambiente.

Se considera que la técnica del delito de peligro, es adecuada para los delitos ambientales, porque con un tipo penal de daño o lesión en el que se castigue la conducta de haber producido un resultado dañoso ambiental, no cumpliría con la función preventiva, que pretende anticiparse a los efectos negativos, y asegurar la protección, conservación y adecuada gestión de los recursos naturales, que constituyen el elemento fundamental de los ecosistemas, son la materia o energía presente en el medio

natural utilizable por el ser humano para sus actividades.

Es necesario establecer que el Derecho Penal es represivo, por lo que opera en tanto y cuando se ha verificado el delito, de lo cual surge una nueva interrogante: el ámbito de la prevención corresponde al Derecho Penal o al Derecho Ambiental Administrativo, máxime que la Constitución de la República en el art. 195 garantiza la mínima intervención?

Los delitos de peligro colisionan con el principio de lesividad, pues en lugar de castigarse una conducta dañosa se estaría sancionando sólo la comprobación de una conducta peligrosa, desatendiéndose el principio *nullum crimen, nulla poena sine injuria* (no hay crimen ni pena si no hay una afectación a determinado bien jurídico) indispensable para la imposición de una pena.

Desde el punto de vista del garantismo, los delitos de peligro concreto y abstracto no son punibles (si no hay acto, no hay culpabilidad).

Tipos penales ambientales.

CAPITULO X-A

DE LOS DELITOS CONTRA

EL MEDIO AMBIENTE

“Art. 437-A.- Quien, fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión, o use desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas, u otras similares que por sus características constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años.

Igual pena se aplicará a quien produzca, tenga en posesión, comercialicen introduzca armas químicas o biológicas”.

En la redacción de esta norma penal se requiere que las conductas típicas “(...) constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente (...)”, castigándose

la mera situación de riesgo o peligro de los bienes jurídicos tutelados -salud humana y ambiente-, creada por la conducta y no por el resultado dañoso, aunque ésta sea la de peligro concreto y no abstracto; el legislador conceptúa en un genérico “peligro” el delito ambiental, no se exige resultado.

El elemento fundamental de estos delitos es no contar con la autorización de la autoridad pública competente.

Es un tipo en blanco con remisión a la normativa ambiental administrativa para determinar el contenido del tipo penal y si significado, sin cumplirse con el principio de taxatividad, que exige que las tipificaciones de delitos y penas aparezcan tan pre-determinadas en la ley como resulte posible, ya que mientras más clara la ley, menos abuso.

Al respecto, la Ley Orgánica de Salud, en su art. 259, establece: “*Desechos peligrosos.- Son aquellos resultantes de un proceso de producción, transformación, reciclaje, utilización o consumo y que tengan algún compuesto con características reactivas, inflamables, corrosivas, infecciosas o tóxicas, que presenten un riesgo para la salud humana, los recursos naturales y el ambiente*”.

El Reglamento de Seguridad Radiológica, en el art. 10 señala: “*Los desechos radioactivos comprenden sustancias radiactivas y materiales contaminados por contacto con sustancias radiactivas. Dichos materiales son sólidos, líquidos y gaseosos*”.

En la norma se tipifica también como conducta punible: la producción, tener en posesión, la comercialización e introducción de armas químicas o biológicas⁷.

De igual forma, para saber si hay delito hay que remitirse en cada caso a la norma administrativa, de esta manera no se cumple cabalmente el principio de taxatividad por la remisión constante a otras normas.

Bien jurídico tutelado: la salud humana y el ambiente.

Punición: prisión de dos a cuatro años.

“*Art. 437-B.- El que infringiere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido*”.

La conducta punible es verter residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad⁸.

Se trata de una norma penal en blanco, pues corresponde verificar con la legislación

⁷ La Convención Sobre la Prohibición de Armas Químicas, en el art. 2 señala que por armas químicas se entiende, conjunta o separadamente:

- a) Las sustancias químicas tóxicas o sus precursores, salvo cuando se destinen a fines no prohibidos por la presente Convención, siempre que los tipos y cantidades de que se trate sean compatibles con esos fines;
- b) Las municiones o dispositivos destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante las propiedades tóxicas de las sustancias especificadas en el apartado a) que libere el empleo de esas municiones o dispositivos; o
- c) Cualquier equipo destinado de modo expreso a ser utilizado directamente en relación con el empleo de las municiones o dispositivos especificados en el apartado b).

El Protocolo de Ginebra de 1925 (Protocolo relativo a la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos), prohíbe el uso de los gases asfixiantes, tóxicos y de otro tipo, así como los métodos de guerra bacteriológicos.

⁸ El Diccionario de la Real Academia entiende por residuo “parte o porción que queda de un todo, lo que resulta de la descomposición o destrucción de una cosa”.

ambiental si se han vertidos los residuos por encima de los límites tolerables, siendo decisiva la regulación administrativa, de tal forma que si se verte residuos dentro de los límites autorizados no tendrá aplicación el art. 437-B, lo que choca con el principio de legalidad, teniendo en cuenta que en materia ambiental la competencia reguladora es ejercida por un sistema nacional descentralizado de gestión ambiental, conforme lo dispone el art. 399 de la Constitución de la República.

Se fija como sanción la prisión de uno a tres años.

La conducta puede concretarse como un delito de daño si se *causare perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad*; o, como delito de peligro, *si el daño es potencial*.

La Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre establece que la fauna silvestre está constituida por:

“1.- Los animales silvestres, sin distinción de clases o categorías zoológicas, que viven en forma permanente o temporal en los ecosistemas acuático, terrestre y atmosférico; y,

2.- Las especies domésticas que, por disposición del Ministerio del ramo, deban ser maneja-

das como silvestres para evitar su extinción, o con fines de control”.

Flora silvestre *“es el conjunto de especies vegetales nativas, que crecen espontáneamente; y, flora nativa son los vegetales propios del país o de una región”*(art. 107).

La Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental⁹ establece en sus artículos 1, 2, 6, 10 y 11 prohibiciones en relación a la contaminación del aire, las aguas y el suelo.

El bien jurídico protegido: el ambiente.

Pena: prisión de uno a tres años.

“Art. 437-C.- La pena será de tres a cinco años de prisión, cuando:

- a) Los actos previstos en el artículo anterior ocasionen daños a la salud de las personas o a sus bienes;*
- b) El perjuicio o alteración ocasionados tengan carácter irreversible;*
- c) El acto sea parte de actividades desarrolladas clandestinamente por su autor; o,*
- d) Los actos contaminantes afecten gravemente recursos naturales necesarios para la actividad económica”.*

Este artículo incorpora la imposición de

⁹ Art. 1 de la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental.- “Queda prohibido expeler hacia la atmósfera o descargar en ella, sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, contaminantes que, a juicio de los Ministerios de Salud y del Ambiente, en sus respectivas áreas de competencia, puedan perjudicar la salud y vida humana, la flora, la fauna y los recursos o bienes del estado o de particulares o constituir una molestia”.

Art. 2 ibídem.- Para los efectos de esta Ley, serán consideradas como fuentes potenciales de contaminación del aire:

- a) Las artificiales, originadas por el desarrollo tecnológico y la acción del hombre, tales como fábricas, calderas, generadores de vapor, talleres, plantas termoeléctricas, refinerías de petróleo, plantas químicas, aeronaves, automotores y similares, la incineración, quema a cielo abierto de basuras y residuos, la explotación de materiales de construcción y otras actividades que produzcan o puedan producir contaminación; y,
- b) Las naturales, ocasionadas por fenómenos naturales, tales como erupciones, precipitaciones, sismos, sequías, deslizamientos de tierra y otros.

Art. 6 de la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental.- Queda prohibido descargar, sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, a las redes de alcantarillado, o en las quebradas, acequias, ríos, lagos naturales o artificiales, o en las aguas marítimas, así como infiltrar en terrenos, las aguas residuales que contengan contaminantes que sean nocivos a la salud humana, a la fauna, a la flora y a las propiedades.

Art. 10.- Queda prohibido descargar, sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, cualquier tipo de contaminantes que puedan alterar la calidad del suelo y afectar a la salud humana, la flora, la fauna, los recursos naturales y otros bienes.

Art. 11.- Para los efectos de esta Ley, serán consideradas como fuentes potenciales de contaminación, las sustancias radioactivas y los desechos sólidos, líquidos o gaseosos de procedencia industrial, agropecuaria, municipal o doméstica.

una pena superior en grado cuando concurra alguna de las circunstancias señaladas supra, creándose un régimen específico sólo para delitos ambientales, tal como sucede con los delitos sexuales, de lo cual resulta que no hay unicidad en el tratamiento de delitos y sin que exista por el legislador un criterio sistémico del tema.

Constituye un supuesto agravado tanto si los daños a la salud de las personas, a sus bienes, o los recursos naturales necesarios para la actividad económica.

El perjuicio o alteración irreversible remite a una situación de peligrosidad concreta a consecuencia de la conducta descrita en el art. 437-B del Código Penal (tipo base), que agrava la pena en base al daño causado. En este caso es necesario demostrar la causalidad entre la acción y el carácter irreversible del daño causado.

En cuanto a las actividades desarrolladas clandestinamente, denota la importancia de la actuación administrativa, elevando a la categoría de circunstancia cualificante la falta de autorización administrativa.

“Art. 437-D.- Si a consecuencia de la actividad contaminante se produce la muerte de una persona, se aplicará la pena prevista para el homicidio inintencional, si el hecho no constituye un delito más grave.”

En caso de que a consecuencia de la actividad contaminante se produzcan lesiones, impondrá las penas previstas en los artículos 463 a 467 del Código Penal”.

En el caso de que a consecuencia de la actividad contaminante se produce la muerte de una persona, el delito sería un homicidio inintencional, cuya pena según el art. 460¹⁰, es de prisión de tres meses a dos años.

En el caso de que la actividad contaminante produzca la muerte de una persona, la sanción se ve reducida de tres meses a dos años. Se establece una escala punitiva mayor para los delitos que lesionan los bienes jurídicos salud humana y ambiente, que para los delitos que producen como resultado la muerte, ocasionando que la pena no sea proporcional al daño causado.

Extrañamente en este tipo penal, se sanciona el resultado, sin que quede claro el bien jurídico a tutelar (ambiente, vida, integridad, y; en qué medida).

“Art. 437-E.- Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; así como el funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado”.

El sujeto activo es calificado bajo la descripción de el empleado o funcionario público que actúe por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado.

La acción típica es conceder ciertas autorizaciones o permisos, emitido un informe u opinión contra derecho.

Se contempla lo que en doctrina se conoce como la figura de prevaricación ambiental de funcionarios, que se da cuando el funcionario propicia dolosamente o por imprudencia grave la comisión de delitos contra el ambiente.

Con esta expresión se quiso describir la actuación del funcionario contra norma, lo que contradice la ley y afecta el ambiente.

¹⁰ Art. 460 del Código Penal.- El que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido, será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los Estados Unidos de Norte América.

Las conductas prevaricadoras del funcionario o miembro del cuerpo colegiado, pueden ser:

- Informar favorablemente, a sabiendas de su injusticia la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de industrias o de actividades contaminantes que incurran en los supuestos tipificados por los delitos contra el ambiente y los recursos naturales.
- Silenciar, con motivos de inspección, la infracción de las leyes o disposiciones normativas de carácter general que regulen a estas industrias y actividades contaminantes.
- Revolver la concesión de una licencia manifiestamente ilegal que autorice el funcionamiento de industrias o actividades contaminantes constitutivas de delito ambiental, o votar a favor de la misma en un organismo colegiado, a sabiendas de su injusticia¹¹.

Este tipo penal como el resto, se remite a las normas administrativas para establecer si se han vertido residuos contaminantes por encima de los límites fijados para la existencia del delito.

“Art. 437-F.- El que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, será reprimido con prisión de uno a tres años.

La pena será de prisión de dos a cuatro años cuando:

- a) *El hecho se cometa en período de producción de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies;*
- b) *El hecho se cometa contra especies en peligro de extinción; o,*

c) *El hecho se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas”.*

Este grupo de delitos recoge los supuestos de destrucción de especies de flora amenazada o caza y pesca de especies de fauna protegida, el tráfico ilegal de las mismas, así como el empleo de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas.

La conducta típica se encasilla en lo que se conoce como delitos de peligro abstracto (creación de situación genérica de peligro ambiental).

El objeto de la acción se delimita por la referencia a las especies amenazadas, lo que requiere recurrir a otras normas para completar el tipo penal, como a leyes, catálogos de especies amenazadas, normas internacionales, lo que provoca una remisión de ley a un acto de un particular para la completación de una norma.

La UICN¹² ha publicado el Libro Rojo de especies amenazadas que incluye 250 fichas de todo el mundo en las que se registran determinadas especies detallando su estado de conservación, hábitat, distribución geográfica, medidas de protección, e información relacionada con su biología y el valor que se le asigna.

El precepto se remite a la contravención de *disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia*, para saber si ha sido infringida y cuál de ellas, de lo cual resulta una remisión no de ley a ley, sino a normas de inferior jerarquía creadas por órganos diferentes al legislativo, lo que vulnera la reserva de ley.

Este tipo penal regula varias conductas: cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas.

¹¹ Blanca Lozano Cutanda. Derecho Ambiental Administrativo, 10va. Edición, editorial Dykynson, S.L., Madrid, 536.

¹² Unión Nacional para la Naturaleza, fundada en 1948, organismo no gubernamental que desarrolla actividades en materia de conservación de los recursos naturales.

La pena se agrava si el hecho se comete en período de producción de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies; contra especies en peligro de extinción; o, mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas.

El bien jurídico tutelado es el ambiente: flora y fauna.

“Art. 437-G.- El que extraiga especies de flora o fauna acuáticas, protegidas, en épocas, cantidades o zonas vedadas, o utilice procedimientos de pesca o caza prohibidos, será reprimido con prisión de uno a tres años”.

Este tipo penal sanciona acciones que atentan contra las especies acuáticas.

Se trata de una ley penal en blanco, cuyo supuesto de hecho requiere remitirse a la normativa ambiental administrativa.

Bien jurídico protegido es el ambiente: flora y fauna acuática.

Pena: prisión de uno a tres años.

“Art. 437-H.- El que destruya, quemé, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estén legalmente protegidas, será reprimido con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave”.

La pena será de prisión de dos o cuatro años cuando:

- a) Del delito resulte la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático; o,
- b) El delito se cometa en lugares donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o sistema de irrigación”.

Los bosques son una reserva de la biodiversidad, protegen los suelos y regulación del agua, y absorben el bióxido de carbono de la atmósfera¹³ (sumideros¹⁴).

La deforestación es la pérdida o eliminación de cubierta forestal por causas naturales o artificiales.

Como en el resto de tipos penales, la norma se remite a las leyes ambientales, para determinar si las formaciones vegetales están legalmente protegidas.

El legislador denota una falta de técnica jurídica al no precisar los elementos constitutivos del tipo penal que se requiere determinar en la norma.

Por ejemplo; la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático, son expresiones vagas, imprecisas, que se prestan para interpretaciones extensivas; y, en la práctica de difícil comprobación, ya que se requiere una relación de causa efecto, y que la causa tenga la medida exacta para provocar el resultado que la norma prescribe.

El bien jurídico tutelado: el ambiente.

“Art. 437-I.- Será sancionado con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituye un hecho más grave, el que sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables, destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, a convertirse en áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción”.

Este tipo penal sanciona el uso de “tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo”, sin autorización o sin

¹³ El efecto invernadero es un proceso natural de equilibrio, resultado de la presencia de diversos gases en la atmósfera que retienen parte del calor que llega del sol, regulando una temperatura media que permite la vida en la Tierra. Uno de los gases invernadero -según el anexo A del Protocolo de Kioto- es el anhídrido carbónico o dióxido de carbono (CO₂), el incremento de las emisiones antropógenas de estos gases, aumenta la temperatura media del planeta.

¹⁴ Sumidero.- proceso, actividad o mecanismo capaz de absorber, retener, o emplear un determinado componente.

sujeción a los procedimientos previstos en la norma aplicable, para “áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción”.

En una norma penal en blanco que se remite a las leyes y normativa que les califique como tierras reservadas.

La Carta Internacional del Hábitat, adoptada por la Unión Internacional de Arquitectura señala. “3.2. Los establecimientos humanos deben valorizar los caracteres ecológicos y culturales de los lugares naturales o construidos que los reciben. 3.3. La Naturaleza, referencia esencial para el hombre, debe acompañar y prolongar todo establecimiento humano”.

El crecimiento demográfico involucra un componente de presión sobre los recursos naturales, por lo que es prioritario es necesario respetar los principios ambientales¹⁵, que posibiliten formas ordenadas de utilización del suelo, a través de normas jurídicas que prevengan el daño ambiental.

Según el Código Orgánico de Ordenamiento Territorial Autonomía y Descentralización COOTAD, al concejo municipal le corresponde regular mediante ordenanza la delimitación de los barrios y parroquias urbanas tomando en cuenta la configuración territorial, identidad, historia, necesidades urbanísticas y administrativas y la aplicación del principio de equidad interbarrial (art. 57. z). Por lo tanto, la norma se remite nuevamente a normativa inferior a la ley (ordenanza) para ser completada.

La Constitución de la República del Ecuador en el art. 405 establece: “El sistema nacional de áreas protegidas garantizará la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de las funciones ecológicas. El sistema se integrará por los subsistemas estatal, autónomo descentralizado, comunitario y privado, y su rectoría y regulación será ejercida por el Estado. El Estado asignará los recursos económicos necesarios para la sostenibilidad financiera del sistema, y fomentará la participación de las comunidades, pueblos y nacionalidades que han habitado ancestralmente las áreas protegidas en su administración y gestión.

Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir a ningún título tierras o concesiones en las áreas de seguridad nacional ni en áreas protegidas, de acuerdo con la ley”.

El bien jurídico tutelado el ambiente: las tierras reservadas.

Pena: prisión de uno a tres años.

“Art. 437-J.- Se aplicará la misma pena prevista en el artículo anteriores, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se destine indebidamente las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a un uso distinto de que legalmente les corresponde; así como al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado”.

La acción punible consiste en la autorizar o permitir, contra derecho, el destino

¹⁵ Art. 395.- La Constitución reconoce los siguientes principios ambientales:

1. El Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas, y asegure la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras.
2. Las políticas de gestión ambiental se aplicarán de manera transversal y serán de obligatorio cumplimiento por parte del Estado en todos sus niveles y por todas las personas naturales o jurídicas en el territorio nacional.
3. El Estado garantizará la participación activa y permanente de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades afectadas, en la planificación, ejecución y control de toda actividad que genere impactos ambientales.
4. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental, éstas se aplicarán en el sentido más favorable a la protección de la naturaleza.

de tierras reservadas de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo a un uso distinto, así como el informe u opinión que conduzca al mismo fin.

El sujeto activo es el funcionario público o miembro del cuerpo colegiado.

El bien jurídico tutelado las tierras reservadas como protección ecológica o de uso agrícola exclusivo.

Pena: prisión de uno a tres años.

“Art. 437-K.- El juez penal podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate, sin perjuicio de lo que pueda ordenar la autoridad competente en materia ambiental”.

El Juez de Garantías Penales, en el juzgamiento de los delitos ambientales puede ordenar como medida cautelar, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura temporal o definitiva, del establecimiento que se trate.

El Código de Procedimiento Penal establece que las medidas cautelares tienen como fin garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido; son de carácter personal y real (art. 159).

Por lo que surgen otras interrogantes: por qué dentro de los tipos penales se establece una medida cautelar, cuando es propio de la materia procesal? Se trata de una medida cautelar de carácter personal o real?

Corresponde analizar en este caso el principio de precaución, aparentemente regulado en ese artículo.

El principio opera cuando hay peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.

Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador, en el art. 396 dispone “(...) En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas (...)”, incorporándose el principio de precaución, con el propósito de anticiparse al hecho dañoso, ante la duda de que una actividad pueda ser riesgosa, prefiere limitarla, privilegiando en el caso de la preservación del ambiente las seguridades.

Para que las medidas adoptadas puedan tener legitimidad, deben ser: proporcionadas al nivel de protección por el que el Estado haya adoptado, iguales a las medidas similares adoptadas en circunstancias equivalentes, no discriminatorias en su aplicación, ajenas a cualquier forma encubierta de proteccionismo, adoptadas sobre la base de un examen de costes y beneficios potenciales de la acción y de la inacción, y; objeto de revisión periódica a la luz del aporte de nuevos datos científicos¹⁶.

Tenemos una confrontación entre el principio de legalidad y de precaución, mientras éste se aplica antes que ocurra el daño, aquello no es aplicable si no hay el delito y no están previstas las respectivas penas.

Al aplicarse el principio de precaución en el Derecho Penal se estaría invadiendo el ámbito del Derecho administrativo ambiental, ya que es responsabilidad de la autoridad ambiental. ❖

La Penalización de la Discriminación Laboral



Dr. Efraín Duque Ruiz
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

“La discriminación es un acto de separación de una persona o un grupo de personas a partir de criterios determinados. Creerse superior a otra persona y así, maltratarla física y/o mentalmente causando efectos negativos en la otra persona. En su sentido más amplio, la discriminación es una manera de ordenar y clasificar otras entidades. Puede referirse a cualquier ámbito, y puede utilizar cualquier criterio. Si hablamos de seres humanos, por ejemplo, podemos discriminarlos entre otros criterios, por edad, color de piel, nivel de estudios, nivel social, conocimientos, riqueza, color de ojos diferente, orientación sexual, etc.” (Wikipedia).

Se conoce a la discriminación laboral como la exclusión o segregación de una persona respecto de otra u otras, a la cual se le relega de sus derechos dando preferencia a aquellas y ahondando la desigualdad social. Quienes ejercen discriminación son aquellas personas que tienen el poder económico o político en la sociedad.

Discriminar no es lo mismo que diferenciar. Existimos seres humanos diferentes por el color, por la edad, por el sexo, por su posición económica, ideológica e incluso profesional. Se dice que la discriminación es hacer distinción en el trato a las personas por motivos arbitrarios como el origen racial, el sexo, el nivel socioeconómico, etc. De ahí que es sinónima de marginación.

Las formas de discriminación son múltiples. Así por se discrimina cuando se hacen

distinciones entre las personas por motivos de clase, raza, género, edad, estado civil, origen o nacionalidad, por motivos religiosos, por el pasado judicial, por filiación política, por su orientación sexual, por estudios, apariencia física, etc.

Este fenómeno no es únicamente de nuestro país. Es una situación que se da en todos los países y en todos los ámbitos, por lo se han establecido prohibiciones y dictado leyes sancionadoras a quienes hacen de esta práctica su forma de vida; todo ello con la finalidad de eliminar toda forma de discriminación en la vida de la sociedad. Tenemos el caso de Uruguay, en que se promulgó la Ley 16045, que prohíbe la discriminación por sexo en el ámbito laboral; de Costa Rica, a través de la Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer; de Venezuela, que promulgó en 1993 la Ley de

Igualdad de Oportunidades para la Mujer; en Argentina y Chile, la ley es taxativa al prohibir cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores, por varios motivos entre los que se considera el sexo; en Brasil se prohíbe la discriminación en el acceso y mantención del empleo y se establece que las normas que regulan el trabajo masculino son aplicables al femenino, siempre que no se contradigan con las disposiciones de protección especial a la mujer; en México, en la Ley Federal del Trabajo se destacan aspectos concernientes al trabajo de la mujer y la protección de la maternidad, aun cuando se especifica que hombres y mujeres tienen las mismas obligaciones y derecho.

En la mayoría de los países se ha ido eliminando paulatinamente la prohibición a la mujer para realizar determinadas tareas, consideradas atentatorias a su salud física o moral; aun cuando en algunos casos todavía se prohíbe a la mujer el desempeño de trabajos peligrosos e insalubres y se limita la carga máxima de transporte manual. La mayoría de los países establecen prohibiciones solo a la mujer embarazada, para desempeñarse en labores que pongan en riesgo su salud o la del niño.

La discriminación en el trabajo es una forma de maltrato a la persona humana, que le afecta moral, psicológica y económicamente al trabajador; siendo incluso un atentado a sus derechos fundamentales como al trabajo, a su dignidad, reduciéndole su autoestima, generándole impotencia al no poder atender sus necesidades materiales y de su familia, ante la imposibilidad de tener un empleo que le genere un ingreso para subsistir.

realizando, la discriminación ocurre en los avisos de empleo que aparece en los diarios, en la selección, evaluación, contratación y despido del personal, en los términos y condiciones de empleo, así como también en la remuneración, el pago de los beneficios y el trato diario; en las decisiones sobre quién recibe capacitación, en los traslados o ascensos y a quién se deja cesante durante una reducción de personal.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha emitido informes respecto de la discriminación laboral que sufren miles de personas alrededor del mundo por diversas causas, siendo notables las que se originan en la orientación sexual, en la discapacidad, por la edad y por ser portador del VIH/SIDA; así como los esfuerzos que se vienen realizando en la lucha contra esta forma de maltrato y por la igualdad en el trabajo. La mayoría de los 180 Estados Miembros de la OIT han ratificado los dos convenios fundamentales sobre discriminación, el Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración de 1951, el Convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo y ocupación de 1958, el Convenio 169 de 1989 sobre pueblos indígenas y tribales, así como el compromiso adquirido de contar con una legislación y políticas para combatirla.

En el Ecuador, en el numeral 2. Del Art. 11 de la Constitución vigente, se establece que **“Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica,**

condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”.

Esta norma busca que la igualdad entre todas las ecuatorianas y ecuatorianos no solamente sea formal, sino que en todos los ámbitos exista una igualdad real, de ahí que se prohíbe todo tipo de discriminación, habiendo incorporado además del Art. 66 numeral 4 que consagra el **“Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”**. Otras disposiciones de nuestra Carta Magna, obligan al Estado y por ende a sus autoridades, a dar la protección necesaria a ciertos grupos vulnerables para que no sean discriminados, tales como los adultos mayores, los adolescentes mayores de 15 años en el trabajo, a las mujeres y de ellas a quienes se encuentren embarazadas, las personas con discapacidad.

Se han dictado otras normas jurídicas con la finalidad de combatir la discriminación laboral, tenemos por ejemplo la Ley de amparo laboral de la mujer; la reforma el Art. 42 del Código del Trabajo, al incluir el N° 33, que establece los porcentajes fijos de empleados discapacitados que debe tener una empresa si tiene un mínimo de 25 empleados, llegando a un máximo de 4%, así como la sanción en caso de incum-

plimiento; el N° 34, en cuanto a la obligación de los empleadores de contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras, el que es determinado periódicamente por las Comisiones Sectoriales del Ministerio de Relaciones Laborales.

En el Código Orgánico de la Función Judicial, tenemos el Art. 36 respecto de los principios de igualdad, no discriminación; en tanto que el Art. 173 establece que “...Se promoverá, a través de medidas afirmativas, la paridad entre mujeres y hombres...”; y, la Ley de Discapacidades, que trata de la inserción y reubicación de trabajadores discapacitados en el ámbito laboral.

En la actualidad la discriminación laboral ocurre en todos aquellos casos en los que un trabajador es excluido de algún derecho que le corresponde y que le es reconocido a otros trabajadores, constituyendo un grave atentado a otros derechos fundamentales de la persona trabajadora como son su vida y dignidad. Éste fenómeno discriminatorio se da antes de conseguir un trabajo; en el empleo, con el maltrato que se da a determinados trabajadores por diversas razones que esgrime el empleador o quien cumple funciones de administración o dirección; incluso ya fuera del trabajo al retardar o negar el pago de su liquidación, obligándolo a seguir un largo proceso judicial para exigir el reconocimiento de sus derechos.

Si bien el Art. 327 de nuestra norma suprema establece expresas prohibiciones, y se encuentran en la Asamblea Nacional Proyectos de Leyes de igualdad entre mujeres y hombres y personas de diversa condición; de igualdad laboral; contra la discriminación, el acoso y la violencia política en razón del género; de igualdad y libertad religiosa;

de protección a la igualdad de derechos de los migrantes ecuatorianos, los que de ser aprobados contribuirían a solucionar este problema social.

Consideramos que en el Proyecto de Código Orgánico del Trabajo, para integrar todas las disposiciones que traten de las infracciones, sean delitos o contravenciones, debería incluirlas dentro de un Capítulo del Código del Trabajo que bien podría denominarse “De los Delitos y Contravenciones”, “Del régimen disciplinario” o “De las infracciones laborales”; no siendo trascendente el nombre, sino que se regule y establezca sanciones para las hipótesis de infracciones que eventualmente se puedan cometer.

La discriminación laboral está siendo sancionada y se considera que las penas que se establecen a los infractores privándoles de la libertad, son necesarias como un medio disuasivo que permita eliminar esta forma de maltrato a las personas trabajadoras; de ahí que solamente sanciones pecuniarias tendrían escaso efecto y peor aún la clausura del negocio, pues afectaría a otros trabajadores.

El Código Penal vigente establece sanciones para el caso de apropiación indebida, estafa, atentados a la honra e igualdad ante la Ley, en las cuales se encontrarían eventualmente incursos los empleadores que cometan actos como retención arbitraria de salarios, la simulación, el fraude laboral, atentados al derecho de asociación o actos de odio o discriminación laboral.

El Proyecto de Código Integral Penal que se está debatiendo en la Asamblea Nacional, contiene disposiciones en diferentes partes de su cuerpo normativo, que sancionan las infracciones que eventualmente se pueden cometer en materia laboral. Así, el

Art. 103 propone sancionar a quienes exigieren trabajos forzados y ejercieren otras formas de explotación laboral, estableciendo sanción pecuniaria y extinción de la persona jurídica (Art. 107).

En las relaciones laborales existe el acoso laboral, fenómeno que se da en todos los niveles y adquiere diferentes formas, siendo una de ellas el acoso sexual que propone se sancione en el Art. 163, a quien prevaleciendo de su autoridad laboral realice insinuaciones de este carácter a sus subalternos; pero debe ir más allá pues, puede ser también de carácter horizontal y no solamente se insinuaciones sexuales, sino también moral o psicológico y genera secuelas en la persona agredida.

En la Sección Cuarta del Capítulo Tercero, que trata sobre los Delitos contra el Derecho al Buen Vivir, encontramos disposiciones que sancionan ciertos actos catalogados como infracciones en el ámbito laboral, sancionando la discriminación (Art. 173) y cuando se excluya, niegue o vulnere o restrinja derechos consagrados en la Constitución, por razones de edad, sexo, raza, preferencia sexual, discapacidad, etc.; así como los actos de violencia o de odio contra las personas por su condición, lo que podría perfectamente generar discriminación en el trabajo (Art. 176).

Pero en el Proyecto en ciernes, existen otras disposiciones que perfectamente pueden darse en las relaciones laborales, como la imputación de un delito que el empleador eventualmente pudiese efectuar al trabajador y no fuere demostrada (Art. 180); el fraude laboral, que se encuentra configurado en el Art. 184 que trata sobre la estafa, producto de la simulación de hechos falsos o deformación u ocultamiento de hechos

verdaderos para evadir responsabilidades patronales; así como la insolvencia y quiebra fraudulentas (Arts. 204 y 206), producto de la pobreza repentina de empleadores para incumplir el pago a sus acreedores, entre ellos los trabajadores.

En el Art. 247 se sanciona a quienes atentaren al derecho a la huelga de los trabajadores; en la Sección Sexta trata de los delitos contra el derecho al trabajo, como la retención ilegal de aportaciones al IESS (Art. 248) y la sanción por falta de afiliación cometida por las personas jurídicas (Art. 249); mientras que la falta de afiliación cometida por personas naturales se sanciona como contravención al derecho al trabajo (Art. 250), faltando aclararse porqué en el primer caso es un delito y en el otro una contravención, lo que eventualmente puede contrariar el derecho a la igualdad.

Pero es necesario determinar en el ámbito laboral la tipicidad de la infracción penal, señalando los elementos probatorios con los que se pueden demostrar la infracción, considerándolo al trabajador como la parte más débil de la relación laboral al cual debe dársele la protección judicial efectiva, a efectos de que la autoridad que se encargue de juzgar, tenga los suficientes elementos de convicción para establecer la sanción correspondiente.

En cuanto a las sanciones que se establecen para las diferentes infracciones, deben preferirse las pecuniarias y penas privativas de la libertad a sus representantes legales u otras personas involucradas; no siendo oportuna la sanción de cierre de un negocio, para no afectar a otros trabajadores que pudieren eventualmente perder su fuente

de trabajo.

Existen otros derechos que deben ser protegidos en el actual Estado Constitucional, como los atentados al honor y a la integridad personal del trabajador; el daño moral laboral, que se da en el despido no justificado de una mujer embarazada o de un individuo mayor de cuarenta años de edad; una más efectiva regulación de la simulación y el fraude laboral, ante un acto doloso del empleador al simular una relación civil o mercantil, cuando en realidad están configurados los elementos del contrato de trabajo; el enriquecimiento ilícito que se da cuando se pagan salarios inferiores a los básicos unificados, o se les obliga a trabajar en jornadas suplementarias y/o extraordinarias, sin pagarles los recargos legales; la precarización en el trabajo, que no obstante estar prohibido, sigue siendo una práctica común en el agro ecuatoriano; o la injuria calumniosa o no, cuando el empleador realiza una falsa imputación de una infracción mediante el correo electrónico, que siendo supuestamente “privado y confidencial”, se lo difunde para conocimiento de terceras personas, estigmatizándole al trabajador.

Siendo la discriminación laboral una forma de infracción tipificada en el Proyecto de Código Integral Penal, no es la única que eventualmente puede cometer el empleador con los trabajadores. Se hace necesario estructurarlas adecuadamente todas las posibles infracciones que en el ámbito laboral se pueden cometer, ya sea en este cuerpo normativo; o en su defecto en el nuevo Código Orgánico del Trabajo que se está socializando, a efectos de garantizar los derechos de las partes en las relaciones laborales. ❖



Dr. Edmundo René Boderó C.

Sala de lo Penal Temporal

En mi relativamente corto ejercicio como Juez de la Sala Temporal Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, he confirmado lo que los largos de abogado penalista y profesor de ciencias penales me había revelado: El bajo nivel técnico de los letrados -con realmente varias notables excepciones- que recurren a los Tribunales de Casación y Revisión. En su mayoría actúan como si se encontraran en una nueva instancia, en casación, pese a la advertencias del ponente, discurren sobre pruebas valoradas, no atacan la sentencia cuestionada probando la violación de la ley por cualesquiera de las causales que dicho recurso excepcional demanda. Y en revisión el drama es más patético, en las modalidades que exigen prueba nueva, se reducen a presentar testigos de acomodo que fácilmente son desenmascarados por el Tribunal, o exhiben documentos notarizados y en general esgrimen toscas y trasnochadas coartadas que jamás pueden salir airosas. Se degrada la majestad del más alto tribunal de justicia del país, convirtiéndolo en una audiencia preparatoria de juicio o si se prefiere en una nueva audiencia de juicio. Revisados los expedientes para fallar, resalta aún más el desconocimiento de la dogmática. Existen casos en que la solución científica estaba al alcance de la mano pero las partes ni el juzgador se percataron. El Estado

La Defensa Penal Científica

invierte mucho dinero y tiempo en aquella hilera interminable de audiencias destinadas al fracaso. A petición del Presidente de la Sala Permanente de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Dr. Jorge Blum Carcelén, mi brillante ex alumno en los cursos de maestría del Instituto de Criminología y Ciencias Penales de la Universidad de Guayaquil y querido amigo a la vez, haciéndole un quite a la agobiadora tarea de escuchar y resolver acerca del destino de tantos compatriotas que a nosotros acuden en demanda, he escrito esta monografía con la leve esperanza de que los defensores creen y se preparen en la ciencia penal y la apliquen en sus casos, pues los jueces de este nuevo diseño de la justicia ecuatoriana, estamos prestos para darles la razón si la tienen y saben exponerla.

I. LA FUNCIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO

La teoría del delito fue creada para aplicar correctamente el derecho penal a los casos de la vida real. Es un instrumento que se emplea en el proceso penal para establecer si una conducta constituye o no un acto típico y antijurídico (injusto penal) y a quien o a quienes debe atribuirse el resultado indicado en el tipo penal, si el sujeto es imputable o inimputable y si es merecedor de una sanción penal. Por eso se dice

que *“La teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal”* o que *“funciona como intermediaria entre la ley penal y el caso concreto”*.

II. DIVERSAS TEORÍAS DEL DELITO

Existen diversas teorías del delito: *causalista, neocausalista, finalista, neocausalista-finalista, funcionalistas*, cada una inspirada en doctrinas filosóficas, sociológicas o políticas diferentes.¹ De teoría a teoría, los predicados del delito varían en sus contenidos, significados y alcances. Sin embargo, a despecho de la variedad, excepto el *funcionalismo normativista* de Jakob, todas coinciden en definir a la infracción penal como *“Un acto típico, antijurídico y culpable.”* Jakobs, define al delito como *“frustración de expectativas normativas,” “expresión simbólica de falta de fidelidad hacia el derecho”, “amenaza para la estabilidad social, “acto socialmente disfuncional, no porque lesione o ponga en peligro determinados bienes jurídicos, sino porque debilita la “confianza institucional” en el sistema”*.² A medida que analicemos los casos problemáticos, veremos las soluciones que ofrece cada teoría a los mismos, todas interesantes y respetables, pero ninguna como la de la *“imputación objetiva”*.

III. LAS CATEGORÍAS DEL DELITO Y SU FASE NEGATIVA

A la acción, la tipicidad, la antijuridicidad y culpabilidad, les corresponde una fase negativa que las elimina e impide la existencia del delito. Tanto la acción u omisión y los adjetivos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) que las califican, desaparecen

si contienen alguna circunstancia negativa. Así, cuando a pesar de la presencia del hecho fáctico (muerte, robo, violación, etc.) se determina que no existe acción carece de sentido pasar a los predicados posteriores: *tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*. Pero, si no es posible destruir el acto, la opción siguiente es ver la probabilidad que no sea típico y si es típico, quizá no sea antijurídico. Por último, si la acción es típica y antijurídica (injusto penal) la última carta es probar -si es factible por cierto- que el ejecutor de ese acto típico y antijurídico (injusto penal) no es culpable.

FASE POSITIVA	FASE NEGATIVA
Acción	Exclusión de la acción
Tipicidad	Atipicidad
Antijuridicidad	Causas de Justificación
Culpabilidad	Causas de Inculpabilidad

Analizar la conducta atribuida al indagado o la infracción penal sufrida por la víctima, implica decidir cual teoría (*causalista, neocausalista, finalista, neocausalista-finalista o funcionalista*) es la más conveniente para el caso.

IV. LA PRIMERA TAREA DEL FISCAL Y EL DEFENSOR: ESTABLECER LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DEL ACTO.

No todos los hechos del hombre constituyen *“comportamientos humanos”*. Para la doctrina, las causas de ausencia de acción se ligan a sucesos en los que está ausente la voluntad del sujeto, circunstancia que se observan en los casos de *“fuerza irresistible, inconsciencia y los actos*

¹ Cabe aclarar que las mencionadas no constituyen las únicas teorías del delito que contempla el derecho penal desde su aparición como ciencia. Pero podemos afirmar que las mencionadas son las de mayor trascendencia desde los tiempos de la vis física y la vis moral de Carrara.

² El gran maestro de Bonn, descompone al delito una *“imputación fáctica”* (con base en el causalismo) y una *“imputación jurídica”* (con base en la imputación objetiva) reminiscencia del dualismo de don Francesco Carrara el summo maestro de Pisa (*“imputatio facti”* e *“imputatio juri”*, si se prefiere vis física y vis moral).

reflejos, pues los movimientos corporales producidos en una de esta tres situaciones no aparecen como obra de la voluntad humana.³ Por ello, para que una acción o una omisión puedan jurídicamente ser considerada como tal, deben estar exentas de vicios que las invaliden, como sería el caso de que el sujeto actuara impulsado por una **fuerza irresistible** o bajo **coacción moral**, pues entonces la acción no existe jurídicamente (aunque fácticamente sí). Al faltar la acción o la omisión, falta también el delito, porque el delito es acción u omisión a las que se les aplican diversos adjetivos creados por el derecho: *tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*. Cada una de las mencionadas teorías tiene su propio modelo de acción, por lo que las fuerzas o motivos que la invalidan y su ubicación varían de teoría a teoría.

La Acción Causalista-Naturalista⁴

Para esta teoría la acción es natural y consiste en un movimiento corporal **voluntario** que causa o no impide un cambio en el mundo exterior (resultado). Para von Liszt, la acción (positiva) era: 1) *un movimiento corporal*; 2); *causado por un impulso de la voluntad*; movimiento que a su vez, 3) causa una modificación en el mundo exterior. El *impulso de la voluntad* sólo importaba en cuanto *causa* de la conducta externa, por lo que era indiferente cuál fuera el *contenido* de la voluntad, esto es, si se dirigía o no a realizar el hecho producido, con tal de que hubiere causado el movimiento corporal externo. La dirección final de la voluntad no es tomada en cuenta por el concepto causal de acción. Por lo tanto no debe confundirse **impulso de la voluntad** con **contenido de la**

voluntad. Ejemplo: *El conductor que atropella a un peatón causa un resultado (el atropello) mediante un movimiento corporal (conducir) que puede considerarse causado por un impulso de la voluntad (el que determina a conducir) aunque esta voluntad no alcance al resultado del atropello.*⁵ Desde otro enfoque, podría decirse que entre movimiento corporal y resultado existen dos vínculos, uno físico (**nexo causal físico**) y otro psicológico (**nexo causal psíquico**); el segundo vínculo, porta el contenido de la voluntad, que extraído artificialmente de la acción es transportado a la culpabilidad. Entre las flaquezas de la teoría sobresalía el problema de la **omisión**. Según Liszt, en la omisión: **“La manifestación de voluntad consiste aquí en no ejecutar un movimiento corporal que debiera haberse realizado**. En general, los causalistas intentaban explicar la omisión, aduciendo que consistía en la abstención voluntaria de un movimiento corporal (un no hacer físico) o como *“causa no impediende de un cambio en el mundo exterior.”* Sin embargo, en los casos que la abstención del movimiento no era voluntaria (las omisiones inconscientes o los olvidos) verbigratia: el chofer que se duerme conduciendo su vehículo y provoca un accidente del que resulta muerto su ayudante; o la enfermera que olvida suministrar un medicamento a un paciente que fallece por dicha causa, el dispositivo creado por el causalismo no encajaba.

Causas de Exclusión de la Acción Causalista-Naturalista

En el derecho penal es un axioma que si el movimiento corporal no ha sido voluntario no existe acción. El Art. 11 del C. P.

³ Santiago Mir Puig: *“Derecho Penal Parte General P. 180.*

⁴ El concepto causal de acción, configurado por Liszt y Beling, constituye la posición tradicional aun vigente en la doctrina de algunos países como el Ecuador. Sus días de gloria se remontan a fines del siglo XIX e inicios del XX. Su aparición fue consecuencia del positivismo científico, responsable del espectacular desarrollo de las ciencias naturales en el siglo XIX.

⁵ Santiago Mir Puig: *“Derecho Penal Parte General P. 154.*

dice: *Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión.* De conformidad con nuestra legislación penal, las causas que excluyen la acción son:

La fuerza física irresistible (*vis absoluta*)
El Miedo Insuperable (*vis compulsiva*)
Los actos reflejos
La inconciencia absoluta

Exclusión de la Acción Causalista-naturalista debido a la presencia de una Fuerza Irresistible (Vis Absoluta)

El Art. 18 del C. P. señala que no hay infracción: *“Cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir.”* **Ejemplo:** Quien al ser empujado sobre el cuerpo de una embarazada le provoca un aborto. **Ejemplo:** Quien es lanzado contra la vitrina de una joyería que resulta rota y saqueada. **Ejemplo:** Un viento fuerte o temporal provoca la pérdida del control del automotor que se conduce impactando a un tercero a quien se ocasiona la muerte. Los dos primeros casos se refieren a fuerza física irresistible (*vis absoluta*) provenientes del hombre, y, el tercero, a la fuerza física irresistible proveniente de la naturaleza. Pero en todos ellos, el movimiento corporal del sujeto no es producto de su voluntad. *“Quien así obra no es en aquel acto un hombre, es un instrumento..., es tan inocente como la espada misma de que un asesino se valiera.”* Consecuentemente, cuando el resultado tiene por causa una *fuerza irresistible* no hay acción y como basta que no exista acción para que no exista delito, como dijimos en líneas anteriores, es innecesario proseguir con el análisis de la tipicidad, anrijuridicidad y culpabilidad). Las

teorías del delito causalistas exigen en la acción la presencia de *voluntariedad* (impulso físico) y el finalismo, voluntad (impulso físico más finalidad).

En las *fuerza irresistibles* la *voluntariedad* o la *voluntad* están ausentes, pues el sujeto que provoca el resultado no actúa sino que es utilizado como instrumento, por lo tanto no existe acción.

La Exclusión de la Acción Causalista-naturalista por presencia del Miedo Insuperable (Vis Compulsiva)

Ejemplo: Una pagadora de edad madura es obligada a tomar parte del dinero de la empresa en que labora, para pagar el rescate de su pequeño y único hijo que se encuentra en poder de brutales secuestradores. El Art. 18 del C. P. al decir *“o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir”* no especifica como en otras legislaciones que la eximente se circunscribe a la *fuerza física*; consecuentemente, no quepa duda que nuestro derecho penal incluye la *coacción moral* o *vis compulsiva* como causa excluyente de la acción. Nuestro gran comentarista Francisco Pérez Borja, dijo al respecto: *“Que en la fórmula «fuerza irresistible, está comprendida la coacción moral, están conformes los comentaristas de los códigos francés y belga cuyas disposiciones son iguales, en esta parte, a la del ecuatoriano”.* La doctrina y la jurisprudencia han reputado indistintamente a esta eximente como: *faz negativa de la acción, causa de inimputabilidad e inexigibilidad de otra conducta.* (causa de inculpabilidad).

El *“miedo insuperable”* o *“vis compulsiva”*, se caracteriza porque el coaccionado actúa con voluntad (tomar el dinero de la empresa) aunque dicha voluntad está viciada. El hecho delictuoso que se ejecuta

para evitar un mal es voluntario, porque el agente decide ejecutarlo. El individuo puede elegir entre el mal que va a hacer o el que ha de sufrir. Pérez Borja, sentencia: ***“El hombre que ejecuta un acto bajo el imperio de esta violencia, no tiene su espíritu en un estado tal que le haga merecedor de una pena”***. En nuestros días, al miedo (*metus*) de larga tradición jurídica trata de asimilárselo a las fases por la que atraviesa la alteración psíquica que embarga a quien lo padece. Así como en las fases preliminares del miedo no puede pretenderse exención alguna, en el período intermedio de angustia en el que se reduce considerablemente la libertad electiva del sujeto, puede considerarse como causa de inculpabilidad, para llegar en sus fases extremas de terror o pánico, a considerarse causa de inimputabilidad y aún de falta de acción. Entre nos, al miedo se lo considera una fase negativa de la acción. Además, para el defensor es la posición más recomendable, pues al matar la acción mata el acto, mientras que para beneficiarse con la inimputabilidad o inculpabilidad debe recorrer un trecho más largo en el proceso. Igual, exigen se trate de un mal muy grave. Pessina, famoso comentarista en los tiempos de hegemonía del causalismo naturalista opinaba que la amenaza sólo puede ser respecto a la vida y ningún otro bien. Al final, son los operadores de la justicia quienes disponen de la sana crítica para apreciar en cada caso el grado de intensidad de la violencia. La coacción o violencia moral a diferencia de la fuerza física irresistible acaece con frecuencia; cada vez tenemos más noticias que alguien es obligado a delinquir bajo la amenaza de un mal.

V. SEGUNDA TAREA DEL FISCAL Y EL DEFENSOR

Establecida la existencia del acto, en los

delitos materiales o de resultado externo, procede comprobar si el resultado penalmente relevante (por ejemplo la muerte) debe cargarse o no en la cuenta de él o los intervinientes en el hecho. El problema a simple vista parece sencillo, pero no lo es. Si Pedro golpea con una barra de hierro la cabeza de Pablo, fracturándole el cráneo y provocando su muerte, la inmediata sucesión temporal y espacial del hecho, no deja duda acerca de a quién debe atribuirse el resultado muerte. Pero Si Pedro golpea a Pablo, quien es trasladado a un hospital donde fallece por shock anafiláctico, debido a la aplicación por terceros de una inyección a la que era alérgico, qué resultado debe adjudicarse a Pedro, las lesiones o la muerte de Pablo? Este y otros innúmeros problemas se dilucidan en los capítulos dedicados a la ***“relación de causalidad”*** en manuales y tratados; las soluciones varían según la teoría que decidamos aplicar o la orientación científica del código penal pertinente.

VI. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Hegel afirmaba: ***“Que solo puede llamarse imputación -en estricto sentido- a aquello que en una conducta puede ser reconocido como mío(...) y no aquello que sea resultado de la simple casualidad, de la mala suerte o del destino”***.⁶ En la ciencia penal, la relación de causalidad es el mecanismo utilizado para solucionar el problema de establecer cuando un resultado típico es consecuencia del accionar u omitir de un sujeto. Las inquietudes respecto a la causalidad en general aparecieron en el siglo XIX con el filósofo inglés John Stuart Mill, para quien: ***“a toda causa le sigue un resultado”***. Al campo jurídico, la causalidad ingresó de la mano de Julius Glaser

⁶ Reyes Alvarado: *“La Imputación Objetiva”* P. 4 (Temis)

y del magistrado alemán von Buri. Por ello, para las teorías clásicas del delito y el finalismo, la causalidad es prejurídica (natural u ontológica en su caso) lo que ratifica que no la asociaban con el derecho sino con la naturaleza. Jiménez de Asúa, gran penalista olvidado, advirtió que *“el nexa causal ha de tomarse en su sentido filosófico y natural, sin aventurarnos a construir una teoría de la causa para nuestra disciplina.”* *“Es preciso advertir que el penalista no puede ni debe contrariar la idea de causa entendida de modo naturalístico”*.⁷ Sin embargo, en la actualidad prevalece la teoría de la *“imputación objetiva”* de corte eminentemente normativista, que absorbe a la causalidad a la que reduce a un rol secundario, cuando de atribuir el resultado contenido en el tipo se trata.

Por lo general, se acepta que el problema causal se suscita únicamente en los delitos materiales o de resultado externo (tangibles) y en los de comisión o por omisión, en los que es posible visualizar daños o destrucción en el objeto del delito, sean éstas personas o cosas. Consecuentemente, quedan excluidos del problema causal, los delitos de peligro⁸ en los que no se percibe el resultado pero si la probabilidad real de que se suscite. Ejemplos: manejar en estado de ebriedad, fabricar artesanalmente explosivos, etc. Para considerar consumadas estas infracciones basta verificar que el agente cometió uno de los comportamientos indicados en el tipo, sin que sea necesario

comprobar que alguna persona fue puesta en peligro fuera del propio autor.

VII. LA TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES O DE LA *CONDITIO SINE-QUA-NON*.

John Stuart Mill afirmaba: *que solo en forma excepcional puede afirmarse que una consecuencia es resultado de una única causa, pues por regla general es la reunión de diversos antecedentes lo que genera efectos.* A partir de entonces se generalizó la idea de que cada una de las condiciones que contribuyen para el surgimiento de una consecuencia debe ser considerada como su causa, de tal manera que ninguno de los varios factores determinadores del resultado tiene una importancia superior a los demás sino que por el contrario poseen todos un valor equivalente en cuanto solo su conjunción posibilitó la aparición del resultado. Son esas particularidades las que han permitido que la mencionada tesis se conozca con los nombres de *“teoría de las condiciones”* o *“teoría de la equivalencia de las condiciones.”* De esta manera, si se pretende explicar desde un punto de vista causal que un sujeto ha hurtado un reloj, son tan importantes las circunstancias de que el reloj haya sido fabricado, posteriormente vendido y empleado por quien a la postre fue víctima del ilícito, como el hecho de que un sujeto se lo haya arrebatado violentamente a su legítimo poseedor.⁹ La más conocida y aplicada en materia penal, hasta la aparición de *“la imputación objetiva”* fue

⁷ *Teoría del Delito* V. 2 P. 7 y 57 (edu)

⁸ En los delitos de peligro, para proteger el bien jurídico, el legislador adelanta la barrera de protección en lugar de esperar la producción de un daño real (resultado material, estima que es mejor intervenir en el momento previo a que se produzca el suceso. En la delgada línea que separa a los delitos de peligro abstracto de los de peligro concreto, José Hurtado Pozo considera que en los segundos, p. ej. *“envenenar, contaminar o adulterar aguas o substancias alimenticias o alimenticias destinadas al consumo”*, la cuestión de la causalidad y la imputación objetiva se plantea de la misma manera que con los delitos de lesión. (*Manual de Derecho Penal, Parte General* P. 784, Grijley).

⁹ Reyes Alvarado: *“La Imputación Objetiva”* P.11 (Temis)

la de la “*equivalencia de las condiciones*” o “*sine qua non*” pretende determinar con precisión cuando un resultado penalmente relevante es consecuencia de la acción u omisión de un sujeto. Como se colige, de la larga cita precedente “*Si suprimimos mentalmente la acción desplegada por quien se apodera violentamente del reloj, concluiríamos que su legítimo propietario seguiría en posesión de él, esto es la aprehensión como resultado desaparecería y en consecuencia podríamos afirmar que quien arrebató el objeto fue causa del hurto*”. Su divisa, como fácilmente puede colegirse es que sin aquella causa el resultado no se habría producido “*condición sine qua non*” (condición “*sin la que*”). Consecuentemente, una conducta condiciona causalmente un resultado, cuando suprimida mentalmente, esto es, imaginando que no se ha efectuado desaparece el resultado contenido en el tipo. Para von Liszt y Beling, considerado padre de la teoría causalista del delito: El resultado debe ser causado (provocado) por un ***movimiento corporal***; el movimiento corporal y el resultado deben estar en relación de causa a efecto (en relación de causalidad). Existe relación causal entre el movimiento corporal y el resultado, cuando éste no hubiera tenido lugar sin aquél; es decir cuando no se puede suponer suprimido el movimiento corporal sin que deba dejarse de producir el resultado ocurrido (*conditio sine qua non*). Todas las condiciones del resultado son, por consiguiente del mismo valor.¹⁰ Si un ciego muere por atropello vehicular, al suprimir el atropello desaparece el resultado muerte, por lo tanto, el atropello fue la ***condición sin la cual*** no se hubiera producido el resultado, precisamente por ello, a esta teoría se

la denomina también de la “*conditio sine qua non*.”

VIIa. CONCAUSAS O CURSOS IRREGULARES

Para la teoría de la “*conditio sine qua non*.” todas las condiciones son iguales o tienen la misma importancia, aunque entre el acto y el resultado medien tiempo y/o espacio. Su divisa es: “*Causa causae, causa causati* (la causa de la causa es causa del mal causado), reminiscencia del principio medieval “*versari in re ilícita importatur omnia quae sequuntur*” (el que incurre en un hecho ilícito, responde de todas las consecuencias delictuosas, aun fortuitas, que de él deriven). La atribución de un resultado por vía de la causalidad, no implica que necesariamente la conducta sea típica o antijurídica, como sucede con la legítima defensa y el estado de necesidad. Tampoco o culpable, predicados que deben analizarse en instancias más avanzadas del proceso. Un penalista de la vieja escuela, no lo pudo expresar mejor. El nexa que la doctrina denomina causalidad, debe ser tratado en un plano de entera objetividad, esto es, mirando únicamente a la relación que media entre el comportamiento muscular del sujeto activo y el resultado externo, considerados ambos como meros acontecimientos materiales y prescindiendo de los propósitos, voluntad, representaciones intelectuales y previsiones de dicho sujeto.¹¹ Así acontece con las ***concausas*** o ***ursos irregulares***, nada importa; el acto inicial propio como el ajeno no previsto ni deseado, tienen el mismo valor. A estos cursos causales irregulares (*concausas*) se los suele definir como “***un fenómeno que al actuar conjuntamente con la acción del sujeto, lleva a consecuencias***

¹⁰ Tratado T II Ps. 292-293

¹¹ Eduardo Novoa Monreal: “Curso de Derecho Penal Chileno” P. 288 (E.J.Ch.)

que no corresponden al curso normal y ordinario de los procesos de ese tipo.” O, como la concurrencia de dos causas, siendo la una ajena a la acción del sujeto activo. En otros términos, la teoría no acepta la interrupción de la cadena causal, cuando factores ajenos (*anteriores, concomitantes o supervinientes*) a la acción del agente concurren con el acto inicial.

VIII. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Los problemas que la equivalencia de las condiciones acarrea al admitir la concurrencia de varias condiciones como causas del resultado, forzaron la aparición de las teorías individualizadoras, que seleccionaba a aquella que consideraba predominante para la producción del resultado, las teorías individualizadoras más conocidas son las de la “*causalidad adecuada*” y la de la “*relevancia típica*.” Para Enrique Gimbernat, la teoría implica la desnaturalización del concepto de causalidad, pues niega la existencia de un vínculo causal donde realmente existe. En un principio se la confundió con una teoría de la causalidad. Actualmente de acuerdo con el criterio de las ciencias naturales, se rechaza que pertenezca a la causalidad. En realidad, esta fórmula es una teoría de la imputación objetiva, es decir, limitativa de la responsabilidad sobre la base de la imputación objetiva.¹² Se diferencia con la de la equivalencia de las condiciones, en que no reconoce como causas del resultado típico a todas las condiciones que lo provocan. Únicamente considera causa aquella condición que generalmente produce el mismo resultado, o si se prefiere, que se trate de una causa idónea para provocarlo. Además, acepta la presencia de cursos irregulares o concausas que rompen la cadena causal,

pues las causas originales no son adecuadas para provocar el resultado final que debe atribuirse a la nueva acción. Como tónica de la ruptura de la cadena causal, recurramos a los clásicos ejemplos del enfermo de hemofilia víctima de una herida leve que para otro individuo que no padezca aquella terrible enfermedad, carecería de gravedad y, el del incendio del hospital en el caso del herido internado en esa casa de salud, que se incendia y el herido muere carbonizado. Mientras para la teoría de la equivalencia el resultado muerte es atribuido a los a quienes lastimaron a las víctimas, para la teoría de la causalidad adecuada sólo se les atribuye el primer resultado, las heridas, rompiendo la cadena causal que no se engarza con la otra cadena la muerte por la hemofilia o el incendio, porque las acciones de los lesionadores no constituyen *causa adecuada* para producir el resultado muerte. Un disparo con arma de fuego dirigido contra zonas vitales del cuerpo humano, generalmente conduce a la muerte; por lo tanto, esa acción es idónea o adecuada para causarla, de lo que deviene que la idoneidad se comprueba con la regularidad estadística y que la fórmula no es natural sino normativa.

IX. TEORÍA DE LA RELEVANCIA

Se la considera el antecedente inmediato de la dominante teoría de la *Imputación Objetiva*. Sobre la base de las ideas expuestas en los acápites anteriores, Edmundo Mezger y Jiménez de Asúa elaboraron esta teoría, que partiendo de la “*equivalencia de las condiciones*”, expresa que solo pueden ser tenida como causa respecto de un resultado toda condición que no pueda ser suprimida *in mente* sin que al mismo tiempo desaparezca el resultado concreto, pero agregan que sólo una conexión causal ju-

¹² Felipe Villavicencio T: “*Derecho Penal. Parte General*” P. 321 (Grijley)

rídicamente importante (relevante) puede fundamentar una responsabilidad penal, aspecto que debe esclarecerse dentro del respectivo tipo. Por, ello, se excluyen aquellas conexiones causales en absoluto “irrelevantes” para el tipo correspondiente. Agregan que la punibilidad de un resultado descansa en tres presupuestos indispensables, que son: a) conexión causal entre la actividad del sujeto y el resultado, establecida “conforme al único criterio correcto en materia de causalidad, es decir, según la teoría de la equivalencia de las condiciones”; b) la relevancia (importancia) jurídica de esa conexión, determinada dentro de cada tipo, y, c) la culpabilidad (reprochabilidad). Actualmente, tanto la teorías de la adecuación como de la relevancia, se en desuso por la hegemonía de la imputación objetiva. El clasicismo y el neoclasicismo ubican a la causalidad en la acción; el finalismo y el funcionalismo teleológico (Roxin)¹³ en el tipo objetivo.

X. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD EN EL DERECHO PENAL ECUATORIANO.

En el Código penal ecuatoriano, la exigencia de la causalidad se encuentra en el Art. 11: ***“Nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su***

acción u omisión.” El problema de la causalidad en los delitos de “comisión por omisión” o “delitos impropios de omisión”, lo trata el Art. 12 ibídem: ***“No impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo (posición del garante) equivale a ocasionarlo”.*** El problema de las *concausas* y la *interrupción de la cadena causal* se encuentra consignado en el Art. 13 del Código penal ecuatoriano, a partir del inciso segundo: ***“En caso de concurrir con el acto punible causas preexistentes, simultáneas o supervivientes, independientes de la voluntad del autor, se observarán las reglas que siguen:***

Si el acontecimiento, que no estuvo en la intención del autor, se realiza como consecuencia de la suma de una o más de estas causas con el acto punible, el reo responderá de delito preterintencional.

Si el acontecimiento se verifica como resultado de una o más de dicha causas, sin sumarse al acto punible, no será responsable el autor sino de la infracción constituida por el acto mismo”.

Jiménez de Asúa demostró que éste artículo es tomado del código fascista italiano de 1930. Adolece de muchas deficiencias, como confundir la causalidad con la responsabilidad. En el inciso que se refiere a

¹³ Roxin en conferencia pronunciada el 13 de Mayo de 1970 en la Academia de Ciencias de Berlín, expuso un nuevo diseño del derecho penal (principalmente de la teoría del delito) que serviría de base a sus trabajos posteriores, incluido su monumental tratado. El eje central de la propuesta era la vinculación del derecho penal a la Política Criminal, y la consecuente reestructuración de las categorías del delito puestas a tono con los principios político-criminales que dimanaban de las Constituciones Políticas; a guisa de ejemplo: otorgar funciones de motivación preventiva general a la tipicidad; aplicar políticas sociales en la solución de los conflictos que generan las causas de justificación; necesidad de la pena desde el punto de vista preventivo general y especial, factor que debe añadirse a la culpabilidad y servir de fundamento a la responsabilidad. Paralelamente, Roxin publicaba sus primeros trabajos sobre la teoría de la ***“imputación objetiva”***, que concibe al injusto típico, más que como suceso causal o final, como la realización de un riesgo no permitido por el tipo, lográndose una notable restricción de lo penalmente relevante. (Francisco Muñoz Conde en prólogo a la *“Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal”* de Roxin Ps. 12, 13, 15)

“*la suma de una o más de estas causas con el hecho punible*” aplica la teoría de la “*equivalencia de las condiciones*” y en el que dice “*sin sumarse al acto punible*” a la de la “*causación adecuada*” al acepta la interrupción de la cadena causal, por lo que en las muerte por concausas sólo debe responderse por las heridas.

Las concausas pueden ser *anteriores*, *simultáneas* o *posteriores* al hecho.

XI. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Bajo el rótulo de “*imputación objetiva*” se agrupan tendencias bastante heterogéneas que cada vez expanden más sus ámbitos de aplicación “*como un pulpo gigante con innumerables tentáculos*” según la conocida expresión de Schuneman.¹⁴ por lo que resulta absolutamente imposible abordar a todas.

Se acostumbra hablar de imputación objetiva en sentido restrictivo (Roxin), esto es, que se limita a establecer si el resultado típico es objetivamente imputable a una acción y, otra en sentido amplio (Jakobs)¹⁵ y que abarca la imputación de todo el tipo objetivo y no sólo del resultado; en realidad constituye un nuevo sistema o novísima teoría del delito.

Los antecedentes inmediatos de esta teoría, los encontramos en las teorías restrictivas de la causalidad, principalmente en la de la adecuación. Como sabemos, en la teoría clásica o causalista del delito (esquema Liszt-Beling) la relación de causalidad entre el hechor y el resultado (entre el asesino y la víctima) era *naturalística* (no jurídica)

y se la analizaba en la *acción* (el delito es una *acción*, típica, antijurídica y culpable). Pero sólo la *acción* era considerada natural, los predicados que la calificaban: *tipicidad* y *antijuricidad* eran normativas, esto es, no provenían de la naturaleza sino del hombre, se trata de construcciones jurídicas. La culpabilidad era relación psicológica entre el sujeto y el resultado típico que era analizado en la culpabilidad (dolo o culpa). Como la *acción* era concebida como algo “*natural*” los causalistas, la descomponía en tres partes: *Movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, Nexo causal físico, y, resultado*. El problema se presentaba en el “*nexo causal físico*” pues porque por ejemplo, este era imposible de visualizar en la omisión, carente de movimiento corporal. O el problema de las concausas o causas irregulares, como la muerte del hemofílico causada por una herida leve, o la del víctima de un accidente de tránsito que fallece carbonizado al incendiarse el hospital donde fue ingresado. La solución la encontraron los neokantianos (neocausalistas) que insertan la filosofía de los valores al derecho penal: “*las cosas son y son por sí mismas, pero un valor es siempre referido a alguna cosa, es decir, el valor es siempre referente a algo.*” Por lo tanto, una ciencia de la naturaleza no es igual a una ciencia social o una valorativa como el derecho. Por eso, los penalistas neocausalistas sustituyen la acción *naturalista* por el “*concepto social de acción*” que pasa a ser un “*comportamiento humano*” (no natural o mecánico) con lo que es posible ya englobar en un género la *acción* y la *omisión*.

Al neocausalismo se opuso la *teoría*

¹⁴ “*Teorías Actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*” P. 70 (tecnos)

¹⁵ Jakobs, se aparta de la concepción tradicional del delito y apoya su sistema en las ideas del sociólogo alemán Niklas Luhmann, quien desde su ensayo “*Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*” (1974) analizó al derecho penal desde la perspectiva sociológica.

finalista de la acción que de la mano de Hans Welzell (profesor de Filosofía y de Derecho Penal) logró imponerse. Welzel acusaba a los neokantianos de malinterpretar a su maestro Emmanuel Kant y, partiendo de la premisa de “*que el objeto del conocimiento determina al sujeto*” y no “*el sujeto el que determina al objeto del conocimiento*” como creían los neokantianos y vuelve a concebir a la acción como un ente ontológico, es decir no social o jurídico. La acción es definida como “*ejercicio de actividad final*” y no solamente causal como sostenían los primeros causalistas (Lizt-Beling) porque el ser está dotado de capacidad de prevenir las posibles consecuencias de su obrar y dirigir su obrar conforme a un plan. El más significativo aporte del finalismo fue la concepción del tipo complejo, que consiste en la inclusión del dolo en el tipo que es trasplantado para siempre de la culpabilidad.

El funcionalismo teleológico (Roxin) rechaza el carácter ontológico (natural) de la acción que pasa a ser “*exteriorización de la personalidad humana*” y manifestación de todo lo atribuible al hombre (centro de actos anímicos-espirituales) lo que permite incluir en su seno comportamientos dolosos, culposos y omisivos, todo lo contrario del finalismo que prácticamente requería de una teoría para cada tipo de injusto.

La imputación objetiva, a quien Roxin (versión restrictiva) rediseñó y consagró, implica una corrección a la teoría causalista del delito y una reacción al finalismo que “*no consigue con el criterio de la finalidad ontológicamente fijado, resolver los problemas que surgen en el marco del nexo objetivo entre acción y resultado*”.

La teoría de la *imputación objetiva* plantea el problema de la atribución del re-

sultado constante en el tipo, no como una cuestión ontológica (natural, vinculado a la causalidad) sino como un problema normativo. Sirve, para descartar *ab initio* los riesgos penalmente irrelevantes (*que siendo en sí peligrosos son adecuados socialmente y otros que lejos de aumentar disminuyen la posibilidad de lesión de un bien jurídico*). Para ella, lo importante no es la comprobación del nexo causal, sino establecer los criterios jurídicos conforme a los cuales imputar el resultado a una persona. Parte de la idea de que la mera verificación de la causalidad natural no es suficiente para la atribución del resultado. Comprobada la causalidad natural, se requiere además verificar que la acción ha creado un riesgo (peligro) jurídicamente desaprobado que produce el resultado. Así, puede haber causalidad y no imputación objetiva, pues si no se ha creado el riesgo jurídicamente desaprobado, el efecto causal es irrelevante. Dicho de otra manera, para poder atribuir el resultado a una determinada conducta, la “*imputación objetiva*” exige en primer término constatar si entre la acción y el resultado existe una relación de causalidad (natural); establecida ésta determinar que ese vínculo causal interesa al derecho penal. Si concurren conjuntamente los dos presupuestos, la acción se adecua al tipo, y por consiguiente su realización puede ser imputada al agente. Por lo tanto, en la imputación objetiva vemos fusionarse lo natural (óntico) y lo normativo. Ahora bien, un comportamiento es peligroso cuando es generalmente adecuado para la causación de un resultado típico y es adecuado cuando aumenta significativamente las posibilidades de su producción. El riesgo creado debe ser jurídicamente desaprobado, es decir no es posible imputar a la acción cubierta por un riesgo permitido, esto es, a la acción que, aunque peligrosa, está permitida por su utilidad social. Así por ejemplo, cuando una persona conduciendo su vehículo dentro de los límites de veloci-

dad reglamentarios, causa lesiones a un peatón, las lesiones no le pueden ser imputadas al conductor, porque ejecutó un riesgo jurídicamente aprobado y no lo aumentó. Si se prefiere, la acción no se adecua al tipo de lesiones porque el conductor no creó un riesgo jurídicamente desaprobado. Todo vehículo en marcha implica de por sí cierto riesgo, pero ese peligro es jurídicamente permitido por el ordenamiento legal. Entre los riesgos permitidos están el tráfico público (automovilístico, aéreo, etc.), el funcionamiento de instalaciones peligrosas para la salud. Reseñando, la imputación objetiva se compone básicamente de los siguientes elementos: a) La existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado; b) El resultado debe ser la expresión de un riesgo jurídicamente desaprobado y c) El riesgo debe suponer una posibilidad objetiva de pretender la realización del resultado típico. Se trata de una finalidad objetiva, que exige el control de un curso causal. Así, el caso del sobrino que convence al tío al que pretende heredar que viaje en avión con la esperanza de que la nave se estrelle y perezca el tío, tragedia que sucede, la existencia de la relación de causalidad al amparo de la *conditio sine qua non* es innegable, pero jurídicamente, a la luz de la imputación objetiva, no se le puede imputar la muerte del tío, porque viajar en avión no constituye un riesgo jurídicamente desaprobado o no puede ser penalmente desvalorada. Y, porque el sobrino mal intencionado, no tenía el control de la falla que ocasionó el accidente. La acción causante del resultado no estuvo dispuesta finalmente y por ende jamás existió la posibilidad de pretender la realización del tipo objetivo del homicidio. En síntesis, el riesgo implícito en la acción (convencer al tío para que emprenda el viaje aéreo) carece de relevancia jurídico penal. No está demás recordar que la teoría nace a raíz de la reestructuración del tipo en objetivo y subjetivo, pues la imputación objetiva con-

siste precisamente en la comprobación de la existencia del tipo objetivo (parte superior del tipo) o más claro en la atribución del resultado a un sujeto para lo cual no basta la antigua fórmula de la *conditio sine qua non*. **Disminución del Riesgo.** Tampoco es imputable el resultado que el autor produce para impedir otro más grave. Por ejemplo, el socorrista que al tratar de reanimar a una persona en trance de morir por un síncope, le fractura una costilla al practicarle un masaje cardíaco. La acción del socorrista representa una disminución del riesgo para el bien jurídico protegido: la vida. La acción que impidió el resultado de muerte, no estaba dispuesta finalmente, no pretendía realizar el tipo objetivo de lesiones.

Otro ejemplo: Si **A** aparta bruscamente a **B** para evitar que lo atropelle un auto, y el empujón lo lesiona, este resultado no puede ser objetivamente imputado a **A**, pues si éste no hubiera ejecutado la maniobra, **B** habría resultado más severamente lesionado. **Incremento del Riesgo.** Si alguien con su accionar, aumenta el riesgo permitido, el resultado le será objetivamente imputado. Conducir un automotor es un riesgo jurídicamente aprobado, pero al aumentar la velocidad a un kilometraje prohibido y se produce un resultado típico, éste es imputable al conductor. Trabajar en una fábrica de explosivos implica un peligro jurídicamente aprobado. Empero, si por cualquier circunstancia se produce una catástrofe, como en la Brigada Blindada en Galápagos, por incrementarse el riesgo al no tomar las precauciones para evitarlo, el resultado es objetivamente imputable. Mediante la teoría de la imputación objetiva, estos “accidentes” ya no pueden quedar en la impunidad, bajo el argumento del azar. En el accidente aéreo que ocasionó la muerte de la ministra de defensa Dra. Larriva, se incrementó el peligro jurídicamente aprobado (volar en helicóptero), consecuente-

mente su muerte era objetivamente imputable a quienes incrementaron el riesgo. *La Esfera de Protección de la Norma*. ¿Qué pasa si la madre de un peatón imprudentemente atropellado por A sufre un síncope cardíaco y fallece al enterarse del accidente de su hijo, casos que de ninguna manera son de laboratorio? Para la imputación objetiva no procede atribuir la muerte de la madre del accidentado porque dicho resultado queda fuera de la protección de la norma de lesiones. El fin protector del precepto infringido está destinado a impedir la producción de las consecuencias directas lesivas para el bien jurídico y no los daños secundarios desencadenados por aquella. En el ejemplo propuesto, todo indica que el fin de protección de la prohibición penal del homicidio o lesiones no incluye preservar a personas distintas del afectado, de las repercusiones psíquicas del suceso.

XII. DIFERENCIAS ENTRE LOS MODELOS DE ROXIN Y JAKOBS

El modelo de Roxin conserva la tradicional concepción del delito como *“acto típico, antijurídico y culpable”*, aunque volviéndola inaceptable para neocausalistas y finalistas, por la introducción de factores político-criminales y sociológicos en las categorías del delito, que no viene al caso abordar en esta monografía. Contrariamente, Jakobs, considera que el derecho penal en lugar de bienes protege funciones (*como la confianza en el sistema y su buen funcionamiento*); el bien jurídico es sustituido por la *“funcionalidad del sistema social”*. Consecuentemente, lo que interesa es la defraudación de expectativas y no la violación de bienes jurídicos: *«Lo que caracteriza a comportamiento humano penalmente relevante no es la lesión opuesta en peligro de bienes jurídicos cual también sucede con las catástrofes naturales,*

animales, etc.; el mundo social no está ordenado sobre la base de relaciones de causalidad, sino de modo normativo». Es decir, las instituciones penales tienen que ajustarse a la función social del derecho penal y no a fenómenos naturales u otros modos ajenos a lo social. La puesta en peligro y la lesión efectiva de bienes jurídicos por afectar al orden físico o natural y no al social al que pertenece el derecho penal, a éste le resultan indiferentes. En síntesis, Jakobs se divorcia de la concepción del injusto como desvalor del resultado. Igual acontece con la voluntad, perteneciente también al naturalismo (al sistema psíquico) tan diferente de lo social. La necesidad de restablecer la confianza de los ciudadanos en el derecho obliga a prescindir de todo contenido psicológico en el juicio de reproche. En palabras de Jakobs: *“El hombre es un “subsistema sico-psíquico, un centro de imputación o adscripción de responsabilidades. No importa la significación individual de las conductas sino su significación social, y la significación social no se deduce de la mente del autor, sino que ha de deducirse a partir del hecho en la mente del autor. Sólo para el autor comienza el hecho en su mente. Sólo para el autor comienza el hecho con el dolo; para los demás, comienza al objetivarse”*.¹⁶

Así las cosas, resulta irrelevante la distinción entre tipicidad y antijuricidad, entre acción y omisión, entre delitos dolosos y culposos, ya que lo que interesa es que se viole la prohibición contenida en la norma. A la culpabilidad le importa más la manifestación del *“hecho disfuncional”* que las causas que lo producen. La capacidad de actuar de forma diversa a como el individuo actuó (teoría normativa de la culpabilidad) es reemplazada por la adecuación a

un tipo normativo de sujeto actuante y de situación. Es decir, se es culpable no por haber actuado dolosa o culposamente, ni por haber infringido la norma pudiendo no hacerlo sino por encajar en un modelo normativo de hombre determinado, con lo que se produce la sustitución del derecho penal del acto -aceptado por el causalismo y el finalismo- por el derecho penal del autor. Producida la “*disfunción*” (el injusto típico) procede restablecer la confianza de los ciudadanos en el derecho, quebrantado por aquella, entrando en juego la pena, concebida como “*prevención integradora*”, cuya misión es evitar la comisión de disfunciones, lo que puede obtenerse mediante la internalización de las normas. Según Jakobs, la conciencia social y el ordenamiento no reaccionan sólo cognoscitivamente ante las violaciones de “*expectativas legales*”, lo hacen también normativamente, contraponiendo la pena cuya función es recordar que la norma infringida se encuentra vigente y lograr su estabilización. La pena ejercita al ciudadano en su fidelidad al derecho y al mismo tiempo informa que se puede seguir confiando en la vigencia de la norma, que la sociedad se niega a renunciar a su identidad y a configurarse de manera diferente. En otros términos, como el delito lesiona los sentimientos colectivos de la comunidad (lo tenido por bueno y correcto) la pena actualiza la vigencia de los valores violados por el hecho disfuncional, refuerza la convicción colectiva en torno a la trascendencia de los mismos, fomenta y encauza los mecanismos de integración y solidaridad social frente al infractor, y por último devuelve al ciudadano honesto su confianza en el sistema. En resumen, la función principal de la pena es la estabilización social; el mantenimiento del sistema mediante la fidelidad al derecho. La postura de Roxin se engarza con la Política Criminal, la de Jakobs con la Sociología. Roxin

y Jakobs coinciden en su oposición al finalismo y en la pretensión -*aunque por sendas distintas*- de vincular el derecho penal a la realidad con el fin de volverlo eficiente para la tarea de defender la sociedad que le atribuyen. Para lograr su objetivo recurren inclusive a la “tópica” pasando “del sistema al problema” (estudio del caso concreto) resultando desde entonces asunto corriente encontrar en las obras especializadas referencias a problemas penales extraídos de la vida real. Existen incluso catálogos o lista de “Topo” (repertorios de puntos de vista). De otro orden, el mismo Roxin señaló las similitudes y diferencias entre su propuesta y la de Jakobs: “*Jakobs comparte conmigo el rechazo del punto de partida ontológico del finalismo y sostiene al igual que yo una elaboración normativa de las categorías dogmáticas como “tarea del derecho penal”*”. Pero dado que él sólo limita esa tarea a la estabilización del sistema, por tanto, a la imputación según exigencias preventivos generales, en su construcción están ausentes elementos esenciales de la política criminal: la prevención especial y la garantía de los derechos del acusado que no se contemplan en su punto de partida teórico-sistemático.

XIII. IMPUTACIÓN OBJETIVA Y VÍCTIMA

La “*victimodogmática*” especie de fusión entre el derecho penal y la Victimología sensu strictu es la construcción más avanzada y compleja de Jacobs, Toma de la Victimología los casos que la víctima contribuye decisivamente a la producción del resultado Por ejemplo, si **A** ha lesionado a **B** en accidente de tráfico y **B** muere porque se niega por razones religiosas a una transfusión de sangre, la muerte de **B** no es imputable a **A**, sino sólo las lesiones sufridas como consecuencia del accidente. En este caso la muerte no puede ser considerada

como realización del riesgo creado por el autor, aunque la conducta de éste haya sido causa del resultado según la teoría de la equivalencia de las condiciones. El resultado final no puede ser objetivamente imputada a A. Sustituye a la vieja fórmula de las concausas, que se resolvía mediante la aceptación de la ruptura de la cadena causal. En la vida real se suscitan cursos causales complejos en lo que a la acción del agente se suman condiciones preexistentes, simultáneas o concomitantes, por ejemplo, el lesionado en riña muere en accidente de tránsito cuando se lo trasladaba al hospital, el resultado muerte se produjo causalmente (teoría de la equivalencia de las condiciones) pero no es jurídicamente imputable al lesionador por carecer éste de capacidad o dominio que condujo al resultado típico. Caso distinto sería, si **A** lesiona a **B** a sabiendas de que padece de hemofilia, pues el resultado le es objetivamente imputable.

XIV. LAS CONSECUENCIAS TARDÍAS

Si **A**, como consecuencia de unas lesiones que le infiriera **B** pierde la totalidad de la visión de su ojo derecho y en un 70% la de su ojo izquierdo y dos años más tarde, al cruzar **A** por un paso de peatonal estando en rojo la luz del semáforo, sin apercibirse de ello debido a su invalidez, es arrollado y muerto por un vehículo, cabe imputar a **B** el resultado muerte? Si un paciente infectado con el virus de sida mediante transfusión de sangre, muere años después por el debilitamiento de anticuerpos. En estos casos en que un daño se produce como consecuencia muy posterior de un daño duradero o permanente antes realizado, las opiniones están divididas.

Un sector de la teoría opina que las consecuencias tardías han de imputarse al causante del daño duradero (inicial) si supone un riesgo suficientemente intenso. Para

Bacigalupo, por el contrario, lo correcto es excluir la imputación en los casos de consecuencias tardías del hecho cuando éstas no sean percibidas como parte del conflicto social generado por la primera lesión y, consecuentemente, no conllevan la confianza en la norma que prohíbe el segundo resultado. En ambos casos, procede la imputación objetiva del resultado exterior.

XV. LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

A nadie puede hacer la justicia responsable por un resultado causado por un comportamiento conforme con su rol social. El comportamiento adecuado al rol no se crea ningún riesgo no permitido. Un conductor de taxi traslada, según él cree en una carrera normal a dos ladrones al lugar donde ejecutan su fechoría. La teoría de la prohibición de regreso afirma que el conductor del taxi no interviene como cómplice en el robo porque se ha comportado de acuerdo con su rol social de la conducción de taxis y porque este comportamiento no ha adquirido a través del contacto con los dos ladrones ningún sentido delictivo común. De algunos de los ejemplos constantes en acápites anteriores suprimamos mentalmente, la venta de la jeringuilla en el caso del heroinómano; la traición o el veneno de la mujer infiel, la venta de la soga y el egreso del enajenado mental y obviamente las muertes no se habrían producido, por lo tanto, el nexo causal existe y el resultado les es adjudicado, la acción penal puede incoarse en su contra, aunque ello, se insiste, seguramente no les apareje a posteriori responsabilidad penal. Procede aclarar, que la adjudicación del resultado, no implica necesariamente culpabilidad; nunca fue así, pues únicamente se trataba (o se trata aún) de establecer la existencia de un nexo causal entre un sujeto y el resultado, para proseguir con la constatación de la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. ❖

El futuro del Derecho Penal



Dr. Manuel Eduardo Suárez Capelo Ms. C.

Presidente del Sexto Tribunal de Garantías Penales del Guayas

- *“El Derecho Penal debe ocuparse no sólo del daño real producido a los bienes jurídicos, sino también a la posibilidad del mismo y, con ello, del peligro como objeto importante de la investigación criminal”. (W. VON ROHLAND. La frontera de lo punible en el derecho penal).*
- *“Si la sociedad tiene derecho a defenderse contra el delincuente, ningún criterio mejor que guiarse por el grado de peligrosidad de éste, ver su estado peligroso, para fijar de acuerdo con él la medida y la clase de sanción penal. Y siendo ello exacto, también lo es en su consecuencia necesaria: la sociedad tiene igualmente el derecho de defenderse contra quien, sin haber delinquido todavía, es peligroso por su constitución psíquica, por sus hábitos irregulares, etc. Aquello es el estado peligroso sin delito. En ambos casos la legislación debe establecer penas o sanciones especiales o medidas de seguridad”¹ La Peligrosidad y un fallo trascendente de la Corte Suprema de Justicia Argentina. Por Mario Alberto Juliano*

Dentro de las últimas generación de estudiosos del derecho penal, el profesor MUÑOZ CONDE nos ha manifestado que el derecho penal está caracterizado por ser primordialmente la culminación de todo un sistema jurídico, que es dirigido a la protección de intereses y derechos fundamentales, para el individuo y para la sociedad en su conjunto, a esta protección de intereses y derechos fundamentales la teoría del bien jurídico los ha convertido en bienes jurídicos, otorgándoles la máxima protección pero, por supuesto, en la medida en que éstos a través de su proceso de normativización, son reelaborados en función de las necesidades específicas de cada época y región.²

La culminación del proceso penal perfecto, a decir del Dr. Jorge Zavala Baquerizo presenta dos alternativas: La primera y más común es imponer una pena y, la segunda, es la aplicación de una medida de seguridad, ambas tienen como presupuesto el delito, de tal manera que se trata de una medida de seguridad que solo puede evitar

¹ ROJAS, Nerio, *Medicina Legal*, Buenos Aires, Editorial El Ateneo, 1936, se consulta 8ª edic. de 1964

² MUÑOZ CONDE, Francisco, “Protección de Bienes Jurídicos como Limite Constitucional al Derecho Penal”, Editorial Aranzadi, Madrid, 2001, p. 561.

la reincidencia, el cometimiento de nuevos delitos por parte del mismo agente, en ningún caso previene, sino únicamente por el efecto intimidatorio que pudiera tener la pena, efecto que ha sido puesto en duda luego del análisis de los resultados sociales de la aplicación de las penas, que determinan que las cárceles se llenan pero el delito no disminuye.

Es necesario puntualizar, como premisa en este trabajo, que el derecho penal, conceptualmente es una forma de control social formal, acaso la más violenta, radical e invasiva, basada fundamentalmente en la represión, la retribución y otras formas de males legales aplicados al individuo por sus desviaciones de conducta y para la recuperación de la vigencia de norma, pero no puede ser ni es considerada la única forma de control social formal, hay juristas y sociólogos importantes que afirman que el derecho penal “camina hacia su propia tumba y será remplazado por nuevas formas de derecho correccional sobre bases positivistas” que implique, ya no una pena para cada delito, sino un tratamiento para cada individuo. En aplicación del principio de lesividad, el derecho penal no puede actuar sino una vez consumado el delito y no en sus primeras fases, por lo que resulta ineficaz para la protección de los bienes jurídicos, por otra parte, dada la gravedad de la intervención penal, su aplicación está reservada de manera restrictiva al estado de lesión efectiva de los bienes jurídicos y no puede ser extensiva a otras conductas transgresoras, por las propias limitaciones que impone el Estado de Derecho, frente a esto, surgió en el sur de Europa, la corriente del Derecho Penal de Intervención Mínima o

de Última Ratio, que se orienta a la disminución de las penas con la intención de abolirlas, incluye la propuesta contenida en el principio de subsidiaridad que sostiene que no todos los bienes jurídicos precisan de la protección penal y aún más, no toda agresión a los bienes jurídicos penalmente protegidos precisan de la intervención penal, en consecuencia, la intervención del derecho penal debe reservarse para los casos extremadamente gravosos, cuando no sea posible la aplicación de otros mecanismos menos lesivos para el individuo.

En los tiempos actuales en los que los resultados del derecho penal, en cuanto a la protección de los bienes jurídicos y en cuanto a la seguridad de la ciudadanía, han sido cuestionados y se ha planteado ya la necesidad de trabajar en soluciones que signifiquen, “no un derecho penal mejor sino, algo mejor que el derecho penal”³, cuando, casi podemos decir, que se ha demostrado la ineficacia de las penas privativas de libertad como herramienta punitiva principal, fracasando en su rol de defensa social, en el cumplimiento de su finalidad, especialmente en relación a la prevención especial y general; también ha sido cuestionada la eficacia de la política de defensa del bien jurídico basada en el incremento de la rigurosidad de las penas, no ha dado resultado positivo en su objetivo primario de reducir la criminalidad y más aún se nota que los Estados más represivos del mundo sufren un crecimiento sostenido de los niveles de violencia delincinencial. Es por esto que la represión está dando paso a la prevención. En este momento histórico caracterizado por nuevas formas de criminalidad como la criminalidad organizada, la criminalidad

³ Gustav Radbruch a quien se atribuye esta famosa expresión

de las empresas, la corrupción político-administrativa y el abuso del poder, el terrorismo, la delincuencia sexual violenta y reiterativa, etc, frente a lo cual el derecho penal clásico aparece poco menos que impotente, lo que sirve de justificación al fenómeno expansivo del derecho penal, creemos que la sociedad debe dejar de seguir esperando ser agredida por el delito para poder actuar, tiene que actuar antes de sufrir la agresión, en el estado de alarma, en el estado de peligro, para proteger de manera efectiva el bien jurídico antes de la lesión, atajando al delincuente antes de que cause el mal. El motivo principal aducido para esta transformación es el deseo de anticipar a estadios más tempranos la tutela penal. “Las funciones de tutela del Derecho Penal no son satisfechas por las penas sino por las prohibiciones en la medida en que se considere que las penas son instrumentos idóneos, al menos en parte, para hacer respetar las prohibiciones, es decir, en la medida en que se acoja el paradigma general preventivo de la función de las penas”⁴ En el momento en que las penas fallan en su misión de tutelar el bien jurídico, se hace necesario un planteamiento diferente que permita que el Estado sea eficaz en el cumplimiento de su misión tutelar, sin que esto signifique abandonar el sistema de garantías del estado liberal moderno.

En la otra esquina están los partidarios de la anticipación de la tutela penal mediante la criminalización en el terreno previo a la lesión, esta se alcanza fundamentalmente a través de dos vías complementarias.

Por un lado, allí donde se quiere adelantar la frontera de la punibilidad se construyen bienes colectivos previos a los bienes jurídicos individuales, ya sea por considerar que partir de la tutela de bienes jurídicos individuales supone una intervención que llega muy tarde y que es insuficiente desde la perspectiva egocéntrica que parece ir imponiéndose, sea por evadir las dificultades que puedan existir en cuanto a la prueba de la causalidad o del aspecto subjetivo en relación con los eventuales efectos finales. Por otro lado se recurre a la construcción de tipos delictivos que convierten en penalmente relevantes esas fases previas a la lesión, e incluso previas al propio peligro en sí, con el objetivo de minimizar de este modo el riesgo para los bienes en juego.⁵ Esta corriente ha venido proponiendo la flexibilización de las reglas de la imputación y el recorte de las garantías constitucionales

El estado peligroso es un hecho al que no podemos soslayar desviando la mirada a título que no debemos caer en el derecho penal del actor apartándonos del acto, esto, a decir del maestro Eugenio Raúl Zaffaroni acarrea el riesgo de abandonar el tradicional derecho penal liberal o de garantías y caer en el vicio de desproporcionar las consecuencias jurídicas con la lesión realmente sufrida, debilitar las garantías procesales y la identificación de los destinatarios⁶. Dejando claro que considerar a una persona peligrosa no debe significar de ningún modo que debe ser privada de los derechos inherentes a las personas y garantizados por las constituciones. Dejando

⁴ FERRAJOLI, Luigi, “Derecho Penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales” Revista Derecho Penal, 2004. Traduc. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

⁵ www.monografias.com/trabajos21/delitos-de-peligro/delitos-de-peligro.shtml

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, El Enemigo en el Derecho Penal. Grupo Editorial IBAÑEZ Bogotá Colombia. 2008

en claro también que no participamos del abandono del derecho penal del acto que exige siempre para una sanción penal la realización de un acto u omisión lesionadora de una norma establecida, pero es de anotar que en el acto interviene la voluntad o el ánimo y el tipo penal casi siempre lo considera como elemento constitutivo de carácter subjetivo; así que, las consideraciones que se refieran a esta fase del delito y que pueden determinar la intervención en etapa temprana neutralizando el peligro, no se pueden desechar por mero prejuicio. No es el resultado lo que se penaliza sino la conducta que lo provocó, por lo tanto no sería descabellado pensar en atajar al sujeto con desviaciones conductuales antes de que se produzca el resultado, máxime si este resultado es previsible en función de la peligrosidad manifiesta. Sebastián Soler sostenía como tesis que: “El criterio de la peligrosidad es fundamentalmente un medio técnico-jurídico aún imperfecto, una mala ficción jurídica que envuelve el concepto de delincuencia posible, no deducido del análisis objetivo e inductivo del sujeto, análisis imposible, dado el estado actual de las ciencias auxiliares del derecho penal, sino aplicado al individuo por vía abstracta, teórica y deductiva, para justificar, también teóricamente, la medida de seguridad. Pero no solo ello. Llegado el momento de desnudar sus falacias sostenía:

La introducción del principio de la peligrosidad en la ley se dificulta, entre las demás razones de que nos hacemos cargo, por su resistencia a la disciplina técnica que el derecho impone a sus más fecundos principios. Soler termina su trabajo con una aleccionadora conclusión, de vigente actualidad para nuestros días: De acuerdo a esa doctrina los sujetos de mal vivir deberían

ser seleccionados, separando los peligrosos.

Nosotros, en cambio, sin necesidad de recurrir a esa falsa construcción jurídica, propugnamos un medio directo y general de intervención, basado en principios inmediatos de carácter ético, económico y político, en contra de los que en este país abogan por la institución de una política criminal estatal más represiva para acallar la alarma mediática, en la legislatura, actuando de manera coyuntural, consolidada por el discurso de emergencia, se amplía el espectro de conductas criminalizadas, se ha sobrevalorado a demasiados perturbadores que no constituyen amenaza social, en un recorte de derechos y garantías constitucionales y procesales, se restringen derechos de los justiciados impidiendo que tengan posibilidad de defenderse en libertad, negando la caución excarcelaría o la adopción de medidas sustitutivas a la prisionalización, en tanto que los recursos humanos materiales y financieros que se destinan a la rehabilitación social no se han incrementado, tampoco su infraestructura física se ha ampliado en los últimos 30 años, salvando los esfuerzos del actual gobierno en ese rubro que están cambiando el panorama en los dos últimos años.

La pena de prisión, como castigo para delitos graves, fue inventada como un producto de exportación de los Estados Unidos de América a fines del siglo XVIII (antes se recluía a las personas con otros fines) y hasta la fecha se puede decir que ha fracasado en casi todos sus propósitos especialmente sus propósitos rehabilitadores; por lo que los programas de rehabilitación social de los reos deben extenderse y perfeccionarse independientemente de las condiciones del encarcelamiento o con la duración de la pena, ya

que el delito más que un fenómeno humano es un fenómeno socio político y jurídico, un producto social y un concepto cultural.

Hay que buscar un mejor equilibrio entre el mayor poder del estado que es el punitivo, la autoridad y la libertad, en contra de quienes han propuesto regresar a la barbarie aumentando las penas hasta llegar a la pena capital, con la idea equivocada de que los conflictos sociales se tienen que resolver mediante la represión y la coerción, hay que pensar que, al menos por ahora, hay problemas sociales que a lo mejor no tienen solución inmediata y que la aplicación de todas las medidas de endurecimiento de penas y el incremento de la prisionalización, la criminalización de nuevas conductas etc., en general seguir engordando el código penal, no han sido ni serán la solución para eliminar o reducir la delincuencia esas son las conclusiones de numerosos estudios criminológicos de última data.

La experiencia de los últimos años del Ecuador es confirmatoria de la teoría del fracaso de la prisionalización, ya que pese al incremento de las penas de 16 a 25 años, la acumulación hasta 35 años, la eliminación de los beneficios carcelarios como el llamado dos por uno, la inconstitucional prisión en firme que tuvo vigencia en el Ecuador para impedir la caducidad de la prisión preventiva, la contratación de expertos en represión, el aumento de policías privadas o dependientes de Municipios y otras medidas represivas pos-delictuales que no han impedido el crecimiento sostenido del delito en el país. Queda claro que las soluciones represivas han producido más presos, no menos delitos; otro fenómeno que ha ido en ascendencia es la reincidencia, que tiene que ver con la garantía de no repetición, dando

al traste con el paradigma de la pena como factor disuasivo y el paradigma de la pena como prevención general o prevención especial. Esta realidad confirma las afirmaciones criminológicas hechas por el profesor Zaffaroni, quien manifiesta que a la cárcel van solo los delincuentes fracasados y siempre son los mismos porque están etiquetados, dando a entender que hay delincuentes exitosos que gozan de impunidad.

De aquí nuestro planteamiento, dejando a un lado la delincuencia más violenta y perniciosa, y los irrecuperables, de que se implemente el estudio y aplicación de las penas alternativas, que se apliquen como regla y no como excepción, que no impliquen necesariamente privación de la libertad, que se apliquen medidas de seguridad pos-delictuales, pre-delictuales y de tratamiento, y un nuevo modelo de pena de prisión que resuelva el ejercicio legítimo del poder de la sociedad sobre el delincuente y que proteja los principios fundamentales del valor justicia.

En el aspecto rehabilitador, nuestro modelo de prisionalización ha sido evidentemente otro gran fracaso. En otros países, se ha experimentado el empleo del trabajo, como medio rehabilitador; En China, por ejemplo, se utiliza mano de obra de internos en la fabricación de productos de exportación y con los ingresos, fruto de su trabajo, se financia alimentación, hospedaje, quedando un margen para la satisfacción de necesidades familiares y personales. En Filipinas, trabajos portuarios son desempeñados por reos. En Rusia, los condenados trabajan durante el cumplimiento de la pena puesto que la misma ley les obliga a ello y a los establecimientos carcelarios a proveer la infraestructura necesaria. El artículo 27

de los Fundamentos de la Legislación Correccional Laboral de Rusia dice: *“Cada penado tiene la obligación de trabajar. La dirección de los establecimientos correccionales - laborales deben asegurar la incorporación de los penados a un trabajo socialmente útil, en consonancia con su capacidad laboral y, dentro de lo posible, con su especialidad”*⁷

El trabajo como categoría económica es uno de los medios estimulantes de la iniciativa de los reos, pues, en las instituciones correccionales se realiza emulaciones laborales, se estimula a éstos, por todos los medios las aplicaciones de métodos modernos en la producción, la innovación, el dominio de las profesiones, la racionalización y la inventiva.

Los instrumentos jurídicos internacionales que prohíben el trabajo forzado admiten la incorporación obligatoria al trabajo de los condenados a prisión. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del cual es suscriptor el Estado Ecuatoriano y que procura crear condiciones que permitan a cada persona el disfrute de los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, dispone en el artículo 8 literal c del numeral 3, una cláusula que estipula:

“No se considera trabajo o servicio forzado u obligatorio, el que debe cumplir, por regla, el individuo que se encuentra en prisión por resolución legal del tribunal, habiendo sido castigada

*con pena de prisión acompañada de trabajo obligatorio o el individuo que habiendo sido preso en virtud de tal decisión haya sido puesto en libertad condicional”*⁸

Un interesante documento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México recoge algunos planteamientos por la vigencia y respeto de los Derechos Humanos Penitenciarios. De cara a la realidad se hacen agudas formulaciones y recomendaciones, recordando que la labor de ese organismo ha permitido la reducción del número de internos, racionalizando la utilización de la pena privativa de la libertad, despenalizando conductas de bajo costo social, introduciendo hipótesis en las que el juez puede optar por penas alternativas a la prisión, ampliando las posibilidades de libertad provisional para los procesados pobres y ensanchando los límites dentro de los cuales se puede obtener una condena condicional o una conmutación de la pena.⁹

El trabajo, a los reos, les hace comprender el absurdo y la falta de perspectiva de la vida ociosa, les abre la posibilidad de cambiar su reputación y que se estime públicamente sus servicios. Todo esto debe llegar a la conciencia del hombre que cometió un delito, en muchos casos por omisión, y por esta razón fue condenado y sometido a una cruel privación de la libertad.¹⁰

Estas experiencias, entre otras, nos han llevado a la conclusión de que es importante

⁷ STRUCHKOV, Nikolái La Educación del Penado, Editorial Progreso Moscú, 1985

⁸ Chiriboga Galo, Manual de los Derechos de las Personas en el Ecuador Editorial ILDIS, Quito, 1988

⁹ Cfr. La Lucha por los Derechos Humanos en el Sistema Penitenciario Mexicano, Comisión Nacional de Derechos Humanos México 1993

¹⁰ STRUCHKOV, La Educación del Penado, Editorial Progreso, Moscú.

introducir en nuestra legislación, formas de utilizar las fuerzas productivas que actualmente se desperdician, reclusas en centros carcelarios, instituciones que no tienen infraestructura, ni presupuesto, para mantener a una población en condiciones dignas.

En una cárcel de Potosí, Bolivia, en una ocasión, sacaron a los presos a mendigar en las calles, porque la Institución no tenía los recursos para proporcionarles alimentación. Unánimemente las corrientes de pensamiento han coincidido en afirmar que los hombres, sin excepción, tienen derecho a llevar una vida digna de seres humanos, esta dignidad debe ser respetada y su reconocimiento consta en la Constitución de la República del Ecuador (Art. 66 # 2) y en tratados y acuerdos internacionales de los que nuestro país es suscriptor, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto internacional Sobre Derechos Civiles y Políticos, etc.

Nuestro modelo de Estado demanda una alternativa básica de prevención que combine la necesidad de proteger a la sociedad no sólo con garantías sino también con alternativas que ofrezcan otros principios limitadores. La función del derecho penal, en este marco, no se manifestará solamente en la aplicación de la pena y en la medida de seguridad sino al impedir el cometimiento de los delitos. Las normas primarias buscan motivar al ciudadano a no delinquir y que respete los límites que exige la doctrina penal al determinar los requisitos mínimos para conceptuar el delito como infracción de la norma. En este caso, también la teoría del delito y no sólo de la pena, se deberá basar en la función de una prevención limitada del derecho penal, que es la motiva-

ción que ejerce la pena y se mantiene la idea que también la norma primaria de derecho sustantivo, la prohibición, tiene una función motivadora como forma de prevención general positiva.

La prisión, las penas privativas de la libertad, las cárceles y penitenciarias, hoy llamados centros de rehabilitación social, pese a su corta vida tienen muchos detractores que sostienen que estos sistemas han sido ineficaces en cuanto a su efecto social, porque si bien han servido para castigar, no han contribuido a reducir el índice delincencial ni garantizan la defensa social, y hay quienes han propuesto, incluso, su abolición o por lo menos un abatimiento de la prisionalización.

En nuestro país se mantiene un sistema carcelario vergonzante, falla la infraestructura, y no se cumple con la misión rehabilitadora constante en la constitución, lo que hace que la pena no cumpla con su finalidad social y, contrariamente a lo preceptuado, solo desempeña un rol sancionador y un carácter exclusivamente retributivo y por lo tanto socialmente inútil, castiga al delincuente pero deja intacto el delito.

Hemos de notar que en nuestro país los indicadores de crecimiento delincencial ascienden sostenidamente al igual que los indicadores de crecimiento de la población penitenciaria, este hecho contradice la supuesta eficacia de la represión penal para contrarrestar la criminalidad, de ser cierta el efecto sería inverso, a más presos menos delito, si la represión disminuye el delito aumenta, como este paradigma no se cumple hay que volver la mirada a otras soluciones para enfrentar la criminalidad.

El derecho moderno hace énfasis en el

utilitarismo de las penas, medido por el efecto social que estas producen, toda pena que no cumpla un efecto social es tiránica, el derecho de castigar está fundado en la necesidad de defender los bienes jurídicos de la sociedad, ese es el objetivo primario, no lograrlo es sinónimo de fracaso.

La población carcelaria sigue creciendo a un ritmo acelerado, tanto es así que en el periodo comprendido entre los años de 2008 hasta 2013 un periodo de cinco años, la población carcelaria aumentó de 10949 a 21218 lo que significó un incremento del 93.7%¹¹. En el 2007 cuando se produjo la gran crisis por sobre población carcelaria se tubo información de que se alcanzó más de 18.600 internos lo que condujo a la adopción de medidas emergentes como la contratación de más de un centenar de abogados para lograr a liberad de los presos sin sentencia que habían crecido como consecuencia de la vigencia de la inconstitucional detención en firme, el indulto a algunos sentenciado como mulas del narcotráfico y otras que redujeron la población carcelaria a poco más de 10.949 Personas Privadas de su Libertad. En la actualidad estamos llegando a la alarmante cifre de 21.218 personas privadas de su libertad producto de una política represiva que ha engordado el código penal criminalizando conductas que lejos de configurar un nuevo tipo penal solo representan modalidades delictivas coyunturales, pero esta política legislativa no ha dado resultados porque el índice de criminalidad ha seguido en incremento presentando una lectura de ineficacia porque no es la respuesta adecuada. Las leyes con carácter coyuntural y emergente, hacen perder al derecho penal su condición de general y

abstracto, y más bien incluyen al tipo penal una cantidad de requisitos que hacen difícil la adecuación de la conducta.

Pero es un hecho cierto que la población penitenciaria sigue creciendo y la manipulación de los indicadores delincuenciales con una marcada sobredosis de sensacionalismo sigue alimentando este circuito infernal. Un estudio del Centro Andino de Acción Popular, publicado por este diario HOY el 26 de marzo del 2013, reveló, en efecto, que en los últimos dos años los secuestros crecieron en un 65%, los asaltos en un 57% y los homicidios en un 31%, mientras se registró una reducción del 13,8% en el robo de carros, El fenómeno de la delincuencia en el país ha experimentado un aumento que se manifiesta en una tasa anual marcadamente superior al crecimiento de la población penitenciaria, **lo que explica que en las calles de las ciudades ecuatorianas se encuentra un gran número de potenciales delincuentes que se han escapado del control policial.**

A este respecto cabe introducir los valiosos estudios realizados por la doctora Rosa del Olmo que pese a que datan de fechas anteriores al año dos mil conservan su vigencia de manera absoluta lo que nos da a entender que, al menos en nuestro país, en la última década no ha sucedido nada trascendente en la problemática carcelaria: *“Nuestras cárceles son la expresión de una de las manifestaciones más graves de violencia en todo el continente, pero en la mayoría de los encuentros y estudios sobre la violencia de los últimos años este aspecto no se toma en consideración. Predominan estudios epidemiológicos dirigidos a medir las tendencias de la criminalidad y las percepciones de la ciu-*

dadanía con relación a sus diferentes manifestaciones, dándole prioridad a la “amenaza” de la gravedad del fenómeno delictivo”

“A pesar de que los especialistas latinoamericanos consideran la legislación penal (de fondo, procesal y de ejecución), la policía, el Poder Judicial y el sistema penitenciario (o de ejecución de las sanciones) como partes integrantes del sistema penal (Carranza, 1994: 83), la mayoría de las reformas se han concentrado en proponer cambios formales en la legislación penal y en el Poder Judicial, con una notoria tendencia a excluir la cuestión carcelaria, a pesar de ser reconocida como uno de los sectores más deficientes del sistema penal.”

“¿De qué sirve reformar, reforzar o mejorar el sistema de justicia si su último eslabón queda completamente fuera de estos programas, siendo clave para confirmar su eficacia en cuanto al respeto y promoción de los derechos humanos? Aun cuando se argumente que estas reformas repercutirán eventualmente en un mejor sistema penitenciario, mientras tanto ¿qué hacer en la práctica con esta grave situación de violencia institucional e individual?”¹²

Mientras que la Constitución Política de la República del Ecuador contiene lo más avanzado del pensamiento moderno en política criminal de defensa social, nuestro Código Penal vive anclado en un pasado histórico que no ha podido superar y que no admite ya más retoques ni incrustaciones sino que hace necesaria e imperiosa su modernización para ponerla acorde con el pensamiento jurídico de la época actual, el código de ejecución de penas contiene también pomposas declaraciones que por su inaplicabilidad no dejan de ser lirismos, letra muerta, como la parte que se refiere a la

clasificación de los reos de acuerdo al biotipo que contrasta con la realidad de una infraestructura carcelaria que sólo permite el hacinamiento, la promiscuidad, la insalubridad, el ocio y más males que hace que las disposiciones de la ley no sirvan para nada por irrealizables.

La sociedad actual, que soporta guerras, terrorismo, accidentes mortales y acciones criminales de todo tipo, esta matizada por una violencia cada vez más creciente, es el resultado de la suma de la agresividad natural del hombre interactuando con la cultura, la agresividad natural es un rasgo de conducta seleccionado evolutivamente que ha permitido la supervivencia de la especie humana incrementando su eficacia biológica, sin que ello signifique que el hombre sea violento por naturaleza, pero esa violencia latente es alimentada constantemente como producto de consumo masivo a través de los medios que han influenciado en el comportamiento de las personas especialmente los jóvenes, transmitiendo modelos culturales que ejercen una influencia negativa en el medio social que es cada vez más amenazante, hasta el extremo que se a considerado la existencia de una relación directa entre en crecimiento de los índices de delincuencia y la cantidad de violencia visionada a en la televisión, la radio los periódicos, el cine, los video juegos y hasta la música y la literatura. La mayoría de las investigaciones sociales denuncian la pernicioso influencia que ejercen los medios de comunicación en la conducta de los individuos especialmente en los más vulnerables. Esta realidad obliga a que el estado deba trazar políticas preventivas eficaces que se adapten a los nuevos tiempos y a los nuevos fenómenos humanos y sociales matizados

¹² Rosa del Olmo, *Violencia, sociedad y justicia en América Latina: Por Que El Actual Silencio Carcelario* 1994 CARACAS.

por nuevas formas de inseguridad y violencia que amenaza constantemente los bienes fundamentales tutelados.

Tomar como único punto de partida la protección del bien jurídico (derecho penal del acto) conduce sin duda a un exceso, puesto que ello deja fuera la perspectiva del concepto de autor. Por otra parte, el adelantamiento de la pretensión punitiva en estadios previos a la lesión (a veces muy remotos) también puede constituir un peligro para el bien jurídico. Para limitar esas consecuencias perniciosas, alcanzaría con recordar cuál es el origen de la idea del bien jurídico, es decir, remarcar que el concepto se encuentra absolutamente enmarcado por su función de garantía.

“Cuando el derecho penal comienza sus reflexiones no en el hecho, sino en el autor, aparece el Derecho penal del enemigo...” Esta afirmación hecha por el Doctor Thomas Vormbaum en su ponencia, dentro del doctorado “Problemas Actuales del Derecho Penal y la Criminología” Bienio 2004/2005, el día 13 de marzo de 2006, en Sevilla, España, es la gran limitante para el desarrollo de una política criminal de medidas de seguridad pre-delictuales, ya que la justificante para la intervención en busca de seguridad, puede rebasar todos los límites que el Estado Social y Democrático de Derecho se ha auto-impuesto para evitar el abuso de su poder punitivo, sin embargo eso no puede significar el abandono de estas proyecciones que significarían que la sociedad debe seguir esperando impávida ser agredida por el delito antes de actuar, sigo sosteniendo que se tiene que actuar en el estado de alarma, en el estado peligroso, con medidas que signifiquen la protección efectiva del bien jurídico amenazado, permitiendo actuar antes de que produzca la

lesión, procurando y garantizando que la intervención no resulta tan aflictiva como la pena aunque limite el ejercicio de algunas libertades.

Ello daría fundamento suficiente para asegurar que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no debe encontrarse vinculado con una tendencia expansiva del ámbito de protección de la norma, ello marca un abandono paulatino del dogma causal y un cambio en el concepto de riesgo en la teoría de la imputación objetiva.

Habiéndose despersonalizado el bien jurídico para motivar la intervención estatal, estimo que al tipificar ciertos actos preparatorios, el legislador maximiza la protección de ciertos bienes jurídicos produciendo un grave adelantamiento de la punición -no más última ratio- con la consiguiente generación de problemas en la dosimetría de la pena y llevándonos irremediamente al interrogante de hasta dónde es posible adelantar la punibilidad sin que ello sea ilegítimo.

La combinación racional entre necesidad, utilidad y libertades individuales proyecta el auténtico fundamento de la medida de seguridad. Los más cercanos a las orientaciones positivistas que las justifican en su necesidad y utilidad social, **desde el momento en que la pena por sí sola no es suficiente para alcanzar las metas del Derecho Penal actual.**

Convenimos, en la dificultad que, en la práctica, encuentra la aplicación de estos principios teóricos, insuficiente, a todas luces, para negar idoneidad a la necesidad y al utilitarismo en sentido científico. De todas formas es imprescindible asumir que junto a esta necesidad de las medidas

se sitúan los derechos y libertades ciudadanos en una reclamada simbiosis, al igual que sucede con la pena y, en definitiva, con el Derecho penal.

Es preocupante que las ideas o sistema funcionalista del profesor JAKOBS, comiencen a dar ya claras muestras de estarse aplicando en Estados Democráticos de Derecho, que como se ha venido señalando, es usado cada vez más por los gobernantes de diversos países para atacar los altos índices de delincuencia y legitimizar esta violencia, lo que sí es un error, es que se pretenda por parte de éstos, solventar carencias en política social y económica, con el derecho penal, y no con cualquier derecho penal, sino con uno parecido a aquel que se refería en la época de nacionalsocialismo el profesor Edmundo MEZGER, quien desde luego aceptaba ya existencia de dos derechos penales, uno para el ciudadano normal -con vigencia de los principios básicos del derecho penal-, y otro para los ciudadanos “especiales” -con la legitimada reducción de garantías- a favor de un idealismo.

En esencia estas ideas dan la impresión de referirse al derecho penal de autor, una nueva tendencia que va dirigida más a la persona y no a los hechos que estos pudiesen realizar, esto ya tiene su antecedente en el proyecto de Ley de Extraños a la Comunidad del régimen nazista, un proyecto del que claramente podríamos estar identificando con el derecho penal del enemigo planteado por el profesor JAKOBS.

No busquemos solucionar con derecho penal aquello que es ajeno al derecho penal, sin apartarnos tampoco de la realidad social que la prevención es buena no importa si proviene del derecho penal o del derecho administrativo pues lo que vale es

que cumpla con su finalidad social que es la protección eficaz y oportuna de los bienes jurídicos-

Para evitar malas interpretaciones me permito puntualizar una clara diferencia entre las corrientes analizadas, el adelantamiento de la punición pretende solucionar el problema del crecimiento delincriminalizando conductas previas al delito que eran consideradas actos preparatorios no punibles, la medidas de seguridad pre-delictuales promulgan la intervención con medidas no penales sino más bien de carácter administrativo, que definitivamente serán menos gravosas para el individuo pero más garantista para la sociedad. En su sentido axiomático la prevención debe buscar los medios más efectivos para evitar que las personas cometan delitos, algunas propuestas consisten en el fomento a la educación, la escolaridad obligatoria, el mejoramiento de las condiciones socio-económicas, la creación de fuentes de trabajo, la democratización del crédito para los llamados informales; el aumento del presupuesto para la salud; la satisfacción de necesidades de vivienda, de agua potable, luz eléctrica, teléfonos; así como la posibilidad de esparcimiento sano de la población a través del deporte, el turismo interno, la integración familiar, la autocensura de los medios de comunicación, seguramente se disminuirá el ambiente propicio a la violencia y el delito.

La respuesta al aumento de la delincuencia no vendrá del aumento de los castigos y las penas. Vendrá solo cuando el tema de la seguridad pública se convierta en prioritario, y ello está profundamente vinculado con la problemática social del país. Diario HOY 12 de abril de 1994. ❖



Análisis Jurídico sobre la Garantía Básica Constitucional de la Motivación

- Segunda parte -

Dr. José García Falconí
Asesor Jurídico de la Fiscalía General del Estado

BASES: CONSTITUCIONAL Y LEGALES

Los siguientes textos constitucional y legales, se refieren a esta garantía básica del debido proceso, que es la motivación.

El Art. 76 número 7 de la Constitución de la República vigente, dispone en su parte pertinente: “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: (...) l) 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 considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

parte pertinente: “**Facultades jurisdiccionales de las juezas y jueces.-** Es facultad esencial de las juezas y jueces ejercer las atribuciones jurisdiccionales de acuerdo con la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes; por lo tanto deben: (...) 4. Motivar debidamente sus resoluciones. 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. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos”.

El Art. 108 número 8 ibídem, dispone: “**Infracciones graves.-** A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le podrá imponer sanción de suspensión, por las siguientes infracciones: (...) 8. No haber fundamentado debidamente sus actos administrativos, resoluciones o sentencias, según corresponda, o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República.

El Art. 130 número 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala en su

La reiteración de estas faltas por tres ocasiones en un período de un año, será motivo de destitución”.

OTRAS DISPOSICIONES LEGALES SOBRE LA MOTIVACIÓN

Tenemos los artículos 275 al 302 del Código de Procedimiento Civil; y los artículos 306, 309, 312, 325.1, 328.1, 330, 336, 337, 344, 345, 352, 354, 358, 362, 367, 373, 380, 382, 427, 428 del Código de Procedimiento Penal, entre otras disposiciones.

¿QUÉ ES LA MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA?

La motivación de la sentencia constituye la parte medular donde el juzgador da las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo, como es el producto de la construcción de la premisa menor y mayor del silogismo judicial y de la actividad de subsumir los hechos concretos en el supuesto abstracto de la norma, actividades intelectuales éstas que deben constar en el cuerpo de la decisión.

La sentencia debe estar motivada y ello se realiza a través de las argumentaciones de hecho y de derecho que explican las razones que tuvo el juzgador para acoger o no la pretensión.

En definitiva, la parte dispositiva del fallo debe ser el producto de una motivación donde se explique las razones de la actividad intelectual del juzgador para la construcción de las premisas y la determinación de la consecuencia jurídica.

Carnelutti, señala con sencillez: “La motivación de la sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente,

para que de los hechos que el juez percibe, un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva(...)la motivación está impuesta para que muestre el juez que ha razonado”; y en nuestro ordenamiento jurídico una resolución no se motiva con la simple interpretación del derecho, pues la misma actualmente, es un proceso mental que exterioriza un proceso intelectual, que impone al juez pronunciarse de alguna determinada manera, conforme señalo en líneas posteriores.

Sobre la **argumentación**, el maestro Manuel Atienza, señala que tiene tres cuestiones fundamentales que plantearse, que son:

- a) Cómo analizar una argumentación;
- b) Cómo evaluarla;
- c) Cómo argumentarla.

Al respecto, el maestro citado, señala: “Para dar cuenta adecuadamente de la dimensión argumentativa del derecho, habría que considerar (distinguir, para luego integrar en una teoría compleja) los componentes formales, materiales y pragmáticos (dialécticos y retóricos) que existe en toda argumentación. A partir de ahí -esa era mi pretensión- se estaba en condiciones de poder afrontar las tres grandes preguntas que plantea ese enfoque del derecho: cómo analizar una argumentación jurídica, cómo evaluarla y cómo argumentarla en el derecho”.

Agrega con razón: “Una argumentación es todo el conjunto de pasos, actos de lenguaje y enunciados que tienen lugar entre el planteamiento de una pregunta inicial (un problema), con que se abre la argumentación, y la respuesta a la misma (la solución – argumentativa- del problema), que significa el cierre de la argumentación. Básicamente consiste en un conjunto de argumentos y de

líneas argumentativas. Pero no todos los pasos de una argumentación no son argumentativos. No son aquellos que no requieren de ninguna razón para ser dados (...).”

Termina señalando: “Un argumento es una razón (formulada por medio de un enunciado) a favor o en contra de una determinada tesis (expresada esta última también en forma de un enunciado). Consta por tanto, de tres elementos: la razón (la premisa), la tesis, (la conclusión) y la vinculación -el ser una razón a favor o en contra- que se establece entre ambos (la inferencia). Las razones (los argumentos en sentido estricto), pueden ser más o menos complejas (...), finalmente una línea argumentativa es un conjunto de argumentos orientados en un mismo sentido; a defender una tesis o a atacarla”, en su obra *La Argumentación Jurídica*, pone un ejemplo de argumentación en materia penal, que debe ser de la siguiente manera:

1. Quien comete un asesinato debe ser condenado con la pena de reclusión mayor;
2. Quien mata a otro alevosamente, comete asesinato;
3. Quien se aprovecha de la indefensión o buena fe de otro, actúa alevosamente;
4. Quien mata a una persona mientras está dormida, se aprovecha de su estado de indefensión
5. X mató a Y, mientras éste último dormía;
6. Por lo tanto a X se le debe imponer la pena de reclusión mayor.

De todo lo anotado se desprende, que la motivación de la sentencia constituye la parte medular donde el juzgador da las explicaciones que justifiquen el dispositivo del fallo, como es el producto de la construcción de la premisa menor y mayor del silogismo judicial y de la utilidad de subsumir los hechos concretos en el supuesto

abstracto de la norma, actividades intelectuales éstas que deben constar en el cuerpo de la decisión.

De tal modo, para cumplir lo dispuesto en el Art. 76 N° 7 letra l) de la Constitución de la República, la sentencia debe estar motivada, y ello se realiza a través de las argumentaciones de hecho y de derecho que explican las razones que tuvo el juzgador para acoger o no la pretensión.

En definitiva como dice la doctrina, el dispositivo del fallo debe ser el producto de una motivación, donde se explique las razones de la actividad intelectual del juzgador para la construcción de las premisas y la determinación de las consecuencias jurídicas.

Sobre la motivación, me permito sugerir la lectura obligada de la Gaceta Judicial Serie XVII N° 2, en un juicio civil de obra nueva, que sigue el doctor Marcelo Regalado en contra de Edgar Zurita y otra, en las páginas 360-370, en la cual la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia, conformada por los doctores Tito Cabezas, Santiago Andrade Ubidia y Galo Galarza Paz, hacen un estudio detallado sobre lo que es la motivación.

IMPORTANCIA DE LA MOTIVACIÓN

- La sentencia antes mencionada, cuyo magistrado ponente, fue el distinguido jurista, el maestro señor Dr. Santiago Andrade Ubidia, se refiere a los siguientes puntos:
- a) La motivación como presupuesto del control casacional del razonamiento probatorio;
 - b) La seguridad jurídica como control de la arbitrariedad de los jueces;
 - c) La motivación como garantía de tutela judicial efectiva;
 - d) La motivación como criterio diferenciador entre racionalidad y arbitrariedad;

e) La motivación analizada desde dos perspectivas, que si bien son diferentes, responde a una misma realidad, apoyada en el principio de legalidad; esto es, con finalidad **endo procesal** y otra de **carácter procesal**.

En dicha sentencia se señala, que en definitiva el llamado control casacional de los hechos abarca dos aspectos muy distintos: por un lado la apreciación de los mismos que el Tribunal Supremo respeta por entender que es el resultado de una percepción inmediata del juzgador de instancia, que no puede ser sustituido por otro tribunal que no vio ni oyó directamente; y en segundo lugar, el razonamiento inferencial que al no depender de la inmediación, puede ser controlado y sustituido por cualquier otro órgano judicial.

Debo señalar, que hay muchísimas sentencias del Supremo Tribunal de Justicia de España, en las que señala que el recurso de casación no es tercera instancia, por lo que no es factible valorar la prueba, ya que esto pertenece al juzgador de instancia, pero sin perjuicio de la facultad del tribunal de casación, de integrar el **FACTUM**.

Recalco, que si no se analiza con detenimiento esta sentencia, los operadores de justicia de nuestro país, no pueden entender lo que es la motivación como regla del debido proceso.

De lo anotado se desprende, que la motivación de la sentencia pronunciada en un juicio, no sólo hace a la garantía de la defensa en juicio, sino a la esencia de un régimen democrático, pues no puede privarse a los ciudadanos que viven en el país, de conocer las razones concretas que determinaron la resolución dictada por los órganos operadores de justicia. Con la doctrina de la arbitra-

riedad se tiende a resguardar la garantía de defensa en juicio y el debido proceso, exigiendo que las sentencias de los jueces sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

¿CÓMO DEBE SER LA MOTIVACIÓN DE UNA RESOLUCIÓN JUDICIAL?

El tratadista Gozáini, señala: “En la formación de la sentencia, primero se accede en buena parte a los esfuerzos de la jurisdicción. Lógica, inteligencia, psicología y voluntad, son los principales componentes que caracterizan el proceso mental de elaboración”, agrega: “Que en consecuencia, los hechos se incorporan por las partes, las peticiones delimitan el objeto procesal, y la congruencia es el límite fijado para evitar el exceso jurisdiccional”, recalca que la delimitación del **tema decidendi**, la fijan los litigantes y no le es posible al juez desviar por otros caminos el destino de las pretensiones trazadas; esto es los jueces a la hora de motivar deben realizar una completa justificación de la decisión adoptada. Estoy preparando un trabajo sobre la sentencia, la congruencia y la facultad-deber de los jueces de disponer pruebas de oficio para buscar la verdad.

De este modo, el motivar una resolución, es una exigencia constitucional y legal, además motivar es razonar sobre los fundamentos de la decisión, esto es explicar a la sociedad de manera racional el porqué de las decisiones, pues sólo de esta manera se evita la arbitrariedad de los jueces y más operadores de justicia.

LEGITIMACIÓN DE LOS JUECES A TRAVÉS DE LA MOTIVACIÓN

Kelsen y algunos otros autores, sostienen que la legitimidad judicial tiene su base en la independencia e imparcialidad de los

jueces, y fundamentalmente estos se legitiman al momento de dictar sus resoluciones de manera motivada, esto es cumpliendo lo que disponen los artículos 76 número 7 letra l) de la Constitución de la República y 130 N° 4 del Código Orgánico de la Función Judicial; de tal modo que la Constitución refleja en mayor medida que la ley es del pueblo y los jueces por su independencia e imparcialidad son los guardianes naturales de la soberanía constitucional, que reside en el pueblo, pues hay que recordar que el Art. 167 de la Constitución de la República en concordancia con el Art. 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, manifiesta: *“La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”*.

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA MOTIVACIÓN

Recalco que conforme señala el Art. 76 N° 7 letra l) de la Constitución de la República, es obligación de los poderes públicos motivar la resolución que afecte los derechos de las personas pues solo así la motivación permite observar el proceso de elaboración de la decisión, el análisis de los hechos, la crítica a la prueba y la aplicación del derecho, o sea que ello permitirá entonces enjuiciar el reparto efectuado por el juez ante el Superior.

El tratadista Jaime Guasp Delgado, señala como ventajas de la motivación, las siguientes:

- a) La satisfacción al máximo de las aspiraciones de las partes al darles a conocer las razones por las cuales se actúa o no las pretensiones.
- b) Se estimula la preocupación del juez, por el fundamento intrínseco del fallo, obli-

- gándolo a consultar, investigar o pensar en la mejor aplicación del derecho; y,
- c) Permite el avance de la jurisprudencia, y por lo tanto la unión en la interpretación de los textos legales.

El mismo autor señala, que entre las desventajas tenemos las siguientes:

1. Disminuye el prestigio del juez y su autoridad, toda vez que al producir fallos ineficientes en su motivación, permite establecer la formación jurídica del juez y los méritos que el mismo tiene; y,
2. La fundamentación dilata los juicios, sin embargo es preferible que el juez tenga oportunidad de pensar, meditar, etc., con alguna dilación del proceso, al que tome cualquier decisión poniendo en peligro la misma justicia.

ENDO PROCESAL

Conforme señala el maestro Michele Taruffo, la finalidad de la motivación es tanto endo procesal como extra procesal.

“Desde el punto de vista **endo procesal**, la motivación trata de evitar la arbitrariedad, ofrece razones a las partes que participaron en el proceso y facilita el control de la actividad jurisdiccional al dotar de argumentos para los recursos.

Desde una perspectiva **extra procesal**, la motivación de las decisiones jurisdiccionales es una muestra de la responsabilidad del juez, que ofrece las explicaciones y razones de su decisión y cumple a su vez una tarea de pedagogía social, contribuyendo así a aumentar la confianza del ciudadano. Y sobre todo, la motivación señala la sumisión del juez a la Constitución y a la ley”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional

español, señala: “Si bien la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por lo tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución, no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador en ejercicio de un rechazable absolutismo judicial, sino una decisión razonada en términos de derecho”, y termina señalando Jorge Malem Seña: “Pero todas estas funciones de la motivación, y otras más que pudieran surgir, no se podrían suplir si las decisiones judiciales no se expresan en un lenguaje inteligible, claro y preciso. A veces los jueces hacen gala de un estilo lingüístico enrevesado, barroco y confuso. La exigencia de que las sentencias sean concisas, claras y precisas, respondiendo a las reglas de la lengua ordinaria en la que se expresa, no tiene una finalidad estética, sino que es una exigencia constitucional”.

En resumen, la exigencia constitucional del Art. 76 N° 7 letra l) de la Constitución de la República señala que las decisiones judiciales han de ser motivadas y, esto implica que deben estar justificadas, esto es han de estar avaladas por razones y como dice la doctrina, afirmar que la justificación de una sentencia tomada como paradigma de una decisión jurisdiccional, debe estar justificada tanto interna como externamente, forma parte de una teoría del derecho y, ésta justificación externa la debe hacer desde un punto de vista normativo y fáctico, tal como señala Michele Taruffo, tanto desde el punto de vista endo procesal como extraprocesal, obviamente aclaro una vez más que en la tarea de tomar decisiones jurisdiccionales motivadamente, los jueces no están exentos de cometer errores.

INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

Los principales errores que cometen los jueces al dictar una sentencia en forma incongruente, son errores de **ultra petita**, **citra petita** y **extra petita**.

En el caso de **ultra petita**, al considerar respecto al objeto de la causa, algo más de lo reclamado.

En el caso de **citra petita**, al considerar respecto al objeto de la causa algo menos de lo reclamado; y

Extra petita al considerar respecto de la causa, algo distinto de lo reclamado.

APELACIÓN DE LA SENTENCIA

En las sentencias dictadas por contravenciones, se señalaba que no había recurso alguno, quedando a salvo el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios en contra del juez que la dictó; pero la frase “no habrá recurso alguno” fue declarada inconstitucional por parte de la Corte Constitucional, mediante Resolución publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 531 de 18 de febrero de 2009; de tal modo que si existe recurso de apelación de estas sentencias, toda vez que así lo garantiza el Art. 76 número 7, letra m) de la Constitución de la República, que dice: “(...) m) *Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos*”, en concordancia con el Art. 8 Sección Segunda, letra h), de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Recordemos que **instancia**, es la etapa que arranca del planteamiento de una pretensión y se agota con la sentencia o la resolución correspondiente, dice la Enciclopedia Jurídica Omeba.

Debo señalar que la Asamblea Nacional, o el Pleno de la Corte Nacional de Justicia o el Consejo de la Judicatura tienen que aclarar quien conoce este recurso de apelación, que en mi criterio personal debería ser el juez de garantías penales del correspondiente distrito vía sorteo, el mismo que debe resolver por el mérito de los autos, pues recordemos que cuando existe apelación se trata de volver a juzgar, esto es la parte que no está de acuerdo con la disposición emanada del juez de contravenciones, apela, es decir pide que se revea dicha medida y, para mayor garantía este proceso pasa a conocimiento de un juez de garantías penales de la Corte Penal respectiva, el cual se pronuncia en última instancia.

TRÁMITE DE LA ACCIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN CONTRA DEL JUEZ DE CONTRAVENCIONES QUE DICTÓ LA SENTENCIA

Cuando un operador de justicia no ha cumplido con lo dispuesto por la Constitución de la República, tratados internacionales de derechos humanos y la ley, conforme dispone el Art. 11 N° 9, inciso tercero de la Constitución, y Arts. 15, 32 y 33 del Código Orgánico de la Función Judicial, procede la demanda contra el Estado ecuatoriano por responsabilidad civil extracontractual, luego de lo cual debe ejercer el derecho de repetición en contra del funcionario judicial responsable.

La sanción administrativa, repito es la señalada en el Art. 108 N° 8 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En cambio, la acción de daños y perjuicios en contra del juez de contravenciones, se la debe deducir ante el juez de garantías penales de la jurisdicción respectiva, o sea del lugar donde se dictó la sentencia, y el juez

de garantías penales una vez que la califique, pide informe al juez de contravenciones contra el que se la intentó, concediéndole el término de tres días para que la remita, además junto con el informe debe enviar copias de todas las diligencias materia de la demanda, o el mismo expediente original.

Si hubieran hechos que deben justificarse, se concede el **plazo** de prueba por seis días, aclarando que por ser plazo corren todos los días, después de lo cual se dictará la sentencia debidamente motivada, que según el Art. 405 del Código de Procedimiento Penal, no tiene recurso alguno, lo cual es inconstitucional, porque contraría lo dispuesto en el Art. 76 número 7 letra m) de la Constitución de la República, en concordancia con el Art. 8 Sección Segunda, letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, como reiteradamente he manifestado.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

La acción de indemnización de daños y perjuicios en contra del juez que la dictó, de conformidad con lo que dispone el Art. 404 del Código de Procedimiento Penal, prescribe en 15 días, contados desde la fecha de la última notificación de la sentencia.

Tengo un artículo publicado en la Sección Judicial de Diario La Hora de la ciudad de Quito, en el que hago un análisis jurídico sobre la prescripción de la pena en las materias penal y civil.

PROCEDIMIENTO JUDICIAL PARA DENUNCIAR LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS DEL CONSUMIDOR EN MATERIA PENAL

El juez de contravenciones, en atención

a lo dispuesto por el N° 3 del Art. 231 del Código Orgánico de la Función Judicial, tiene las atribuciones de conocer las infracciones a las normas de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Recalco que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor se encuentra publicada en el Registro Oficial N° 520, del 12 de Septiembre de 1990; actualmente está en segunda discusión en la Asamblea Nacional la nueva Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

En resumen el trámite de esta clase de infracciones, es el siguiente:

PRIMER PASO.- Presentación de la denuncia o acusación particular por parte del ofendido, la misma que debe contener lo siguiente:

1. Nombres y apellidos, dirección domiciliaria y número de cédula de ciudadanía del denunciante o del acusador si lo hubiere;
2. El nombre y apellido del acusado, y si fuera del caso su domicilio;
3. La determinación de la infracción acusada;
4. La relación de las circunstancias de la infracción, con determinación de lugar, día, mes y año en que fue cometida;
5. La justificación de la condición de ofendida;
6. Los elementos en los que se funda la atribución de la participación de la persona acusada en la infracción; y,
7. La firma del acusador o su apoderado con poder especial. En este poder se hará constar expresamente el nombre y apellido del acusado y, la relación completa de la infracción que se quiere acusar.

SEGUNDO PASO.- Una vez presentada la denuncia o acusación, se señala día y hora para que reconozca el contenido de la misma, así como el reconocimiento de

firma y rúbrica puesta al pie de la denuncia o acusación, de conformidad con lo que disponen los Arts. 53 y 55 del Código de Procedimiento Penal.

TERCER PASO.- Una vez que se cumple con lo solicitado, el juez dicta una providencia, examinando si la denuncia o la acusación reúne los requisitos señalados en la ley; en este caso, si se acepta al trámite se ordena la citación al denunciado. Si se encuentra incompleta, el juez dispondrá que se la complete en el plazo de tres días, señalando cuál es la omisión, y previniéndole que si no la completa en el plazo señalado, se rechazará la acusación particular y se archivará la causa.

CUARTO PASO.- Una vez aceptada a trámite la acusación particular, se cita al denunciado en el lugar señalado, entregándole la boleta correspondiente en forma personal; en caso de no encontrarse se lo citará mediante tres boletas entregadas en su domicilio en tres días distintos, y dentro de las boletas se hará constar el texto de la acusación y el auto de aceptación.

QUINTO PASO.- Una vez que haya sido citado legalmente, se señalará día y hora para la audiencia oral de juzgamiento, la misma que se llevará a cabo dentro del plazo de diez días contados a partir de la notificación.

SEXTO PASO.- La audiencia oral de juzgamiento se inicia con la contestación del denunciado, a esta audiencia las partes deben concurrir con todas las pruebas con las cuales justifiquen sus acciones o pretensiones, y una vez evacuadas las mismas, se dictará sentencia en la misma audiencia de ser posible. Caso contrario se lo hará dentro del plazo de tres días.

Si la parte no se presenta a dicha diligencia, se la declarará en rebeldía.

Si para el esclarecimiento de los hechos, fuere necesario a criterio del juez, la intervención de peritos o de informes técnicos, se suspenderá la audiencia solo para este efecto y, se concederá un plazo de quince días para la presentación de los mismos. Al vencimiento de dicho plazo, se reanuda la audiencia, previo señalamiento de día y hora, luego de lo cual se procederá a dictar sentencia.

SÉPTIMO PASO.- La parte que se creyere perjudicada, podrá presentar recurso de apelación dentro del término de tres días contados a partir de la notificación del fallo; en cuyo caso el proceso debe ser remitido a la sala de sorteos mediante oficio, para la designación del juez de segunda instancia.

OCTAVO PASO.- El juez de garantías penales que conozca la causa por sorteo, debe resolver de manera motivada el recurso de apelación, señalando que de esta resolución no existe recurso alguno, esto es causa ejecutoria, y luego el proceso pasa a conocimiento del juez de primer nivel para su cumplimiento.

NOTAS FINALES SOBRE EL JUZGAMIENTO DE LAS CONTRAVENCIONES

Hay que tener en cuenta las siguientes disposiciones del Código Penal, respecto a las **contravenciones**:

a) En todo lo relativo a la punibilidad, responsabilidad y prescripción de las contravenciones, debe estarse a lo dispuesto en el Libro Primero del Código Penal; teniendo en cuenta que sobre la prescripción de la contravención, el Art. 109 de dicho cuerpo de leyes señala,

que prescribe en los plazos que indica el Libro Tercero del Código Penal; esto es, de conformidad con el Art. 617 ibídem, la acción de Contravención Policial prescribe en treinta días, y la pena en noventa días, contados ambos como términos desde el día en que se cometió la infracción o desde la fecha en que la sentencia condenatoria quedó ejecutoriada respectivamente; de todos modos hay que tener muy en cuenta que la prescripción puede declararse de oficio o a petición de parte de acuerdo al Art. 620 ibídem;

- b) La prescripción de la pena de comiso especial, prescribe en el plazo señalado para la pena principal, y las condenas según las reglas del Código Civil; debiendo tener en cuenta que en caso de que se hubiera iniciado ya el juzgamiento por una contravención, el tiempo de la prescripción empezará a correr desde la última diligencia judicial;
- c) No rigen para las contravenciones, las reglas de los Arts. 82 y 87 del Código Penal, que se refieren a la suspensión del cumplimiento de la pena y de la libertad condicional, lo cual evidentemente es inconstitucional, porque violenta lo señalado en los Arts. 11, 66, 76, 77, 195, 201, 202, 203 de la Constitución de la República, entre otras disposiciones;
- d) Los condenados a prisión, deben sufrir las penas en cárceles de sus respectivas parroquias o cantones, pero en caso de faltar éstas, la cumplirán en la cárcel de la capital de la provincia;
- e) A los menores (niños, niñas) de catorce años y mayores de siete, que se les encuentre, jugando, fumando o vagando en las calles, plazas o cualquier otro lugar público, la Policía debe remitir inmediatamente al respectivo Tribunal de Menores (hoy Juzgados de la Familia,

- Mujer, Niñez y Adolescencia), pues hay que recordar que ya no funcionan éstos juzgados, sino los jueces especializados en esta materia, de acuerdo a lo señalado en el Art. 232 del Código Orgánico de la Función Judicial, que trata sobre las juezas y jueces de violencia contra la mujer y la familia; en los Arts. 233 al 236 sobre las juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia;
- f) El Art. 611 del Código Penal señala, que los perjuicios ocasionados por los mayores de siete años y menores de dieciocho, serán pagados por los padres, guardadores, patronos o personas de quienes dependan los contraventores, de conformidad con las disposiciones de los Arts. 2220 y 2221 del Código Civil. Debiendo recalcar que las políticas públicas sobre niños y adolescentes, tienen varios parámetros, en los que se impulsa la **corresponsabilidad**; esto es de la **familia** (acompaña, respeta, exige y defiende); la **sociedad** (respeta, exige y cumple); y el **Estado** (define políticas, asigna recursos y vigila)
- g) Cuando una misma acción u omisión constituyan dos o más contravenciones, se aplicará la pena mayor, así lo señala el Art. 612 del Código Penal, pero hay que tener en cuenta el Art. 76 número 6 de la Constitución de la República, que trata sobre el principio constitucional de proporcionalidad;
- h) El Art. 613 Código Penal señala, que la reiteración será circunstancia agravante, pero hay que tener muy en cuenta, que para que exista la reiteración debe existir el cometimiento de la misma contravención, no de una diferente; más aún para el caso de la reincidencia, el Art. 614 del Código Penal dispone que se aplicará el máximo de la pena señalada para la última contravención cometida, lo cual igualmente podría contrariar el principio constitucional de proporcionalidad y de igualdad, este último señalado en el Art. 11 número 2, de la Constitución de la República, que dispone de manera expresa, que no se puede discriminar, entre otras circunstancias, por el **pasado judicial**;
- i) El Art. 615 del Código Penal señala, los criterios que debe tener el juez para fijar el quantum de la pena, esto es tomar en cuenta las circunstancias agravantes o atenuantes según el caso, y de este modo aplicar el principio de proporcionalidad, que es el equilibrio entre el poder punitivo que tiene el Estado y los derechos y personalidad del acusado;
- j) El Art. 616 del Código Penal señala, que en la duración de una pena de policía por contravención, se debe contar todo el tiempo que hubiese sido detenido el culpado, por causa de la misma;
- k) El Art. 622 del Código Penal señala, que cuando llega a conocimiento de una autoridad que se trata de cometer un delito o una contravención, se deben tomar todas las medidas adecuadas para evitar el mismo;
- l) Respecto a la detención del contraventor, el Art. 623 del Código Penal dispone, que se deben observar las prescripciones que señala dicho cuerpo de leyes;
- m) Hay normas obsoletas en el Código Penal, como las señaladas en los Arts.: 624, 625, 626, 627, 628, 629 y 631, que de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria de la Constitución de la República, que dispone “Se deroga la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial Número uno del día once agosto de 1998, y toda **norma contraria a esta Constitución**. El resto

del ordenamiento jurídico permanecerá vigente en cuanto no sea contrario a la Constitución”, lo cual guarda relación con lo señalado en los Arts. 424, 425 ibídem, y 4 y 5 del Código Orgánico de la Función Judicial; de tal modo que dichas disposiciones estarían fuera del ordenamiento jurídico del país; y,

- n) El Art. 630 del Código Penal dispone, que las penas de policía son independientes de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el contraventor.

Quiero terminar este artículo, manifestando el pensamiento del tratadista español Alejandro Nieto, en su obra antes mencionada, quien dice: “Conocer el derecho es indagar como opera lo bueno y lo malo. El jurista como el médico ha de mirar las cosas por dentro y si quiere curar la carne a de palpar la podredumbre. Con hombres buenos, sobran los jueces; con jueces justos sobran los abogados; y con abogados honestos sobran las leyes. Pero el derecho y las leyes están en manos de profesionales de todas clases y con todos ellos hay que contar”.

En las maestrías de Derecho Procesal y de Derecho Constitucional, que cursé en la Universidad Andina Simón Bolívar en los años 2000 a 2004, el primer módulo estubo a cargo del insigne jurista Dr. Santiago Andrade Ubidia, y el último era **“Cómo piensan los jueces y cómo deben pensar los jueces”** enseñanzas que cambio mi modo de pensar como juez en aquella época, más aún como señala el maestro tantas veces citado Alejandro Nieto: “Un golpe en la cabeza al caer del caballo cambio los sentimientos y moral de Saulo, convirtiéndole en San Pablo”, pues bien, parafraseando esta frase, es fundamental un cambio de mentalidad de los señores ope-

radores de justicia en nuestro país, pues como he repetido reiteradamente, a raíz de la vigente Constitución de la República de 2008, tenemos un nuevo Estado y un nuevo derecho, completamente diferente al del Estado liberal.

Reconozco, que el juez es un profesional de la justicia, pero también una persona con un sistema de valores y creencias que le permiten comprender, explicar y actuar en el mundo que le rodea, pues como señala Alejandro Nieto: “Casi todos los jueces aceptan los valores sociales de la vida, la intimidad, la libertad, la vida, la propiedad y tantos otros; pero el peso que les atribuye es diferente y no siempre coincide con la definición legal. Un juez conservador estará siempre, en principio a favor de la ley y el orden, de la vida y de la propiedad; mientras que uno progresista relativizará la importancia de todos estos valores cuando esté en juego la libertad o la dignidad de la persona”.

Frase:

“La verdad jamás daña a una causa que es justa”

Mahatma Gandhi

Frase:

La paz

La paz es fruto de la justicia.

No puede haber paz, no hay paz, mientras no haya una verdadera, auténtica y fundamentada justicia a cualquier nivel.

A nivel familiar, a nivel de organización, a nivel de ciudad, a nivel de país, y dentro del país, a nivel de relaciones entre gobiernos y pueblo, a nivel internacional, a nivel de las relaciones entre gobernantes de diversos países, tanto de un continente como del mundo entero.

Si no se pone en práctica la justicia no podemos hablar de paz.

Autor desconocido

CONOCIMIENTOS DEL JUEZ

Como señala el maestro Jorge Malem Seña, en la mayoría de los procesos, los jueces deciden en virtud de su competencia, sobre casos individuales que resultan controvertidos; y los motivos de la controversia pueden ser de diferente naturaleza, esto es sobre la interpretación de la norma aplicable, otro sobre la calificación jurídica y mucho sobre los aspectos fácticos que provocan la controversia y que después deberán ser probados.

Por esta razón, es importante que los jueces, estén capacitados en la mecánica de probar los hechos, que no es una tarea sencilla; por lo que el autor antes mencionado señala con razón, que los jueces según su especialidad deben conocer de muchas materias, pues es la única manera de encontrar la verdad dentro del proceso, pues si el Art. 130 N° 10 del Código Orgánico de la Función Judicial le faculta, disponer pruebas de oficio para buscar la verdad, debe saber como encontrar esa verdad a través de que pruebas puede encontrarla y en la materia que él está resolviendo.

CONCLUSIONES

- a) El juez no tiene por qué ser un científico, pero si necesita una buena preparación epistemológica -articulada en función de las características de las distintas áreas del saber científico que entran en juego- si quiere estar en condiciones de valorar la fiabilidad científica de las pruebas presentadas, dice con razón Michele Taruffo, en su obra *La Prueba Científica en el Proceso Civil*;
- b) En el siglo XXI, la tarea del juez se presenta sumamente compleja, y con razón dice Jorge Malem, nadie duda de ello y existen varias razones que parecen explicar ese consenso; en primer lugar, constituciones que atribuyen derechos individuales a los ciudadanos y que hacen que el juez sea su garante. La Constitución, además, contiene una serie de principios que hace que el juez deba realizar una tarea interpretativa y de aplicación del derecho diferente así operara solo con reglas.
- c) Como dice Malem Seña, en definitiva, “Hoy la profesionalidad exigida no se puede limitar al saber jurídico tradicional”, de tal manera que hay que abrir la mente y los ojos al proceso de cambio que vive el país.
- d) El juez no solamente debe tener una sólida formación técnica básica, sino también una sólida formación profesional y, como dice Jorge Malem: “(...) esto implica que debe reflexionar sobre el papel que desempeña el juez en el Estado y en la sociedad y pensar acerca de cuales son sus deberes morales y las reglas deontológicas

La existencia de una Constitución obliga por otra parte, a que todo el conjunto de disposiciones jurídicas sean evaluadas a partir de ella.

En segundo lugar, existe una multiplicidad de sistemas jurídicos que operan coetáneamente y que dificultan la tarea de aplicar el derecho, no solo porque rige un ordenamiento continental europeo que el juez tiene la obligación de conocer, sino también porque existe un ordenamiento autonómico e incluso otro local de carácter municipal, lo que produce un entramado normativo cada vez más complicado. Y, en tercer lugar, porque los ciudadanos necesitan del juez como la última autoridad para resolver problemas, aunque algunos no siempre deberían caer bajo su competencia, porque tiene un eminente carácter político.

En segundo lugar, existe una multiplicidad de sistemas jurídicos que operan coetáneamente y que dificultan la tarea de aplicar el derecho, no solo porque rige un ordenamiento continental europeo que el juez tiene la obligación de conocer, sino también porque existe un ordenamiento autonómico e incluso otro local de carácter municipal, lo que produce un entramado normativo cada vez más complicado. Y, en tercer lugar, porque los ciudadanos necesitan del juez como la última autoridad para resolver problemas, aunque algunos no siempre deberían caer bajo su competencia, porque tiene un eminente carácter político.

- que le rigen. Y además tener conciencia de qué esperan los ciudadanos de él”.
- e) En relación al Art. 130 N° 10 del Código Orgánico de la Función Judicial, el juez debe ser consciente de sus propios límites, ya que los jueces, al valorar las pruebas, y no únicamente la testifical, se pueden ver influidos por sus propios prejuicios o concepciones filosóficas.
 - f) Es fundamental que con todo lo manifestado en líneas anteriores, se contribuya a generar la confianza del ciudadano con sus jueces, pues como dice Rafael Jiménez Asencio: “Esta idea de confianza en los tribunales será, sin duda, capital en la configuración del derecho al juez, imparcial, aunque sus potencialidades tampoco han servido para estimar la vulneración del derecho en aquellas ocasiones en que la nota de confianza ha mostrado claros signos de desfallecimiento. Pues tal como se verá de inmediato, esta confianza en los tribunales está imbricada, de forma plena con las apreciaciones y temores que un ciudadano, en su fuero interno pueda tener en torno a la presunta parcialidad de quien lo juzga, lo cual conduce siempre al difícil punto de considerar en que casos tales temores son fundados, o por emplear las palabras de la sentencia en el caso Piersack, en qué momento se acredita que existan razones legítimas que deban conducir a la abstención del juzgador; pues al fin a la postre, quien aprecia en primer lugar esas razones no es otro que quien debe juzgar”; de tal modo que la idea de profesión judicial y el propio comportamiento como profesional del derecho

- del juez, promociona la confianza en la justicia, recordando una vez más, que el juez es un profesional del derecho, no obstante no conviene olvidar que también es importante la moralidad del juez, recalcando eso sí, que un juez intelectualmente mejor preparado es un juez menos proclive a imponer sus prejuicios en las decisiones que tome.
- g) Por tanto, es claro que sin garantías procesales -que a su vez presuponen las orgánicas- no hay ejercicio del poder judicial constitucionalmente aceptable. Del mismo modo que sin un poder judicial que ocupe el espacio que la Constitución le asigna no podrá haber democracia efectiva, es decir de sujetos con derechos, conforme lo señala el tratadista Perfecto Andrés Ibáñez, en su obra Democracia con Jueces.

SENTENCIA

La sentencia judicial es un texto revestido de autoridad, tiene como finalidad solucionar una controversia y no debe verter dudas acerca de cuáles han sido las razones normativas y fácticas que la fundamentan, pues como bien señala Jorge Malem: “Para contribuir a la pacificación de la vida social, la sentencia debe tratar de ser suficientemente persuasiva, como para que la parte que no ve satisfechas sus pretensiones en el proceso la acepte y acate. Por este motivo se formula como si fuera la única sentencia jurídicamente correcta, aunque solo sea una entre otras posibles, igualmente aceptables. De ahí que el juez debe utilizar ciertas palabras y formulas lingüísticas y estilísticas aptas para alcanzar ese objetivo. ❖



RESOLUCIÓN Nº 02-2013

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO

Que han surgido dudas, respecto de la aplicación del sistema oral, en la tramitación de los procesos penales de acción pública, que impiden la uniformidad de procedimientos en distintas provincias del país;

Que en cumplimiento a lo dispuesto en el último inciso del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, al tribunal de garantías penales, para el juzgamiento respectivo, se deberá remitir el auto de llamamiento a juicio conjuntamente con el acta de la audiencia y los anticipos probatorios.

Que en algunas provincias por aplicar el principio de oralidad, en la misma audiencia preparatoria del juicio y formulación del dictamen, la jueza o juez de garantías penales, expone el sustento fáctico y jurídico de la resolución con la que dicta el auto de llamamiento a juicio.

Que es necesario, establecer reglas claras de procedimiento, a fin de garantizar los derechos de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, establecidos en la Constitución de la República, para aclarar las dudas existentes, y así lograr que en la sustanciación de los procesos de acción pública, se garantice el principio de oralidad en el trámite de los procesos.

En uso de la atribución prevista en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial:

RESUELVE

Art. 1.- A partir de la vigencia de esta resolución, conforme lo dispuesto en el último inciso del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal, las juezas y jueces de garantías penales, sin perjuicio de continuar haciéndolo oralmente al concluir la audiencia preparatoria del juicio y de formulación de dictamen, junto con las demás piezas procesales, que dispone la norma invocada, deberán remitir obligatoriamente, por escrito, el auto de llamamiento a juicio, el acta de audiencia y los anticipos probatorios al Tribunal de Garantías Penales; y, el expediente será devuelto al Fiscal.

La presente resolución entrará en vigencia desde su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veintidós días del mes de mayo de dos mil trece.

Dr. Carlos Ramírez Romero
PRESIDENTE

Dra. Ximena Vintimilla Moscoso
JUEZA NACIONAL

Dr. Paúl Iñiguez Ríos
JUEZ NACIONAL

Dra. Mariana Yumbay Yallico
JUEZA NACIONAL

Dr. Eduardo Bermúdez Coronel
JUEZ NACIONAL

Dr. Merck Benavides Benalcázar
JUEZ NACIONAL

Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia
JUEZ NACIONAL

Dr. Wilson Andino Reinoso
JUEZ NACIONAL

Dra. Lucy Blacio Pereira
JUEZA NACIONAL

Dr. Wilson Merino Sánchez
JUEZ NACIONAL

Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
JUEZ NACIONAL

Dr. Jorge Blum Carcelén
JUEZ NACIONAL

Dra. Gladys Terán Sierra
JUEZA NACIONAL

Dr. José Suing Nagua
JUEZ NACIONAL

Dra. Paulina Aguirre Suárez
JUEZA NACIONAL

Dr. Vicente Robalino Villafuerte
JUEZ NACIONAL

Dra. Tatiana Pérez Valencia
JUEZA NACIONAL

Dr. Alejandro Arteaga García
CONJUEZ PERMANENTE

Dr. Francisco Iturralde Albán
CONJUEZ PERMANENTE

Certifico.

Dra. Isabel Garrido Cisneros
SECRETARIA GENERAL

Corte Nacional de Justicia

Sala Especializada de lo Penal

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides

Juez Ponente: Dr. Merck Benavides

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.- Quito, 17 de junio de 2013; a las 11h30.-

VISTOS: (1326-2012) En virtud al sorteo realizado, corresponde el conocimiento de esta causa al Dr. Merck Benavides Benalcázar como Juez Ponente, y; al Dr. Paúl Iñiguez Ríos y Dra. Lucy Blacio Pereira como Juez y Jueza Nacionales integrantes de este Tribunal; de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 141 y 183, inciso sexto del Código Orgánico de la Función Judicial. Actúa el Dr. Edgar Flores Mier, en calidad de Conjuez Nacional, por licencia concedida a la Dra. Lucy Blacio Pereira, según oficio N° 1031-SG-CNJ-IJ de 31 de mayo de 2013.

PRIMERO: COMPETENCIA:

Este Tribunal, es competente para conocer y resolver el recurso de casación, conforme lo disponen: los Arts. 184.1 y 76.7.k, de la Constitución de la República; Arts. 184 y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial; y, Art. 349, del Código de Procedimiento Penal.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL:

El recurso de casación, ha sido tramitado conforme la norma procesal del Art. 352, del Código de Procedimiento Penal, y lo dispuesto en el Art. 76.3, de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara la validez de lo actuado.

TERCERO: ANTECEDENTES DE LA CAUSA:

El día 23 de noviembre de 2010, a las 16h00, la Comisaria Primera de la Mujer y la Familia del cantón Quito, emite una resolución ratificando las medidas de amparo de conformidad a los numerales 1,2,3,4 y 5 del Art. 13 de la Ley Contra la Violencia de la Mujer y la Familia, a favor de la señora Gladys Cecilia Navarrete Bastidas, en contra de Galo Rodrigo Lucero Andrade, ordenando la salida del señor Lucero Andrade de la vivienda común, la prohibición de acercarse al lugar de trabajo, estudio de la señora Gladys Navarrete, se le prohíbe el acceso a ella y además se le impone la prohibición de que realice actos de persecución sea por sí mismo o por terceras personas.

Mediante denuncia escrita, llega a conocimiento de la Fiscalía, que el señor Galo Rodrigo Lucero Andrade, ha incumplido de manera reiterada las medidas de amparo concedidas por la Comisaria Primera de la Mujer y la Familia a favor de Gladys Cecilia Navarrete Bastidas; una vez concluida la instrucción fiscal, se emite dictamen acusatorio en su contra.

El Juzgado Segundo de Garantías Penales de Pichincha, con fecha 13 de diciembre del 2011, dicta auto de sobreseimiento provisional del proceso y del procesado Galo Rodrigo Lucero Andrade.

La Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha aceptando el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía, revoca el auto de sobreseimiento provisional del procesado y del proceso venido en grado y en su lugar, con fecha 09 de febrero de 2012, dicta auto de llamamiento a juicio en contra del señor Galo Rodrigo Lucero Andrade, por considerarlo presunto autor del delito tipificado y reprimido por el Art. 17 de la Ley Contra la Violencia de la Mujer y la Familia.

El Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, con fecha 02 de mayo de 2012, dicta sentencia declarando la culpabilidad de Galo Rodrigo Lucero Andrade, en calidad de autor del delito de violación de medidas cautelares, tipificado y sancionado en el Art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, imponiéndole la pena de dos meses de prisión correccional.

La Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, con fecha 05 de octubre de 2012, desecha el recurso de apelación en la forma interpuesta; indicando que, en razón de que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia conforme lo señala el Art. 169 de la Constitución; el Art. 75 ibídem garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva; y los Arts. 82 y 172 de la carta magna, la seguridad jurídica y a los tratados internacionales de derechos humanos, el juzgador no puede mantener una condena por un recurso mal planteado por lo que; de oficio, revoca la sentencia venida en grado y emite la sentencia confirmatoria del estado de inocencia del ciudadano Galo Rodrigo Lucero Andrade.

El Dr. Flavio Caza Tapia, Fiscal Distrital de Pichincha, interpuso recurso de ca-

sación, para ante la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

CUARTO: ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA:

Según lo dispuesto en el Art. 352, del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el Art. 345, ibídem, se llevó a cabo la audiencia oral, pública y contradictoria, en la que los sujetos procesales expresan:

4.1.- FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO POR PARTE DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO:

El Dr. Andrés Hidrobo, a nombre del Fiscal General del Estado fundamenta el recurso manifestando que: El Dr. Flavio Caza Tapia, Fiscal Distrital de Pichincha interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dictada el día viernes 05 de octubre de 2012, que revoca la del tribunal a quo, esto es el fallo dictado por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, que en su momento impuso la pena de dos meses de prisión correccional en contra del acusado Galo Rodrigo Lucero Andrade, y en su lugar dictó una sentencia ratificando el estado de inocencia; que para la Fiscalía existe violación a la ley, conforme al Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, por una errónea interpretación del Art. 370 ibídem, así como contravención expresa tanto del Art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y del Art. 76.3 de la Constitución de la República; que ese error respecto del Art. 370 del Código de Procedimiento Penal, específicamente en el inciso cuarto, ya que indica cuales van a ser las reglas del juego en el procedimiento abreviado, sin

embargo contrastando con el sentido de la sentencia de la Tercera Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, tenemos una interpretación errónea en el sentido en que, la Corte Provincial ha exigido articulación de prueba para que se pueda justificar tanto la existencia y la responsabilidad penal del acusado, cuando la misma disposición del Art. 370 del Código de Procedimiento Penal nos dimensiona que es lo que debe conocer el Tribunal de Garantías Penales y en el inciso cuarto se dicen que son dos funciones básicas dentro del procedimiento abreviado, que es avocar conocimiento, y resolver sobre la adopción o no de la pena en el que tanto la Fiscalía, como el acusado habían consentido; por lo que, el recurso de apelación de la sentencia del Tribunal a quo lo único que se iba a discutir en ese momento era justamente en relación a la pena impuesta, que según el procesado, lo negociado era un mes de pena, sin embargo el fiscal la cambia por tres meses y lo que dictó el Tribunal de Garantías Penales fue una sanción de dos meses, más la Corte Provincial, bajo ese análisis de que no hubo articulación de medio probatorio declara la inocencia del acusado. En el procedimiento abreviado, se inobserva ciertas formalidades que se dan en otros procesos penales sobre todo en el ordinario y en el procedimiento simplificado; considera que en vista de aquello, ha existido violación y contravención expresa del Art. 76.3 de la Constitución de la República, porque es la misma norma constitucional, la que manifiesta que solo se podrá juzgar, a una persona, ante un juez o autoridad competente; y con observancia del trámite propio para cada procedimiento; existe un principio de legalidad procedimental; que hubo un consentimiento por parte del hoy acusado, respecto de los hechos que se le estaban atribuyendo, que era la inobservancia de las medida de

amparo establecidas en el Art. 13 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, toda vez que la Comisaría de la Mujer había emitido medidas de amparo previstas en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5, de mencionado artículo, inobservando el acusado tal disposición; y, que bajo la figura del Art. 16 ese es un delito de acción pública; por lo que ha solicitado que se case la sentencia y se lo declare autor, como lo declaro el Tribunal de Garantías en su momento, justamente por haber inobservado y por haber adecuado su conducta en lo que dispone el Art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia.

4.2. CONTESTACIÓN A LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO POR PARTE DE GALO RODRIGO LUCERO ANDRADE:

El abogado Pablo Chiluisa defensor de Galo Lucero manifiesta: El Ecuador es un Estado de derechos y justicia, que el juez es garante del cumplimiento de las normas y de los derechos de las partes, Art. 76.1; si bien es cierto, en el Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha, el señor Galo Lucero se acogió al procedimiento abreviado por cuanto es una historia de nunca acabar, que empeora la situación familiar. El Art. 69 del Código de Procedimiento Penal, establece que se deben incorporar las pruebas dentro de la respectiva etapa probatoria ante el Tribunal Penal, que como consta en la sentencia, la Fiscalía no incorporó prueba alguna, ni siquiera entregó el expediente al Tribunal Penal, es decir la única prueba fue la aceptación de los hechos, no del delito, por parte de Galo Lucero Andrade, es por ello que la Tercera Sala de la Corte Provincial de Pichincha, aplicando el Art. 76.1 de la Constitución de la República, ha declarado el estado inocencia de Galo Lucero; que no se encuentran reunidos los requisitos

establecidos en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, no existe una errónea interpretación de la ley toda vez que la Tercera Sala de la Corte Provincial, aplicando el debido proceso, ratifico el estado de inocencia de su defendido, por lo solicita se deseche el recurso de casación interpuesto por Fiscalía.

QUINTO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL:

5.1. El nuevo régimen constitucional y la determinación de un Estado constitucional de derechos y justicia; de nota un cambio en el ejercicio de las facultades sobre la aplicación de las normas y principios constitucionales; el Art. 424 de la Constitución de la República, establece la supremacía constitucional; la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), establece las garantías judiciales y la igualdad de las ciudadanas y los ciudadanos ante la ley, en sus Arts. 8 y 24, principios recogidos y positivizados en los Arts. 76 y 77, de nuestra Carta Fundamental. El Art. 8.2.h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse a las Garantías Judiciales dispone: "...Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior...".

El Art. 81 de la Constitución de la República, indica que la ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar; así como se nombrarán fiscales y defensores especializados para el tratamiento de esta causa, de acuerdo con la ley.

5.2. El recurso de casación, tiene como

objeto velar por la seguridad jurídica, establecido en el Art. 82 de la Constitución de la República que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes; se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista ha considerado que han sido violadas dentro de la sentencia que ha emitido el juzgador competente, por lo tanto, es importante que el casacionista, al interponer el recurso de casación, lo haga con claridad y precisión, siendo categórico al determinar que la sentencia emitida por el tribunal ad quem viola la ley, por las tres causales determinadas en el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, para que de esta manera, el tribunal de casación, sobre la argumentación y fundamentación vertidas en la audiencia oral pública y contradictoria, se forme un juicio de valor para poder pronunciarse sobre el caso concreto, puesto a su conocimiento y resolución; por lo que el papel del recurrente es de trascendental importancia, considerando que el recurso de casación es de carácter extraordinario que busca corregir los errores de derecho en la sentencia impugnada.

5.3. El casacionista, al fundamentar su recurso, argumenta la violación por una errónea interpretación del Art. 370 del Código de Procedimiento Penal, así como contravención expresa tanto del Art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia y del Art. 76.3 de la Constitución de la República, mismos que refieren, al trámite del procedimiento abreviado, al control de órdenes judiciales; y, al principio de legalidad constitucional; si analizamos el caso concreto y sobre la resolución del presente recurso de casación, es necesario indicar, que existe una ley preventiva que como fin fundamental tiene implícita el proteger la

integridad física, psíquica y la libertad sexual de la mujer y de los miembros de la familia, hechos que según consta de la sentencia recurrida dieron como resultado el incumplimiento de las medidas de amparo establecidas en el Art. 13 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, dictadas por la autoridad competente y por ende se ha cometido el tipo penal establecido en el Art. 17 de la referida ley, ya que el acusado Galo Rodrigo Lucero Andrade, ejecutó actos que le estaban prohibidos en virtud de lo ordenado por la Comisaria Primera de la Mujer y la Familia del cantón Quito, que fuera debidamente puesta en su conocimiento.

Se anota que el principio de legalidad, junto con el principio de seguridad jurídica establecidos en los Art. 76.3 y 82 de la Constitución de la República, constituyen las normas fundamentales en base a las cuales se deben sustanciar los procesos penales. Esto tiene relación con lo que dispone el Art. 2 del Código Penal, que se refiere al principio de legalidad; como el Art. 2 del Código de Procedimiento Penal, que habla del principio de legalidad procesal, es decir a la manera como a de sustanciarse la causa en sus diversos trámites previamente establecidos por la ley.

En el caso sub judice en aplicación al Art. 369 del Código de Procedimiento Penal, en el momento oportuno se determinó la admisibilidad para la aplicación del procedimiento abreviado, mismo que establece: “Desde el inicio de la instrucción fiscal hasta antes de la audiencia de juicio, se puede proponer la aplicación del procedimiento abreviado previsto en este Título, cuando: 1. Se trate de un delito o tentativa que tenga prevista una pena privativa de libertad, de hasta cinco años; 2. El procesado

admita el hecho fáctico que se le atribuye y consienta en la aplicación de este procedimiento; y, 3. El defensor acredite con su firma que el procesado ha prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos fundamentales. La existencia de coprocesados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos”. Es necesario anotar que para acceder a la aplicación de este procedimiento se tiene que verificar que se cumplan con los requisitos que el artículo mencionado establece, lo cual ha sido analizado por el juzgador de instancia.

El Art. 370 del Código de Procedimiento Penal, establece el trámite del procedimiento abreviado, el cual expresamente dispone: “El fiscal o el procesado deben presentar por escrito el sometimiento a procedimiento abreviado, acreditando todos los requisitos previstos en el artículo precedente. El juez de garantías penales debe oír al procesado, insistiendo sobre las consecuencias del presente procedimiento al procesado. Si lo considera necesario puede oír al ofendido. Si el juez de garantías penales rechaza la solicitud del procedimiento abreviado, el fiscal superior podrá insistir y enviará esta solicitud directamente al tribunal de garantías penales. Si la resolución es conforme a la petición del procesado, el juez de garantías penales enviará inmediatamente al tribunal de garantías penales para que avoque conocimiento y resuelva la adopción o no de la pena como consecuencia del procedimiento abreviado. La pena en ningún caso será superior a la sugerida por el fiscal. Si el tribunal de garantías penales rechaza el acuerdo de procedimiento abreviado, devolverá el proceso al juez de garantías penales para que prosiga con el trámite ordinario. Cualquiera de las partes podrá apelar del fallo que admita o niegue el procedimiento abreviado”.

De lo expuesto, se llega a determinar que se ha violado el Art. 370 del Código de Procedimiento Penal, debido a que el tribunal ad quem hace una errónea interpretación de su texto, ya que el Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, según lo establece el inciso cuarto del artículo antes indicado, avocó conocimiento y dentro de la facultad de adoptar o no la pena como consecuencia del procedimiento abreviado, impuso a Galo Rodrigo Lucero Andrade, la pena de dos meses de prisión correccional, inferior a la solicitada por el fiscal que fue de 3 meses, cumpliéndose así lo que dispone dicha norma legal, en el sentido de que la pena en ningún caso será superior a la sugerida por el fiscal. Si bien en el procedimiento abreviado se admite el hecho fáctico más no la responsabilidad, se denota claramente que la conducta del acusado se ajusta a lo establecido en el Art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, ya que el acusado no acató las medidas de amparo, ordenadas por autoridad competente, llegándose a establecer consecuentemente, tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado, por ende el tribunal ad quem hace una contravención expresa de su texto del artículo antes mencionado.

Por lo que, la argumentación del recurrente, con base a los principios constitucionales y disposiciones legales enunciados en la audiencia oral, pública y contradictoria, son suficientes para casar la sentencia dictada por La Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, por cuanto se determina la violación de la normas jurídicas arriba indicadas.

RESOLUCIÓN:

Este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional, en virtud de que el recurrente ha fundamentado el recurso de casación por violación a los artículos 370 del Código de Procedimiento Penal, 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la familia y 76.3 de la Constitución de la República, **ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, según lo que dispone el Art. 358, del Código de Procedimiento Penal, casa la sentencia impugnada y declara al acusado Galo Rodrigo Lucero Andrade, con cédula de ciudadanía N° 170470091-1, de nacionalidad ecuatoriana, de 56 años de edad, de estado civil casado, autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 17 de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, imponiéndole la pena de un mes de prisión correccional, misma que, en aplicación del Art. 82 del Código Penal, se la deja en suspenso; condenándole además al pago de daños y perjuicios. Devuélvase el proceso al tribunal de origen para los fines legales pertinentes.- Actué la doctora Martha Villarroel Villegas, en calidad de Secretaria Relatora encargada, de conformidad con la acción de personal N° 2692-DNP-MY.- NOTIFÍQUESE.-

f) Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, JUECES NACIONALES; Dr. Edgar Flores Mier, CONJUEZ NACIONAL; Dra. Martha Villarroel Villegas, SECRETARIA RELATORA (E). ❖

La familia se merece su mejor semilla



Siembre...

La familia es el pilar fundamental de la sociedad y sobre ella se desarrollan individuos, funcionarios, empresas, empresarios, naciones y generaciones.

La familia es una tierra fértil ávida de ser atendida, arada y sembrada. Sin embargo, la calidad del fruto que se recoja dependerá exclusivamente del tipo de semilla que sembremos y de la calidad de la misma, es importante que desarrollemos constantemente la actitud de sembradores. Esto requiere esfuerzo, paciencia, carácter, dominio propio y una alta dosis de entrega, los resultados valdrán la pena.

¿Qué sembramos?, sembramos básicamente 3 cosas: palabras, acciones y actitudes.

Palabras, las palabras que usted emplee pueden construir una relación o destruirla, levantar la autoestima o por el contrario anularla. Las malas palabras y los calificativos inadecuados resquebrajan el respeto y abren la puerta a otro tipo de ofensas.

Los ultimátum que se dan entre las parejas como "no sé que hago contigo", "es mejor separamos" o "largate", generan inestabilidad entre los miembros de la familia; por otra parte, los calificativos que emitimos a los hijos como "eres un inútil", "nada lo puedes hacer bien", "eres igual a tu padre", "eres un vago", "deberías aprender de...", son dardos que van directo a lesionar su autoestima.

Es tiempo de edificar, de abundar en las palabras de aliento, de reforzar los puntos positivos de nuestra pareja y de nuestros hijos. Es tiempo de llevarlos a soñar con nuestras palabras, a convencerlos que son capaces y que hay un hermoso potencial a desarrollar en ellos.

Sembrar palabras correctamente también es agradecer a la persona con la que compartimos nuestra vida, por su paciencia, su tolerancia, por el trabajo que realiza en beneficio de todos. Es ser generoso con los elogios.

Tenemos tantas cosas buenas que decir, que no vale la pena enfocarnos solamente en lo que nos falta, en lo que no se hace. Usemos palabras de bien, edifiquemos, construyamos, y hagamos de nuestro entorno un lugar agradable para compartir. Que su pareja y sus hijos quieran estar con usted, que deseen escuchar sus palabras, sus consejos, sus opiniones, que tengan la certeza que usted no habla desde su enojo, sino desde el conocimiento y la sabiduría.

Acciones, para que sus palabras se siembren correctamente deben estar acompañadas de sus acciones, es necesario que exista congruencia entre lo que dice y lo que hace.

Sus actos son determinantes para que su familia crea aquello que les está diciendo. Muestre a través de todo lo que hace, que su pareja, sus hijos, sus padres, sus suegros y su familia son importantes para usted.

Dedíqueles tiempo, nada hará más valiosa su siembra que el que cada miembro de su familia pueda percibir que usted se está tomando tiempo para construir las relaciones. Sorprenda un día a su pareja con una llamada de cariño inesperada, a sus hijos llegando a casa una hora antes de lo acostumbrado, saboree lo que le ofrecen a la hora de cenar, ayude en las tareas de la casa, pregúntele a sus hijos que puede hacer por ellos para que mejoren sus calificaciones.

No grite, no frunza el ceño, no explote su ira, su mal humor o su estrés laboral en casa con los que más ama, por el contrario, cada vez que llegue a su hogar dígame "el tipo de fruto que voy disfrutar depende de mí". Busque entender que es lo que están tratando de decirle y cuál es la necesidad que están manifestando. Como dice un conocido refrán "haga que sus acciones hablen más fuerte que sus palabras". Sea servicial con los suyos.

Actitudes, si sus palabras y sus acciones no van acompañadas de las actitudes y los gestos correctos, nuestra semilla no será de buena calidad. Diga las cosas con una sonrisa, una mirada cálida, una palmada en la espalda, un gran abrazo, un tierno beso, un guiño cómplice. Demuestre cada día con sus gestos que su familia es importante para usted y cuide de ella.

En todos los roles que usted desempeña en la vida, su presencia y su aporte es vital, pero sólo en su familia es indispensable. Nadie hará lo que usted como padre o madre puede hacer por los suyos, nadie va a formar a sus hijos mejor que usted mismo.

Las relaciones no se deterioran de un día para otro, quizás en su familia los gritos, las malas caras, los golpes, las quejas, la crítica, la indiferencia, la infidelidad, los celos, la mentira, han sido las semillas más comunes, pero es tiempo de sacar la maleza, arar la tierra y volver a sembrar.

Sea constante, tenga paciencia, no se canse de sembrar, recuerde que hay siembras de ciclo corto y otras de ciclo largo, quizás su familia necesita que usted siembre por más tiempo.

Abone constantemente la tierra con amor, amistad, entrega y tolerancia.

Su familia y nuestra sociedad merecen que cultivemos de manera correcta y que podamos alegrarnos con hijos llenos de valores, solidarios, unidos, respetuosos, donde florezcan generaciones fértiles y sanas.

Recuerde siempre, la calidad de sus frutos depende de la calidad de su semilla.



Solange de Vizñay
Directora de Herencia Familiar



**CORTE
NACIONAL DE
JUSTICIA**

www.cortenacional.gob.ec

G Gaceta
Judicial