

REVISTA ENSAYOS PENALES

SALA PENAL



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Seminario Internacional de Derecho Contemporáneo



En el Primer Seminario Internacional de Derecho Contemporáneo, organizado por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil; el Dr. Johnny Aylluardo Salcedo Presidente de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, **realizó la presentación del libro “Ratio Decidendi Obiter Dicta”**, editada por la Corte Nacional de Justicia, contando con la asistencia de la Dra. Rocío Salgado Carpio, Presidenta Subrogante de la Corte Nacional de Justicia, Dra. Lucy Blacio Pereira, Dr. Jorge Blum Carcelén; Jueces Nacionales, Dr. Jorge Torres Prieto, Rector, Msc. Ab. Gustavo Marriott Zurita, Decano de la Facultad de Jurisprudencia, profesores nacionales y extranjeros y demás autoridades de la Universidad.



Día Internacional de la No Violencia Contra la Mujer

El martes 25 de noviembre del 2014 se realizó la Conferencia sobre el *Día Internacional de la No Violencia contra la Mujer*, en la Corte Nacional de Justicia (CNJ), con la participación de la Presidenta Subrogante de la CNJ, doctora Rocío Salgado Carpio; la Jueza Nacional, doctora Lucy Blacio Pereira y la representante de la ONU Mujeres Ecuador doctora Nidia Pesantez.

CONSEJO EDITORIAL

Dra. Lucy Blacio Pereira
Dr. Paúl Iñiguez Ríos
Dr. Johnny Aylluardo Salcedo
Dr. Merck Benavides Benalcázar
Dr. Jorge M. Blum Carcelén
Jueza y Jueces de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador

Director Publicación: Dr. Jorge Blum Carcelén
Diseño Portada: Sebastián Navas V.
Diagramación e impresión:
Imprenta de la Gaceta Judicial
Editor: Dr. Santiago Aráuz Ríos
Impreso en Quito, en noviembre del 2014
ISSN N° 1390-7972
gacetajudicial@cortenacional.gob.ec
www.cortenacional.gob.ec
Av. del Maestro Oe1-90 y Av. Galo Plaza
Telf.: (02) 2808663
Quito-Ecuador

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

La presente publicación, es un producto editorial de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, las opiniones académicas vertidas en cada artículo, son de responsabilidad de los autores; y, no constituyen una opinión Institucional. Queda prohibida cualquier forma de reproducción, total o parcial, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra, sin contar con la debida autorización de los titulares de su propiedad intelectual. Copyright ©



Acto de la presentación del libro “*Ratio Decidendi y Obiter Dicta*” editado por la Corte Nacional de Justicia. Con la presencia de los doctores y doctoras, señores y señoras Jueces Nacionales: Lucy Blacio Pereira; Jorge Blum Carcelén; Rocío Salgado Carpio; y Johnny Ayluardo Salcedo, realizado en la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil.

PRESENTACIÓN

Ponemos en consideración de nuestros asiduos lectores esta nueva publicación de la **Revista Jurídica “Ensayos Penales”**, de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, en la que se podrá observar dos hechos de mucha importancia: 1) la variedad de los temas jurídicos tratados; y 2) la diversidad de autores de los artículos publicados. Tales hechos demuestran que la revista está cumpliendo el cometido que nos propusimos desde el inicio: convertirla en un espacio amplio de debate y discusión jurídica, así como elemento motivador del análisis serio de la problemática jurídica, en el entendido que solo a partir de las reflexiones de nuestras propias experiencias, expuestas con honestidad intelectual, nos permitirá desarrollar nuestra propia teoría jurídica.

Es innegable el aporte que, en este sentido, han podido realizar juristas internacionales que nos visitan, pero la verdadera tarea consiste en que seamos nosotros mismos los que, con esas herramientas y con las nuestras, podamos construir una teoría jurídica que responda a nuestra realidad, que permita superar la dependencia del eurocentrismo jurídico. El Ecuador tiene sus propias realidades muy complejas que obligan a reconocerlas y a superarlas. Obviamente esta superación será posible si reconocemos el estado de esta realidad y la abordamos con nuestros propios instrumentos interpretativos, con una visión de país unitario y diverso.

¿Será posible construir para el Ecuador el Estado Constitucional —de garantías y derechos— con una visión del Derecho europeo o norteamericano? El tema no pasa por lo puramente conceptual, sino también por reconocer las asimetrías sociales y culturales. Cada sociedad produce el Derecho que el estado de su desarrollo y evolución se lo permite.

¿Cómo reconocer —si es que existe— el estado de éste proceso en nuestro país? Sólo a partir de contactarnos con esa realidad nos permitirá medir la situación. Las publicaciones que hemos ofrecido en casi dos años de existencia de la **Revista Jurídica “Ensayos Penales”** es una buena forma de tomarle el pulso. Como lo hemos dicho, reiteradamente, este es sólo un espacio de los tantos que se pudiera aperturar, tanto en la academia como en el foro. Siempre en la línea de generar un pensamiento jurídico propio, que de respuestas a nuestras realidades. Que estructure verdaderamente en la conciencia social e institucional el Estado de Derecho y de derechos. Que supere el diagnóstico y la constatación y apunte a soluciones propias y realizables.

En esta edición hemos incorporado los trabajos remitidos por compañeros judiciales, unos con gran experiencia, y otros con la voluntad de iniciarse en el estudio crítico del Derecho, lo que aplaudimos, pues este ha sido nuestro primigenio objetivo. Igualmente contamos con los aportes de invitados de fuera del seno judicial, que resultan valiosos; y como no podría ser de otra manera de juezas, jueces, conjueces, fiscales y defensores públicos.

Todo ello anima el deseo de contribuir, desde nuestra posición, a contar con un sistema de administración de justicia democrática, transparente, humanista y honesta, y en concordancia a los principios señalados en nuestra Constitución.

No está demás reiterar nuestro agradecimiento a quienes siguen haciendo posible, con su apoyo decidido y decisivo, estas publicaciones. Agradecemos también a las distintas universidades e instituciones del país, por su apoyo y comentarios expresados en las misivas que nos hacen llegar.

Tampoco queremos pasar por alto nuestro homenaje al servidor judicial ecuatoriano, tanto antiguos como de reciente incorporación a la Función Judicial, resaltando que su aporte valioso en cada una de las posiciones que les toca contribuir es importantísimo en la noble tarea de edificar uno de los más nobles valores humanos: la JUSTICIA. Eso, de por sí, ya los torna en seres especiales.

DR. JOHNNY AYLUARDO SALCEDO

Presidente de la Sala Penal

CONTENIDO

1	Presentación <i>Dr. Johnny Ayluardo Salcedo</i>
4	El Valor de la Ética Conmemorando el Día de la Servidora y Servidor Judicial <i>Dra. Lucy Elena Blacio Pereira</i>
10	Procedimiento Directo <i>Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc.</i>
17	Los Derechos y Garantías de las Personas Privadas de la Libertad <i>Dra. Mariana Yumbay Yallico</i>
32	La Administración de Justicia y el Proceso Penal en la Legislación Actual <i>Dr. Merck Benavides Benalcázar</i>
44	El Testimonio de la Víctima en los Delitos Sexuales <i>Dr. Richard Villagómez Cabezas</i>
48	La Imputación Personal y la Culpabilidad <i>Dr. Alejandro Arteaga García</i>
57	La Protección del Derecho a la Vida y la Penalización del Aborto. Reflexiones desde la Perspectiva Mexicana <i>Dr. Eber Betanzos y Raúl González Schiaffini</i>
61	La Penalización o Reglamentación de la Huelga <i>Dr. Victor Fernandez Álvarez</i>
66	Causas de Exclusión de la Acción <i>Dr. Marco Rodríguez Ruiz</i>
71	¿Sobornos Legales? <i>Dra. Gretta Lima Reyna</i>
90	El Recurso de Casación en Materia Penal <i>Dr. Manuel Astudillo Solano</i>
94	A Propósito de la Supuesta Discrecionalidad y Arbitrariedad del Juez en el Neconstitucionalismo <i>Ab. Alan Añasco Aguilar</i>
100	El Día del Judicial <i>Dr. Patricio Muñoz Valdivieso</i>
105	Resolución No. 05-2014 <i>Exposición de Motivos</i>
123	Contenido y Significado de los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal (Segunda parte) <i>Dr. Johnny Ayluardo Salcedo</i>



El Valor de la Ética Conmemorando el Día de la Servidora y Servidor Judicial

Dra. Lucy Elena Blacio Pereira*

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

“...El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos...Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.”

“Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan.¹”

Los textos precedentes, representan un ideal concreto que fundamentó en su momento la creación y vigencia de una serie de derechos y deberes de importancia trascendental para nuestra sociedad. Como personas libres y racionales, todas y todos poseemos una esfera personal de convicciones, principios, ideas e ideales que definen nuestra naturaleza y nuestra esencia, en definitiva nuestro ser. La interrelación que ejercemos día a día, y que conforma las diferentes estructuras y elementos de nuestra sociedad se ven directamente influenciadas y contagiadas de nuestro ser.

Así, nuestras instituciones ya sean públicas o privadas, son el fiel reflejo de quienes las conformamos. Nuestro complejo esquema de elementos que conforma nuestro ser,

implica dos grandes concepciones sobre las cuales la sociedad, el Estado, las normas y el derecho se han interesado, estos son nuestros derechos y nuestras obligaciones, conceptos que en sus más simples definiciones abarcan una inmensa complejidad y extensión que interesa a diversas ramas y ciencias del saber humano. Sobre esta línea de pensamiento, me he propuesto realizar una reflexión sobre la responsabilidad que como personas tenemos en nuestra sociedad, enfocándome y desarrollando la importancia del valor de la ética a propósito del día de la servidora y servidor judicial ecuatoriano, y como tal, dos cuestiones fundamentales que entrañan este tema; los principios éticos; y, el rol que desempeñamos en la sociedad, las servidoras y servidores, quienes conformamos la función judicial.

* Comisionada de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial, Jueza de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

¹ Preámbulo De la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana en la Ciudad de Bogotá, Colombia, 1948.

Se evidencia como necesario y racional, realizar una comparación entre la esfera de nuestro desarrollo jurídico, ámbito en el cual desenvolvemos nuestro conocimiento académico junto con el bagaje recopilado de experiencia que nos permite ejercer nuestra función jurisdiccional, y la esfera de nuestros comportamientos éticos. Así la *norma jurídica crea para cada individuo deberes con respecto a otros individuos mientras que la norma ética le crea además deberes para con su propia conciencia. Las normas éticas se limitan a recomendar un comportamiento al paso que las normas jurídicas imponen una conducta bajo la amenaza de la fuerza. Lo ético no es necesariamente lo jurídico. Lo jurídico es lo que dispone la ley, mientras que lo ético es lo que concuerda con los principios inspiradores de la ley. Lo deseable, sin embargo, es que ambos órdenes del deber ser estén de acuerdo: que la ley refleje los conocimientos éticos.*² (Las negrillas no corresponden al texto). Bajo esta concepción es claro que al referirnos a la ética de una persona, nos referimos a aquella esfera especial que se conforma de determinadas características que pueden considerarse como personales, únicas y pertenecientes en gran parte al fuero interno de la persona.

Coexisten y generalmente son tratados bajo un mismo estudio la moral y la ética; Julio de Zan establece sobre este punto: *En el lenguaje filosófico contemporáneo se han estipulado, sin embargo, dos distinciones y dos clases de definiciones diferentes de estos términos. En un primer sentido se comprende a lo moral como una dimensión que pertenece al mundo vital, o al Lebenswelt, y que está compuesta de valoraciones,*

*actitudes, normas y costumbres que orientan o regulan el obrar humano. Se entiende a la ética, en cambio, como la ciencia o disciplina filosófica que lleva a cabo el análisis del lenguaje moral y que ha elaborado diferentes teorías y maneras de justificar o de fundamentar y de revisar críticamente las pretensiones de validez de los enunciados morales.*³.

Ahora bien, bajo el pensamiento previamente expuesto, la ética ya no es una compleja suma de conceptos cuya determinación se inclina hacia el estudio del fuero interno de la persona, como sus valoraciones, sus actitudes, sus principios, sino es una ciencia que analiza, entiende, critica, valora y revisa a la moral. Por lo tanto, el analizar si un comportamiento es o no ético, implica el utilizar a la ética, como ciencia, como herramienta, para analizar y determinar si la exteriorización de los valores y principios internos de una persona en determinada situación, son o no adecuados, validos, o inclusive vigentes.

Enfoquemos el análisis en este momento a quiénes tenemos encomendada la delicada tarea de impartir justicia, me refiero a las juezas y jueces, quienes hoy más que nunca adquirimos un papel protagónico en el nuevo Estado constitucional de derechos y justicia, así como los diferentes servidores y servidoras judiciales; todos, imagen del poder judicial. Debemos entender la importancia de lo que hacemos por nuestro país y por nuestra sociedad, en primer lugar en calidad de prestadores y prestadoras de un servicio público, y en segundo lugar como guardianes de los derechos y

² Borja Cevallos Rodrigo, *Enciclopedia de la Política, México D.F.*, 1998 p. 403.

³ Julio de Zan, *La Ética, los Derechos y la Justicia*, Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., Alemania, pp. 19.

garantías consagradas en la Constitución de la República, Instrumentos Internacionales de protección de los derechos humanos y todo un conjunto de normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico.

Se forma un especial vínculo entre nuestras obligaciones, nuestros deberes y la ética que debe gobernar la materialización y exteriorización de nuestros actos. Sobre este punto se crean dos corrientes, la formal y la material; la corriente formal tiende a establecer una premisa sencilla sobre la cual el cumplimiento de la norma, implica *per se* el comportamiento ético; mientras que la corriente material tiende a buscar un elemento material que represente y traiga a la vida al elemento formal. Aguiló Regla, utilizando un ejemplo de decisión jurisdiccional entre dos jueces, demuestra la existencia de una tensión entre la *conciencia jurídica formal* y la *conciencia jurídica material*. En el ejemplo se expone la aplicación de la norma por parte de un juez de forma tajante, recta y formal; y, por otro lado, la misma norma es aplicada por otro juez de una forma cognitiva. Sin embargo, el autor resalta que su interés es demostrar que independientemente de la adhesión a la concepción formalista o cognitiva del ideal de regulación del imperio de la ley, siempre existe espacio para la ética judicial; ya que la ética judicial es una ética diferenciada, no una ética aplicada. Es una ética vinculada a una promesa y un cargo (...)⁴.

No solamente debemos hablar de ética como concepto genérico, sino en nuestro caso de ética judicial. Rodolfo Luis Vigo establece que *La ética reclama vocación de excelencia o magnanimidad, y por sobre la decisión personal del juez, ella está implícita o requerida en el mandato otorgado por la sociedad para cumplir con su importante tarea que la lleve a cabo del mejor modo. Seguramente la sociedad no le brindaría ese poder a quien confiese inicialmente que lo cumplirá mal o mediocremente; por eso, no seguir la ética es un modo de defraudar aquella condición implícita que conlleva el privilegio de la función*⁵; siguiendo esta línea de pensamiento, el comportamiento de la servidora y servidor judicial, debe ajustarse a la ética judicial, enmarcada en que toda actuación judicial es una actuación ética.

El tema entonces toma un relieve transcendental, si la ética irradia la actividad jurisdiccional, el ejercicio de impartir justicia, no requiere sólo de la o del profesional intelectual, poseedor de conocimientos, prácticas y exigencias deontológicas, sino, del hombre y de la mujer, con virtudes éticas, entre estas: la prudencia, el respeto, la humanidad, la sensibilidad, el espíritu de servicio.

Conjuntamente con estas virtudes podemos determinar que un buen servidor o servidora judicial debe acatar en su accionar jurisdiccional los siguientes principios: independencia, imparcialidad y profesionalidad.

⁴ Josep Aguiló Regla, *Dos Concepciones de la Ética Judicial*, DOXA cuaderno de filosofía del derecho, 2009, pp. 533

⁵ Rodolfo Luis Vigo, *Ética Judicial e Interpretación Jurídica*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 2006, pp., pp. 281

Respecto a la independencia, principio rector de la administración de justicia⁶, consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional; la ética profesional demanda que la servidora y servidor judicial preste su servicio sometido única y exclusivamente a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. No depende de ningún otro poder, instancia o función, su validación radica en la legitimación formal y material de los jueces y las juezas, que administran justicia por mandato constitucional y legal, su función emana de la suprema ley, que establece que la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución; siendo su razón de ser, garantizar los derechos de las ciudadanas y ciudadanos, de conformidad con las normas y principios constitucionales, así como los valores sociales. La legitimidad de su función, se erige en realizar su labor con respeto a la Constitución y la ley, pero por sobre todo, con compromiso a los principios éticos y a las ciudadanas y ciudadanos del país.

Respecto a la imparcialidad, principio rector de la función judicial⁷, se proyecta en el respeto a las partes procesales. Para una correcta administración de justicia, el ejercicio jurisdiccional se limita a que la jueza o el juez, decida los asuntos controvertidos con objetividad, resolviendo siempre

las pretensiones de los sujetos procesales, como lo señala el Código Orgánico de la Función Judicial sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes. Esta exigencia ética implica que la jueza o el juez debe ser imparcial desde antes del proceso, y durante la tramitación del mismo hasta su conclusión con emisión de la resolución.

Su decisión no puede fundarse en prejuicios o estereotipos, que causen discriminación, que generen iniquidad, revictimización y vulneración de los derechos de los sujetos procesales. Se pierde imparcialidad, cuando se actúa por influencia, presión, emitiendo juicios anticipados sobre el asunto materia de controversia, interviniendo a sabiendas de que tiene motivos de excusa o recusación, por simpatía o antipatía, en fin faltando a un recto ejercicio de la función jurisdiccional, a través del cual se materializa la justicia.

Finalmente, la profesionalidad de la jueza o del juez, quien ejerce en forma exclusiva la función jurisdiccional, exige que sean profesionales de carrera, especialistas en las diferentes áreas de competencia, que cuenten con una permanente formación y actualización. Su formación y preparación, constituye no sólo una exigencia ética sino también un derecho. La respuesta que la

⁶ Constitución de la República, Artículo 168 “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley (...)”

⁷ Código Orgánico de la Función Judicial, Artículo 9 “PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD.- La actuación de las Juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. (...)”

ciudadanía exige del sistema de justicia es el cumplimiento de la debida diligencia, estándar internacional que hace responsable al Estado por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de ley, que ejecuten las servidoras y servidores judiciales, que por las acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones serán administrativa, civil y penalmente responsables.

Esta exigencia nos permite reflexionar sobre el rol de la Escuela Judicial en la estructura de formación que debe proveerse a las servidoras y servidores judiciales, siendo políticas administrativas, dispuestas en el Código Orgánico de la Función Judicial⁸, la de recursos humanos que consoliden la carrera judicial, fiscal y de defensoría pública, así como la de fortalecimiento de la Escuela de la Función Judicial y erradicación de la corrupción; lo que es positivo en función de que las juezas y los jueces, y demás servidores y servidoras del sistema de justicia, deben recibir una formación especializada y de alta calidad durante toda su carrera profesional, que permitan la realización de una justicia pronta y cumplida, que responda al modelo constitucional que nos rige.

La presencia de norma positivas que consagran explícitamente la vigencia de principios éticos–jurídicos, tales como la independencia, imparcialidad, especialidad, responsabilidad, probidad, interculturalidad, buena fe y lealtad procesal, trasciende el productivismo, planteando la necesidad de que la dignidad de las personas y la tutela judicial efectiva de sus derechos, son efectivamente los objetivos de una justicia más humana, sin barreras y de calidad.

En este orden de ideas podemos asegurar que toda actuación judicial es una cuestión ética, al respecto es pertinente citar a Aguiló Regla, quien resalta que: “*hay una intimísima conexión entre la concepción del Derecho (qué es el Derecho, cuáles son sus límites y, sobre todo, de dónde procede su valor) y la concepción de la ética judicial; de forma que el deber ético del juez no es otra cosa que el cumplimiento, en grado de excelencia, de su deber jurídico. Si el valor del Derecho, su contribución civilizatoria, proviene precisamente de ser una superación de la moral, entonces la «ética judicial» (el ideal de excelencia judicial) se presenta como una «ética profesional» cuya finalidad central consiste en aislar (preservar) el razonamiento jurídico frente al razonamiento moral general*”⁹. Postulados esenciales para un recto ejercicio jurisdiccional.

⁸ Ibídem, Artículo 3 “POLITICAS DE JUSTICIA.- Con el fin de garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia judicial y los demás principios establecidos en la Constitución y este Código, dentro de los grandes lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo, los órganos de la Función Judicial, en el ámbito de sus competencias, deberán formular políticas administrativas que transformen la Función Judicial para brindar un servicio de calidad de acuerdo a las necesidades de las usuarias y usuarios; políticas económicas que permitan la gestión del presupuesto con el fin de optimizar los recursos de que se dispone y la planificación y programación oportuna de las inversiones en infraestructura física y operacional; políticas de recursos humanos que consoliden la carrera judicial, fiscal y de defensoría pública, fortalezcan la Escuela de la Función Judicial, y erradiquen la corrupción.”

⁹ Josep Aguiló Regla, *Dos Concepciones...* pp. 538

Desde esta alta Corte de Justicia, propendemos a que la responsabilidad encomendada a las Juezas y Jueces Nacionales, sea un ejemplo constante de buenas prácticas, tanto profesionales como humanas, es éste el compromiso adquirido para la búsqueda de la excelencia en el servicio judicial. Han transcurrido aproximadamente tres años, desde que asumimos éste reto; hoy, mantenemos el mismo ímpetu, energía y convicción para cumplir con nuestro deber de administrar justicia con responsabilidad profesional y ética.

Para concluir, considero necesario continuar con el debate sobre la ética judicial, trayendo la reflexión de Rudolf Von Jhering que nos guía y nos inspira sobre nuestra importante, y delicada tarea de administrar justicia: *“el Derecho no es sino un medio que sirve para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades, realizar sus fines. Para que el Derecho cumpla a cabalidad con este propósito, no es suficiente que sus operadores alcancen la excelencia intelectual, cerebral, racional; también es necesario que se adornen de virtudes, cualidades o capacidades espirituales o éticas”*.



Procedimiento Directo

Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Msc.

Juez Nacional de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia

Antes de iniciar el presente Ensayo, considero pertinente hacer una breve síntesis, de las innovaciones que contenía el Código de Procedimiento Penal, cuya finalidad era bajar la carga laboral que presentaban los juzgados y tribunales penales del país, ante el cúmulo de denuncias que no podían ser tramitadas por delitos menores, las que al mezclarse con otras de mayor impacto social, impedían que la Función Judicial, pueda brindar una respuesta rápida y oportuna en la solución de los conflictos.

Las primeras innovaciones, tomaron el nombre de “depuración” y “priorización de causas”, cuyas aplicaciones permitieron bajar considerablemente el número de indagaciones fiscales, en las que no se podía obtener elementos de convicción, ni identificar a sus partícipes para lograr el inicio del proceso penal, como por ejemplo miles de denuncias respecto a sustracciones de celulares en el interior de vehículos de servicio público, donde la víctima ni siquiera se daba cuenta del hurto que había sufrido, sino cuando había abandonado el vehículo; o, cuando se denunciaban robos de radios o llantas de los vehículos estacionados, sin

que nadie se haya percatado del evento delictivo; en ambos casos era muy difícil para el sistema investigativo penal identificar al sospechoso y peor aún a sus autores, por lo que la Fiscalía solicitaba la desestimación, o la aplicación del “principio de oportunidad” y al juez no le quedaba más que disponer la desestimación; y, para ello, hasta en lo administrativo se tuvo que implementar nuevas ventanillas en la oficina de sorteos de causas, para recibir los miles de expedientes que fueron remitidos desde la Fiscalía a los jueces de garantías penales.

Otra vía, fue la “conversión”, con la que se cambiaba del procedimiento ordinario al privado, el que tampoco logró bajar mayormente el número de causas acumuladas y en la práctica el delito quedaba impune, porque el ofendido no presentaba la querrela para la iniciación de la acción penal privada y solo era utilizada para “acuerdos de reparación”, lo que desde nuestro punto de vista, tampoco tuvo mucho beneficio para el sistema procesal, evidenciando que la ciudadanía prefería un mal arreglo que un buen juicio, ello porque las causas judiciales no terminaban nunca.

Luego, en la búsqueda de procedimientos nuevos para la solución de conflictos, en el sistema penal, se crearon como salidas alternativas, “la suspensión condicional del procedimiento”, actualmente eliminado por el Código Orgánico Integral Penal; y, el último llamado “procedimiento abreviado”, que tenían exigencias distintas en el derogado procedimiento penal, ya que actualmente se puede aplicar a un mayor número de delitos; lográndose obtener con el abreviado, en los primeros meses de su aplicación, un mayor número de sentencias, pero que tampoco en la práctica alcanzaron a bajar los índices estadísticos de causas represadas y no resueltas, con lo que el país seguía manteniendo el hacinamiento carcelario de presos sin sentencia, encontrándonos estadísticamente muy por debajo de la media Latinoamericana.

Estas primeras herramientas facilitaban la respuesta de calidad, mediante un procedimiento oral, rápido y eficaz, otorgando al conflicto penal una solución distinta a la tradicional, en delitos de baja penalidad que se resolvían generalmente en las primeras audiencias, ante los jueces de garantías penales; y, los segundos son métodos de simplificación procesal, cuyo objetivo fundamental es sentenciar los casos no graves, mediante un procedimiento ágil y económico, para ahorrar recursos humanos y materiales al sistema penal, brindando una respuesta oportuna a la víctima.

Señala la doctrina, que la parte sustantiva y adjetiva penal, deben estar caracterizadas por la presencia de una gama de principios y derechos fundamentales, limitadores del poder punitivo del Estado, debiendo actuar y concentrar todos sus recursos, materiales como humanos, en los casos de

ataques violentos a los bienes jurídicos más importantes como la vida, la integridad personal, la libertad sexual, entre otros; sin desmerecer los de menor cuantía o de poca relevancia social, aunque sostenemos, que el robo a celulares en forma individual, no representaba mayor impacto social, pero sumados todos los robos a celulares, si causan alarma social.

En el Código Orgánico Integral Penal se han incorporado nuevos “procedimientos especiales”, en función de la gravedad de los bienes jurídicos lesionados penalmente y se han creado juicios “directos” y “expeditos”, con la finalidad de lograr procesos penales eficientes; por ello entendemos, que la creación tiene como objetivo la pronta respuesta de la justicia, para brindar seguridad ciudadana y propiciar la tutela de la víctima, ya que la prolongación de los tiempos en los procesos, siempre generó preocupación social y sobre todo impunidad e indefensión.

Con la expedición del Código Orgánico Integral Penal, COIP, se reconocen tres tipos de procedimientos, para la tramitación del proceso penal, como lo señalan los artículos 580, 634 y 647, que son el “ordinario”, “los procedimientos especiales”; y, el “procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal”.

El **procedimiento ordinario**, para las causas de acción pública que se inician mediante formulación de cargos, que permite tramitar el proceso en forma secuencial, mediante tres etapas, iniciando con la instrucción fiscal; luego la evaluación y preparatoria de juicio; y concluye, con la etapa de juicio.

Entre los **procedimientos especiales**, tenemos el **“abreviado”** para delitos sancionados hasta con diez años de pena privativa de la libertad, la que no podrá exceder de la acordada entre el procesado y el fiscal, pudiendo presentarse desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio; el **“directo”**, para delitos sancionados hasta con cinco años e iniciados mediante audiencia de flagrancia; el **“expedito”** para las contravenciones penales y **expedito para contravenciones de tránsito**.

El último de los procedimientos, es para tramitar las causas que se originan mediante el ejercicio **“privado”** de la acción penal, que requiere del impulso del ofendido mediante querrela y tiene su trámite específico, con la citación al querrellado, contestación, audiencia de conciliación y sentencia; a diferencia de los delitos de ejercicio público de la acción que lo impulsa la Fiscalía y se tramita mediante etapas o en una sola audiencia, dependiendo del tipo de procedimiento que debe seguir la causa.

El artículo 640 del COIP, señala ocho reglas que deben seguirse en la sustanciación del **“Procedimiento Directo”**, que analizaremos:

Este procedimiento, es nuevo es nuestra estructura procesal penal y concentra todas las etapas en una sola audiencia y **procede para los delitos calificados como flagrantes**, pero sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta 5 años; cuya definición de flagrancia, está descrita en el artículo 527 del COIP, indicando: *“que se encuentra en situación de flagrancia, la persona que comete el delito en presencia de una o*

más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión de la infracción y la aprehensión”.

También el Procedimiento Directo aplica a los delitos contra la propiedad, cuyo monto no exceda de 30 salarios básicos unificados del trabajador en general, calificados como flagrantes; pero quedan excluidos de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

El juez de garantías penales, perteneciente a la unidad de flagrancia, es el competente para sustanciar y resolver el procedimiento directo, con lo que queda superado cualquier discrepancia jurídica respecto a la competencia, ya que para conocer, tramitar y sentenciar mediante procedimiento directo el competente es el juez de garantías penales y no el tribunal de garantías penales, ya que el juzgador unipersonal es el único que lo conocerá y dispondrá que el procedimiento a seguirse sea el directo, como lo expresa el artículo 529 COIP cuando dice: *“En los casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se*

calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente”; luego de que haya calificado la flagrancia; para lo cual, el juez o jueza, en el plazo de 10 días (contados desde la audiencia de flagrancia), convocará para la realización de la *audiencia de juicio directo*, en la cual dictará sentencia.

Con lo anterior, notamos, que es el juez de garantías penales, quien debe señalar en la primera audiencia de flagrancia, el camino procesal, que corresponde al trámite de procedimiento directo; debiendo el juez, como segunda exigencia, señalar dentro de los 10 días, la fecha para la realización de la audiencia final de juicio directo, precisamente porque lo que se busca es celeridad, para ello, le facilitará a la defensa del procesado el acceso al expediente físico o de modo informático, para que tenga el tiempo suficiente para preparar la defensa.

Los sujetos procesales, mientras discurre el plazo para la audiencia de juicio mediante el procedimiento directo, hasta tres días antes de dicha audiencia, realizarán, por escrito, el anuncio de pruebas; pero de considerarlo necesario, en forma motivada de oficio o a petición de parte, el juzgador, puede suspender el curso de la audiencia, por una sola vez, indicando el día y hora para su continuación, la que no podrá exceder de 15 días de la fecha de su inicio.

Del articulado antes indicado, resaltamos la frase: “suspender el curso de la audiencia”; para preguntarnos: ¿El juez, debe instalar la audiencia de juicio directo y en el transcurso de ella suspenderla?, o ¿El Juez la puede suspender antes de iniciada

la audiencia de juicio?; la respuesta a lo anterior, a nuestro criterio lo sintetizamos, en que debe ser una potestad del juzgador, de no iniciar la audiencia declarándola fallida, por ejemplo: por no estar convocado el procesado, la víctima o testigos; o suspenderla luego de su inicio, de oficio o a petición de parte, por ejemplo, por la no presencia de uno de los testigos importantes para el desarrollo de dicho acto procesal, cuya responsabilidad de su asistencia será de los sujetos procesales; todo ello, con la finalidad de precautar el desarrollo del debido proceso; aunque el artículo 613 del COIP, señala que en el caso de “audiencia de juicio fallida” por causas imputables a los jueces o fiscales se comunicará el hecho al Consejo de la Judicatura para las sanciones del caso, pero si se trata de otros servidores públicos, se pondrá en conocimiento de las autoridades respectivas para las sanciones administrativas.

En el caso de no asistir el procesado a la audiencia, el juez, puede disponer su detención, con el único fin de que comparezca exclusivamente a ella. Con esta disposición procesal, debemos entender que el procesado no se encuentra bajo la modalidad de “prisión preventiva”, sino que en la calificación de flagrancia, se le ha impuesto una medida cautelar alternativa, distinta a la prisión, para que pudiera darse el caso, de que el procesado no se presente el día y hora de la audiencia; ya que de estar bajo prisión, los custodios del sitio carcelario donde se encuentre, deberán llevarlo obligatoriamente al sitio de la audiencia, esto es a la sala de audiencias, donde estará el juez de flagrancia competente.

Debemos tener presente, que el procedimiento directo, obliga a que todo el

proceso penal queda reducido y se pasa de la audiencia de calificación de flagrancia, a la audiencia de juicio directo, donde se deben presentar las pruebas de cargo y de descargo, para justificar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del procesado; y la sentencia será dictada en forma oral en la misma audiencia de juicio, ya sea de condena o ratificatoria de inocencia, pudiendo ser apelada ante la Corte Provincial.

El desarrollo de la audiencia es oral, pública y contradictoria, seguirá los mismos lineamientos que señala el COIP para las audiencias que contempla el procedimiento ordinario a partir del artículo 563 del COIP, la que estará bajo la dirección del juzgador, cumpliéndose los principios de inmediación y contradicción para la presentación de la prueba, cuyas partes de la audiencia deberán ser las mismas para la audiencia de juicio en el procedimiento ordinario, esto es, la inicia el juez de garantías penales, cuando haya constatado la presencia del fiscal, el procesado con su defensa técnica, sea ésta particular o a través de un defensor público, la de los testigos que deben estar ubicados en otro sitio para que conozcan el desarrollo de la audiencia y de la víctima o acusador particular en el caso de que hubiere.

Declarado instalado el acto de la audiencia de juicio directo, se dará inicio a la presentación del caso, llamado “teoría del caso” o “alegado de apertura”, en el siguiente orden: Fiscal, luego la víctima o el acusador particular si lo hubiere, quien podrá intervenir a través de un procurador judicial y en el caso de personas jurídicas de derecho público o privado podrá comparecer el representante legal o su procurador judicial, pero en caso de no acudir a la audiencia,

se entenderá abandonada; y, por último el procesado, quien expresará su teoría desde su punto de vista.

Luego se pasará a la presentación y contradicción de las pruebas, pero sólo se practicará la prueba anunciada al juez de garantías penales que haya sido pedida, por escrito, hasta tres días antes de la audiencia de juzgamiento, las que se receptorán en el mismo orden, primero los testigos de la Fiscalía, quienes serán preguntados por el Fiscal y repreguntados por los demás sujetos procesales; posteriormente, los testigos de la víctima o acusación particular y por último los testigos de la defensa, también preguntados por éste y luego contra-examinados por los demás sujetos procesales.

Respecto a la prueba no solicitada oportunamente, a petición de las partes, el juez podrá ordenar la recepción de dichas pruebas, siempre que justifique no conocer de su existencia hasta ese momento y que la prueba sea relevante para el proceso. El COIP no señala el momento en que se debe justificar que no conocía la existencia de la prueba, pero sostenemos, que debe hacerlo en el desarrollo de la audiencia, donde las partes podrán ejercer la contradicción e inmediación, aunque podría alegarse que se viola la igualdad de armas, pero precisamente el desconocimiento de su existencia no le permitió anunciarla, con lo que quedaría salvado el inconveniente.

Precluido la fase de la presentación de la prueba, entre las que se incluye la exhibición de documentos, objetos u otros medios que se incorporan previa acreditación de quien lo presenta; se inician los alegatos, en el mismo orden, primero el fiscal, luego la víctima y concluye la defensa del

procesado; hay derecho a réplica pero siempre concluirá la defensa; y estando presente el procesado, se le concederá el derecho de última palabra.

Luego de concluidos los debates, el juez suspende el desarrollo de la audiencia, dispone que los asistentes desalojen la sala y la reinstalará para anunciar la sentencia, cuya decisión judicial deberá ser motivada sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del procesado, debiendo individualizar la pena, en el caso de que fuere sentencia condenatoria, cuantificando los daños y perjuicios que incluirá la reparación integral a la víctima; o si fuere del caso, al no haberse probado la infracción o no se probare la responsabilidad del procesado reconocerá el principio de inocencia del procesado, disponiendo su inmediata libertad en el evento de que estuviere con prisión preventiva o la suspensión de todas las medidas dictadas en su contra.

Con la finalidad de unificar la aplicación del “Procedimiento Directo”, entre los administradores de justicia, el Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No.- 146-2014 del 15 de agosto de 2014, expidió el *“Instructivo de manejo de audiencias del procedimiento directo previsto en el Código Orgánico Integral Penal”*, indicando que además de las reglas establecidas en el COIP, que hemos citado, para la realización de este tipo de audiencias, el juez de garantías penales que conduzca la audiencia deberá calificar la flagrancia, de conformidad con lo previsto en el artículo 529 del COIP.

Luego deberá verificar que el delito que se imputa es de los previstos en el numeral 2 del artículo 640 de la norma antes señalada,

que se refieren a delitos calificados como flagrantes con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años y los delitos contra la propiedad, cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general, también calificados como flagrantes; disponiendo que el fiscal motive su acusación y de considerarlo pertinente, solicite las medidas cautelares y de protección prevista en el artículo 522 del COIP, como la prohibición de ausentarse del país; obligación de presentarse periódicamente ante el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe; el arresto domiciliario; la aplicación del dispositivo de vigilancia electrónica, la detención y la sexta, la prisión preventiva; una o varias de ellas para cumplir con las finalidades previstas en el artículo 519 del COIP.

El juzgador debe señalar día y hora para realizar la audiencia de juicio directo, dentro del plazo máximo de 10 días, a partir de la fecha de notificación a las partes procesales, debiendo ceñirse a las siguientes normas: Será competente para sustanciar la audiencia el mismo juez de garantías penales que conoció la causa en la audiencia de flagrancia. En caso de ausencia del juzgador, será reemplazado conforme la normativa respectiva, que es otra resolución del Consejo de la Judicatura respecto al desenvolvimiento de las unidades de flagrancia.

Respecto a la prueba, sólo se practicará la prueba anunciada al juez de garantías penales que haya sido pedida por escrito hasta tres días antes de la audiencia de juzgamiento; y, serán aplicables, en lo que sea pertinente, las reglas previstas para la audiencia de juicio, incluidas las del artículo 609 y siguientes del COIP, que se refieren a que el juicio es la etapa principal del pro-

ceso, se sustanciará sobre la base de la acusación fiscal.

El artículo 610 del COIP, señala los principios que se deben aplicar en el juicio, esto es los relativos al principio de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria; mientras que en el desarrollo del juicio se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física del juzgador y la presencia obligatoria de la persona procesada y la de su defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en el segundo inciso del artículo 233 de la Constitución de la República, respecto a los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Respecto de la sentencia, el instructivo señala, que es el juez de garantías penales, quien obligatoriamente deberá dictarla al finalizar la audiencia de juzgamiento, de conformidad con lo previsto en el numeral 8 del artículo 640 del COIP, en el que se señala que podrá ser de condena o ratificatoria de inocencia y podrá ser apelada ante la Corte Provincial.

Es oportuno recordarles, que cuando se implementó el plazo de 30 días para la instrucción en caso de delitos flagrantes y de 90 días para aquellos procesos que se iniciaron mediante audiencia de formulación de cargos, la mayoría del gremio de los abogados reclamaron, porque consideraban escaso el tiempo para preparar la defensa, lo cual hoy en día, luego de pocos años, ya no es una limitante para la defensa, sino que se reconoce la celeridad del sistema; lo mismo ocurre en la práctica con la aplicación del procedimiento directo, cuando apenas

se tiene diez días para acudir a la audiencia de juicio directo, tiempo que lo considero apropiado, porque todos los partícipes del evento delictivo, sea la víctima como el procesado y los testigos, están prestos a colaborar con la administración de justicia, porque saben que con la realización de la audiencia ya van a conocer el pronunciamiento del juzgador, que emitirá en forma oral el final de la misma, con lo que concluye el conflicto penal.

A 100 días de la vigencia del COIP, consideramos, que el **“Procedimiento Directo”**, es el que más se ha utilizado en la tramitación de los procesos penales y tiene su razón de ser, en la aplicación del principio de celeridad y bajo ningún concepto afecta el derecho a la defensa, ni al debido proceso, obteniéndose en el menor tiempo posible la sentencia que corresponda, desapareciendo aquel pasado de lentitud de la administración de justicia, donde las partes por la demora hasta abandonaban la persecución de las causas penales, quedando el delito en la impunidad.

La puesta en marcha de este procedimiento especial, junto con la oralidad de las audiencias, sin lugar a dudas, ha contribuido a descongestionar la carga procesal que mantenían los juzgados de garantías penales; ya que en poco tiempo, según los datos estadísticos proporcionados por el Consejo de la Judicatura, en las provincias de Guayas y Pichincha se han resuelto 1.000 causas mediante el “procedimiento directo”, de los cuales el 75% concluyó con sentencia de culpabilidad y el 25% reconoció el principio de inocencia, por lo que consideramos un acierto del COIP y de la administración de justicia la implementación del procedimiento directo.

Los Derechos y Garantías de las Personas Privadas de la Libertad



Dra. Mariana Yumbay Yallico¹

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

Uno de los principios consagrados en la Constitución de la República está contenido en el artículo 11.2 que dice:

“Todas las personas son iguales y gozarán 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, [...]”.

Este, asegura que todas las personas son iguales y que por ningún concepto podrán ser objeto de discriminación, incluido por su pasado judicial, y gozarán de todos los derechos contemplados no solo en la

norma constitucional, sino en los diversos instrumentos internacionales.

“El derecho a la igualdad es un derecho innato que poseemos los seres humanos (ciudadanos y ciudadanas) a ser reconocidos iguales ante la ley; de disfrutar y gozar todos los derechos, [...] derecho que debe ser entendido como la prohibición de una posible discriminación, la cual necesita la pretensión o exigencia de un trato igualitario”². A esto se agrega que todos los derechos son: irrenunciables, indivisibles, inalienables e interdependientes.

Es decir, se garantiza la igualdad como un derecho, este postulado no siempre es respetado, si nos remitimos a la realidad de todas aquellas personas privadas de la

¹ Waranka de la Provincia de Bolívar, Doctora en jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador, Especialista en Derechos Colectivos por la Universidad Andina Simón Bolívar, Magister en Derecho Penal y Criminología por la UNIANDES, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena, Experta en Derechos de los Pueblos Indígenas por la Universidad Carlos III de Madrid-España, Ex Asesora de varias organizaciones campesinas e indígenas de la provincia de Bolívar y a nivel nacional, ex consultora de varios organismos nacionales e internacionales, ex Asesora Parlamentaria del Congreso Nacional, ex Jueza de Garantías Penales de Tránsito de la Provincia de Bolívar (S), actual Jueza de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Policial, Penal Militar y Tránsito y de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

² Véase sentencia No. 008-09-SEP-CC, caso 0103-09-EP, Corte Constitucional para el periodo de transición.

libertad, podremos darnos cuenta que la discriminación es aún más profunda por todo lo que eso implica.

Algunos, asumen que las personas privadas de la libertad, por el hecho de encontrarse cumpliendo una pena en un centro carcelario, ni siquiera tienen derechos, si bien se encuentran en aquel lugar por haber vulnerado derechos de otros individuos, no obstante, este antecedente no puede ser entendido o suficiente causa para justificar la vulneración de los derechos constitucionales que tiene el privado de la libertad.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 1, prescribe: “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...]*”, de la misma forma, en el artículo 3 se garantiza que “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*”. Asimismo, esta norma reconoce la igualdad ante la ley y al debido proceso en la tramitación de un proceso judicial y que nadie puede ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles e inhumanos.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 7 consagra, que nadie puede ser sometido a torturas, penas y tratos crueles e inhumanos; en el artículo 9 se establece, que todos los seres humanos tienen derecho a la libertad, por lo tanto,

nadie puede ser privado de la libertad sino por causas prescritas en la ley y respetando los procedimientos. El artículo 10 dispone que: “*Toda persona privada de la libertad será tratada humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano*”. De la misma forma, se reconocen derechos relacionados al debido proceso³ dentro de la tramitación de una causa penal, desde el momento en que es detenido o privado de la libertad, por ejemplo, la obligación que tienen de informarle sus derechos y resolver sobre su detención dentro de las 24 horas, sin excusa alguna.

Así también, en los instrumentos internacionales del sistema interamericano, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se reconocen derechos tales como: el derecho a la vida; a la integridad personal a la libertad personal; derecho a las garantías judiciales; el principio de legalidad entre otros.

Por otra parte, y remitiéndonos al análisis de los derechos de las personas privadas de la libertad, a nivel internacional, también se han adoptado varias normas, sin lugar a duda, todas constituyen un gran soporte para los cambios que se han producido a nivel de las legislaciones internas, entre los cuales me permito señalar que, en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento

³ “En sentido formal, el debido proceso consiste en que nadie puede ser juzgado, sino de conformidad al procedimiento previamente establecido para que se cumpla el principio “nadie será sancionado sin que exista observación al trámite propio de cada proceso”, lo que implica la existencia previa de procedimientos de investigación y de juzgamiento a los que deben ser sometidos los imputados, mediante los cuales, se fijan las competencias, la forma y los procesos que han de perseguir la realización de toda actuación penal. [...] En sentido material, el debido proceso es el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, [...]” en *Sentencia No. 0001-09-SCN-CC, Caso No. 0002-08-CN de la Corte Constitucional para el periodo de transición.*

del Delincuente, efectuado en Ginebra en el año 1955 se aprueba las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, las mismas que, además de establecer algunas reglas relacionadas al tratamiento de los privados de la libertad, también se establecen las diferentes reglas, tales, como la obligación que tienen de dotarle de alimentación, ropa, atención médica, sobre la disciplina que se debe mantener así como las sanciones, el derecho que tienen los reclusos a recibir información y el derecho a presentar quejas relacionadas al trato que se encuentra recibiendo en aquellos centros, entre otros.

En el año 1990, a nivel de la misma Asamblea General de la ONU, se adoptan los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos”, el primer principio se refiere a que *“Todos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos”, “No existirá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otros factores.”*

Del mismo modo, en la Asamblea General de la ONU, en el año 1988, se adopta el “Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, este instrumento, el principio 1 consiste en que *“Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”,* y el principio 3 prescribe *“No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente Conjunto de Principios no reconoce esos derechos o*

los reconoce en menor grado”. Este instrumento contiene 39 principios, relacionados a los diversos derechos como el debido proceso, las garantías judiciales, el trato a recibir en los centros de privación, entre otros.

Finalmente quisiera mencionar otro instrumento denominado “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas”, documento aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131 periodo ordinario de sesiones, realizado del 3 al 14 de marzo del año 2008.

En este instrumento encontramos que en uno de sus considerandos se establece lo siguiente:

“RECONOCIENDO el derecho fundamental que tienen todas las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente, y a que se respete y garantice su dignidad, su vida y su integridad física, psicológica y moral; [...]”

El primer principio contempla:

“Toda persona privada de libertad que esté sujeta a la jurisdicción de cualquiera de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos será tratada humanamente, con irrestricto respeto a su dignidad inherente, a sus derechos y garantías fundamentales, y con estricto apego a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

En particular, y tomando en cuenta la posición especial de garante de los Estados frente a las personas privadas de libertad, se respetará y garantizará su vida e integridad personal, y se asegurarán condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.

Se les protegerá contra todo tipo de amenazas y actos de tortura, ejecución, desaparición forzada, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, violencia sexual, castigos corporales, castigos colectivos, intervención forzada o tratamiento coercitivo, métodos que tengan como finalidad anular la personalidad o disminuir la capacidad física o mental de la persona.

No se podrá invocar circunstancias, tales como, estados de guerra, estados de excepción, situaciones de emergencia, inestabilidad política interna, u otra emergencia nacional o internacional, para evadir el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de trato humano a todas las personas privadas de libertad.”

El segundo principio se refiere a que:

“Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.

Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones

políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad.”

Estos son algunos de los instrumentos internacionales que se han adoptado a lo largo de estos años, relacionados a la protección de los derechos de todos los seres humanos y en particular de las personas privadas de la libertad, los cuales deben ser observados so pena de ser sancionados por la inobservancia o vulneración de alguno de los derechos contemplados en estos instrumentos. Además, es necesario señalar que, la mayoría de los derechos y principios recogidos en los instrumentos antes señalados, han sido incorporados ya en los ordenamientos internos, en el caso ecuatoriano, pues encontraremos en la misma norma constitucional y las normas secundarias.

Ahora bien, la Constitución del Ecuador, en el artículo 77.1⁴, prescribe, que la privación de la libertad será una medida excepcional, por tanto, son los jueces quienes en el ejercicio de su potestad de administrar justicia, deben hacer uso de otros mecanismos de sanción previstos en el artículo 60

⁴ La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

del Código Orgánico Integral Penal⁵, es decir, los jueces y juezas tienen la obligación de observar que existen otras medidas y de manera excepcional considerando probablemente la peligrosidad de la persona pueden imponer la privación de la libertad; esta es la tendencia que se ha venido adoptado en los instrumentos internacionales, tal es así, que el tercer principio señala que *“Se deberá asegurar por la ley que en los procedimientos judiciales o administrativos se garantice la libertad personal como regla general, y se aplique como excepción la privación preventiva de la libertad, conforme se establece en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.”* Es fundamental tener en cuenta las demás sanciones, por cuanto de por sí *“la cárcel genera daños físicos y trastornos emocionales, tales como soledad, depresión, ansiedad, afectación a la autoestima y distorsiones en la identidad”*.⁶

El quinto principio se refiere al derecho al debido proceso legal, esto es:

“Toda persona privada de libertad tendrá derecho, en todo momento y circunstancia, a la protección de y al acceso regular a jueces y tribunales competentes, independientes e imparciales, establecidos con anterioridad por la ley.”; principio que también encontramos en la norma constitucional en su artículo 76, y más específicamente en el artículo 77.

Pues *“para el ejercicio de la función punitiva se presenta un serio conflicto entre la obligación del Estado de proteger los bienes jurídicos de las personas mediante la imposición de sanción de las conductas (supra) y el de respetar los derechos constitucionales de los individuos sometidos en el proceso. Actos que responden al mandato de eficacia de la función pública y más precisamente de a función punitiva del Estado, que según Liszt, es él quien ha de tener límites muy precisos y claros en su intervención en los derechos de las personas, lo cual indica que el contenido de la conducta del derecho penal debe estar desarrollado esencialmente con claridad. [...]”*⁷

⁵ Art. 60.- Penas no privativas de libertad.- Son penas no privativas de libertad:

1. Tratamiento médico, psicológico, capacitación, programa o curso educativo.
2. Obligación de prestar un servicio comunitario.
3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.
4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículo.
5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.
6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo u oficio.
7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.
8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.
9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.
10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.
11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.
12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para personas extranjeras.
13. Pérdida de los derechos de participación.

⁶ Luigi Ferrajoli en Ávila Santamaría Ramiro, La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos, Quito, 2013.

⁷ Véase en Sentencia No. 0001-09-SCN-CC, Caso No. 0002-08-CN de la Corte Constitucional para el periodo de transición.

En cuanto se refiere a los derechos de las personas privadas de la libertad, la norma suprema en su artículo 51 reconoce los siguientes derechos:

- El derecho a no ser sometidos a aislamiento como sanción disciplinaria, esto implica que en ningún centro de privación de libertad pueden utilizarse el aislamiento como mecanismo de sanción por cualquier falta que cometiere, esto constituirá en una vulneración a un derecho constitucional.
- Tiene derecho a la comunicación y visita de sus familiares así como de los profesionales del derecho, los últimos a fin de asegurar una adecuada defensa técnica

en favor del privado de la libertad, ya que, no es suficiente contar con un abogado defensor, sino que éste, cuente con todos los medios necesarios para hacer una defensa eficiente y de calidad, en favor del privado de la libertad, caso contrario se vulneraría una de las garantías del debido proceso consagradas en el artículo 76.7 de la Constitución de la República⁸.

- Otro derecho constituye, el declarar ante la autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante la privación de la libertad, esto es, suministrar toda la información necesaria que permita establecer si, durante el tiempo que se encontraba privado de su libertad, fue

⁸ El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.
- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- 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.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

objeto de algún tipo de maltrato, discriminación u otro mecanismo de vejación. Hecho que sea, las autoridades correspondientes, deberán proceder de conformidad con lo determinado por la ley.

- Todos los seres humanos tienen derecho a una salud integral, de manera que, este derecho no es exclusivo de las personas que se encuentran en libertad, sino también de aquellas personas que se encuentran en los centros de privación de libertad en cumplimiento de una pena, de ahí que, la norma constitucional contempla como un derecho “*el contar con los recursos humanos, materiales necesarios para garantizar su salud integral en los centros de privación de libertad*”.
- De la misma forma, tienen derecho a la atención de sus necesidades educativas, laborales, productivas, culturales, alimenticias y recreativas; recibir un tratamiento preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia, adolescentes, y las personas adultas mayores, enfermas o con discapacidad.
- Finalmente tienen derecho a contar con medidas de protección para las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas adultas mayores que estén bajo su cuidado y dependencia.

Ahora bien, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico penal, que entró en vigencia a partir del 10 de agosto de 2014, en el artículo 51 prescribe lo que es la pena:

“[...] es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles.

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

Teniendo en cuenta que la finalidad de la imposición de la pena, radica en la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena, así como, la reparación del derecho de la víctima, así prescribe el artículo 52 del COIP, de la misma forma, en su inciso final se establece con claridad que el objetivo de la pena no es provocar el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

Por su parte, nuestro Código Orgánico Integral Penal, contempla penas privativas de libertad y penas no privativas de la libertad y las otras que tienen relación con restrictivas de los derechos de propiedad. Cabe señalar, que una pena privativa de la libertad puede acumularse hasta por cuarenta años.

Asimismo, en el capítulo III denominado “*Principios rectores de la ejecución de las penas y las medidas cautelares personales*”, se establece que las personas privadas de libertad se alojarán en diferentes lugares de privación de libertad o en distintas secciones dentro de dichos establecimientos, de acuerdo a su sexo u orientación sexual, edad, razón de la privación de libertad, necesidad de protección de la vida e integridad de las personas privadas de libertad o las necesidades especiales de atención; de la misma forma, se establece que en ningún caso la separación de las personas privadas de la libertad puede utilizarse para justificar discriminación, imposición de torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes o condiciones de privación de libertad más rigurosas o

menos adecuadas a un determinado grupo de personas.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia en la sentencia de 27 de noviembre de 2008, en su párrafo 59 ha dicho:

“Asimismo, el Tribunal ha sostenido que el sometimiento de detenidos a cuerpos represivos oficiales que impunemente practiquen la tortura y el asesinato representa, por sí mismo, una infracción al deber de prevención de violaciones a los derechos a la integridad física y a la vida, aún en el supuesto de que una persona dada no haya sufrido torturas o no haya sido ultimada, o si esos hechos no pueden demostrarse en el caso concreto⁹.”

A propósito el objetivo fundamental de la privación de la libertad es lograr que la persona se rehabilite y por tanto asegurar su reinserción a la sociedad, en este marco, otro de los principios rectores es que en la rehabilitación de las personas privadas de la libertad se considerarán sus necesidades, capacidades y habilidades con el fin de estimular su voluntad de vivir conforme con la ley, trabajar y respetar a los demás; si no se plasma con este objetivo, pues no se cumpliría con el fin último que es, entregar a la sociedad una persona rehabilitada y que pueda constituirse en un elemento más

para contribuir al desarrollo del país, caso contrario, se ratificaría lo que *“El profesor Baratta afirma que científicamente se ha demostrado que la cárcel no tiene efectos positivos en el encerrado, sino más bien que estabiliza y profundiza lo que se considera como criminalidad”¹⁰.*

De la misma forma, otro de los principios es que la participación de las personas privadas de la libertad en las actividades y programas implementados en los centros es integral, voluntaria e individual, de manera que no se le puede obligar y peor para obligarle usar mecanismos que atenten a su integridad, sino más bien, los encargados de dichos centros adoptaran mecanismos u estrategias que incentiven la participación activa de todos los privados de la libertad en las acciones que se desarrollen, para el efecto, deberán tener en cuenta las realidades y los intereses de cada uno.

Finalmente, otro principio consiste en la prohibición de cualquier forma de privación de libertad en instalaciones o lugares no autorizadas legalmente, así como toda forma de arresto, coerción o privación de libertad derivada de procedimientos disciplinarios administrativos, lo que es coherente con lo contenido en la norma constitucional en su artículo 77.12¹¹.

En el Código Orgánico Integral Penal, en el Capítulo Segundo, denominado

⁹ Cfr. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, supra nota 16, párr. 175.

¹⁰ En Ávila Santamaría Ramiro, La (In) Justicia Penal, en la Democracia Constitucional de Derechos, Quito, 2013, pág. 22.

¹¹ 12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

Derechos y Garantías de las Personas Privadas de la Libertad, encontramos todos los derechos y garantías que tienen las personas privadas de la libertad, no solo aquellos que se encuentran reconocidos en la norma constitucional, sino también, derechos que se encuentran en los diversos instrumentos internacionales.

Los derechos y garantías prescritos en el COIP son: El derecho a la integridad, esto es que, la persona privada de la libertad tiene derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual; de la misma forma “*Se prohíbe cualquier forma de violencia por razones étnicas, condición social, género u orientación sexual*”. Esto implica que, en los centros de privación se debe precautelar que no se genere discriminación¹² y peor violencia por cualquiera de las condiciones descritas en líneas precedentes.

Tienen derecho a la libertad de expresión, de conciencia y religión; derecho al trabajo, educación, cultura y recreación; privacidad personal y familiar; protección de datos de carácter personal; asociación, sufragio, quejas y peticiones, información; salud; alimentación, relaciones familiares y sociales; comunicación y visita. Finalmente derecho a la libertad inmediata.

La ejecución de penas y medidas cautelares corresponderá al Organismo Técnico encargado del Sistema de Rehabilitación Social, bajo el control y supervisión de las o los jueces de garantías penitenciarias, así

dispone el inciso final del artículo 666 del Código Orgánico Integral Penal.

De la misma forma, en el artículo 669 de la norma citada, determina que “*La o el juez de garantías penitencias realizará por lo menos una inspección mensual a los centros de privación de libertad a fin de garantizar el adecuado cumplimiento de la condena y de los derechos de las personas que están privadas de la libertad.*”

En tal virtud, los jueces y juezas, tienen la obligación inexcusable de observar el irrestricto respeto de los derechos y garantías que tienen todas las personas privadas de la libertad, las mismas que se encuentran prescritas en la norma constitucional, en el Código Orgánico de la Función Judicial y demás instrumentos internacionales como hemos anotado, teniendo en cuenta que la Constitución de la República en su artículo 11.3 dice:

“*Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte*”.

Por lo tanto, ni siquiera se justifica su incumplimiento bajo el argumento de que no fue pedida por la parte, sino que, los jueces tienen la obligación de aplicar de oficio, su inobservancia, puede acarrear responsabilidades tanto administrativas, penales y otras, en virtud de que, nos en-

¹² La discriminación y la desigualdad constituye todo acto de diferenciación que se hiciera, o el trato desigual que se puede dar, bajo la concepción de la existencia de una superioridad y otra inferioridad por cualquier de las circunstancias de carácter social, económica, cultural, política, etc., la misma que está prohibida por la norma constitucional.

contramos frente a la protección de los derechos humanos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 672 del Código Orgánico Integral Penal, el Sistema Nacional de Rehabilitación Social, es el conjunto de principios, normas, políticas de las instituciones programas y procesos que se interrelacionan e interactúan de manera integral, para la ejecución penal, y este sistema tiene las siguientes finalidades:

La protección de los derechos de las personas privadas de la libertad y la atención a sus necesidades especiales; el desarrollo de las capacidades de las mismas para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar completamente su libertad; la rehabilitación integral de las personas privadas de libertad en el cumplimiento de su condena; la reinserción social y económica de las personas privadas de libertad.

Ahora bien, el cometimiento de un delito trae consigo una persona afectada o víctima del delito cometido por el procesado o sentenciado, no por ello se puede ensañar con aquel ciudadano que cometió el delito, y vulnerar los derechos del procesado o sentenciado, si bien una de las sanciones ya es, reducirle a un centro de privación de la libertad o centro de rehabilitación social, sin embargo también se le restringe el ejercicio de varios de sus derechos. Es necesario respetar las garantías ya que estas, “*tienen como objetivo velar porque las personas*

que han cometido delitos sean tratadas como seres humanos y no como personas que, por cometer delitos, han perdido los derechos y dejan de ser humanos”¹³.

Toda la ciudadanía ha sido testigo de los hacinamientos que se han provocado en los Centros de Privación de la Libertad, no solo en nuestro país, sino en varios países de Latinoamérica, esto ha ocasionado que con la sobrepoblación carcelaria, traiga consigo la vulneración de los derechos de las personas privadas de la libertad, lo que ha generado que, desde los organismos regionales demuestren mayor interés por la protección de los derechos de estas personas, tal es así, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha impulsado una serie de acciones tendientes a vigilar la no vulneración de los derechos, para el efecto se han realizado múltiples visitas in loco, con el propósito de verificar la situación en que se encuentran las personas privadas de la libertad, asimismo, esta “[...] *Comisión Interamericana en su 119 Periodo de Sesiones de marzo de 2004, estableció formalmente la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad en las Américas [...]*”¹⁴, y entre las funciones encontramos que se han centrado en tres líneas de acción totalmente claras a saber: “[...] *visitas a centros de privación de la libertad de todo tipo; diálogo con las autoridades encargadas del diseño de políticas penitenciarias y la administración de los centros penales; y reuniones con organizaciones de la sociedad civil comprometidas con el trabajo a favor de los derechos de las personas privadas de libertad. Además,*

¹³ Ávila Santamaría, Ramiro, La (In) Justicia Penal, en la Democracia Constitucional de Derechos, Quito, 2013, pág. 45.

¹⁴ <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/>

*se realizan actividades académicas y de promoción, principalmente dirigidas a funcionarios encargados de hacer cumplir la ley.[...]*¹⁵

Cabe señalar, que los hacinamientos, así como, la falta de aplicación y el estricto respeto a los derechos de las personas privadas de la libertad han provocado vulneraciones a los derechos de estas personas, los mismos que han traído consigo hasta el pago de indemnizaciones ordenadas por ejemplo en sentencias a nivel de los órganos del sistema interamericano.

i) Precisamente uno de los casos que se siguió en contra del Estado Ecuatoriano, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata del caso Vera Vera y otra Vs. Ecuador, y, en la sentencia de 19 de mayo de 2011, dicho organismo resuelve en el siguiente sentido:

*“En su demanda, la Comisión se refirió a una supuesta situación generalizada en el Ecuador de “sobrepoblación de presos en establecimientos del sistema penitenciario [,] pobre dotación de las clínicas de salud en los centros penitenciarios en términos de equipos y medicinas, así como [de] falta de requerimientos mínimos [como] acceso a atención médica”, entre otros, al alegar las violaciones de derechos humanos sufridas por el señor Pedro Miguel Vera Vera en 1993. [...]*¹⁶

Tal como se aprecia en líneas anteriores, se trata de un hecho ocurrido en los años de

1993, pues el señor Pedro Miguel Vera Vera, sufre un disparo en su cuerpo, es llevado a un centro de privación de libertad, no obstante no se le provee en forma inmediata de la atención médica, es decir se vulneró su derecho a la salud, y en este caso particular la vulneración de este derecho provocó el fallecimiento de este ciudadano, afectando consecuentemente uno de los derechos fundamentales que es el derecho a la vida.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en dicha sentencia, refiere en su párrafo.

“39. Este Tribunal ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos²⁹. En razón de dicho carácter, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para su pleno goce y ejercicio³⁰.”¹⁷

De la misma forma, la Corte se pronuncia sobre la responsabilidad del Estado frente a los privados de la libertad, señalando que:

“42.- El Tribunal ha señalado que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos que establece el artículo 1.1 de la Convención Americana derivan deberes especiales determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o

¹⁵ <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/mandato/funciones.asp>.

¹⁶ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 19 de mayo de 2011, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, párrafo 30.

¹⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 19 de mayo de 2011, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, párrafo 39.

por la situación específica en que se encuentre³³. En tal sentido, esta Corte ha indicado que, de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal. Como responsable de los establecimientos de detención, el Estado se encuentra en una posición especial de garante de los derechos de toda persona que se halle bajo su custodia³⁴. Esto implica el deber del Estado de salvaguardar la salud y el bienestar de los reclusos y de garantizar que la manera y el método de privación de libertad no excedan el nivel inevitable de sufrimiento inherente a la detención³⁵. En este sentido, los Estados no pueden invocar privaciones económicas para justificar condiciones de detención que no cumplan con los estándares mínimos internacionales en esta área y no respeten la dignidad del ser humano³⁶.¹⁸

La Corte también dice:

“78. Al respecto, el Tribunal observa que en el presente caso la negligencia médica de las autoridades estatales ante el tipo de lesión que sufrió el señor Vera Vera, es decir, una herida de bala, ocasionó un doloroso deterioro en su estado físico durante el transcurso de diez días, que culminó con su muerte, resultados que pudieron haberse evitado con tratamiento médico adecuado y oportuno (supra párr. 75). Asimismo, por su estado de salud y por su privación de libertad, era evidente que el señor Vera Vera no hubiera podido valerse por

sí mismo para que fuera atendido de manera oportuna ya que ello era una obligación de las autoridades que estaban a cargo de su custodia. Para la Corte, estos hechos configuran tratos inhumanos y degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana en detrimento del señor Vera Vera.”¹⁹.

Finalmente, en el caso sub judice, la Corte Interamericana de Derechos humanos, resolvió, que:

“2. El Estado es responsable por la violación de los derechos a la integridad personal y a la vida establecidos en los artículos 5.1, 5.2 y 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Pedro Miguel Vera Vera, en los términos de los párrafos 38 a 79 de la presente Sentencia.”²⁰ pág. 57, de la misma forma, se establece que “[...] El Estado es responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de dicho instrumento, en perjuicio de Pedro Miguel Vera Vera y Francisca Mercedes Vera Valdez, [...]”²⁰, asimismo, “se declara que el estado Ecuatoriano es responsable por la [...] violación del derecho a la integridad personal establecido en el artículo 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Francisca Mercedes Vera Valdez, [...]”.

¹⁸ *Ibíd.* 19.

¹⁹ *Ibíd.* Pág. 33.

²⁰ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 19 de mayo de 2011, Caso Vera Vera y otra vs. Ecuador, Pág. 57

Tal como se puede evidenciar, se trata de uno de los casos que ha llegado hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos y este órgano resuelve que efectivamente se han vulnerado derechos de una persona privada de la libertad, por lo tanto, los derechos contemplados en la norma constitucional y los instrumentos internacionales, no pueden convertirse en letra muerta, sino que, son de aplicación inmediata como bien dispone la misma carta magna, en el caso sub lite, se evidencia que se vulneró el derecho a la salud que tiene una persona privada de la libertad, y la falta de observancia a este derecho, trajo consigo la muerte de una persona, sin considerar que el derecho a la vida es fundamental que requiere de la mayor protección por todos los organismos e instituciones, funcionarios entre otros.

II.- De la misma forma, en el caso Tibi vs. Ecuador, en la sentencia de 7 de septiembre de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado en el siguiente sentido:

En dicha sentencia, en el párrafo 3, encontramos lo que ocasionó que éste caso llegue a la Comisión y posteriormente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el numeral 3 de la sentencia consta:

“3. De acuerdo con los hechos alegados en la demanda, el señor Daniel Tibi era comerciante de piedras preciosas. Fue arrestado el 27 de septiembre de 1995, mientras conducía su automóvil por una calle de la Ciudad de Quito, Ecuador. Según la Comisión, el señor Tibi fue detenido por oficiales de la policía de Quito sin orden judicial. Luego fue llevado en avión a la ciudad de Guayaquil, aproximadamente a 600 kilómetros de

Quito, donde fue recluso en una cárcel y quedó detenido ilegalmente por veintiocho meses. Agrega la Comisión que el señor Daniel Tibi afirmó que era inocente de los cargos que se le imputaban y fue torturado en varias ocasiones, golpeado, quemado y “asfixiado” para obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico. Además, la Comisión indicó que cuando el señor Tibi fue arrestado se le incautaron bienes de su propiedad valorados en un millón de francos franceses, los cuales no le fueron devueltos cuando fue liberado, el 21 de enero de 1998.”

Con estos antecedentes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presenta la demanda en contra del Estado Ecuatoriano, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que se han vulnerado varias normas y se resumen de la siguiente forma:

“La Comisión presentó la demanda con base en el artículo 61 de la Convención Americana, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal), 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5 y 7.6 (Derecho a la Libertad Personal), 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.d, 8.2.e, 8.2.g y 8.3 (Garantías Judiciales), 21.1 y 21.2 (Derecho a la Propiedad Privada) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, todos ellos en conexión el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio del señor Daniel David Tibi (en adelante “Daniel Tibi”, “Tibi” o “la presunta víctima”). Además, la Comisión señaló que el Estado no otorgó al señor Tibi la posibilidad de interponer un recurso contra los malos tratos supuestamente recibidos durante su detención ni contra su detención preventiva prolongada, la cual se alega violatoria de la propia legislación interna, y que tampoco existía un recurso rápido y sencillo que se pudiera interponer ante un tribunal competente para protegerse de las violaciones a sus derechos fundamentales.”

La Corte por su parte, en la sentencia en el párrafo 103 dice:

“103. De conformidad con los artículos 19.17.h de la Constitución Política y 172 y 174 del Código de Procedimiento Penal del Ecuador, vigentes al momento de los hechos, se requiere orden judicial para detener a una persona, salvo que haya sido aprehendida en delito flagrante. En el presente caso, está probado que en la detención del señor Daniel Tibi no se cumplió el procedimiento establecido en las citadas normas. Efectivamente, la presunta víctima no fue sorprendida in fraganti, sino que fue detenida cuando conducía su automóvil en la ciudad de Quito, sin que existiera orden de detención en su contra, que se expidió al día siguiente de dicha detención, es decir, el 28 de septiembre de 1995 (supra párr. 90.13). A la luz de lo anterior, la detención ilegal del señor Daniel Tibi configura una violación al artículo 7.2 de la Convención Americana.”²¹

Es decir que, no solo que la detención fue totalmente arbitraria e ilegal, por no existir orden de autoridad competente, ni siquiera se cumplieron con las exigencias para proceder con la detención de un ciudadano, a esto se agrega que, tampoco se trataba de un delito flagrante, por cuanto, de acuerdo a lo prescrito en la norma constitucional vigente a la época, en el Art. 19.17. “g) Nadie será privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse sin fórmula de juicio por más de 24 horas; en cualquiera de

los casos, no podrá ser incomunicado por más de 24 horas;” no obstante el reconocimiento de esta garantía, fue vulnerado por las autoridades de aquel entonces.

En el párrafo 104 se describe, como en base a una declaración de un coacusado se basaron para proceder con la detención del señor Tibi:

“104. Se ha constatado que la detención del señor Tibi se sustentó en la declaración singular de un coacusado, lo cual está prohibido por el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal, que establecía que “en ningún caso el juez admitirá como testigos a los coacusados [...]”. En dicha declaración, el señor Eduardo Edison García León afirmó que “un sujeto francés de nombre Daniel, [...] llegó a proveerle hasta cincuenta gramos de [cocaína] por dos o tres ocasiones” (supra párr. 90.8)”²².

En el párrafo “106. La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

107. El Estado dispuso la prisión preventiva del señor Daniel Tibi, sin que existieran indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida. Por ello, este Tribunal considera que la prisión preventiva a

²¹ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador, pág. 61

²² *Ibíd.*

*la que estuvo sometido el señor Tibi fue arbitraria y constituyó violación del artículo 7.3 de la Convención.*²³

Finalmente la Corte acepta dicha demanda y en el párrafo 162 dice:

*“162. En consecuencia de lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 5.1, 5.2, 5.4 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, e inobservó las obligaciones previstas en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, en perjuicio del señor Daniel Tibi; y violó el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Beatrice Baruet, Sarah y Jeanne Camila Vachon, Lisianne Judith Tibi y Valerian Edouard Tibi.”*²⁴

Considero, que estas sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han sido las que han servido de base para que la legislación nacional

sea modificada incluida la misma norma constitucional, donde en forma amplia se reconocen derechos y garantías del debido proceso, y todos los derechos que tienen las personas privadas de la libertad.

Por lo tanto, son los jueces y juezas los responsables de vigilar el respeto a los derechos que tienen las personas privadas de la libertad por cualquiera de las causas, sin discriminación alguna.

Las violaciones a los derechos de las personas privadas de la libertad de los dos casos citados a manera de ejemplo, no pueden volver a ocurrir y peor aún, cuando el Estado Ecuatoriano se caracteriza, por ser un Estado constitucional de derechos y justicia, y su postulado es el respeto a los derechos humanos y asegurar a toda la ciudadanía el buen vivir o el *sumak kausay* que es la máxima aspiración de todos los seres humanos.

²³ *Ibíd.*

²⁴ *Ibíd.* Pág. 77.



La Administración de Justicia y el Proceso Penal en la Legislación Actual

Dr. Merck Benavides Benalcázar

Juez Nacional Penal de la Corte Nacional de Justicia

La administración de justicia penal, está encaminada a proteger los bienes jurídicos de los ciudadanos, sancionando delitos que se encuentran tipificados y sancionados por la ley penal. “Es necesario dotar a la legislación procesal de vías adecuadas para poder responder a la variedad de conflictos que se presentan en el ámbito penal”¹, para lo cual, es necesario reconocer que el objeto que protege la administración de justicia penal se encuentra constituido por el conjunto de principios requeridos para que se cumpla la función del Derecho, con la prestación que entrega a la sociedad. Es así que la Norma Suprema de la República del Ecuador, contiene disposiciones encaminadas a la protección eficaz del debido proceso, que incluye las garantías básicas del derecho a la defensa, la presunción de inocencia, la correcta aplicación del

principio de legalidad, de proporcionalidad, determinación de la eficacia probatoria, el indubio pro reo, (Art. 76 CRE); la normativa penal siempre debe ser coherente a los principios constitucionales y a los tratados internacionales de derechos humanos, que contienen garantías y principios pertinentes a la administración de justicia penal.

Para que se cumplan los postulados básicos de la justicia penal, es necesario que las y los jueces administren justicia de manera independiente, esto es, sin ningún tipo de injerencia interna ni externa, pues las resoluciones parcializadas, tergiversan el sentido de la justicia, entonces el juez debe ser garante de los derechos de las partes, estableciendo un equilibrio y seguridad jurídica.²

¹ Fondo Justicia y Sociedad, Fundación Esquel–Usaid, *La evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador*, Quito, 2003, p.

² La Corte Nacional de Justicia en su publicación Ratio Decidendi Obiter Dicta–Sentencias 2012-2013–Fallos de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, se refiere a la seguridad jurídica (pp. 291-294) en la Resolución No. 016-2013, del Juicio No. 389-2012, de 22 de enero de 2013, en un recurso de Casación por delito de tránsito con muerte señala: “Resumen de la resolución: La Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha desestimo los recursos de apelación interpuestos por acusador y acusado, confirmando la sentencia dictada por el Juez Quinto de Tránsito de Pichincha en la que se declara al señor Luis Ángel Nagua Tene autor y responsable del delito tipificado en el art 127,

Roberto Gargarella sostiene que la discusión más importante de la Filosofía Política tiene relación con el uso de la fuerza coercitiva por parte del Estado y como se relaciona con la justicia penal, pues a través de los aspectos básicos de las políticas penales se puede llegar a resolver problemas cruciales vinculados con la justicia social³, por lo tanto esta relación entre las justicias anteriormente indicadas, permite reflexio-

nar la forma como se administra justicia en la mayoría de los países del mundo, aclarando que se usa medios coercitivos en contra de los infractores y sobretodo de los más vulnerables, lo cual significa que existe una discriminación de aquellos, razón por la cual, los Estados siempre deben pensar, a través de sus gobernantes y de los operadores de justicia penal, en especial de los jueces que administran justicia en esta materia,

de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial (accidente de tránsito con muerte) imponiéndole la pena de tres años de prisión. Al fundamentar el recurso, el acusador señaló que no se aplicó en debida forma lo dispuesto en el artículo 127, ya que debía aplicarse al máximo de la pena. Por su parte, el sentenciado considero que existió errónea aplicación de este artículo, puesto que el accidente no se debió a imprudencia o inobservancia de la ley, sino a un caso fortuito, ya que hizo una maniobra para evitar la colisión en el preciso momento en que la señorita Anabelle Sánchez, de forma imprudente, cruzaba por delante del vehículo, por lo que resulto fallecida pese a que se encontraba disminuyendo la velocidad. La Fiscalía señala que existe doble conforme en la sentencia expedida por el Juez y por la Sala de Garantías Penales, determinándose la existencia del delito y la responsabilidad del sentenciado, que no existió caso fortuito y que mediante la casación solo se tiene que revisar si hubo errores en derecho. La Corte Nacional de Justicia concluyo que no existe vulneración a normas constitucionales o legales y que la sentencia ha sido dictada en forma motivada, por lo que declaro improcedente el recurso de casación. Ratio decidendi—Razón de la decisión. Definición de caso fortuito: En los delitos culposos la tipicidad depende de la comprobación de una acción que ha producido un peligro jurídicamente desaprobado y requerido para su punibilidad, presupuestos que han sido debidamente razonados para determinar que no existió caso fortuito y, por tanto, rechazar el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado. Extracto del fallo: “En ningún momento se demuestra que el hecho constituya un caso fortuito, más bien se configura un acto de negligencia que implica un riesgo tanto para el conductor como para terceros por la omisión en su conducta frente a las consecuencias que si son previsibles... Los recurrentes en ningún momento han logrado demostrar que la Sala de Apelación, ha violado las disposiciones legales aludidas.” Obiter dicta (criterios complementarios): La casación procede de la sentencia de instancia y no de la del primer nivel. El acusador particular cuestiona la sentencia dictada por el Juez de primer nivel; el cuestionamiento no procede por cuanto en materia penal la casación procede únicamente de las sentencias que pongan fin a los procesos y no de la del juez de primer nivel. Obiter dicta (criterios complementarios): El acervo probatorio debe ser valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Los jueces ad quem en forma minuciosa, hacen el análisis lógico y profundo de cada una de las pruebas. El acervo probatorio fue analizado en su momento por los juzgadores de instancia de acuerdo a las reglas de la sana crítica, lo que les ha permitido establecer la existencia de la infracción. Los jueces no son libres de razonar a voluntad, en forma discrecional o arbitrariamente, sino a partir de las consideraciones antes señaladas, lo que en este caso permitió al juzgador de instancia establecer la existencia de la infracción y su responsabilidad, lo que sirvió de sustento para resolver y ratificar la pena. Obiter dicta (criterios complementarios): Es obligación de los jueces cumplir las garantías del debido proceso y, así garantizar seguridad jurídica al ciudadano. La seguridad jurídica implica la certeza sobre el derecho escrito y vigente, la confiabilidad en el orden jurídico y la previsibilidad del derecho, lo que supone el cumplimiento de normas de debido proceso que aseguran el cumplimiento de un conjunto de garantías que protegen al ciudadano.”

³ GARGARELLA, R. *De la justicia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre, 2008, Bogotá, pp. 77-80.

la indicada justicia es genérica, es decir para todos los habitantes de una sociedad determinada, en igualdad de condiciones, sin discriminación de ninguna naturaleza, sino más bien cumpliendo el debido proceso y respetando las garantías de los justiciables.

Le corresponde al Derecho Procesal Penal, hacer efectiva la justicia, a través de los procedimientos, mediante los cuales se realice una investigación con la finalidad de encontrar la verdad procesal y así dictar una sentencia justa, sancionando al infractor o absolviéndole de culpa en los casos que así lo amerite, todo esto en base a las pruebas de cargo y de descargo investigadas previamente por el fiscal, ya que esta autoridad tiene la obligación de cumplir con un principio constitucional y legal, como es el de objetividad. Francisco Muñoz y Mercedes García, consideran que la función del juzgador, no consiste solamente en la subsunción de los hechos a la norma, sino también lo que rige en concreto la vida social⁴, por lo indicado, la aplicación de la norma penal, es en relación al hecho fáctico y todo lo que tiene relación con la vida social, donde se comete la infracción, lo que significa que algunos elementos existen fuera de lo que de manera expresa determina la ley, basados en la doctrina y jurisprudencia.

Claus Roxin manifiesta que el objeto del proceso penal, es lo que tiene que ver con el procesado que ha cometido acciones punibles, y en el caso de encontrarle

responsable, cuáles serían las consecuencias jurídicas, diferenciando con lo que es el objeto del proceso que se refiere únicamente al hecho de la acusación de la persona procesada, es decir que la identidad del objeto del proceso tiene dos componentes: la identidad de la persona y la identidad del hecho⁵, en consecuencia, el juzgador debe considerar en primer término al sujeto activo del delito, mismo que debe estar debidamente identificado e individualizado, para que acto seguido, busque el nexo causal con el hecho delictivo cometido y relacione estos dos aspectos con la norma jurídica que tipifica y sanciona esa acción u omisión que violenta un bien jurídico protegido en contra de la víctima.

Teresa Armenta Deu, al referirse al proceso penal, manifiesta que “...*el fin fundamental del proceso penal es la actuación del ius puniendi estatal que obedece o proviene, esencialmente de la atribución exclusiva al Estado, de la facultad de imponer penas; el Estado tiene la facultad, pero también el deber, de castigar las conductas delictivas, de las que tenga conocimiento y esa facultad—deber sólo pueden ejercitarlo los Jueces y Tribunales a través del proceso penal*”⁶, es decir que el *ius puniendi* que le corresponde al Estado, se lo efectiviza a través del inicio de un proceso penal, que está a cargo del fiscal y según lo que dispone la ley, constituye el titular del ejercicio de la acción penal pública, correspondiéndoles a los jueces y tribunales, administrar justicia, respetando los principios

⁴ MUÑOZ CONDE, F. (y GARCÍA, M), *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, 2010, Valencia, p. 132

⁵ ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal, El Puerto*, 2003, Buenos Aires, pp. 159-160

⁶ ARMENTA, D., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2009, Madrid, p. 27-28

y garantías establecidos en la Constitución de la República y en los tratados y acuerdos internacionales, para que luego de valorar las pruebas de cargo y de descargo, dictar una sentencia justa que permita garantizar la paz social y será condenatoria fundamentalmente cuando se prueba la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, caso contrario, o de existir duda razonable sobre la responsabilidad del sujeto activo del delito se lo absolverá de toda culpa, o según la legislación penal se ratificará su estado de inocencia.

Jose Thompson considera que “...la mayoría de los jueces posee una formación jurídica, inadecuada para evaluar, en el mundo complejo de hoy, las consecuencias económicas, sociales y criminológicas del delito que han de juzgar y de la sanción que eventualmente pronunciarán; las penas clásicas (prisión y multa) no han probado la eficacia que de ellas esperaba el legislador; se carece de lineamientos generales para la articulación coherente de una política criminal moderna y progresiva”⁷. Entonces el Derecho Penal tiene como finalidad imponer una sanción al que ha cometido un delito, ya sea por acción u omisión, pero es verdad que ni las penas privativas de libertad, ni las económicas, han dado una respuesta positiva, respecto de la rehabilitación integral del delincuente, considerando que si bien es cierto, las normas constitucionales y legales, establecen los lineamientos como debe ser rehabilitado el infractor, en la realidad, al no darse cumplimiento a dicha normativa jurídica, se violan los derechos fundamentales de dichas personas y lo que es más, al no ser rehabilitado de manera efectiva, en

el futuro se convierten en reincidentes en la comisión de delitos e incluso por discriminación de la propia sociedad en todos los campos, en especial el educativo, laboral, social y económico.

Es de gran importancia referirse a lo que es el Derecho Penal, su propósito y de manera concreta cuando se lo debe aplicar, tomando en cuenta que la Constitución de la República, hace referencia a que la Fiscalía General del Estado, debe regirse por el principio de mínima intervención penal, considerándolo al mismo desde el punto de vista del Derecho Sustantivo y Adjetivo Penal (*última ratio*). Muñoz Conde al referirse al Derecho Penal, manifiesta que son normas vinculantes que deben ser respetadas por todos los miembros de la comunidad y que el sistema elegido es la sanción cuando una persona incumple la norma penal; y, que el titular del orden jurídico es el Estado, que es el reflejo de un determinado orden social que permite regular la convivencia de un modo organizado y pacífico⁸, por lo que las normas jurídicas de carácter penal, antes de ser dictadas por el legislador, debe existir un análisis previo de la necesidad social de las mismas, considerando que su finalidad es la de garantizar el orden social y fundamentalmente los bienes jurídicos protegidos que han sido considerados por la normativa penal, en base a una realidad socioeconómica, política y el avance de la ciencia y la tecnología.

Rodolfo Vigo considera a la justicia como la medida de todos los actos buenos y de las virtudes respectivas donde se requiere

⁷ THOMPSON, J., *Justicia Penal en Centroamérica y Caribe*, Closas–Orcoyen, S.L., 1989, Madrid, p. 43

⁸ MUÑOZ, F. *Derecho Penal y Control Social*, Nomos S.A., 1999, Bogotá, p. 10–18

la prudencia jurídica para discernir lo justo y la voluntad de querer darlo, considera la prudencia como la que inhibe en la razón práctica y la justicia en la voluntad, considerando que el juez cumple una función de discernimiento racional, pero la justicia controla ese apetito espiritual cuyo objetivo es lo suyo de cada uno y el querer que este sea recibido por su titular, por lo que el juzgador debe gozar de una razón prudencial para que sea justo en cada caso puesto en su conocimiento, ya que los miembros de la sociedad están convencidos que ir al juez es ir a la justicia, entonces el juez debe tomar conciencia de su función porque es el único que otorga justicia, pues el ciudadano común que asiste a un despacho judicial, piensa en primer término en la imagen de un juez, el cual debe demostrar ser una persona íntegra y respetada por los demás.⁹

El proceso penal tiene como finalidad fundamental, materializar la aplicación del Derecho Sustantivo Penal, para lo cual es necesario que exista una víctima, que es la que sufre gravamen como consecuencia de la comisión del delito, para luego activar la acción penal por parte del titular de la misma, que al tratarse de los delitos

del ejercicio público de la acción, es el fiscal, autoridad administrativa que según la Constitución de la República y la ley, es quien debe realizar la investigación previa sino se trata de un delito flagrante o iniciar la correspondiente instrucción si tiene los elementos de convicción necesarios, en una audiencia oral, pública y contradictoria que debe llevarse a cabo ante el juez de garantías penales.

Los artículos 194 y 195 de la Constitución de la República¹⁰ establecen que la Fiscalía General del Estado es un órgano de la Función Judicial que goza de autonomía y actuará con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal. Pero es importante considerar que el fiscal tiene la obligación de realizar una investigación integral, es decir buscando elementos de convicción de cargo y de descargo¹¹, vale decir que ese sujeto procesal “fiscal” a quien le interesa buscar la verdad material cuando sea posible o por lo menos la verdad procesal.

El tratadista Salvador Viada Bardají al referirse a los fines del proceso penal manifiesta: “Ello nos deriva ahora a dos fines

⁹ VIGO, R. *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Ábaco, 2009 Buenos Aires, pp. 361-362

¹⁰ Art. 194.- *La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.*

Art. 195.- *La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.*

¹¹ Artículo 5.- *Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: 21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.*

objetivos básicos del derecho procesal penal: por un lado—como hemos dicho—la materialización del derecho penal tratando de establecer una verdad material respetuosa con los derechos fundamentales; y, por otro, evitar la condena de los inocentes. Esa finalidad, que parece perfectamente coherente con la vigencia de un sistema procesal propio de un sistema político democrático, obliga en mi opinión a establecer un modelo de proceso que garantice—hasta donde es posible en la elaboración de una norma humana—las posibilidades de defensa individual frente a las acusaciones que reclaman una sanción de naturaleza penal”¹²

El procesado tiene derecho de defensa tanto material como técnica; la primera la ejercita por sus propios derechos de manera personal, la segunda le corresponde al abogado de su elección y confianza o de un defensor público en el caso de que no cuente con los recursos económicos para contratar un profesional con conocimientos del Derecho Penal, pero es necesario aclarar que durante todo el proceso penal incluso en la impugnación el procesado goza de la presunción de inocencia, hasta cuando se dicte una sentencia condenatoria y esta se encuentre ejecutoriada. El artículo 76.2 de la Constitución de la República expresamente dispone: “*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 (...) 2. *Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada*”. Cuando la norma constitucional hace referencia al debido proceso, tiene relación con todos los principios del debido proceso, pero la norma constitucional antes indicada, tiene relación exclusivamente con la garantía de presunción de inocencia del procesado, misma que subsiste hasta cuando no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, y es allí cuando recién pierde esa presunción y se puede decir que se trata ya de un sentenciado, autor o cómplice de la comisión de un delito.

El juzgador tiene que actuar suponiendo los principios de independencia e imparcialidad, como dispone el artículo 76.7, k) de la Constitución de la República¹³, esto es que no puede ni debe recibir ningún tipo de influencia para tomar la decisión en un caso concreto, ya sea esta de carácter social, económica, política o de cualquier otra índole, porque, su actuación con independencia le permite administrar justicia, dando a cada quien lo que le corresponde generando credibilidad a los justiciables y la sociedad en general; cuando hablamos del principio de imparcialidad significa que el juez durante la tramitación de todo el proceso penal no puede realizar actos que le favorezcan a uno de los sujetos procesales, como por

¹² Viada Bardají, Salvador, (2010), *Los Fines del Proceso Penal*, editorial LA LEY, Madrid-España, págs. 2 y 3.

Art. 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: k). Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.*

¹³ Art. 76.- *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: k). Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.*

ejemplo hacer prueba de oficio, ya sea examinando, contra-examinando a testigos o peritos, o pidiendo aclaraciones o ampliaciones a los mismos, siendo la única excepción la de solicitar explicaciones; si el juez practica prueba de oficio no solo violenta el principio de imparcialidad sino, también el principio dispositivo comprendido desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal.

Pero además es necesario que dentro del proceso penal se cumpla con el principio de igualdad establecido en el artículo 5.5 del Código Orgánico Integral Penal¹⁴, siendo obligación de los servidores judiciales hacer efectivo el cumplimiento de este principio, mismo que dispone: “Artículo 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios (...) 5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad”

El tratadista Salvador Viada Bardají al referirse a este principio expresa: “La existencia de diferencias económicas de mayores medios materiales para articular la defensa por unos ciudadanos respecto de otros, o la configuración del código penal como un conjunto de preceptos que enmarcan un tipo de criminalidad marginal, conforme a los postulados no nos sirve para establecer un criterio sobre una cuestión cualquiera

que sea la opinión que sirve estas cuestiones se sostenga. Pero si analizamos por un lado la existencia de preceptos procesales carentes por un completo de sentido en el contexto de una delincuencia ordinaria, tal y como ocurre por ejemplo con la inmunidades parlamentarias... a pesar de la jurisprudencia restrictiva establecida por el Tribunal Constitucional de España, vemos que las diferencias entre el tratamiento procesal a unas personas respecto de otras es enorme”¹⁵. Por lo expuesto es necesario que los jueces o magistrados en cada uno de los casos puestos a su jurisdicción y competencia, procuren que se cumpla con el principio de igualdad, esto es si el fiscal es el que acusa, el procesado de manera obligatoria debe tener a su lado un abogado defensor privado o público, que garantice el derecho a su defensa y de manera general se debe cumplir con el mandato constitucional establecido en el artículo 11.2 de la Carta Magna que dice: Artículo. 11.-“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:(...) 2.Todas las personas son iguales y gozarán 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. (...)”. De esta manera, se busca asegurar un debido proceso, donde los resultados sean apegados a la realidad del caso, pero siempre respetando los derechos de cada uno de los sujetos procesales, porque el juez tiene una obligación ineludible que es la de garantizar el trato igualitario a todos ellos que participan en el proceso penal, porque vivimos en un Estado Constitucional de derechos y justicia donde el juzgador es eminente garantista.

Con el nuevo modelo constitucional lo que se pretende, es que los derechos de los sujetos procesales prevalezcan dentro de un proceso penal y de esta manera los resultados sean más humanizados desde el punto de vista judicial, principalmente en el Derecho Penal, es así que el tratadista Zambrano Simball Mario nos expone que: *“El debido proceso es un derecho constitucional, por tanto, es de rango superior e impregna a todo el sistema jurídico de un país; en consecuencia nada ni nadie puede sustraerse de él. Todos los actos y procedimientos de los funcionarios de los órganos de poder público deben ceñirse a él, de lo contrario, atentarían contra el estado de derecho”*.¹⁶ Dando como resultado que el proceso penal en nuestro Estado sea reglado y garante de derechos, pues bien no olvidemos que la rama del Derecho Penal es una área muy sensible dentro de la sociedad ya que se pone en juego la libertad de una persona y la restitución de los daños causados a la

víctima, aspecto que se encuentra regulado en el artículo 76 de la Constitución de la República¹⁷, los cuales se manifiestan en todos sus numerales y literales.

En el ejercicio público de la acción los actos procesales gozan de legalidad es decir, que estos actos deben ser con apego a lo que determina la Constitución de la República y la ley; según Perdomo Torres Jorge indica *“el principio de legalidad hace relación a la obligación de todos los órganos de las ramas del poder público del Estado—legislativa, ejecutiva y judicial—y sus representantes de dirigir sus actuaciones conforme al derecho vigente, esto es, al conjunto de normas que el legislador ha consagrado como derecho positivo y que responden a la evolución cultural de una sociedad determinada, en esa medida también materializadas”*¹⁸. Este principio determina y obliga a los órganos de justicia a hacer lo que establece la ley pues así se garantiza un correcto proceder dentro del proceso penal, evitando algún tipo de corruptela dentro del proceso y así mismo asegurar la eficacia e imparcialidad de las resoluciones dictadas por los servidores públicos.

Según lo que determina el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5.1, 2 y 3¹⁹, este principio de legalidad además de regular las actuaciones de los servidores públicos también establece los parámetros dentro de los cuales se va a dar el proceso

¹⁶ Zambrano Simball, Mario. (2009). *Los Principios Constitucionales del Debido Proceso y las Garantías Jurisdiccionales*, Ph EDICIONES, Ecuador, pág. 7.

¹⁷ Art. 76 *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso.*

¹⁸ Perdomo Torres, Jorge. (). *Fundamentos Constitucionales y Teórico—Penales, y su Regulación en el Derecho Procesal Penal Colombiano*, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Colombia, pág. 22.

¹⁹ Art. 5. 1, 2 y 3 *Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.*

penal y los derechos que se van generando dentro del mismo, para salvaguardar el derecho a la igualdad que brinda la Constitución de la República, como es el caso de la favorabilidad, economía procesal, proporcionalidad, el derecho a la defensa, decisiones debidamente motivadas, pues en la actualidad la nueva normativa instaurada en nuestro ordenamiento jurídico es de carácter mixto, es decir que tiene algo del finalismo²⁰ tratando de obtener resultados visibles y prácticos del modelo de gestión y los procesos que se están adecuando a la realidad nacional. Hans Wensel explica la “finalidad” o actividad finalista de la acción, afirmando que: *“se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos, sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobre determina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo Wensel²¹”*.

Lo que en este caso podemos apreciar es que el ordenamiento trata de observar el resultado del delito, y, como este puede ser solucionado de una manera práctica y pacífica, donde los resultados sean los más

apropiados tanto para la víctima como para el procesado, desde un punto de vista de los derechos humanos, para lo cual, se observara la favorabilidad, como un principio fundamental en beneficio del procesado, en especial cuando existen dos normas jurídicas que imponen sanciones diferentes a un mismo hecho delictivo, en cuyo caso se debe aplicar la menos rigurosa por parte del juzgador, ya sea a petición de parte o de oficio.

La favorabilidad también conocida como *in dubio pro reo*, hace referencia a utilizar la ley que sea menos rigurosa en su sanción, es decir aplicar lo mejor para la persona procesada, desde el punto de vista imperativo de la Constitución, y en la aplicación del procedimiento se da ya que con la mínima intervención del Estado y el principio de oportunidad, lo que se está dando es una opción más para que el infractor pueda reparar el daño causado a la víctima y la sanción que se le imponga sea más humanizada y de esta forma cumpliendo con las normas constitucionales y de derechos humanos.

Dentro de la aplicación de este mecanismo siempre deberá existir la proporcionalidad de entre el acto doloso que se cometió y la forma en la que se pretende restituir el daño causado. Al respecto el tratadista Luis Carrión Cueva manifiesta: *“Esta*

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.

3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

²⁰ Artículo 1.- Finalidad.- Este Código tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas

²¹ Hans Wensel, *Teoría de la Acción Finalista*, (1951), BIBLIOTECA JURÍDICA ARGENTINA, Buenos Aires—Argentina, pág. 19 y 20.

garantía constitucional impide que el legislador imponga penas muy drásticas y desproporcionadas. En todo el sistema jurídico debe primar la proporcionalidad entre infractores y penas: en los asuntos penales (...).²² Es así que la sanción que se imponga dentro del proceso debe estar relacionada con el acto cometido, según lo que establece el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República²³ ya que tampoco se puede lesionar algún derecho del infractor y todas las decisiones que se tomen dentro del proceso deberán estar sujetas a lo determinado en la ley y el nivel de satisfacción que surta a la víctima y las posibilidades del procesado.

Como se manifestó en las primeras líneas de este artículo, en lo que respecta a las atribuciones del fiscal, y, el nuevo modelo del proceso penal en aplicación de los principios de oportunidad y la mínima intervención del Estado, se pretende obtener resultados prácticos, donde los procesos penales sean de poca duración y con efectividad jurídica, considerando el aspecto procesal tripartita Estado, víctima y procesado, garantizando una celeridad dentro del proceso penal y una eficaz aplicación del Derecho. Es así que el tratadista Javier Villanueva Meza manifiesta que: “...la concepción de derecho penal mínimo (vigente y posible), acorde a las tendencias más elaboradas de la ciencia penal contemporánea, cimentada en sistemáticos

y sólidos cuerpos normativos (sustantivos y adjetivos), de suerte que la criminalización, judicialización y desjudicialización de ciertos comportamientos desviados (delictivos) se hará lejos de la actual codificación e instrumentalización inútil del derecho penal²⁴”. La mínima intervención²⁵ establecida en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, apoyado con este precepto, nos demuestra que el objetivo del nuevo ordenamiento jurídico es que el Derecho Penal se torne de “ULTIMA RATIO” o última opción, es decir que la vía penal se la ventilará en casos donde las nuevas alternativas expuestas por el Código Orgánico Integral Penal, no cumplan con su función como es el caso de la conciliación, el procedimiento abreviado, la suspensión condicional de la pena y el principio de oportunidad, los cuales tendrán como finalidad tratar de que el proceso sea más rápido, efectivo y eficaz, estos se aplicarán en virtud de la reparación integral a los daños causados a la víctima, en los casos en que la ley lo permita; además de que el trato que obtendrá el procesado será más humanitario, prevaleciendo la posibilidad para que éste pueda resarcir el daño, sin necesidad de daño psicológico, moral, económico o social dentro del proceso, a más perder un derecho tan preciado y poco valorado como el derecho a la libertad; debiendo señalar que el Ecuador no cuenta con una política penitenciaria adecuada a nuestra realidad,

²² Carrión Cueva, Luis (2013), *El Debido Proceso*, Ediciones Cueva Carrión, Ecuador, pág. 14.

²³ Art. 76 numeral 6 - Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

²⁴ Villanueva Meza, Javier (2011), *El principio de oportunidad justicia restaurativa. Transicional y Transaccional-Mediación Penal y Conciliación Civil-en el Sistema Penal Acusatorio*, LIBRERÍA JURÍDICA SÁNCHEZ R. LTDA., Medellín-Colombia, pág. 159.

²⁵ Artículo 3.- Principio de mínima intervención.- La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

pues no existe una rehabilitación dentro estos centros destinados a cumplir las penas impuestas a los sentenciados, se aclara que los mismos no cuentan con una infraestructura y personal adecuado para cumplir el objetivo que es la rehabilitación integral.

La mínima intervención es un mecanismo nuevo dentro de nuestro ordenamiento y se apoya con el principio de oportunidad, estos se incorporan a nuestra legislación como una necesidad práctica, apegada a nuestra realidad nacional pues bien, no hay que olvidar que hasta antes de la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo, los procesos penales eran demasiado largos y poco efectivos pues muchos de ellos quedaban en la impunidad sin una sentencia firme en contra del infractor y peor aún que la persona que sufrió la violación de su derecho puede obtener algún tipo de reparación.

Ahora lo que se pretende realizar es que los sujetos procesales actúen de una manera más directa y práctica en favor de su propio beneficio. Sobre este aspecto el tratadista Jorge Perdomo Torres señala: “*La aplicación del principio de oportunidad habrá que tener*

*en cuenta en el caso concreto ante qué clase de normas se está, pues cuando ésta sea una con estructura el principio será imprescindible el ejercicio de ponderación por parte del fiscal para garantizar así la adecuada protección de los derechos fundamentales; “los beneficios en un caso en concreto implique la renuncia al ejercicio de la acción penal deberán justificar los perjuicios que ello cause para la protección de los derechos fundamentales implicados en el caso en concreto”*²⁶. Con este postulado podemos apreciar que el fiscal toma una gran importancia dentro de lo que es el proceso penal y principalmente dentro del ejercicio público de la acción, pues es él el encargado de acusar y dirigir la investigación penal, pero en aplicación de estos principios se deberá dar de una forma reglada, pues tienen que cumplirse los requisitos establecidos para aplicar dichos principios y en los casos o tipos de delitos que la ley determina, como es el caso del artículo 412 del Código Orgánico Integral Penal²⁷, asegurando que no se violente ningún derecho de los sujetos procesales.

Es necesario mencionar que la aplicación de estos principios están sujetos a un procedimiento, en el cual lo que deberá primar

²⁶ Perdomo Torres, Jorge. (). *Fundamentos Constitucionales y Teórico-Penales, y su Regulación en el Derecho Procesal Penal Colombiano*, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, Colombia, pág. 52.

²⁷ Artículo 412.- Principio de oportunidad.- *La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado.*

2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia.

es la reparación integral a la víctima (daño material e inmaterial), según lo establece el artículo 77 del Código Orgánico Integral Penal²⁸. Pues al restituir el bien jurídico se está subsanando ese derecho violado y por tal llegar a una solución pacífica, pero esta reparación debe satisfacer la voluntad de la víctima de manera proporcional, y ser cumplida en su totalidad, ya que constituye un derecho y una garantía constitucional.

¿Pero cuál sería el método más adecuado para poder llegar a esta reparación integral? Si no se fijó el monto o el valor económico a pagarse a la víctima, como consecuencia de la reparación integral en la sentencia en la que se resuelve la situación jurídica principal del procesado, por parte del juzgador competente, por no haberse justificado el daño material e inmaterial con la prueba

correspondiente, el mecanismo procesal más apropiado es la conciliación, pues es un procedimiento donde están actuando directamente el procesado y la víctima, lo que significa que al llegar a un acuerdo se finiquita todo lo relacionado con la reparación integral, ya que en el sistema penal, es necesario que se cumpla con el principio de economía procesal, así como el principio de celeridad, principios jurídicos que permite resolver la situación jurídica de la víctima y el procesado de manera adecuada y oportuna.

“La justicia penal siempre debe buscar la paz social y el bien común; entonces si esos presupuestos se cumplen, los justiciables y la sociedad tendrán credibilidad en ella.”

²⁸ Artículo 77.- Reparación integral de los daños.- La reparación integral radicaré en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado.

La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido.



El Testimonio de la Víctima en los Delitos Sexuales

Dr. Richard Villagómez Cabezas¹

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

Conforme el inciso final del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal “*la declaración del ofendido por sí sola, no constituye prueba*”. No obstante, esta regla ha sido relativizada a través de las decisiones judiciales en Corte de cierre, principalmente a través del recurso de casación en que los diferentes Tribunales de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia,² han expresado que: a) por la naturaleza del delito sexual, éste se perpetra sin testigos (clandestinidad); y, b) el testimonio de la víctima es relevante en el proceso penal (innegabilidad y valía).

Sin embargo, no se ha precisado en qué sentido opera el testimonio de la víctima en relación con el artículo 85 *ibídem*, que señala que “*la prueba debe establecer tanto la*

existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado”.

De modo que, el testimonio de la víctima puede servir ya sea para la comprobación: a) del delito; b) de la responsabilidad penal; o c) para delito y responsabilidad.

Es en este punto en que los fallos indicativos se matizan porque de un lado se establece de modo general que el valor del testimonio del ofendido (víctima) es trascendente, “*incluso en los supuestos en que sea la única prueba existente; atribuyéndole el valor a la condición de mínima actividad probatoria de cargo legítimo*”.³

De otro lado, esta apreciación se relativiza cuando se expresa que el testimonio del ofendido (víctima) “*constituye prueba*

¹ Conjuez Nacional, integra la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

² Véase los fallos indicativos dictados en los procesos penales por delito sexual violación: nro. 19-2012, resolución 29-2012 (revisión); nro. 297-2011, resolución 991-2012 (casación); nro. 87-2011, resolución 1004-2012 (casación); nro. 373-2011, resolución 1109-2012 (casación); nro. 768-2010, resolución 1219-2012 (casación); nro. 54-2012, resolución 1260-2012 (casación); nro. 816-2011, resolución 1248-2012 (casación); nro. 821-2011, resolución 1534-2012 (casación); nro. 89-2012, resolución 1546-2012 (casación); nro. 1017-2011, resolución 1587-2012 (casación).

³ *Proceso nro. 816-2011, resolución 1248-201.*

*esencial en estos casos y como tal, tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizada en conjunto con las demás que reposan en el expediente”.*⁴

De modo que, inicialmente se asevera que el testimonio de la víctima por sí solo es trascendente, sin que se analice y determine a qué fines sirve, ya sea para la comprobación del delito, de la responsabilidad o de delito y responsabilidad; en tanto que, el solo testimonio de la víctima no sería prueba suficiente y trascendente en tanto no sea analizada en conjunto con las demás pruebas, de lo cual el testimonio de la víctima no podría ser la única prueba para fines del proceso penal.

Este problema se complejiza si se toma en consideración un enfoque desde los bienes jurídicos y dando por sentada la premisa de que las normas penales (sustantivas) tutelan estos bienes, por lo que se ha de precisar que la corriente doctrinal se encuentra dividida, pues de un lado se sostiene que éstas normas tutelan la libertad sexual, en tanto que, por otro lado, se argumenta que protegen la integridad sexual.

Un posicionamiento sobre este punto en lo doctrinal, se traslada luego hacia el ámbito probatorio, dado que, de aceptarse que la norma penal protege la libertad sexual, la prueba sobre el delito radicaría esencialmente en la experticia psicológica practicada a la víctima y el testimonio del experto sobre este examen en que se establecerá la afectación y secuela resultante del delito.

En tanto que, si se da por cierto que, la norma penal protege la integridad sexual, la prueba de mayor trascendencia sería el reconocimiento médico legal realizado a la víctima y luego el testimonio del experto sobre el examen. En este punto se tiene la noción arraigada de que el delito sexual sería uno de resultado, de ahí que subsisten expresiones propias de tal idiosincrasia cuando en los exámenes médicos legales y luego testimonios se sigue hablando de himen complaciente para describir la condición de elasticidad del himen, de lo cual se dilucida la existencia o no del delito.

En uno y otro caso, ya sea que se siga la corriente de tutela de libertad o integridad sexual, el testimonio de la víctima es trascendente porque las experticias se practican sobre la víctima, convirtiéndose por tanto en fuente de prueba, de donde emanan las conclusiones de los expertos que han realizado ya sea el examen médico legal o el psicológico. De ahí que, para fines de la investigación procesal penal este razonamiento es imprescindible para Fiscalía General del Estado, que debe buscar la verdad integral mediante la práctica de actos de investigación que luego se pretenden prueba en juicio.

El principio de la verdad integral no sólo se resume en la averiguación de los actos de cargo—descargo, sino de la práctica de actos de investigación que permitan el mayor grado de certeza sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del procesado. Por tanto, la realización de las experticias de reconocimiento médico legal y

⁴ Proceso nro. 768-2010, resolución 1219-2012.

psicológico de la víctima, se complementan entre sí para establecer la afectación tanto en el plano físico como emocional de la víctima con ocasión del delito, toda vez que dado el modo de ejecución del delito, este puede verificarse por medio de violencia en el ámbito físico con lesiones verificadas en zona genital y/o paragenital o a través de la coacción o intimidación que no necesariamente provocan secuela de daño en lo físico sino en lo psicológico.

Una investigación penal que contemple la mayor y mejor práctica de actos de investigación reduce ostensiblemente la posibilidad de error en la práctica de prueba que sirve al órgano jurisdiccional para decidir la causa, sin que se reduzca únicamente al testimonio de la víctima, creándose así un conjunto de pruebas para resolver con el menor grado error.

Dada la abundante casuística sobre este tipo de delitos, se suscita una gran cantidad de elementos que caracterizan y diferencian un caso de otro, a lo que ha de sumarse los elementos constitutivos del tipo penal en relación ya sea con el sujeto pasivo (edad, condición, vulnerabilidad, etc.), el sujeto activo (edad, relación con la víctima, número de perpetradores, etc.), modo de ejecución, elementos normativos y valorativos. Todos éstos son parte del juicio de tipicidad que debe estar claro para fines de la investigación por la Fiscalía y luego para fines de la prueba, al sostener una teoría del caso, y del debate por la defensa, siendo finalmente motivo de resolución por el órgano jurisdiccional en relación con la prueba actuada en juicio.

Del análisis del COIP vigente desde el 9 de agosto de 2014, se tiene la regla general prevista en el artículo 502.1 que dice: “*La prueba y los elementos de convicción obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas: 1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas*”.

Regla que en definitiva no diferencia entre los testimonios de: víctima, procesado y/o terceros. Por lo que al ser una regla de carácter general, sirve para todos ellos, sin que se haya creado una excepción a tal regla para el tratamiento del testimonio de la víctima, de lo cual deberá ser valorado de modo indivisible y dentro de un contexto.

Sobre la indivisibilidad, se ha de considerar el contenido propiamente del testimonio de la víctima, esto es la certeza o dudas que genera. A lo que se ha de sumar el análisis de este contenido testimonial en relación con el conjunto de las demás pruebas.

¿Sin embargo, qué sucede cuándo la única prueba existente en el proceso es el testimonio de la víctima?

Parece ser entonces que al no existir contexto que sirva para fines de análisis entre testimonio y un conjunto de prueba inexistente, la resultante sería la conclusión en que se analice ya sea la certeza o la duda sobre la existencia ya sea de delito o responsabilidad penal.

Conforme los artículos 180 y 182 del Código Orgánico de la Función Judicial⁵,

⁵ Art. 180.- FUNCIONES.- Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: (...) 2. Desarrollar el

los fallos indicativos existentes a esta fecha requieren de su discusión y resolución por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia para fines del efecto vinculante y erga omnes atribuido a la jurisprudencia como fuente de aplicación obligatoria de derecho.

Del resultado de la discusión de esta línea jurisprudencial, se tendría una posible confrontación entre la jurisprudencia y el contenido del artículo 502.1 del Código Orgánico Integral Penal, toda vez que los efectos de la jurisprudencia tendrían una vigencia temporal anterior al COIP, en tanto que este cuerpo normativo y el estándar impuesto en la norma sería para lo venidero, suscitándose potencialmente una antinomia y la discusión de ley procesal penal más favorable con núcleo sobre el valor del testimonio de la víctima en delitos sexuales y que obligaría, por el pro reo, a definir qué norma la más beneficiosa.

Esta discusión se puede suscitar no sólo en sede casacional sino en otros momentos procesales, principalmente en etapa de juicio en que se decide el proceso en virtud de la prueba. Y aunque en el COIP la impugnación ya no es etapa (al no ser obligatoria y tratarse de un derecho) puede dar lugar a debate con este contenido al momento de la apelación de la sentencia.

Este debate puede también ser motivo de examen por la Corte de cierre mediante recurso de casación de lo cual existe la posibilidad de (re) creación de jurisprudencia con ocasión de esta confrontación del estándar jurisprudencial y del COIP sobre el valor del testimonio de la víctima, lo que en definitiva permite concluir que el derecho como ciencia, se encuentra en constante evolución y perfeccionamiento ya sea desde lo normativo o ya desde el caso concreto y de la configuración de la jurisprudencia sobre este y otros temas.

sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración...

Art. 182.- PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.- Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio (...).



Dr. Alejandro Arteaga García
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

La Imputación Personal y la Culpabilidad

Para entender este tema, y proceder a su desarrollo dentro del marco de formación en el código orgánico integral penal, considero necesario empezar por estudiar y asimilar los conceptos de cada uno de los vocablos que lo conforman.

Con este antecedente tenemos:

1.- Imputación personal.- Estriba en la posibilidad de atribuir a una persona una acción u omisión que constituye un delito; esta atribución debe establecerse en grado de participación.

El delito, proviene de la conducta que se considera infracción penal, por cuanto es típica, antijurídica y culpable. Esta acción u omisión, punible, obligatoriamente estará descrita en la Ley como delito.

El delito es el acto legalmente punible, porque es aquel que la ley tipifica y sanciona con una pena.

El delito siempre parte por ser un acto, y este tiene la característica de ser

gravemente ofensivo al orden ético-cultural de una sociedad determinada, en un momento histórico determinado y que, según los criterios político-criminales de los legisladores, merece una sanción.

El delito también proviene de la omisión dolosa, que es la actitud de desentenderse deliberadamente de las circunstancias presentes, para no evitar un resultado material típico, cuando se tiene la obligación de actuar.

El tratadista Francisco Muñoz Conde¹, luego de hacer reflexiones sobre conceptualizar el delito, empieza por establecer características comunes que debe tener un hecho (no utiliza el término acto) para que sea considerado como delito y por ende ser sancionado con una pena; y, busca definiciones virtud del positivismo, lo que se puede considerar, en materia penal, como excelso y necesario; llevándonos a una definición jurídica, más que filosófica.

Fórmula que es trascendental toda vez que, de no sostenerse en los principios de

legalidad y dispositivo, nos quedaríamos en el ámbito de la subjetividad y esa concepción haría indeterminable el concepto de delito; por lo tanto, este emerge de la convención político social, a través de la legislatura que demarca el delito como la conducta típica, antijurídica y culpable, cuya sanción se encuentra prevista en el Código Orgánico Integral Penal².

No existe delito si no ha sido considerado y anotado por la legislatura como tal, sea el acto bochornoso que fuere; las leyes deben arbitrar y no ser arbitrarias “nullum crimen sine lege”.

2.- La culpabilidad.- Es la responsabilidad que tiene una persona de la comisión de un delito; esta responsabilidad debe ser demostrada dentro del parámetro del grado de participación.

Previo a determinar la responsabilidad penal de una persona, respecto de la comisión de la infracción, hay que verificar si esta persona es imputable, es decir que ese individuo sea capaz de ser culpable.

Es necesario que existan los presupuestos y elementos propios de la culpabilidad; en este aspecto deben concurrir además del elemento imputabilidad; el de conocimiento, esto es que el individuo comprenda que la conducta efectuada es de aquellas anotadas como contrarias a derecho; y, finalmente, el de exigibilidad, esto es que el individuo que realizó el acto u omisión, tuviera la opción de realizar otra conducta que no sea la punible.

Tenemos claro que la culpabilidad, en el derecho penal, es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir que el individuo tiene claro que el hecho cometido está destinado a la censura social y esa conducta se encuentra registrada como típica y antijurídica en el catálogo de delitos.

Cuando el individuo es imputable y está claro que su conducta estuvo sustentada en el conocimiento y la negativa a ejecutar otra conducta; es que procede el ejercicio del ius puniendi.

Es en la valoración del comportamiento del individuo, que realizó un hecho en el cual evidenció una conducta reprochable socialmente y punible en cuanto está tipificada; que se puede individualizar la pena, tomando en cuenta también el grado de participación. Puede decirse, entonces, que es una consecuencia de la valoración de la conducta.

1.5.1.- Grados de participación criminal: Autor, coautor y cómplice.-

Artículo 41 (COIP).- Participación. Las personas participan en la infracción como autores o cómplices.

Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás participantes en la infracción penal.

Análisis: En este precepto encontramos que el COIP, limita la comisión de la infracción, sea por acción u omisión, únicamente

² Libro I, La infracción penal en general, Art. 18.

para las figuras de autor y cómplice; no se refiere ya al encubridor. También cabe destacar que la norma en estudio se refiere a la participación en la infracción.

Cuando decimos participación nos estamos refiriendo a quienes intervienen en un hecho; sobre este hecho, está claro que los partícipes expresaron conductas que son reprochables socialmente y que se encuentran descritas en el COIP, como infracciones, es decir que esas conductas son típicas, antijurídicas y culpables.

Es importante tener clara una definición de lo que es autoría; puesto que, en los siguientes artículos del capítulo tercero, únicamente encontraremos la referencia al tipo de autorías que ha considerado el legislador.

Para el tratadista Ronald Dworkin, citado por Roberto Gargarella, los jueces ejercen control judicial de constitucionalidad³; lo que significa que el juez tiene el poder final de revisar la validez constitucional de cualquier norma. Para hacerlo recurre a la interpretación judicial, que la realizan los jueces y tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional para la resolución de los casos o controversias de los que deban conocer⁴.

Las Reglas para la Interpretación Judicial de la Ley, dicen que cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu,

además que el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía⁵.

La Constitución Ecuatoriana en su artículo 427 establece que las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. Obran así, de manera concordante, las reglas de interpretación judicial previstas en el Código Civil; el tenor literal es, entonces, la primera opción para interpretar la Constitución y la Ley, tal como señala Guastini este método consiste en atribuirle a un enunciado normativo su significado *prima facie*, o sea el más inmediato o intuitivo.

Solo agotado el método literal de interpretación, y persistiendo la duda, la Constitución autoriza utilizar los restantes métodos de interpretación, sigue la congruencia entre Constitución y Código Civil.

Si tomamos en cuenta que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, entonces podemos recurrir a un diccionario y encontraremos que autoría es la calidad de autor; y, a su vez autor, en cuanto acepción de derecho, es el sujeto activo, por acción u omisión de un delito⁶.

Concepción coherente con el contenido del artículo 41, pues la actividad está determinada por la participación; en este estado, corresponderá al fiscal demostrar el grado

³ Gargarella Roberto, *Perspectivas Constitucionales*, 2011.

⁴ González Andrade Sebastián, citando a Prieto Sanchís Luis, *Perspectivas Constitucionales*, 2011.

⁵ Código Civil, título Preliminar, art. 18.

⁶ Nueve enciclopedia Larousse, editorial Planeta—1981, tomo 1, pág. 861.

de participación que le atribuya a cada uno de los sujetos activos de la infracción; para que, finalmente, sea el juez quien decida que ese grado de participación atribuido es el adecuado virtud de la confrontación de hechos con el acervo probatorio.

El segundo inciso del artículo 41 del COIP, hace relevante la obligación que tiene la fiscalía de no someter a todos los procesados por un misma infracción, a la generalización de “circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal”; esta propuesta obliga a aplicar con suma responsabilidad el principio de objetividad, a través de la adecuada y estructurada investigación integral, considerados como principios claves para recoger los elementos esenciales que justifiquen la existencia de la infracción y la formulación de los cargos en contra de los presuntos responsables.

Virtud de lo anterior, durante la fase de investigación previa⁷, y también durante la de instrucción fiscal⁸; el Fiscal como titular de la investigación, debe emprender una estrategia investigativa, tendiente a recabar los elementos que servirán de prueba para sustentar su teoría del caso, y en efecto, sostener motivadamente la acusación, la misma que debe expresarla de manera individual por cada uno de los procesados, haciendo la relación entre el hecho y la infracción que atañe a aquel; nunca deberá generalizar ni utilizar un efecto o circunstancia particular de uno de los procesados para hacerlo extensivo a los demás, pues trastocaría la objetividad y se volvería discriminatorio.

Cuán importante es la investigación de la fiscalía, que solo en ese momento, con la práctica de las diligencias o actos, se pueden producir los elementos de convicción para justificar ante el juez la acusación.

En atención al sistema acusatorio oral, durante la audiencia de juicio no se podrá introducir prueba que no haya sido recogida, de manera legítima, durante la fase de indagación e Instrucción fiscal; ya que carecerán de eficacia probatoria.

Artículo 42 (COIP).- Autores. Responden como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

1. Autoría directa:

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

2. Autoría mediata:

- a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
- b) Quienes determinen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a

⁷ Código Orgánico Integral Penal, art. 580 a 589.

⁸ Código Orgánico Integral Penal, art. 590 a 600.

cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

3. Coautoría:

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

Análisis: Ya hemos revisado que autor es el sujeto activo de la infracción, sea por acción o por omisión; en el presente artículo encontramos que el precepto normativo está desarrollado para adentrarnos en diversas modalidades habidas en la autoría.

Entonces tenemos que, la variante “autoría”, en la fórmula de la comisión de la infracción, requiere ser determinada con mayor especificidad; y, en tal virtud esta norma nos trae, a manera de glosario, las concepciones de los diversos modos de autoría que acepta el COIP.

En este caso, tenemos que conceptúa una autoría de tipo directo, y dentro de este, desglosa **la autoría directa** del acto típico y antijurídico; y, la autoría directa de la omisión que no evita la ejecución del acto típico antijurídico, cuando existe obligación de impedirlo.

Es claro que, parafraseando la definición de modalidad, contenida en el Diccionario Manual de la Lengua Española Vox. © 2007 Larousse Editorial, S.L.; el producto

“autoría”, es el mismo, pero se presenta en varias modalidades o maneras variables.

En un primer término, se presenta la autoría directa; en atención al sujeto activo, que ejecuta directamente el acto típico antijurídico; o, que omite y evita impedirlo cuando directamente está obligado a hacerlo. El ejercicio de la acción u omisión del acto típico, del autor es personal, no es delegada y, es inmediata; esto es que, la actividad la ejerce personalmente durante el desarrollo del hecho que contiene la conducta reprochable, que combina la intención de dañar y la aplicación de esa intención de forma personal o directa.

El otro tipo de autoría, esto es la mediata, nos lleva a la no presencia física del que quiere la realización del hecho que contiene la conducta antijurídica. La autoría mediata, en la forma que la expresa el COIP, coincide en estricto al sentido que del vocablo se obtiene del diccionario, esto es “Dícese especialmente de toda relación no directa sino a través de un tercero o intermediario”⁹.

La autoría mediata, está concebida en los siguientes verbos:

a.- Instigar o aconsejar a otro.- Incitar o estimular a alguien que podría sentirse llamado a cometer el hecho; provocar la ira, odio, disgusto, enervando los ánimos de alguien para que se siente moral y psicológicamente obligado a cometer el hecho, o inducir por medio de la persuasión fraudulenta, engañosa, para que alguien cometa el

hecho que no es precisamente de su interés directo.

En este caso, la intención consiente del individuo instigado no está claramente concebida en él, sino que obedeció a esa inducción de aquel que maquinó el acto típico antijurídico.

b.- Ordenar (imputable o no) a otro, por precio, promesa u otro medio fraudulento directo o indirecto.- El verbo ordenar implica capacidad para mandar; y, a su vez la potestad o poder para disponer la realización de algo. Este aspecto nos señala la subordinación de aquel que debe cumplir la orden.

Esta subordinación puede nacer por un pacto económico de dar y hacer, o contrato que no se ciñe a las normas legales vigentes, debido al fin ilícito que lo promueve. Este medio de convenir la ejecución del acto ilícito, que es antijurídico y típico, se sostiene en la obligación que se genera por el convenio entre el que requiere la realización del hecho con aquél que expresa su voluntad de ejecutarlo a cambio de algo, que efectivamente es de su interés.

c.- Coerción a un tercero, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza (sin importar si era resistible o no).- Este medio utilizado por el

autor mediato se sustenta en la coacción ilegítima que puede ejercer sobre el agente directo.

La coacción es ilegítima, porque no nace de orden legal que la autorice; se sustenta en la violencia mediante actos de apremio físico ejercidos sobre el futuro agente directo, para que este consienta en la realización del hecho¹⁰.

La coacción ilegítima, también puede efectuarse en abuso de la autoridad, que otorgada por algún poder público, el autor mediato la ejerce sobre el posible agente directo; debemos tener en cuenta que este medio se ciñe a aquellos actos que exceden la competencia del funcionario y que se vuelven ilegítimos por el solo hecho de haberlos; pero que son aprovechados por el autor mediato, para destruir la resistencia psicológica del agente directo, aprovechando el efecto de temor reverencial por la subordinación que mantiene con su coaccionante.

La coerción ejercida mediante amenazas, es la que surge de la actividad de apremio moral que realiza el autor mediato sobre el posible agente directo; este apremio contiene un poder intimidante, pues ejerce temor en el individuo, por la posibilidad de recibir de manera inmediata un mal sobre sí mismo, su familia, sus bienes o su subsistencia, etc.¹¹

¹⁰ Código Civil, Art. 1473.- Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona, con el fin de obtener el consentimiento.

¹¹ Código Civil, Art. 1472.- La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave. El temor reverencial, esto es,

La norma en análisis nos aclara que, “aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”, el autor mediato no pierde la calidad de tal. Es decir que, sin embargo de que le Juez no califique la existencia de causa de excusa, por vicio del consentimiento¹² para el agente ejecutor; el autor mediato no puede aprovecharse de tal para evadir la imputación.

d.- Poder de mando en organización delictiva¹³.- Es la potestad o poder que ejerce alguien dentro de un grupo organizado delictivo; en el cual existen niveles de poder; básicamente otorgado, en este caso, por un sistema de jerarquías obtenidas en el ámbito de la empresa delincencial.

El sentido de la norma está dirigido a evitar la impunidad de aquel que ejerce ese poder dentro de la organización delictiva, a quien le basta ordenar la ejecución del acto punible, sin que sea necesaria su participación material o en la planificación.

Francisco Muñoz Conde, se plantea el problema de cómo hacer responsables de los delitos concretos cometidos a quienes no intervienen directamente en la ejecución, que llevan a cabo otros, sino que simplemente los diseñan, planifican o asumen

el control de su realización. Casos como terrorismo, narcotráfico, blanqueo de capitales¹⁴.

En cuanto a la Coautoría.- Su presupuesto de actividad se centra en que la persona ha cometido la infracción en participación directa y principal con otras personas.

Esta comunión de actividades realizadas por los coautores, deben confluir entre todas con la ejecución del hecho que contiene la conducta típica antijurídica. Cada uno de los coautores participa y aporta; esta intervención es coadyuvante en tanto que su intervención es necesaria para conseguir el objetivo principal, que fue expuesto o promovido por otro. En definitiva sin su participación, no hubiese sido posible concretar el hecho dañino.

Artículo 42 (COIP).- Cómplices. Responden como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, en tal forma que aún sin esa ayuda, la infracción se comete.

No cabe complicidad en las infracciones culposas.

el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

¹² Código Civil, Art. 1467.- Los vicios de que puede adolecer el consentimiento son: error, fuerza y dolo.

¹³ COIP, Art. 369.- Delincuencia Organizada.- La persona que mediante acuerdo o concertación forme un grupo estructurado de dos o más personas que, de forma permanente o reiterada, financien de cualquier forma, ejerzan el mando o dirección o planifiquen las actividades de una organización delictiva, con el propósito de cometer uno o más delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de cinco años, que tenga como objetivo final la obtención de beneficios económicos u otros de orden material (...).

¹⁴ Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal, parte general, 8va edición, tirant lo blanch libros, valencia 2012, pp. 448, 449.

Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplica solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

La pena es de un tercio hasta la mitad de la prevista para la autora o el autor.

Análisis: El cómplice es la persona que participa en la comisión de una infracción, pero sin ser el autor material directo; esta participación implica conocimiento previo de la actividad dolosa que pretende el autor.

La actividad del cómplice estriba en el apoyo que brinda al principal para que su actuación se encuentre protegida, luego de ser cometida; esta participación no es principal o necesaria para la ejecución material del acto doloso.

El concurso del cómplice está adecuado también para la actividad preparatoria, es decir la connivencia puede empezar antes de la realización del acto doloso; hay que tener en cuenta que la actividad previa, en sí misma, no necesariamente nacerá dolosa, sino que se vuelve tal, virtud del resultado antijurídico.

La actividad del cómplice, que a pesar de no estar dirigida de manera directa a la ejecución del acto criminal, no deja de ser peligrosa, pues el ejercicio de la actividad secundaria esta sostenida por un sentido previo o ex ante de la presencia del dolo. Por ello se lo sanciona con pena inferior.

Al ser el elemento dolo, necesario para determinar la complicidad, es decir existe únicamente en este tipo de infracciones; en

tal virtud no cabe esta actuación secundaria en las infracciones culposas.

1.5.2.- Grados de Participación Criminal.- Del encubrimiento.- El Código Orgánico Integral Penal no contempla en las formas de participación criminal al encubrimiento;

Esta norma ha eliminado la referida figura, tal como se puede apreciar también en las reformas que introduce al Código Orgánico de la Función Judicial; entre esas sobre el texto del numeral 8 del artículo 109, “(...)”, sustitúyase el numeral 8 por el siguiente: 8. Haber recibido condena en firme como autor o cómplice de un delito doloso reprimido con pena de privación de la libertad”.

Para efectos académicos, los encubridores son los que, conociendo la perpetración del acto criminal, sin haber tenido participación en el cómo autor, ni como cómplice, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen.

Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen para impedir su descubrimiento.

Albergando, ocultando o proporcionado la fuga al culpable.

Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los infractores, sabiendo que lo son, aún sin conocimiento de los crímenes determinados que hayan cometido, o facilitándoseles los medios de

reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.

Se produce la exención de responsabilidad penal a ciertos encubridores, cuando se trata del cónyuge o, de sus parientes por consanguinidad y afinidad.

La Protección del Derecho a la Vida y la Penalización del Aborto. Reflexiones desde la Perspectiva Mexicana



Dr. Eber Betanzos^{}
Raúl González Schiaffini^{**}*

La finalidad de este artículo, no tiene como objetivo polemizar entre las corrientes que defienden el derecho a la vida, sin limitación alguna, y aquéllas que atendiendo a razonamientos sustentados, entre otros, en la libertad del sexual y la libre disposición del cuerpo de la mujer, defienden la posibilidad de interrumpir el desarrollo de un embarazo.

El análisis se aborda, en cambio, desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Se consideran, por tanto, las implicaciones de la protección del derecho a la vida y la penalización del aborto atendiendo al derecho a la vida, la integridad de la vida, la intimidad de la mujer y su honor. Se trata, debe decirse, de una visión general que no profundizará en sus muchos intrínquilis.

El punto de partida propuesto consiste en observar al derecho a la vida como esencial para el ejercicio de la dignidad humana en una colectividad, en la cual el

hombre se encuentra inserto para realizar su individualidad. De ello surge, indispensablemente, una obligación del Estado para proteger este derecho, en virtud de que representa su propio sentido y así lo defiende su orden legal. En el caso mexicano, el artículo primero de la Carta Magna establece que: “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales...” En esta tesitura, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la que México es signataria, establece en su artículo cuarto que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.” Debe apuntarse que el artículo segundo, de la norma internacional citada, compromete a los estados signatarios a adoptar sus disposiciones en el derecho interno.

^{*} Primer Asesor del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

^{**} Catedrático de la Escuela Libre de Derecho de Puebla.

Es natural que los derechos humanos deban, al ejercerse, encontrar circunstancias que llamen a su mayor extensión o restricción. Ello no afecta su carácter universal y sólo representa escenarios de ponderación para un ejercicio y tutela efectiva. Así los derechos humanos tienen límites, de carácter normativo, cuando coexisten, en su ejercicio, con otros derechos fundamentales. Esto hace que sea necesario interpretarlos atendiendo el espíritu de la ley —que no es otro que la justicia trascendente y la equidad del caso concreto que la realidad exige— y, como lo ha dicho en reiteradas ocasiones la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “atendiendo a su contexto histórico y social”. Esta perspectiva permite establecer la adecuada modulación de los derechos que se encuentran en conflicto en una determinada circunstancia.

Ahora bien, la problemática actual en México se centra, a grandes rasgos, en que la Asamblea de Gobierno del Distrito Federal, en uso de sus facultades legislativas despenalizó el aborto si este se realiza dentro de las primeras doce semanas siguientes a su gestación. Esta situación fue controvertida por el sistema recursal mexicano para tales efectos. Al respecto, la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación llevó a la refrendar la constitucionalidad de estas reformas. Ello implica que en el Distrito Federal el interrumpir un embarazo es legal en las circunstancias autorizadas por la ley.

La legislación penal en México, al ser un país federal, se diferencia en sus diferentes partes integrantes. Las normas aplicables dentro de un Estado están circunscritas a su espacio geográfico y pueden o no coincidir con el resto de la federación. En este

sentido, la postura aplicable al aborto en el Distrito Federal no ha sido compartida por Congresos Locales de varias entidades federativas, quienes, para evitar la posición vigente en la capital mexicana, realizaron reformas a sus Constituciones Políticas, estableciendo como obligación de sus órdenes legales la protección de la vida “desde el momento de la concepción o fecundación”.

Se observa que las reformas realizadas en las entidades federativas no sólo buscaron impedir la despenalización del aborto, sino también abrieron la posibilidad de que, atendiendo a la perspectiva del derecho penal, el bien jurídico “vida” fuera ampliado para abarcar en él desde la fecundación o la concepción. Esta postura implica que la conducta que afecte a este bien, en cualquier modo, se adecue al tipo penal de homicidio o en el menor de los casos, se afecte de inconstitucionalidad —de acuerdo con las normas constitucionales locales—, a las normas permisivas del aborto, tales como son el aborto terapéutico (cuando se encuentre en peligro la salud o la vida de la madre), el aborto psicológico o de honor (por causas de violación) y el aborto eugenésico (por daño congénito grave).

En este contexto se reflexiona si la protección del derecho a la vida, en las constituciones de las entidades federativas, implica el suprimir las causas de justificación en el aborto, por ser la vida un bien jurídico superior.

Sin embargo, antes de aproximarse a esta cuestión, resulta importante considerar si la finalidad del legislador, al señalar las causas permisivas del aborto, fue proporcionar un mayor grado de certeza jurídica a la mujer, en los supuestos del aborto

terapéutico, honor, eugenésico, etcétera, o sí, por el contrario, su finalidad consistió en limitar las hipótesis permisivas del aborto y, de esta manera, invadir la esfera del Poder Judicial, para aplicar al caso concreto las excluyentes de responsabilidad.

Al respecto, es importante recordar algunos criterios de interpretación aplicables al derecho fundamental “vida”, tutelados en el delito de homicidio. En este tipo penal no cabe la menor duda de que: “quien prive de la vida a otro”, tiene que ser castigado con una pena, así como tampoco existe alguna duda en los casos de que se prive de la vida a otro en defensa propia o esta ocurra en cumplimiento de un deber, en un estado de necesidad y en supuestos de la no exigibilidad de otra conducta, entre otros tipos penales relacionados. Cuando operan las causas que dan lugar a estas situaciones el sujeto no debe ser sancionado penalmente, por existir a su favor una excluyente de responsabilidad, no siendo necesario una regulación expresa de causas de justificación o de permisivas para el delito de homicidio. Luego entonces, las excluyentes de responsabilidad son aplicables para todos los delitos y no se tiene porque excluir en estos supuestos al delito de aborto, ya que afirmar lo contrario llevaría a caer en la tentación de interpretar la ley por cuestiones de género, lo cual es un contrasentido en el Estado de Derecho.

Atendiendo a lo comentado, bajo este principio las causas permisivas del aborto, las cuales se estipulan en la mayoría de los Códigos Penales, no pueden ser de ninguna manera inconstitucionales. Es el caso del aborto terapéutico, el aborto psicológico o de honor y el aborto eugenésico. Sin embargo, suponiendo que el legislador, por

razones políticas, decidiera suprimir estas causas de justificación, el Poder Judicial, en su carácter autónomo e independiente, tiene la función y la obligación constitucional de aplicar la ley general al caso concreto y garantizar la justicia y la legalidad, por lo que tendría que aplicar las excluyentes de responsabilidad, cuando estas se encuentren debidamente acreditadas.

Entrando en la cuestión, ¿proteger el derecho a la vida, implica necesariamente la penalización del aborto? Para responder a esta interrogante es necesario partir del principio de que no existe alguna norma jurídica que obligue al legislador a proteger bienes jurídicos que provienen de derechos fundamentales, por medio del derecho penal.

Existe una teoría dominante en la comunidad internacional, misma que es aceptada en México, sobre la intervención mínima del derecho penal. Así como la evolución de la pena, que surgió con un matiz totalmente retributivo y que posteriormente adoptó la finalidad de la prevención general del bien jurídico —considerando la amenaza de la pena para disuadir la comisión del delito y buscando la reinserción social del sujeto en forma específica—.

En los últimos años se ha extendido la idea de que la pena tiene un fin pragmático, justificándose cuando es útil para la sociedad. Esta postura ha sido aceptada por algunos congresos locales, llevando a la supresión de tipos penales que ya no responden a la concepción social protectora de los bienes que tutelan —en este caso vinculado con el honor y el estado civil de las personas—, como es el caso de la difamación, la calumnia, el adulterio, para protegerlos con otros instrumentos jurídicos. Ello ha

ocurrido, por ejemplo, cuando se tipificó como delito al daño en propiedad ajena culposo (es un caso común tratándose de accidentes de tránsito de vehículos). Esta conducta fue eliminada del Código Penal para ser sancionada como una infracción de la Ley de Justicia Cívica, reemplazándose por un programa de políticas públicas basado en la medición de los niveles de consumo de alcohol a los conductores de los vehículos, estableciéndose una sanción administrativa de arrestos incommutables para quienes rebasen los límites de alcohol permitidos para conducir. Cabe comentar que la implementación de esta política pública ha llevado a reducir, de manera considerable, los daños en propiedad ajena por accidentes en el tránsito de vehículos, a pesar de su despenalización, ya que fue sustituido por políticas de prevención más eficaces —en las circunstancias actuales de la sociedad mexicana—, que la amenaza de la pena.

Es importante recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus diferentes Jurisprudencias, obliga a los Estados signatarios a cumplir con la protección de derechos fundamentales, siendo uno de ellos el reconocimiento y la protección del derecho a la vida. Para tal efecto se deberán adoptar todos los mecanismos de derecho interno necesarios para su efectividad, es decir para la protección real de los derechos humanos. Este planteamiento, lleva a considerar, en la perspectiva del derecho mexicano, si la punibilidad del aborto es una medida efectiva y únicamente dirigida a proteger el derecho a la vida o es una medida retributiva que no considera que el fin de la pena es de carácter pragmático y, por lo tanto, útil y social.

Debe considerarse que también existe la posición que considera que en la penalización del aborto se castiga únicamente a la mujer, y no al hombre, quien también participo en la fecundación, aún y cuando no tenga conocimiento del hecho de haber fertilizado al óvulo, con el razonamiento —que busca excluir de responsabilidad— de que la fecundación ocurre dentro del cuerpo de la mujer. Resulta paradójico que este mismo razonamiento sea dejado de lado cuando se plantea la despenalización del aborto, ya que algunas voces se considera que es necesario, para que la mujer aborte, que el padre brinde su consentimiento. Esta postura es equivocada pues parecería que el padre sólo tiene derechos, pero carece de responsabilidad penal cuando se configura el ilícito de aborto.

Estos elementos llevan a pensar en la necesidad de analizar otros mecanismos que sean verdaderamente idóneos y eficaces para tutelar el derecho a la vida, reconociendo la universalidad de tal derecho y su importancia toral en la realización de la dignidad humana en su individualidad y colectividad. Corresponderá al Estado fomentar una política basada en la educación y la información sexual para evitar embarazos no deseados y un ejercicio responsable de la paternidad. Además, tratándose de personas que deseen interrumpir sus embarazos —en los parámetros autorizados por la norma jurídica— procurarles todos los medios informativos que conduzcan a conocer lo que implica la paternidad y, en su caso, informar respecto de la figura jurídica de la adopción, la cual puede representar una alternativa ante embarazos no deseados.

La Penalización o Reglamentación de la Huelga



Dr. Victor Fernandez Álvarez

Juez de la Corte Provincial de Justicia del Guayas

“El derecho de huelga se constituye en una de las más importantes conquistas logradas por los trabajadores en el presente Siglo...” Corte Constitucional Colombiana.

A. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA HUELGA.

Entre los distintos conflictos laborales encontramos diferentes modalidades, como la huelga, conflicto colectivo por excelencia; y, otros medios de presión como el sabotaje al trabajo o reglamento, la huelga de brazos caídos, la huelga virtual, la huelga en red, la huelga estratégica, tapón o trombo-sis, la huelga de hambre, etc. La huelga es el principal conflicto que se presenta en las relaciones colectivas de trabajo, también se la considera a la huelga como una infracción o violación de las normas positivas vigentes.

Etapas de la evolución de la huelga:

1. Etapa de delito

En la antigüedad fueron prohibidas: Las asociaciones profesionales, las corporaciones, las huelgas porque atentaban contra la libertad de un determinado gremio o clase de la burguesía. Así la huelga fue considerada como medida ilícita y elevada a la categoría de delito.

En Francia se prohibió las asociaciones, la huelga por medio del edicto de Turgot, posteriormente en 1791 se promulgo la ley Chapelier, considerando a la huelga como medida atentatoria contra la libertad por lo que el Código de Napoleón de 1810, la consagro como verdadero delito y había pena de prisión para los trabajadores que la ejercían. Sin embargo por mucho que el Estado la prohibió no se la pudo exterminarla como medida de presión por parte de los trabajadores para reclamar sus derechos clasistas.

2. Etapa de tolerancia

Aquí se acepta a la huelga como **un hecho** que trae consecuencias negativas más que positivas para los trabajadores. El empleador tenía la facultad de despedirlos frente a la indiferencia del Estado de regular la huelga. Es así que aparece la huelga solidaria cuando se despedía a un trabajador huelguista, los trabajadores de otras empresas se solidarizaban con el trabajador despedido. Es en éste momento que el Estado se

preocupa de establecer los procedimientos legales.

3. Etapa de derecho.

La huelga es un derecho de carácter individual, como el derecho a no trabajar, cuando así lo considere individualmente, es decir, que es un derecho de **titularidad individual** de los trabajadores, y no del sindicato. También es un derecho colectivo por medio del cual los trabajadores en forma colectiva defienden sus intereses. Este derecho no es absoluto e ilimitado y tiene sus limitaciones señaladas en la Constitución y en la Ley. Por tal razón este derecho queda sometido legalmente a una serie de formalidades a condiciones de ejercicios que requiere de la **titularidad individual y así mismo su declaración colectiva**.

El derecho de huelga fue reconocido por primera vez en 1864, en Inglaterra y constituye en la actualidad uno de los derechos inalienables del hombre reconocidos por la ONU y gran número de países. Huelgas que han pasado a la historia son: La de 1886 en Chicago, por la jornada de ocho horas, la de 1905 en San Petersburgo, de carácter insurreccional; las revolucionarias de 1917 y 1920, en España y Alemania respectivamente; la de 1946 en la General Motors de EEUU, que duró casi un año; y la de mayo de 1968 en Francia.

B. DEFINICIÓN DE HUELGA

El Tratadista **Domingo Campos Rivera** en su obra Derecho Procesal Laboral, en la pagina 407, manifiesta: La palabra huelga viene del vocablo holgar que en términos generales significa descansar.

Holgar, entre tanto, viene del antiguo folgar, y este del latín follicare, que significa

“resollar”. “Jadear”. En sentido figurado quería respirar, tomar aliento después de una fatiga. Follicare, a su vez, venia del latín follis, que significaba “fuelle”.

La palabra huelga, entre tanto tiene un significado tan claramente definido por el derecho, la sociología y la lingüística, que se halla indisolublemente relacionada con la actitud de los trabajadores, encaminada a suspender la realización de las labores que ordinariamente ejecutan al servicio de otras personas, con el fin de presionarlas a la concesión de determinados beneficios económicos o sociales. El Dr. **Héctor Humeres Magnan**, en su obra La huelga. Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1957. Pág. 18, en un sentido amplio, la define como **“la suspensión temporal o colectiva del trabajo, concertada por los que prestan algún servicio, sea por causa política, de derecho, económica o por simple solidaridad con otros grupos y que persigue obtener un cambio en el régimen político existente, en el primer caso, conquistas sociales en los siguientes o apoyo a peticiones extrañas en el último”**. El maestro **Mario de la Cueva**, en su obra Derecho Mexicano del Trabajo, T II, 5ª ed. México. Edit. Porrúa, 1963, pag. 788. La define: “La huelga es el ejercicio de la facultad legal de la mayorías obreras para suspender las labores en las empresas, previa observancia de las formalidades legales, para obtener el equilibrio de los derechos o intereses colectivos de trabajadores y patronos”. El **Maestro Ernesto Krotoschin**, en su obra Instituciones de Derecho del Trabajo, 2ª ed. Buenos Aires, Edic. Depalma, 1968, pag.675, manifiesta **“La interrupción colectiva y concertada del trabajo por un grupo de trabajadores, con el fin inmediato de paralizar o**

perturbar el normal funcionamiento de una o varias empresas ejerciendo así presión sobre la parte patronal o sobre terceros”

En consecuencia la huelga, es una especie de coacción, ultimátum que tienen los trabajadores contra el empleador, contra los poderes del Estado, para lograr mejores condiciones de trabajo. A la vez es un derecho, un atributo que tiene el trabajador para obtener beneficios económico y sociales.

C. LA HUELGA COMO DELITO, LIBERTAD O DERECHO.

Es ya clásica la distinción ideada por CALAMDREI de la huelga como **delito, libertad o derecho**. La huelga puede ser valorada por el ordenamiento jurídico del Estado de tres maneras: **a)** Negativamente, como actuación perjudicial para la sociedad, lo que lleva a su configuración como un delito y a imponer sanciones penales a los huelguistas; **b)** neutralmente como comportamiento indiferente para la sociedad, no sancionable por el Estado como delito; **c)** Positivamente como actuación beneficiosa para la sociedad en el sentido de instrumento habitual para mejorar las condiciones de trabajo, con la consiguiente calificación de derecho, lo que supone que la misma únicamente provoca la suspensión del contrato de trabajo de los huelguistas, pero no permite sanción alguna.

D. ES UN DERECHO FUNDAMENTAL

La Organización Internacional del Trabajo no reconoce de forma expresa a la huelga como derecho fundamental en ninguno de los convenios relacionados con los derechos sindicales, el **Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT**, siempre lo ha considerado

como constitutivo de los derechos básicos de los trabajadores y sus organizaciones en la defensa de sus intereses laborales. La Comisión de Expertos ha vinculado el derecho que se reconoce las organizaciones de trabajadores y empleadores a organizar sus actividades y formular su programa de acción en áreas de fomentar y defender los intereses de sus miembros.

La **Corte Constitucional de Colombia** en la sentencia T-433 de julio 6 de 1992, expreso que: **“El derecho de huelga se constituye en una de las más importantes conquistas logradas por los trabajadores en el presente Siglo. Se trata de un instrumento legítimo para alcanzar el legítimo reconocimiento de aspiraciones económicas y sociales que garanticen justicia en la relaciones obrero-patronales y un progresivo nivel de dignidad para el trabajador y la familia, cuya consagración constitucional, desde la Reforma de 1936, ha representado la mas preciosa garantía del ordenamiento positivo para la salvaguarda de los derechos laborales y para el desarrollo de un sistema político genuinamente democrático”.**

E. CONSAGRACIÓN DE LA HUELGA EN EL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho de huelga se consagró en varias normas internacionales:

1. La Carta Social Europea instituyó el derecho de huelga.
2. El artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reguló este derecho.
3. Los Convenios Internacionales 87 y 98 de la OIT, ratificados por el Ecuador se refieren la huelga en forma indirecta,

cuando expresan que se debe fomentar la negociación colectiva entre empleador y trabajadores y en caso de no llegar a un acuerdo total o parcial surgen otras formas de lucha para resolver el conflicto colectivo y lograr presionar al empleador para que acceda al petitorio contenido en el pliego.

F. MARCO LEGAL.

Nuestra **Constitución en el Art. 326 numeral 14** señala: “Se reconoce el derecho de las personas trabajadoras y sus organizaciones sindicales a la huelga. Los representantes gremiales gozaran de las garantías necesarias en estos casos. Las personas empleadoras tendrán derecho al paro de acuerdo con la ley”.

El **Código del Trabajo** en su Art. 467, se reconoce a los trabajadores el derecho a la huelga y nos da una definición de huelga: “...Es la suspensión colectiva del trabajo por los trabajadores coligados”. En concordancia con el Art. 498 del mismo cuerpo de ley que se refiere a la declaratoria de huelga que debe ser declarada por el comité de empresa, donde lo hubiere, o por la mitad más uno de los trabajadores de la empresa o fabrica. E incluso nuestro Código de Trabajo en el Art. 497 señala los casos de que se puede declarar la huelga y en el Art. 503 del mismo cuerpo de ley, garantiza el derecho de los trabajadores huelguistas a retornar a sus puestos de trabajo y queda garantizada su estabilidad por un año.

La Ley Orgánica de Empresas Públicas en su Art. 24 se refiere el derecho a la huelga: “... Se reconoce el derecho a la huelga, con las restricciones establecidas en el numeral 15 del Art. 326”.

El Código Orgánico Integral Penal en su Art. 241 manifiesta: “Impedimento o

limitación del derecho a la huelga. La persona que, mediante engaños o abusos de situación de necesidad, impida o limita el ejercicio del derecho a tomar parte en una huelga, será sancionado con pena privativa de libertad de 2 a 6 meses.

Si la conducta descrita se realiza con fuerza, violencia o intimidación, la pena será de 6 meses a 1 año”.

G. LA HUELGA SOLO DEBE SER REGLAMENTADA.

- La huelga constituye un derecho garantizado por la Constitución, que no puede ser penalizado, la existencia de la responsabilidad penal solo va a influenciar en el ánimo del representante gremial.
- El derecho a la huelga es una medida lícita de acción directa, este derecho no es absoluto, ni tampoco ilimitado. Por cuanto esta medida de presión no solo interesa a las partes que están en conflictos, sino que tienen repercusión en la colectividad en lo económico, en lo social y político.
- Este derecho de acción directa no es delictuoso por lo que debe dársele un margen operativo sin que sea sancionado.
- La huelga clasista es legal lícita porque su contenido es de interés profesional o socio-económico de los trabajadores. Es distinta a la huelga política que tiene por objeto presionar al poder político, al poder del ejecutivo, en otras palabras la huelga política tiene como objetivo el interés político y no el interés clasista o profesional del trabajador.

- A nivel internacional la huelga es considerada un derecho fundamental, es un derecho inalienable del hombre, y como tal es un atributo de la clase económicamente activa, que lo hace valer cuando el trabajador tiene conciencia de sus necesidades.
- Así mismo el Congreso de Bruselas de 1868 en su declaración reconoce la legitimidad y necesidad de la huelga en la lucha entre el capital y el trabajo. Sostiene: **“...Que procede someterla a ciertas reglas, condiciones de organización y oportunidades, y decide crear en el seno de cada federación una junta de arbitraje encargada de estatuir sobre la oportunidad de las huelgas eventuales y legitimidad de las mismas”**.
- En síntesis la huelga es un acto jurídico que requiere ser reglamentado por el Poder Público y que debe ceñirse al reglamento y a la ley pero jamás se puede penalizar un derecho fundamental protegido por la Norma Constitucional. El maestro Dr. Juan Isacc Lovato, en su Obra Nociónes Acerca de las Normas Fundamentales del Derecho Laboral Ecuatoriano, señala: **“...que la Constitución reconoce el derecho de la huelga a los trabajadores y en consecuencia el Estado debe**

apoyarla, garantizarla, defenderla, respetarla”. Además nos recuerda que el propio Consejo Consultivo del Ministerio de Previsión Social, presentó al Congreso Nacional un Proyecto de Reglamentación de Huelga que duerme el sueño eterno.

BIBLIOGRAFÍA

1. Derecho Procesal Laboral del Dr. Domingo Campos Rivera, Editorial Temis S.A., Bogotá- Colombia 2003.
2. Curso de Derecho del Trabajo, varios autores, Valencia 2004.
3. Curso de Derecho Procesal Laboral, Gregorio Rodríguez Camargo, Ediciones Librería Profesional 1994.
4. Teoría General del Derecho del Trabajo, Guillermo Gurrero Figueroa, Colombia.
5. Diccionario Explicativo del Derecho del Trabajo en el Ecuador, Dr. Aníbal Guzmán Lara Corporación Editorial Nacional.
6. Nociónes Acerca de las Normas Fundamentales del Derecho Laboral Ecuatoriano. Dr. Juan Isacc Lovato. Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana.



Causas de Exclusión de la Acción

Dr. Marco Rodríguez Ruiz

Juez de la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Pichincha

Con el propósito de bosquejar algunas líneas generales y además adentrarnos directamente y sin ambages en el tema de las causas de exclusión de la acción, creo pertinente recurrir al tratadista Santiago Mir-Puig, quien argumenta que la ausencia de comportamiento humano sólo podrá devenir en conflicto cuando se plantee con relación a un hecho producido por un ser humano y por tanto la exigencia de comportamiento humano requiere una “conducta externa y final”. De ahí que, las causas de ausencia de acción doctrinarias se refieren a supuestos de hechos del ser humano no guiados por una voluntad: la fuerza irresistible, la inconsciencia y los actos o movimientos reflejos.¹

Otra premisa clave para entender de mejor manera este tema la confiere el profesor Edgardo Alberto Donna, quien afirma que no hay acción cuando el movimiento corporal se realiza sin dominio de la voluntad,

esto es, cuando no es obra del autor, sino de lo “casual o de lo causal sin dominio”.²

Dos conclusiones básicas e inobjetables se desprenden alrededor de los argumentos de los citados autores, la una que tiene relación a que el dominio de la voluntad constituye un eje primordial para determinar si hay o no acción y la otra que aunque pueda resultar obvia, es de suma importancia y radica en que solo del hecho producido por una persona puede surgir una problemática en la ausencia de comportamiento humano, pues el daño causado por acontecimientos devenidos de la naturaleza o de los animales, no se debe a una acción humana que pueda resultar típica.

En este contexto, la tesis que formuló el jurista Hans Welzel fue definitiva para establecer que el concepto causal de acción tiene íntima relación con su oposición, al observar que la acción humana es un “ejercicio

¹ Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal*, Parte General, Tecfoto S.L., Barcelona-España, 2003, p. 26

² Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal*, Parte General, Tomo II, Teoría general del delito, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe – Argentina, 2008, p. 33

de actividad final” según la finalidad de la voluntad.³

En consecuencia, explica Mir Puig que Welzel al pasar el dolo al tipo porque la acción es final, no sólo que intentó derivar la “revolución de la sistemática de los elementos del delito”, sino también, que dejó entrever que el nuevo concepto final de acción debería acarrear resultados en el ámbito de la “ausencia de acción”, pero que el finalismo admite acción tanto en los delitos dolosos como en los culposos, a pesar de que en estos últimos el resultado causado no se deriva de la realización de la finalidad perseguida por el autor.⁴

De ahí que, causalismo y finalismo exigen para la existencia de una acción una voluntad, sin importar su contenido y no difieren en cuanto a las causas de ausencia de acción relativas a la voluntariedad y que a continuación las detallaremos.

En primer lugar se va a bosquejar los denominados movimientos o actos reflejos que para el referido autor Edgardo Donna son “reacciones corporales” causadas sin “intervención de la voluntad”. Por ende, el individuo no puede evitar ni controlar esos movimientos.⁵

Tanto Mir Puig como Muñoz Conde concuerdan con Edgardo Donna en la medida en que sostienen que los movimien-

tos reflejos tienen lugar sin la participación de la voluntad. Por su parte, Muñoz Conde agrega que el estímulo del mundo exterior es percibido por los “centros sensores que lo transmiten”, sin intervención de la voluntad, directamente a los “centros motores”.⁶ De la misma manera, Silva Sánchez define a los movimientos reflejos desde un punto de vista más técnico, al señalar que son procesos en que el “impulso externo actúa por vía subcortical periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor. Todo ello sin intervención primaria de la conciencia”.⁷

En este punto, resulta necesario tratar el problema que surge para el pleno entendimiento de lo que engloban los actos reflejos y que tiene relación con lo que Donna denomina “movimientos automatizados”, que se realizan sin ser pensados, pero que según su postura deben considerarse acciones. Dentro de este grupo se incluyen tres circunstancias: a) Movimientos instintivos de defensa: el sujeto reacciona automáticamente frente a una agresión extraña; b) Acciones pasionales de corto circuito: el autor tiene una reacción impensada que origina en un estado de fuerte emoción o pasión en el que puede hallarse afectada la conciencia. (Enrico Altavilla contrapone que en la pasión el fenómeno psíquico se vuelve complejo por el pensamiento y la reflexión que controlan nuestros instintos y tendencias.⁸ Smirnov, en cambio, subraya que la pasión

³ Welzel, Hans, Estudios sobre el sistema de Derecho Penal, en Estudios de Derecho Penal, Trad. de Gustavo Aboso y Tea Löw, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 58

⁴ Mir Puig, Santiago, op. cit., p. 87

⁵ Donna, Edgardo, op. cit. p. 78

⁶ Mir Puig, Santiago, op. cit., p. 88

⁷ Silva Sánchez, ADPCP, Madrid, Ed. Rodríguez, Madrid-España, 2010, p. 67

⁸ Altavilla, Enrico, La dinámica del delito, Bogotá, Edit. Temis, Bogotá-Colombia, 1961, p. 45

es en el orden afectivo lo que la idea fija en el orden intelectual.⁹ Mientras tanto, catedrático colombiano, Nodier Agudelo apunta que en el estado de pasión, existe una “martirización”, una “maceración”, una prolongación de los efectos de la emoción, en el tiempo, que este autor lo entiende en un sentido más psicológico que cronológico);¹⁰ y, c) movimientos semiautomáticos: acciones que se realizan habitualmente y en forma reiterada. Este tipo de acciones se pueden observar fácilmente en ciertos hábitos de los conductores de vehículos.

La tesis del jurista Günther Jakobs acerca del automatismo estriba en que éste se puede desenvolver ya antes de que el sujeto haya percibido la situación o el carácter erróneo de reaccionar automáticamente en la situación, entonces, ello no es acción, ni la ausencia de una acción paralizadora es omisión.¹¹

Sin embargo, Edgardo Donna distingue a los movimientos automatizados de los actos reflejos, aduciendo que la característica de acción de los primeros es inobjetable porque el autor poniendo un esfuerzo “suficiente puede controlarlos”, mientras en los segundos, existe una reacción involuntaria del organismo, por lo que la “posibilidad de control de dominio por parte del autor es nula”.¹²

Jesús–María Silva Sánchez, por su parte, señala que los actos reflejos no son acción, pues ésta debe entenderse como manifestación de la personalidad, pero que las reacciones impulsivas, sí suelen ser expresión de una determinada personalidad ya que en este tipo de reacciones el estímulo se halla en función de lo agresiva, medrosa, etc., que sea la concreta persona afectada.¹³ Así mismo, el jurista Bettiol/Pettoello Mantovani afirma que las reacciones impulsivas son actos espontáneos, casi fatales, en los que la respuesta a la estimulación periférica viene determinada por la organización del ser y la constitución hereditaria.¹⁴

Para Francisco Muñoz Conde la ausencia de acción se concreta en los movimientos reflejos, en la medida en que el sujeto no puede controlarlos, están más allá de su voluntad y desde el punto de vista penal no actúa, en cambio, en los movimientos automatizados, no se excluye la acción, pues en última instancia la voluntad del sujeto actúa, así sea de manera fugaz.¹⁵

En segundo lugar tenemos la fuerza irresistible, que es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el autor. Francisco Muñoz Conde afirma que desde el punto de vista cuantitativo, la fuerza debe ser absoluta de tal forma que no deje ninguna opción al que

⁹ A.A. Smirnov y A.N. Leontiev y otros, *Psicología*, México, Edit. Grijalbo, México D.F.-México, 1965, p. 57

¹⁰ Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, p. 79

¹¹ Revista: *Derecho Penal y sociedad. Estudios sobre autores*, Eduardo Montealegre (coord.), Edit. Torres, Bogotá, 2010

¹² Donna, Edgardo Alberto, *op. cit.*, p. 80

¹³ Silva Sánchez, p. 68

¹⁴ Revista: *Derecho Penal y sociedad. Estudios sobre autores*, Eduardo Montealegre (coord.), Edit. Torres, Bogotá, 2010

¹⁵ Muñoz Conde, Francisco, *Teoría General del delito*, Editorial Temis S.A., Bogotá-Colombia, 2005, p. 33

la sufre (vis absoluta), pues si la fuerza no es absoluta, el que la sufre puede resistirla o tiene esa posibilidad, no se podría apreciar esta eximente.¹⁶

Alfredo Etcheverry asevera que la fuerza que puede ejercerse sobre un individuo puede recaer sobre su cuerpo o sobre su voluntad, a la primera se designa como vis absoluta, en la que no hay acción, porque no hay una voluntad finalista que dirija el comportamiento externo, el individuo obra “como mero cuerpo físico, igual que una cosa”; y, a la segunda como vis compulsiva, en la que solo hay presión sobre la voluntad del individuo, aunque se ejerza a través de una fuerza física.¹⁷

Habría que apartar de los casos de fuerza irresistible a la utilización de medios hipnóticos o narcóticos, en los que la mayoría de tratadistas citados concuerdan en que quien actúa bajo estas circunstancias no se encuentra afectado por una fuerza física irresistible. Edgardo Donna sostiene que en el caso de intoxicación con narcóticos o estupefacientes, se analizará en la culpabilidad, salvo que la ingesta sea de tal envergadura que haya generado un verdadero estado de inconsciencia absoluta del autor, aunque debe tenerse en cuenta la teoría del actio libera; y, respecto del hipnotismo – anota– que si bien hay dudas acerca de hasta qué punto el sujeto hipnotizado responde estrictamente a las órdenes del hipnotizador o a su propia voluntad, en caso de duda,

sobre si ha actuado de modo consciente o inconsciente, siempre debe adoptarse la solución que favorezca al imputado (principio in dubio pro reo).¹⁸

En cuanto a la fuerza irresistible en los delitos de omisión, Santiago Mir Puig sostiene que si bien estos delitos requieren de un comportamiento positivo, éste puede faltar por fuerza irresistible, ya sea procedente de una persona (alguien impide por la fuerza que A socorra a B), ya sea de carácter no humano (el viento, las aguas, la fuerza de la inercia).¹⁹

Por consiguiente, en esta causa de ausencia de acción, también se debe diferenciar entre la fuerza física exterior irresistible (vis absoluta) o la violencia moral o coacción (vis moral o vis compulsiva), que tendrá valor en el juicio de la acción como base de la culpabilidad (para algunos autores el miedo insuperable estaría ubicado en esta categoría).

Por último, se encuentra como causa de ausencia de acción a la inconsciencia absoluta o estados de inconsciencia como los llama Francisco Muñoz Conde, quien advierte que en estos casos también los actos que se realizan no dependen de la voluntad y en tal virtud no pueden considerarse acciones penales relevantes. Sin embargo, la inconsciencia puede ser penalmente relevante si el individuo se ha colocado voluntariamente en dicho estado para delinquir. Este autor,

¹⁶ Muñoz Conde, Francisco, op. cit., p. 34

¹⁷ Etcheverry, Alfredo, Derecho Penal, Santiago, Editora Nacional Gabriela Mistral, Santiago-Chile, 1976, p. 44

¹⁸ Donna, Edgardo Alberto, op. cit., p. 85

¹⁹ Mir Puig, Santiago, op. cit., p. 96

ubica al sueño, al sonambulismo y a la embriaguez letárgica en los estados de inconsciencia que no son penalmente relevantes y al guardagujas que se emborracha hasta quedar dormido para provocar intencionalmente un choque de trenes o no cambia a tiempo las vías, provocando el choque de trenes como penalmente relevante.²⁰

Edgardo Donna también ubica como un estado de inconsciencia total al sueño profundo, a los delirios febriles de alto grado, a los desmayos, al estado de coma.²¹ De esta manera, para que no exista acción, la inconsciencia debe ser total, esto es, absoluta y que impida además que el estado en que se encuentra el autor haya sido voluntario, pues si existe un trastorno de la consciencia, cuando el estado de inconsciencia no es absoluto, el contenido de la acción debe ser analizado como base de la culpabilidad.

El catedrático Edgardo Donna pone énfasis al estudiar las causas de exclusión de la acción como base de lo injusto en la necesidad de analizar la conducta previa. En este sentido, el aludido autor aclara que el juez para determinar la responsabilidad

penal del individuo, debe analizar la conducta previa que fue desarrollada voluntariamente y a través de la cual éste se colocó en situación de exclusión de la acción.²²

Con el objeto de juzgar la conducta previa, realizada voluntariamente por el autor, se puede recurrir a la teoría de la “actio libera in causa”, que en el caso de la fuerza irresistible, Santiago Mir Puig considera que esta modalidad ocurre, cuando pese a haberse realizado bajo fuerza irresistible, el acto era libre en su origen por haber sido provocado por el agente en un momento anterior a la presencia de la fuerza.²³

Bajo tales premisas, analizar la conducta previa anterior a la circunstancia de ausencia de la acción, cuando ésta sea planteada como teoría de la defensa del acusado, debe constituir una obligación jurídica del juzgador, más aún en la actualidad, con la inminente entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP), cuyo artículo 24, se refiere taxativamente a los movimientos reflejos o estados de plena inconsciencia, como causas de exclusión de la conducta.²⁴

²⁰ Muñoz Conde, Francisco, op. cit., p. 35

²¹ Donna, Edgardo Alberto, op. cit., p. 87

²² Donna, Edgardo Alberto, op. cit., p. 88

²³ Mir Puig, Sanatiago, op. cit., p. 99

²⁴ “Art. 24.- Causas de exclusión de la conducta.- No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconsciencia debidamente comprobados”.

Sobornos Legales?



Dra. Gretta Lima Reyna*

*Dpto. de Jurisprudencia e Investigación Jurídica
de la Corte Nacional de Justicia*

“¡Si todo fuera tan simple! Si solo hubiera personas malvadas que, de algún modo, cometen insidiosamente malas acciones y bastara con separarlas de las demás y destruirlas. Pero la línea que divide el bien y el mal atraviesa el corazón de todo ser humano... Y quién está dispuesto a destruir una parte de su propio corazón?”

Alexander Solzhenitsyn

La corrupción enquistada en las diferentes jerarquías estatales produce, como una de sus principales consecuencias, la desnaturalización del Estado, por cuanto una organización que debería tener como fin y objetivo directo la realización del bien común, es decir, el bienestar general de los ciudadanos, en realidad, resulta finalmente utilizada como un medio irregular tendente a la obtención de beneficios particulares —en pos de aquellos agentes que ejercitan dichas conductas disfuncionales— y en perjuicio del interés público que deberían perseguir.

En otras palabras, el comportamiento ilícito prospera cuando los agentes se caracterizan por su poder monopólico sobre los ciudadanos, cuando además tienen un importante nivel de arbitrio y, finalmente, cuando su labor no goza de la adecuada transparencia y, por ende, la responsabilidad del agente —respecto de su superior— es débil. Esta pretensión se manifiesta a través de la violación de un deber institucional por parte del sujeto. Y en ese sentido, la corrupción se muestra como una deslealtad hacia la institución a la que se pertenece o en la cual se presta servicio. Su carácter desleal hace que los actos de corrupción se

* Especialista en *Ética Pública, Gestión Gubernamental y Mecanismos Anticorrupción*, Universidad Nacional del Litoral Sta. Fe- Argentina. Forma parte del Equipo Técnico de la CNJ para el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción (MESICIC). Coordinadora Jurídica del Área Penal —Departamento de Jurisprudencia e Investigación Jurídica— Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

cometan en secreto o, al menos, en un marco de discreción.

Es evidente que, al implicar una actitud de deslealtad, la corrupción conlleva una carga negativa y, por lo tanto, tiende a ser sustraída del conocimiento público. Ahora bien, que la acción corrupta se mantenga efectivamente en secreto o en un marco de discreción dependerá de lo exitoso de la estrategia de ocultación utilizada o del nivel de impunidad con que se opera. Por supuesto, dicho ocultamiento se motiva, básicamente, en la intención de evitar las consecuencias administrativas o penales que el hecho irregular pueda acarrear a los actores corruptos.

Es importante realizar una distinción básica en torno al tema de la corrupción funcional; en tal sentido, debemos diferenciar entre lo que se conoce como *acto de corrupción* y lo que constituye *estado de corrupción*. En cuanto al primero, se trata de una conducta que implica la solución irregular de un conflicto de intereses, el cual tiene lugar cuando una persona obligada legalmente hacia un interés ajeno lo pospone en función de un interés propio. Por otra parte, cuando nos referimos al *estado de corrupción*, se intenta caracterizar una situación en la cual los actos de corrupción se erigen y despliegan de manera habitual, produciendo un escenario donde la corrupción se convierte en sistema, dando lugar a lo que también se denomina *sistema institucionalizado de corrupción*. La corrupción sistémica, anormal o hipercorrupción, para utilizar un término acuñado por el argentino Moreno

Ocampo, L. (1993)¹, deriva finalmente en instituciones enfermas.

En este sentido, es importante referirnos a lo que se conoce como influencia del sistema de corrupción, en la medida en que este último es capaz de generar las condiciones necesarias para que una persona honesta se quiebre ante un sistema que solo ofrece el acto de corrupción (v. gr., cohecho), a modo de salida y desarrollo en los distintos ámbitos sociales. En definitiva, en dichos esquemas los pagos irregulares o el soborno, por ejemplo, cumplen precisamente la función de resolver conflictos.

Por tanto, un acto individual de corrupción puede ser el resultado de una predisposición moral particular, pero un sistema de alta corrupción actúa en forma masiva influyendo en la conducta, aún de aquella persona que originariamente no pretendía llevar a cabo el acto irregular. En virtud de tales premisas, resulta adecuado caracterizar a la corrupción como endémica y expansiva, ya que todo sistema de organización corrupta tiende a influir en la conducta de los individuos que lo integran, y el que no participa, aunque sea como cómplice pasivo, se podría ubicar en una situación de riesgo, no solo laboral, sino también físico. En definitiva, supone la existencia de una trama de actores y organizaciones (lícitas e ilícitas) que operan en distintos niveles y funciones, estableciendo entre sí procesos transaccionales (o contratos tácitos) que implican algún tipo de contraprestación transgresora y un pacto de silencio (o red de complicidades). Por supuesto, es dable

¹ Moreno Ocampo, L. *Una propuesta de acción*. Cap. VI. citado por Grondona, M. (1993). *La corrupción*. op. cit. pp. 119-148. Buenos Aires: Planeta.

señalar que ambos tipos de corrupción se pueden dar en forma independiente o superpuesta.

En consecuencia, la tarea de reducción y control de la corrupción debe ser desplegada fundamentalmente para intentar dismantelar las estructuras organizacionales corruptas o sistemas institucionalizados de corrupción. Las acciones deben encauzarse en forma directa hacia las redes que tejen y entrelazan el funcionamiento de ese sistema, de manera que resulta insuficiente dirigir dicha tarea solo con relación al actor corrupto o respecto a determinados y aislados actos de corruptela.²

De allí que se haga hincapié en abordar la cuestión a través de una visión sistémica, que contemple todas las facetas del problema social institucionalizado, denunciando que insistir en los actores individuales incursos en *actos no continuos de corrupción* puede brindar la apariencia de estar atacando al fenómeno de corrupción administrativa, mientras que sólo se está operando sobre una dimensión limitada en el ámbito de lo jurídico. Entonces, mientras se aborde exclusivamente la punición de personas y no se procure actuar sobre la trama de actores y los sistemas relacionados y articulados para el desarrollo de su accionar, los esquemas de corrupción institucionalizados se seguirán perpetuando.

Actos de corrupción total o parcial.

En cuanto a la clasificación de los

diferentes tipos de corrupción, cabe mencionar una en particular, la cual resulta importante a los efectos de evaluar una determinada modalidad de acción y las consecuencias que pueden derivarse de ella. Así, es posible distinguir aquellos casos irregulares donde el funcionario público percibe de parte del administrado no solo el precio fijado por el Estado para el otorgamiento de un determinado bien o servicio, cuyo importe ingresa en el erario público, sino también una determinada *cuota corrupta* cuyo importe ingresa, en este caso, en su patrimonio personal. La doctrina ha identificado esta clase de conducta como *corrupción parcial*, porque el funcionario no se apropia del canon que legalmente le corresponde al Estado, únicamente percibe el importe adicional de su cuota corrupta.

Como contrapartida de la tipología descrita, es posible identificar aquellos casos de *corrupción total* donde el funcionario oculta al Estado la venta del bien o servicio y, en consecuencia, se abstiene de ingresar monto alguno en el patrimonio estatal. El precio del bien, en este caso, se encuentra conformado por la cantidad que el funcionario corrupto ingresa en su propio patrimonio, es decir, por el importe del acto corrupto, por ejemplo, de la dádiva o del soborno. Es importante destacar que, en este último supuesto, la suma que abona el administrado generalmente es menor que el precio establecido oficialmente por el Estado (por ejemplo, en los casos de emisión de licencias de conducir, pasaporte, etc.)³

² Suárez, F. e Isuani, F. (mayo 2002). "El árbol y el Bosque". ENCRUCIJADAS, Universidad de Buenos Aires, No. 19, Año II. Buenos Aires - Argentina.

³ Todarello Ariel, G. (2008). *Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito*. pp. 104-111. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.

Delitos contra la fe pública: cohecho y concusión.

Los delitos contra la eficiencia de la administración pública se encuentran previstos en el Capítulo V- Sección Tercera del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (COIP), a partir de los siguientes tipos penales:

Art. 280.- Cohecho.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas

señaladas para los servidores públicos.

Cohecho pasivo: Cabe señalar que este ilícito se consuma con el perfeccionamiento del pacto, ya sea al recibir el dinero o la dádiva o al aceptar la promesa. Por lo tanto, no interesa si luego el funcionario cumple o no la promesa efectuada al recibir el dinero, la dádiva o al aceptar la promesa. Existe consenso al entender que el bien jurídico que se tutela es el funcionamiento normal, ordenado y legal de la administración pública, la que puede verse afectada por la conducta corrupta del funcionario en lo que respecta a su normal desenvolvimiento. Sin embargo, no solo se protege la regularidad funcional de los órganos del Estado, sino que también se busca castigar aquellos actos corruptos llevados a cabo por los funcionarios en el marco del ejercicio de la función pública.

Cohecho activo: Se reprime con igual pena que en el cohecho pasivo a la persona que da u ofrece dádivas a un funcionario público para que éste haga, retarde o deje de hacer algo relativo a sus funciones. El delito se consuma al brindar la dádiva, esto es cuando dichas circunstancias lleguen a conocimiento del funcionario, siendo irrelevante que éste la acepte o la rechace. A diferencia del cohecho pasivo, éste no es un delito de codelincuencia necesaria. En cuanto al bien jurídico protegido, el mismo ha sido identificado directamente como la administración pública que se ve afectada tanto con la conducta corrupta del funcionario, cuanto con el accionar irregular del que ofrece u otorga una dádiva.

Art. 281.- Concusión.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal

en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si la conducta prevista en el inciso anterior se realiza mediante violencias o amenazas, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

De ello se extracta, en principio, que para la imputación del delito de concusión, se requiere la concurrencia de los siguientes elementos:

- Un sujeto activo cualificado, a saber, servidor público;
- El abuso del cargo o de la función;
- La conducta que se concreta con la ejecución de cualquiera de los verbos rectores de ordenar, exigir, inducir o solicitar una prestación o utilidad indebidas; y
- La relación de causalidad entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega del dinero o utilidad no debidos.

Por tanto, se abusa del cargo o de la función pública cuando el servidor, al margen de las normas constitucionales y legales a las cuales debe obediencia, es decir aquellas que organizan y diseñan estructural y funcionalmente la administración pública, ordena, induce o solicita a alguien dar o prometer alguna cosa. El

delito se consuma simplemente al ejecutarse cualquiera de estas acciones en provecho del servidor o de un tercero, independientemente de que la dádiva o la utilidad hayan ingresado o no al ámbito de disponibilidad del actor.

Diferencias entre cohecho y concusión.

La concusión y el cohecho son delitos que, por ser cometidos exclusivamente por sujetos calificados, son delitos *proprios* o *especiales*. Sin embargo, pese a estas similitudes, entre los dos existen diferencias sustanciales relacionadas principalmente con la naturaleza de la *conducta*.

Una teoría muy corriente entre los autores es la que identifica la diferencia en la *iniciativa* para la entrega del dinero o de la dádiva o para la formulación de la promesa. Entonces, se dice que en el cohecho la iniciativa para obtener, recibir o aceptar el dinero o la dádiva, viene del *particular*; es decir, es el particular el que ofrece o da al funcionario público el dinero o la dádiva. En cambio, en la concusión, la *iniciativa* para obtener la cosa indebida parte del *funcionario*, quien, mediante constreñimiento o inducción, coarta la voluntad del particular y lo obliga a realizar el acto de disposición patrimonial típico de la infracción. En otras palabras: en el cohecho, el funcionario *acepta* (el dinero o la dádiva); en cambio, en la concusión, el funcionario *exige* (el dinero o cualquier otra utilidad). Sin embargo, los más modernos tratadistas del derecho penal han criticado esta teoría, por considerar que ella no se ajusta a todos los casos delictivos que se pueden presentar y porque, además, conduce a evidentes injusticias.

Sobre esto Rodolfo Venditti⁴ manifiesta que la insuficiencia del criterio resulta evidente si se considera que, con base en él, habría siempre concusión cuando existiera la iniciativa del funcionario público; y que, por tanto, el particular quedaría impune en tales casos, aún cuando hubiera adherido voluntariamente a la iniciativa del funcionario público y aún cuando hubiera obtenido ventaja de tal adhesión.

El criterio elaborado por la doctrina, y que hoy es casi en su totalidad aceptado por todos los escritores de derecho penal, se basa fundamentalmente en la *posición* que asumen los dos sujetos que cooperan en la comisión del delito. En el *cohecho*, se dice, hay un pleno acuerdo entre el particular y el funcionario. Ambos se encuentran en un plano de igualdad para pactar la comisión del ilícito que ofende esencialmente la administración pública. En la *concusión*, en cambio, no existe ese plano de igualdad, sino una superioridad por parte del funcionario público, en el sentido de que su conducta se encamina a coartar (induciendo o constriñendo) la voluntad de quien da o promete.⁵

Corrupción nacional y transnacional.

De acuerdo con el marco en el cual se desarrolle el acto o el sistema de corrupción, es importante distinguir entre la corrupción desplegada a nivel nacional, es decir, aquella constituida por actos irregulares

acaecidos en el ámbito gubernamental limitado a un Estado en particular; y los actos de corrupción que involucran a elementos pertenecientes, al menos, a dos países. Como es lógico, para que dichas conductas puedan relacionarse con el concepto de corrupción administrativa es imprescindible que en las mismas intervenga algún sujeto representativo del Estado, o que de alguna forma se encuentre afectado el normal funcionamiento de la administración pública de alguno de los Estados intervinientes, aún cuando la relación irregular se trabe con una empresa privada u organización no gubernamental de otro país.

Es evidente que el fenómeno de la corrupción no puede ser limitado en la actualidad al marco geográfico de un país, más aún cuando se advierte que la corrupción asociada a la financiación de la política, al tráfico de armas y estupefacientes, a la construcción de obras públicas, o a determinadas actividades relacionadas con el blanqueo de activos constituyen relaciones cotidianas que enlazan a los diferentes Estados y empresas internacionales. En un contexto internacional altamente globalizado, en el que personas, empresas, instituciones nacionales e internacionales o Estados interactúan con creciente asiduidad y velocidad, y en el marco de relaciones cada vez más asimétricas, se generan condiciones extraordinarias para el desarrollo de comportamientos irregulares.⁶

⁴ Venditti, R. (1962). Corruzione. "Enciclopedia del Diritto", Vol. X, p. 755. Italia: Giuffrè

⁵ Bernal Pinzón, J. (1965). Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir. Bogotá: Temis.

⁶ Todarello Ariel, G. Corrupción Administrativa... op. cit. p. 112.

Soborno transnacional.

A fin de advertir la importancia que cabe asignarle a la denominada corrupción internacional, debe tenerse en cuenta que la figura del *soborno transnacional* se encuentra prevista en: el párrafo 1 del artículo VIII de la CICC; en el artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; y, en el artículo 1 de la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. No se encuentra tipificada como tal en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, ya que lo plasmado en sus artículos 280 y 281, es relativo al cohecho y concusión de los funcionarios públicos.

Por tanto, no existen regulaciones específicas y claras orientadas a impedir o disuadir el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros. El entramado jurídico de normas asociadas resulta bastante ambiguo y confuso, lo que en la práctica dificulta una real prevención, detección y sanción del soborno. Entidades rectoras y de control, tales como la Superintendencia de Compañías, la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Comunicaciones, el Consejo Nacional de Valores, así como aquellas con las que éstas pueden coordinar acciones, como el Servicio de Rentas Internas, la Asociación de Bancos Privados, la Contraloría General del Estado y la Secretaría Técnica de Recursos Humanos, no incorporan políticas que estén orientadas de manera específica a la

prevención e investigación o detección de actos de soborno en las sociedades e instituciones del sistema financiero, tanto públicas como privadas.

Sin embargo y a pesar de no encontrarse tipificado en nuestra legislación, se contempla la posibilidad de cooperación internacional en esta materia, así como la observancia de la CICC, para lo cual la Fiscalía General ha adoptado importantes iniciativas con el fin de promover este tipo de cooperación. Al respecto el artículo 282 del Código Orgánico de la Función Judicial señala, entre las atribuciones de esta institución del sector, las siguientes: "...4. Dirigir, coordinar y supervisar las funciones de intercambio de la información y pruebas sobre nacionales o extranjeros implicados en delitos cometidos en el exterior, cuando así lo prevean los acuerdos y tratados internacionales;..."

A partir de este imperativo legal, la Fiscalía General del Estado, creó (2004) la Unidad de Asuntos Internacionales, la cual, según información difundida en su sitio web, funciona principalmente sobre dos ejes: *Cooperación Judicial Internacional y Política Internacional frente a los demás Estados y Organismos Internacionales*.⁷

Cabe mencionar que en los casos investigados por la anterior CCCC (Comisión del Control Cívico de la Corrupción), a cuya finalización se establecieron responsabilidades penales por los delitos de cohecho y concusión, existe un enfoque orientado a

⁷ Fiscalía General del Estado Ecuador. (2013). Dirección de Asuntos Internacionales: Instructivo de Cooperación Penal Internacional. Recuperado en 15/09/2014 desde http://www.fiscalia.gob.ec/files/LO-TAIP%20AC/2A_Instructivo_Fiscalia_version_publicada.pdf

identificar y sancionar al funcionario que ha incurrido en el delito, pero el sobornador/corruptor ha quedado exento de responsabilidades, lo cual supone *omitir* uno de los puntos relevantes de la cadena delictiva⁸.

El precedente de los Estados Unidos.

Estados Unidos fue el país que impulsó en la OCDE la suscripción de la Convención anti corrupción y fue también el primero en penalizar el soborno a funcionarios públicos de otros países con la sanción, en 1977, de la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA). Esa norma establece severas penas privativas de la libertad y pecuniarias para las empresas de EE.UU. o radicadas en ese país, así como para los empleados de esas empresas en el exterior y también para los emisores de títulos valores, cuando ellos ofrecieren, otorgaren u autorizaren pagos u otros beneficios pecuniarios a funcionarios públicos de un Estado extranjero, a un partido político foráneo o a un candidato de un partido político extranjero a fin de conseguir o asegurar un negocio.

La Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) incluyó como excepción al delito de soborno transnacional, su pago; en el entendimiento de que, en muchos casos, no poder sufragar *pagos de facilitación* implica la imposibilidad para las compañías de operar en ciertos países. El artículo 1 de la Convención de la OCDE, prohíbe cualquier soborno activo de un funcionario público extranjero en el transcurso de operaciones

internacionales de negocios. Sin embargo, el párrafo 9 de los comentarios oficiales a la Convención deja explícitamente fuera de la misma los “pequeños pagos de facilitación” (*small facilitation payments*). En definitiva, lo que la Convención pretende es diferenciar los pagos pequeños y otros pagos encaminados a “obtener un negocio o conseguir una ventaja indebida” (*to obtain any business or other improper advantage*) sobre un competidor.

Por ello, los empresarios norteamericanos no fueron tan perseguidos por *corromper* a funcionarios extranjeros y, además, encontraron en la FCPA una “escapatoria legal” en su tolerancia ante los “pagos de facilitación” para la obtención o el mantenimiento de los negocios, con el argumento de que esos pagos meramente “facilitan” el desenvolvimiento de las tareas que los funcionarios ya están obligados a realizar.

Pagos de facilitación.

Los pagos de facilitación (*facilitating payments, grease payments, speed money, expediting payments, tea money, democratic corruption*) son una forma de pequeña corrupción, corresponden al pago que hacen las empresas, de cantidades pequeñas de dinero, generalmente a los funcionarios de nivel inferior, con el fin de obtener un trato preferencial en los procesos burocráticos. Una de las diferencias entre éste y otros tipos de corrupción es el hecho de que la empresa solicita algo a lo que legalmente tiene derecho. Doctrinariamente, podemos definirlos

⁸ III Ronda de Análisis en el marco del Mecanismo de Seguimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción MESICIC (2009). Informe de la Sociedad Civil. Recuperado en 29/09/2014 desde http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ecu_inf_sc.pdf

como “la acción y efecto de dar o recibir algo de reducido valor para que un funcionario o empleado haga o deje de hacer algo, o lo haga con mayor o menor rapidez y eficacia, burlando una regla formal o implícita acerca de lo que debe hacer o dejar de hacer, en beneficio del que da ese algo de valor o de un tercero, para ayudar a resolver un asunto, acelerar un trámite, conceder una licencia, un permiso o un servicio, etc., pero no para la obtención o conservación de un negocio, contrato u operación comercial, o para conseguir una ventaja competitiva importante”.

Es interesante saber que, en razón de que en numerosas estructuras burocráticas los pagos de facilitación son práctica usual, sin embargo no suelen recibir la atención ni la persecución que se le da a la corrupción en gran escala, ya que, a simple vista, estos pagos no parecen ser demasiado perjudiciales. Generalmente, suponen pequeñas cantidades de dinero, desde el punto de vista de las empresas y constituyen un sobresueldo bien recibido por los funcionarios de menor categoría, “justificado” por los bajos sueldos, la escasa profesionalidad y el desorden imperante en las oficinas públicas. Una situación que parece reportar beneficios para ambas partes sin que afecte directamente a terceros.

Muchas empresas que se toman muy en serio la lucha contra la gran corrupción no siempre prestan atención a esos pequeños pagos, considerados como la “grasa” que hace funcionar la maquinaria burocrática. Pero, la existencia de una cultura que permite la facilitación de estos pagos sugiere

que los funcionarios no están realizando su trabajo correctamente, por lo que a menudo, estas prácticas constituyen la antesala de casos mayores de corrupción, como la extorsión y el soborno; así, aumentan los costes a los que tienen que hacer frente las empresas y los ciudadanos, acabando por minar la solidez ética de las organizaciones tanto públicas como privadas.

Exigir o solicitar explícitamente ese pago será siempre una extorsión, que es inmoral, porque obliga a la empresa a efectuar un pago no incluido en las condiciones de obtención del servicio, para el exclusivo beneficio del funcionario. Como es obvio, exigir o solicitar el pago de facilitación a sabiendas de que no se va a conceder lo que la empresa espera, añade otra injusticia a la acción. De tal manera que la gestión del funcionario implica una deslealtad para con la administración pública, porque no cumple el compromiso asumido de ejercer su función sirviendo con diligencia, sin favoritismos y sin lucrar en el cargo.⁹

Teoría propuesta por el Dr. Kaushik Basu sobre la base de un modelo simple de teoría de juegos.

Como ya hemos visto, cuando una organización o persona natural entrega directamente a un servidor público determinada cantidad de dinero, para cumplir algo que es inherente a sus funciones y a lo que tiene derecho legalmente, con el propósito de obtener agilidad o una respuesta favorable a un trámite o solicitud, se está cometiendo

⁹ Argandoña Rámiz, A. (2004). LA CORRUPCIÓN Y LAS EMPRESAS: El caso de los pagos de facilitación. pp. 1-15. España: IESE Business School.

soborno y la ley es clara al determinar un castigo para las dos partes. Pero, hay que tomar en cuenta que una cosa es trabajar enfrentando actos de corrupción aislados y otra cuando es preciso enfrentar una situación de “corrupción sistémica”. En éste último caso, a menudo los funcionarios no solo están habituados a recibir sobornos, sino que los exigen como “peaje” imprescindible, y eso hace que las legislaciones nacionales y pactos internacionales que sancionan el soborno transnacional, cedan en eficacia.

En la decisión de participar dentro de la corrupción, los individuos están influidos tanto por sus características personales como por sus valores, expectativas, ambiciones y sus propias percepciones de riesgo de ser sorprendidos. Pero si el funcionario percibe que este riesgo implícito es alto, tendrá que valorar la posibilidad de aceptar un soborno o no, por lo tanto, la probabilidad de corrupción disminuirá. Modelo simple de *teoría de juegos* en la que se basa el doctor Kaushik Basu¹⁰, proponiendo la legalización de este tipo de soborno, en el cual lo que corresponde por derecho es cobrado como un favor, llamándolo “soborno de acoso”.

Esta idea tan sexy ha llamado mucho la atención y le generó al Dr. Basu un elogioso artículo en *The Economist*, y un programa en CNN. El Dr. Basu fue un estudiante de Amartya Sen, quien incluyó las garantías de transparencia como una de las cinco libertades en su libro “Desarrollo y Libertad”, que está basado en una serie de cinco conferencias que dictó en el Banco Mundial. Ahora (2012) el Dr. Basu ha sido designado como economista en jefe del Banco Mundial, quizás ya es hora de verificar si esta idea punzante puede ser tan efectiva contra la corrupción como la realización de auditorías aleatorias o campañas públicas de información.¹¹

El Dr. Basu, K. (2011)¹² arguye que la ley como se maneja actualmente, al tratar el soborno como un crimen para ambas partes (el que da y el que recibe), hace difícil que en la práctica se pueda delatar a los funcionarios corruptos, porque el dador de soborno también ha violado la ley y sabe que será sancionado, por lo que en este ámbito gris y poco visible opera la impunidad, abriéndose una zona de confort y silencio en la que se realiza un acuerdo tácito entre las partes. La idea, al proponer esta novedosa forma de combatir

¹⁰ Kaushik Basu, es Vicepresidente Senior y Jefe Economista del Banco Mundial. Desde diciembre de 2009 a julio de 2012 se desempeñó como Asesor Económico Principal (CEA) en el Ministerio de Finanzas de la India. Hasta 2009 fue Presidente del Departamento de Economía y durante 2006-9 fue Director del Centro para la Economía Analítica en Cornell. Asesor con la OIT, el Banco Mundial, el Banco de Reserva de la India, siendo durante varios años, miembro del Comité Directivo del grupo de expertos de temas de desarrollo creado por el gobierno sueco. Actualmente es miembro de la Junta de Directores del Exim Bank de la India. Ha sido profesor visitante en la Universidad de Harvard (Departamento de Economía) - 2004, la Universidad de Princeton (Departamento de Economía) -1989-91 y el MIT (Departamento de Economía) -2001-02. Ha publicado extensamente en las áreas de Desarrollo Económico, Organización Industrial, Teoría de Juegos y Economía del Bienestar.

¹¹ Mejía, F. (Sept. .2012). Banco Interamericano de Desarrollo. Blog Desarrollo con Impacto Efectivo: Sobornos Legales?. Recuperado el 22/10/2014 desde <http://blogs.iadb.org/desarrolloefectivo/2012/09/06/sobornos-legales/>

¹² Baushik, Basu. (). Act Giving Bribe Legal. Recuperado: 20/10/2014 desde http://www.kaushikbasu.org/Act_Giving_Bribe_Legal.pdf

la corrupción sistémica, *es que el acto de ofrecer un soborno se convierta en una actividad legítima*. El soborno de acoso no conduce a un trato privilegiado o a un caso de competencia desleal (en cuyo caso se trataría de cohecho), al contrario, se dirige a obtener algo que corresponde, no algo que vaya a favorecer indebidamente al que lo paga.

Con esta figura, no se encara el tema de la corrupción como fenómeno de impronta cultural, sino como corrupción sistémica, y se basa hasta ahora en *estadísticas*, con aplicación de un modelo simple de *teoría de juegos*, la cual puede utilizarse para explicar, predecir y evaluar el comportamiento humano en contextos donde el resultado de la acción depende de lo que varios agentes deciden hacer y donde sus decisiones dependen de lo que otros quieren hacer. Se dirige, fundamentalmente, a la “gran corrupción”, a combatir el soborno transnacional (las empresas multinacionales, por ejemplo, que deban pagar sobornos, podrían luego de obtenido aquello a que tenían derecho, formular las denuncias). Con ello, quedarían eximidas de pena, podrían recuperar el monto del soborno y no estarían expuestas a las sanciones que prevén sus legislaciones nacionales —las de su sede principal o jurisdicción en que actúen— o de la comisión de valores de Wall Street para aquellas que cotizan acciones en esa plaza.

Pero, cómo podrían ser legales los sobornos realizados para combatir este tipo de corrupción en la administración pública?

En esos casos, el Dr. Basu, K. habilitó al autor del “cohecho activo” a formular posteriormente la denuncia; para ello, no solo se lo eximiría de toda pena, sino además

tendría la posibilidad de recuperar el dinero que hubiera pagado para acceder a lo que tiene derecho. La forma de operar, sería que al oferente del soborno se le conceda inmunidad de enjuiciamiento y mediante, una denuncia comprobada hacia el demandante del soborno (con evidencia del acto, ej: una foto secreta o apunte de los números en los billetes entregados), debería resultar no solo en castigo para el funcionario corrupto, sino también a un “reembolso” para el dador de soborno. Esto establece que, si se realiza un cambio en la legislación de la manera sugerida por el autor mencionado, habría una fuerte caída en la incidencia de soborno de acoso, brindando a sus víctimas la confianza para presentar sus quejas y haciendo que el servidor público lo piense dos veces antes de solicitarlo, ya que no solo perdería el dinero otorgado sino que recibiría una severa sanción. Así, esta figura operaría como combate a la gran corrupción sistémica existente en las instituciones públicas.

Lo que se discute aquí es que las enmiendas legales propuestas no eliminarán todos los incentivos de soborno; pero, en la medida en que creen desconfianza entre el que da y el que toma el soborno de acoso, la zona de confort en que la corrupción ocurre en el mundo actual dejará de existir y el resultado será una mengua de su incidencia. Sin embargo, el Dr. Basu K. menciona que existen muchas otras acciones necesarias para hacer frente a este fenómeno ubicuo. Entre ellos, destaca el esfuerzo de utilizar e-tecnología para hacer procedimientos regla- base y minimizar la interfaz entre los ciudadanos comunes y el servidor público; concluye expresando que si se quiere poner un virtual fin al soborno y la corrupción, de lo que en realidad se debe

depender es de los valores individuales y rasgos de carácter de cada persona, ya que no importa cuántos mecanismos se adopten para detener la corrupción, la gente sin valores casi invariablemente encontrará un camino para llegar a ella.

Teoría que resulta muy interesante y atrevida a la hora de su aplicación, pero que, de legalizarse, debería ir enmarcada dentro de una serie de normas y decisión política que garanticen su aplicación y efectividad, con el fin de no crear efectos contraproducentes y dar paso a otro tipo de corrupción.

Pro y contra de la teoría de juegos.

El tema es muy amplio y desde su publicación en el 2011, ha ocasionado mucha polémica, por lo que existen criterios divergentes al respecto. Entre las voces que están en contra de esta propuesta, se encuentran las de las doctoras Raquel Meyer y Juanita Riaño, del Banco Interamericano de Desarrollo, quienes, pese a considerar el argumento del Dr. Basu interesante, sostuvieron que legalizar el pago de sobornos, así sea para un tipo específico de este delito, no era una forma efectiva de combatir la corrupción. Y con el título de: “Siete razones contra la legalización del pago de sobornos” efectuaron el análisis que expongo a continuación:

1. Legalizar el pago de sobornos para recibir servicios a los que se tiene derecho, no subsana las causas fundamentales del problema. Mucho se ha escrito sobre las causas de la corrupción, tanto que requeriría no sólo un blog-post sino varios para exponer todo lo que han escrito diversos autores.

Sin embargo, podemos resumir que gran parte de las discusiones están relacionadas con una gobernabilidad débil y falta de transparencia. En este orden de ideas, no vemos cómo la propuesta podría fortalecer las instituciones del Estado de Derecho o corregir las asimetrías de información. Para nosotros parece que para tapar un agujero, estamos cavando otro.

- 2. Legalizar el pago de sobornos para obtener servicios a los que se tiene derecho, penaliza más gravemente a los ciudadanos vulnerables, perpetuando así la desigualdad y entorpeciendo el desarrollo.** La propuesta de legalizar el pago de este tipo de sobornos podría resultar en un aumento inicial en el número de funcionarios públicos sancionados por corrupción. A largo plazo y dada la mayor probabilidad de ser detectados, para compensar el riesgo es probable que los funcionarios públicos aumenten la cantidad exigida. Este aumento en el “precio del soborno” tendrá un impacto mayor, en términos relativos, para las familias de bajos ingresos y las empresas pequeñas.
- 3. Las debilidades en el poder judicial y en la aplicación de la ley pueden desalentar la denuncia del delito de solicitar un soborno.** La propuesta del Dr. Basu descansa en la premisa de que quien paga el soborno efectivamente reportará a quien lo ha exigido. Sin embargo, en los países que carecen de un Estado de Derecho fuerte o de un poder judicial independiente que garanticen la seguridad del denunciante, el riesgo en el que se incurre al reportar puede hacer que la gente, pese

a tener el incentivo moral y financiero para hacerlo, decida guardar silencio.

4. **¿Por qué habríamos de ofrecer inmunidad a quien paga el soborno cuando en muchos casos es él quien está corrompiendo al funcionario público?** La encuesta de hogares de Transparencia Internacional, el Barómetro Global de la Corrupción, nos permite ilustrar este punto. En 2005, el Barómetro preguntó a casi 50,000 encuestados alrededor del mundo si les habían solicitado un soborno para obtener un servicio al que tenían derecho o si ellos lo habían ofrecido. El Barómetro no encontró diferencias notables entre un comportamiento y el otro. Utilizando como base esta información, nos preguntamos ¿cómo va a reaccionar el sistema en casos en que a los funcionarios públicos, que en muchos países trabajan en condiciones precarias, se les ofrece una suma no despreciable para acelerar el trámite para obtener una licencia de conducir?.
5. **Legalizar el pago de sobornos para obtener servicios a los que se tiene derecho, genera mensajes contradictorios que puedan afectar negativamente la efectividad de los esfuerzos anticorrupción.** ¿Cómo puede un ciudadano en un país donde la burocracia es un problema, entender que un soborno para obtener una licencia de conducir es diferente de un soborno para obtener la misma no en 9 meses, sino en una semana? Desde la perspectiva del ciudadano, ambos sobornos puedan parecer similares. Técnicamente hablando, el primer soborno es para la obtención de un servicio al que se

tiene derecho mientras que el segundo es para acelerar el trámite. ¿Serían estos dos sobornos considerados de manera diferente por el sistema? Si es así, ¿cómo se explica al público en general, que el pago del primer tipo de soborno es legal mientras el pago del segundo no lo es? Si son tratados de manera diferente por el sistema, ¿no estaríamos diciendo que los que pueden pagar más recibirán una mejor atención por parte del Estado?

6. **Normalmente el pago de un soborno no deja un rastro en papel. Por lo general, cuando se paga un soborno no se obtiene a cambio un comprobante de cuánto y por qué motivo se pagó el mismo.** La propuesta del Dr. Basu sugiere que cuando se denuncia a quien solicita el soborno, al denunciante se le será devuelto la suma que pagó por este concepto. Sin embargo, nosotros nos preguntamos: ¿Cómo sabrá el sistema que el monto reportado por quien denuncia es el correcto? ¿No podría el denunciante sobre-reportar el pago? ¿No podría convertirse la medida propuesta en otra forma de extraer rentas del Estado?
7. **La legalización del pago de sobornos para obtener un servicio al que se tiene derecho, pone a los países en una encrucijada entre las leyes nacionales y los compromisos internacionales.** Instrumentos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales y la Convención Interamericana contra la Corrupción establecen

que el pago de sobornos a funcionarios públicos para obtener servicios es ilegal. ¿Cómo puede un país firmante de uno de estos acuerdos legalizar el pago de estos sobornos sin incumplir sus compromisos internacionales? Adicionalmente, y puesto que vivimos en un mundo interconectado, ¿qué pasaría si un país en desarrollo legaliza el pago de sobornos para obtener servicios y un empleado de una compañía registrada en los EE.UU. o el Reino Unido paga un soborno para obtener una licencia? Probablemente el empresario tendría inmunidad en dicho país pero él o su empresa podrían enfrentar cargos en EE.UU por quebrantar la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero –FCPA por sus siglas en inglés– o en el Reino Unido por infringir la Ley Anti-Soborno de ese país.

En los últimos 20 años, la lucha contra la corrupción ha hecho un gran esfuerzo promoviendo el mensaje de que para hacer frente a la corrupción, atacar la oferta es tan importante como atacar la demanda. No es momento para dar marcha atrás!. Si todo permanece igual y no se ataca la raíz del problema, es posible pensar que quien obtiene ingresos por medio del soborno, podría buscar una ruta diferente para seguir haciéndolo. El cobro de soborno se alimenta del pago de sobornos, y viceversa, es un círculo vicioso que no se romperá con concentrarnos en un lado de la ecuación.¹³

Los sobornos de acoso podrían ser realmente de utilidad en países latinoamericanos, para combatir un sistema o estructura general de corrupción?

Situándonos en el supuesto de que en nuestros países latinoamericanos se considere útil y conveniente emplear esta figura para combatir la corrupción sistémica y sea incluida en la legislación interna, es nuestra opinión que antes se deberían tomar en cuenta algunas premisas:

a) Los sobornos de acoso debieran ser especialmente legislados como una modalidad del cohecho, especificándose con precisión las condiciones para su encuadramiento. Tomando en cuenta que nadie soborna sin algún interés, si la oferta de soborno es espontánea estamos ante el cohecho simple y llano. El soborno de acoso emerge de presiones directas o indirectas de los funcionarios (directas: exigencia de una coima o comisión; indirectas: la injustificada dilación de un trámite que debería concluir naturalmente y no ocurre a la espera de una “recompensa” inmerecida).

b) La aplicación de esta propuesta dependerá de la agilidad que se dé al trámite. Sabemos que la mayoría de estas empresas lo que busca en otros países es agilizar diligencias, porque cada minuto en que no operan o encuentran trabas les cuesta millones; por lo que dependerá mucho del

¹³ Meyer, R. y Riaño, J. (octubre 2012). Siete razones contra la legalización del pago de sobornos. Banco Interamericano de Desarrollo, Oficina de Integridad Institucional. Recuperado el 24/10/2014 desde <http://blogs.iadb.org/desarrolloefectivo/2012/10/11/siete-razones-contrala-legalizacion-del-pago-de-sobornos/>

factor “tiempo” con el que cuentan para lanzarse a un proceso engorroso que consiste en denunciar al funcionario corrupto, aún después de obtener el beneficio o trámite solicitado. Si la denuncia contra el funcionario, el respectivo juicio, sanción y reembolso, no se tramitan de forma ágil y oportuna (sabemos que en la mayoría de nuestros países el proceso es lento), de seguro el oferente hará una ponderación entre los costos y beneficios obtenidos; así, incluso es posible que se deje una puerta abierta para que aumente la corrupción.

c) No tenemos ninguna duda de que la transparencia comienza en las instancias superiores y *no es solo responsabilidad estatal su cumplimiento*. La mejor manera de eliminar la corrupción empieza por el ejemplo; sin la cultura correcta en los niveles jerárquicos de la empresa, cualquier medida práctica será un esfuerzo desperdiciado. Por esto es necesario abogar por una postura firme, la cual debe ser comunicada con claridad, tanto internamente como a todos los niveles de las administraciones implicadas. Las empresas deben establecer una estructura interna para ocuparse de la cuestión. Eso significa, entre otras cosas, que los empleados que se enfrentan a las solicitudes de pagos saben exactamente dónde y cómo obtener una respuesta rápida de ejecutivos de la empresa; así como cualquier pago *no oficial* realizado también deberá ser registrado, para no promover una cultura solapada o corrupta dentro de la propia empresa. El tema debe tratarse al más alto nivel y la política a seguir debe reflejarse en un código de conducta, que avale prácticas transparentes. Tanto en la administración pública como privada es importante actuar con firmeza en los casos obvios de actuaciones ilegales, para dar una señal clara de que no

hay cabida para el personal que se deja corromper o que utiliza métodos corruptos.

d) La extorsión oficial erosiona la confianza de un país y, de dar resultado el empleo de la figura del soborno de acoso, se estaría enviando un mensaje de transparencia a los demás países, donde se indique que dentro de la norma interna estatuida existe la expresa prohibición de “no coimar”; pero que de verse abocados a hacerlo y con la respectiva denuncia sobre el soborno de acoso de la que son objeto (que a nuestro parecer debería ser realizada *antes de darse el ilícito*), estarían seguros de que sus dineros serían reembolsados. Para los países que esperan este tipo de legislación sería un incentivo que los decidiría a invertir más, poniendo sobre el tapete las reglas claras del juego, lo cual redundaría en un crecimiento económico para nuestros países latinoamericanos.

e) Con esto se conseguiría transparencia en la gestión estatal, exponiendo a la luz pública aquella zona de confort y clandestinidad en la que se realizan este tipo de sobornos, dándole a las víctimas de soborno de acoso, la confianza para presentar sus quejas, alentándolos y animándolos para que entreguen las pruebas del soborno. Lo que finalmente se busca es la pérdida de interés del funcionario corrupto en este tipo de malas prácticas, tornándose poco beneficioso cometer acciones ilícitas. Es un tipo de represión positiva que busca la depuración de los sistemas de administración pública.

f) Encuentro muchas similitudes con los *sistemas de protección* de denunciantes de hechos de corrupción. La idea concreta es incentivar la presentación de denuncias y la

idea más estructural es aumentar los costos de cometer actos de corrupción por miedo a que aparezca un “arrepentido”. Claro que una de las discusiones siempre presentes en los sistemas de protección de denunciantes es si al “arrepentido” hay que eximirlo de toda pena o simplemente aminorarla. En este caso es distinto por que quien pagó la coima o soborno lo hizo para lograr algo que legalmente le correspondía, por ello puede ser *eximido de toda pena*. Cuestión que se debería tomar muy en cuenta a la hora de legislar, ya que de acuerdo con la doctrina, existe una figura llamada “teoría del delito experimental”, la cual se refiere a la situación de cuando una persona está provocando al funcionario público para que cometa delito. En el tema que nos ocupa, si es el empresario quien ofrece dinero para conseguir, quizá de una manera más expedita o con otras condiciones, aquello a lo que legalmente tiene derecho, podríamos estar incurriendo en una *provocación delictiva al funcionario*. Si además de esto, el empresario se exime de toda pena y hasta podría recuperar el dinero pagado, me parece que podría facilitarse la *impunidad*. Además, el empresario que pagó sobornos podría escudarse en su “buena voluntad” para denunciar que tuvo que acceder a pagar dinero a un funcionario público para evitar ser juzgado. A lo mejor su pago no fue “tan obligatorio ni forzado”.

g) De todos modos, la recepción como arma, de la figura del soborno de acoso, claramente se encontraría dentro del abanico de medidas preventivas contra la corrupción a gran escala; sin embargo, como podemos ver, además de la incorporación de nuevos tipos novedosos, se requiere un encuadramiento legal adecuado, una firme decisión política de aplicarlo, además de un

poder judicial transparente e independiente que garantice su correcta ejecución; solo así resultaría útil el empleo de esta novedosa figura en una lucha anticorrupción que finalmente resulte efectiva.

Recomendación:

✓ Lo ideal es la comprobación del delito y no la provocación. Por ello, más que utilizar la figura de sobornos de acoso, planteo que las empresas que se vean acosadas a pagar para obtener beneficios o respuestas del sistema, que por ley les corresponde, deben comunicarse con la policía o fiscalía, o bien, la autoridad represiva que corresponda, con el fin de que se realice la comprobación del delito. Para ello deberá existir la posibilidad o alternativa de que la denuncia del que se dispone a sobornar “presionado”, se realice *anticipadamente ante un organismo especial*.

✓ Para comprobar la efectividad de este sistema, expongo un ejemplo, en el que se resolvió de manera acertada este tipo de denuncia: En el 2011, en la ciudad de Golfito, Costa Rica, algunos empresarios se comunicaron con la fiscalía anticorrupción para denunciar que regidores del gobierno local (municipalidad) les pedían 75.000 dólares americanos para aprobar un permiso municipal que necesitaban para funcionar. Con la mediación de autoridades judiciales, se planeó la entrega del dinero, con billetes marcados por un juez. Posterior a ello se procedió a la detención de los funcionarios sospechosos de concusión. Entonces, si ambas partes pactan la entrega del dinero mediante cuentas bancarias, el empresario probo también debería de poner la situación en conocimiento de la autoridad judicial.

✓ Por tanto y aplicando este ejemplo al delito de soborno de acoso, la solución es plantear la acusación sin acceder a pagar el soborno. El problema será la prueba (aunque el mismo conflicto estaría presente si se acepta el soborno, para denunciarlo después como propone el Dr. Basu, K.); sin embargo podrían tomarse medidas como las señaladas en la ciudad de Golfito, Costa Rica. En ese caso se consiguió la prueba con el apoyo de las autoridades y no se participó del soborno. Lo óptimo sería crear una *Dirección General de Persecución de la Corrupción Administrativa* adscrita a la Fiscalía o al Consejo de Participación Ciudadana y Control Social (CPCCS), como órgano responsable de la investigación de actos de corrupción y de perseguir el delito de soborno transnacional, la cual desarrolle un sistema de seguimiento, mediante la implementación de la línea 1800 que promueva la amplia denuncia de este tipo de casos y les permita tener información actualizada sobre la materia, impulsando procesos de análisis de la misma.

Como vemos, el supuesto que se encuentra detrás de la propuesta del Dr. Basu, K. es que si se invierten los incentivos y se logra que sean opuestos entre oferente y recipiente de un soborno, se podría buscar una reducción en este tipo de acto ilícito. Pero, el supuesto de la hipótesis es falaz, solo le agrega una variante administrativa. Teoría que resulta muy interesante y atrevida a la hora de su aplicación, pero que de legalizarse, debería ir enmarcada dentro de una serie de normas que garanticen su aplicación y efectividad, con el fin de no crear efectos contraproducentes. Desafortunadamente no tenemos evidencia de que la misma realmente funcione en la práctica.

Conclusión:

✓ El soborno y la corrupción son endémicos en todo el mundo. Dondequiera que usted comercie, dondequiera que usted viva, el soborno y la corrupción son aspectos de la vida cotidiana en muchas sociedades. Como ya hemos visto, la corrupción requiere mínimo de dos personas: el corruptor, agente activo generalmente poderoso que soborna a alguien con dádivas o de otra manera; y el que se corrompe, agente pasivo que recibe una paga con el fin de acordar, por acción u omisión, un beneficio, ventaja o información privilegiada al corruptor, transgrediendo o no una norma. Entonces, subyace la idea de responsabilidad paritariamente compartida -o al menos así debería ser- parafraseando la famosa disyuntiva de Sor Juana Inés de la Cruz en los términos siguientes: *en corrupción son igualmente responsables quienes pecan por la paga o quienes pagan por pecar.*

✓ La corrupción se ha vuelto una epidemia sin control que todos los países enfrentan, por tanto, hay que actuar con bastante fuerza para combatirla. Las personas que no cuentan con un código de ética y moral adquiridos desde sus etapas tempranas de formación, rigen su actuar en base a lo que la sociedad aplaude, en muchos casos, como un comportamiento normal: *El que no tranza no avanza; Hay que dar, tener y repartir para obtener algún beneficio; El éxito no está asociado al mérito (meritocracia) sino a ver quien corrompe más.* Por todo esto, lo que alimenta a la corrupción es la *impunidad*, siendo su principal motor de engranaje, convirtiéndose en hermana gemela de la corrupción y conviviendo muy bien juntas. Existiendo en la ciudadanía una sensación tan amplia de impunidad, debido a que los

propios encargados de la ejecución de los marcos jurídicos están también afectados de corrupción.

✓ Los delitos de cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y demás actos de corrupción, convertidos en una costumbre, se alimentan de la ausencia de una cultura de la *denuncia*, agravada por falta de normas y mecanismos que garanticen el anonimato o la reserva de la fuente, pero también de la ausencia de definición de procesos claros en la prestación de los servicios públicos. Una política de combate a estos actos debe evitar que se continúe perpetuando la consigna de crear la dificultad para luego vender la facilidad.

✓ Ahora bien, en el ámbito internacional la estigmatización recae generalmente en el sobornado, habida cuenta la indulgencia con la que es tratado el sobornador (a pesar de la convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) contra el soborno y la Foreign Practices Act de Estados Unidos). También contribuyen a ello la complaciente existencia de paraísos bancarios y fiscales, que muestran con toda crudeza la doble moral con la que se ha venido tratando este asunto en los llamados países desarrollados. Una alternativa para enfrentar esta situación pudiera encontrarse en la suscripción hemisférica de un acuerdo mediante el cual los gobiernos latinoamericanos se comprometan a no establecer ninguna relación comercial durante un determinado tiempo, con aquellas empresas responsables activas de sobornos.

✓ La introducción al tema de los “sobornos de acoso” no está dirigida a que todos nos pongamos de acuerdo y legislemos

sobre el punto. Está orientada a constatar una situación de corrupción sistémica y las armas de que se dispone para combatirla. Seguramente esta figura, hasta ahora muy poco conocida, no será olvidada, tomándola en cuenta para futuros análisis, con posturas a favor o en contra, no importa... lo importante es generar un debate. Qué opina usted?

BIBLIOGRAFÍA.

Argandoña Rámiz, A. (2004). *LA CORRUPCIÓN Y LAS EMPRESAS: El caso de los pagos de facilitación*. pp. 1-15. España: IESE Business School.

Bernal Pinzón, J. (1965). *Delitos contra la Administración Pública y Asociación para Delinquir*. Bogotá: Temis.

Collao, R. I. y Ossandón, W. M. (2008). *Delitos contra la función pública*. 2ª ed., p. 518. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.

De la Mata Barracp, N. J. (2004). *LA RESPUESTA A LA CORRUPCIÓN. Tratamiento Penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*. p.315. Granada: Comares S.L.

Fernández Aracena, H. (2010). Análisis del delito de cohecho transnacional. *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N° 45. pp. 59-73 Santiago de Chile.

Moreno Ocampo, L. *Una propuesta de acción*. Cap. VI. citado por Grondona, M. (1993). *La corrupción*. pp. 119-148. Buenos Aires: Planeta.

- Olaizola Nogales, I. (1999). *El delito de cohecho*, p. 519. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Polaino Navarrete, M. (2007). *Delitos contra la Administración Pública (V) Cohecho*. En Curso de Derecho penal, parte especial II, dirigido por Manuel Cobo del Rosal, pp. 363-387. Madrid: Marcial Pons.
- Querubín Londoño, R. (2005). *La lucha anticorrupción y la ética pública y privada*. Bogotá D.C: Carrera.
- Rodríguez Gómez, C. (2005). *Aspectos Penales de la Corrupción en la Administración Pública*. En Rodríguez García, N., Caparros Edo. Fabián y Contreras Alfaro, Luis. *Prevención y Represión de la Corrupción en el Estado de Derecho*. pp. 269-307. Santiago de Chile, Lexis Nexis.
- Sánchez López, F. (2000). *El Prevaricato y Cohecho*. Ecuador: Línea Base Publicidad.
- Suárez, F. e Isuani, F. (mayo 2002). “El árbol y el Bosque”. *ENCRUCIJADAS*, Universidad de Buenos Aires, No. 19, Año II. Buenos Aires - Argentina.
- Todarello Ariel, G. (2008). *Corrupción Administrativa y Enriquecimiento Ilícito*. pp. 104–112. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- Venditti, R. (1962). *Corruzione*. “Enciclopedia del Diritto”, Vol. X, p. 755. Italia: Giufreé



El Recurso de Casación en Materia Penal

Dr. Manuel Astudillo Solano

Coordinador Interinstitucional de la Corte Nacional de Justicia

El Código Orgánico Integral Penal, aprobado por la Asamblea Nacional, y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, constituye la concreción de tener articulado, estructurado, agrupado, disposiciones penales que se encontraban dispersas, muchas de ellas caducas ya que su transgresión no producía efectos jurídicos relevantes, a ser perseguidos por el Derecho Penal, por lo que era necesario estructurar un cuerpo normativo acorde a la dinámica de la sociedad, al avance de la ciencia y de la tecnología, es decir, ajustado a las realidades actuales.

El recurso de casación, dispuesto en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, establece: “Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba”.

Puede notarse que se conserva la misma estructura jurídica, de la disposición derogada, por la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento jurídico penal; siendo necesario anotar que el recurso de casación en el Código Orgánico Integral Penal, ya no constituye una etapa del proceso penal, quedando como etapas del procedimiento ordinario la Instrucción, la Evaluación y preparatoria de juicio y la de Juicio, conforme lo establece el artículo 589 del cuerpo normativo ya mencionado, constituyéndose un cambio substancial ya que el Código de Procedimiento Penal, derogado, contempla la impugnación como una etapa del proceso penal, conforme lo señalaba su artículo 206.

Con esta breve introducción es necesario realizar un análisis del recurso de casación en materia penal, que se lo hará sobre la base del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, con el objeto de comprenderlo y que sirva de sustento para que los sujetos procesales fundamenten su recurso ante el más alto órgano de administración de justicia ordinaria, como es la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

La importancia del recurso de casación dentro de la administración de justicia, se da, toda vez que en aplicación del principio constitucional establecido en el artículo 76.2 de la Constitución de la República, toda persona es inocente mientras no exista sentencia condenatoria ejecutoriada, por tanto, mientras no se resuelva la situación jurídica de un acusado—procesado, éste gozará de esta garantía, es decir, que un individuo que haya infringido la ley penal, se presumirá su inocencia mientras no exista un fallo en firme (sentencia ejecutoriada), misma que en aplicación a la ley adjetiva penal, podrá mantenerse con la interposición de los recursos que franquea la ley, llegando por último al recurso extraordinario de casación, que una vez sustanciado, resuelto y ejecutoriado, determinará que ese estado natural de inocencia se haya quebrantado por un acto delictivo tipificado y sancionado por la ley penal, sobre el cual recibió una sentencia condenatoria ejecutoriada y pena privativa de libertad.

La Constitución de la República, en su artículo 76.7.m establece: “Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”, garantizándose de esta manera el derecho de impugnación en las causas penales, por diferentes órganos de la administración de justicia, desde el inferior hasta el superior, quedando el recurso de casación, como un recurso extraordinario, ante la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, encargada de revisar que la sentencia emitida por el tribunal de apelación, haya sido dictada conforme a la Constitución de la República y la ley, por lo tanto, convirtiéndose el Tribunal de Casación, en el garante de la constitucionalidad y la legalidad de los fallos emitidos por los tribunales ad quem.

El recurso de casación, deberá ser fundamentado en cualquiera de las causales que contiene el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, es decir, cuando en la sentencia emitida por el tribunal ad quem, se hubiera violado la ley, mismo que se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista considera que han sido violadas dentro de la sentencia recurrida; por lo tanto, es importante que el recurrente, al fundamentar su recurso en la audiencia oral pública (reservada) y contradictoria, lo haga con claridad y precisión.

En varias audiencias de fundamentación por el recurso de casación, los abogados patrocinadores confunden el recurso de casación penal, con el recurso de casación para las demás materias, establecido en la Ley de Casación, por lo que, partiendo de esta fundamentación el recurso se vuelve improcedente, debido a la tecnicidad del mismo, donde tienen que ser categóricos al determinar cómo se ha dado la violación de la ley en la sentencia recurrida.

Luego de este pequeño preámbulo, nos enfocaremos, al análisis concreto de la casación penal, para lo cual es necesario redactar textualmente el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que establece: “Procedencia.- El recurso de casación es de competencia de la Corte Nacional de Justicia y procederá contra las sentencias, cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente. No son admisibles los recursos que contengan pedidos de revisión de los hechos del caso concreto, ni de nueva valoración de la prueba”.

La sentencia de análisis por el recurso extraordinario de casación en materia penal, es la dictada por los tribunales de las Cortes Provinciales del país, conforme a las causales del artículo anotado anteriormente, que indica como se ha de activar el recurso de casación, siendo importante anotar, que cada una de estas causales tienen su propia connotación jurídica, las mismas que deber ser fundamentadas por el abogado litigante de manera categórica, específica e individualizada y así determinar cómo se ha producido la violación de la ley en la sentencia recurrida, y como dicho yerro ha influido en la decisión de la causa, por lo que a continuación realizaré un pequeño análisis de cada causal.

La primera causal, esto es, “por contravenir expresamente a su texto”, implica contrariar el contenido de la norma, ir más allá de lo que el tipo penal establece, hacer lo que no dispone, se trata de una violación directa, ya que se atenta a la norma sea esta in iudicando o in procedendo.

La segunda causal “indebida aplicación” puede darse cuando en un caso el juzgador aplica una norma jurídica que no corresponde, lo que constituye un error en la selección de la norma a ser aplicada en un hecho fáctico.

Finalmente la tercera causal “haberla interpretado erróneamente” podría dar lugar a ir más allá del contenido de la norma, contrariar su espíritu, su alcance, lo que ésta establece, lo que puede provenir de un falso raciocinio por parte del juzgador.

Es necesario tomar el criterio de algunos tratadistas, para poder comprender el alcance del recurso de casación así Samuel

Ramírez manifiesta: “La violación directa es un desacierto de selección normativa. Representa el yerro del juzgador en cuanto al contenido de la norma en el proceso de entendimiento y comprensión de las disposiciones legales aplicables a la situación jurídica, arribando en forma desacertada a la escogencia de la disposición calificatoria, bien sea, dejando de adjudicar la que corresponda al caso (inaplicación), y en su lugar poniendo en marcha otra que no gobierna la situación bajo el examen lo cual correlativamente conduce a la aplicación indebida de otra. En otra forma puede llegar a una interpretación errónea que surge del entendimiento desacertado de la norma” (RAMIREZ, Samuel, pág.165); es así que el juzgador, debe aplicar la norma en la cual se subsumen los hechos facticos, caso contrario se estaría en una violación directa de selección normativa, lo que como consecuencia generaría en una aplicación indebida, es decir, según lo redactado en líneas anteriores, se entrelaza la contravención expresa con la indebida aplicación. En lo que respecta a la errónea interpretación, es una actividad intelectual que hace el juzgador, mismo que va más allá del contenido de la norma, lo cual conllevaría a una violación de la ley en la sentencia, cuando se extralimita en su análisis interpretativo.

Por tal motivo, cubre una trascendental importancia, que la defensa técnica, encasille con claridad la violación de cada norma jurídica conforme a las causales que regulan la casación penal, de una manera lógica y técnica e individualizando cada norma que considere que ha sido violentada, por las causales antes señaladas.

“La casación, como juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como

una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo...”, (TORRES Jorge y PUYANA Manuel, citados por RODRIGUEZ Orlando, en su obra “Casación y Revisión Penal”, pág. 20). Por lo tanto, debe quedar claro que por el recurso de casación, lo que se analiza es la sentencia dictada por las Cortes Provinciales del país (tribunal ad quem), la cual debe ser analizada en su totalidad, para determinar si en ésta se ha violado la ley, ya que no corresponde al Tribunal de Casación, el análisis y revisión de todo el proceso, como en muchos de los casos solicitan quienes activan el recurso de casación, pretendiendo inclusive que se revise y se valore la prueba, que por mandato del artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra vedado, ya que no es una instancia adicional, tomando en consideración que la prueba, se desarrolla en la audiencia de juicio, ante el tribunal de garantías penales, en virtud de los principios de inmediación, publicidad y contradicción, donde deben probarse los actos planteados por los sujetos procesales, mismo que pueden ser nuevamente valorados por el recurso de apelación que establece la ley.

Para clarificar el tema, vamos a tomar como ejemplo un caso concreto sometido al análisis de la Corte Nacional de Justicia, en el cual se fundamentó el recurso de casación de la siguiente manera: “El casacionista, al fundamentar su recurso, indica que la sentencia dictada por la Corte Provincial ha violado la ley, porque ha contravenido expresamente a su texto, por haber una indebida aplicación, así como también una errónea interpretación, que el primer error

de derecho, es la falta de motivación, menciona al Art. 76.7.1 de la Constitución de la República, y los Arts. 86 y 304 del Código de Procedimiento Penal” (Juicio No. 1467-2012).

Puede notarse en el ejemplo propuesto, que el casacionista hace una mezcla de las causales establecidas en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, y no enfoca la violación a la ley en una causal determinada, sino que se lo hace de una manera general, ya que no especifica con precisión, como se ha producido la violación de las disposiciones constitucionales y legales, como lo exige la ley adjetiva penal, lo cual es una falta de formación técnica en la fundamentación del recurso de casación, lo que genera en la improcedencia del mismo.

Una vez analizado sucintamente, el recurso de casación, tenemos que anotar lo que en su parte pertinente establece el Art. 657.6 del Código Orgánico Integral Penal: “Si se observa que la sentencia ha violado la ley, aunque la fundamentación del recurrente sea equivocada, de oficio se la admitirá”. Disposición que faculta al tribunal casar de oficio la sentencia si en esta se observa una violación a la ley, en aplicación del principio *Iura Novit Curia*, consagrado tanto en el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en virtud del cual el juez conoce el derecho, quien sobre los acontecimientos fácticos ocurridos, debe aplicar el derecho y la norma que corresponda, aunque no hayan sido invocados por el recurrente de casación, convirtiéndose en una garantía del imperio de la justicia.



A Propósito de la Supuesta Discrecionalidad y Arbitrariedad del Juez en el Neconstitucionalismo

Ab. Alan Añasco Aguilar

Coordinador Jurídico de la Corte Nacional de Justicia

Previo a introducirnos en lo que será materia del presente trabajo, corresponde hacer una primera precisión, en el sentido que, al referirnos a un modelo neoconstitucionalista, pasamos de la discusión, en cuanto a si se trata de un nuevo modelo, sistema o paradigma jurídico, o si constituye el mismo constitucionalismo clásico pero reformado; así también, pasamos del debate, en torno a si debería denominarse nuevo constitucionalismo, constitucionalismo avanzado, constitucionalismo de derechos, o alguna otra denominación, con las implicaciones que esto conlleva, en tanto, estas discusiones están más allá del objetivo del presente ensayo y en cuanto, son susceptibles de ser analizadas dentro de un trabajo investigativo de mayor amplitud.

Ahora bien, lo que si conviene advertir, es que al hacer referencia a un modelo neoconstitucionalista, en definitiva, hacemos referencia a las constituciones originadas a partir de la segunda guerra mundial en ciertos países de Europa —como España, Italia, Alemania— cuya influencia se ha extendido hasta América Latina, concretándonos en el caso ecuatoriano, esto es, la Constitución de Montecristi vigente desde octubre de 2008, y en dos rasgos característicos que se

derivan de esta norma fundamental, a saber, la Constitución como norma directamente aplicable y la incorporación de derechos, principios y valores en su contenido.

El tema del presente ensayo, por sí solo, nos da la pauta de lo que va a ser objeto de análisis y desarrollo a lo largo del mismo, así, el objeto central estriba en proponer a los lectores, un tema de trascendental importancia y que ha sido objeto de un extenso debate desde la doctrina y la academia —precisando que esta discusión no está superada y más bien el debate resulta inacabado, en tanto, estamos lejos de llegar a un acuerdo o a una conclusión definitiva al respecto— así, el tema a desarrollarse está relacionado con la labor de jueces y juezas en la dificultosa tarea de administrar justicia, y hace relación a la presunta discrecionalidad y hasta arbitrariedad con la que cuentan las y los administradores de justicia, al momento de resolver las causas sometidas a su conocimiento, en un modelo neoconstitucionalista, en tanto, en este modelo, se sustituye el silogismo jurídico por una práctica interpretativa-argumentativa, en razón de que contamos con una norma fundamental, que recoge derechos, principios y valores —mismos que se caracterizan por

su generalidad, abstracción, ambigüedad, y elasticidad— y que a la vez constituye norma jurídica directamente aplicable.

En primer lugar y para aterrizar un poco más en el tema, conviene citar la opinión del autor Carlos Sastre Ariza, respecto a las dos características de nuestra Carta Magna, antes enunciadas, esto es, como norma directamente aplicable y como norma que recoge contenidos materiales en sus disposiciones, así, sostiene que la primera característica hace referencia a que la Constitución dejó de ser considerada una norma con un valor meramente programático o como un conjunto de recomendaciones u orientaciones dirigidas al legislador, para consolidar su valor normativo y operar como un auténtica norma jurídica; y, respecto a la segunda característica refiere, que las disposiciones constitucionales, incorporan contenidos materiales que adoptan la forma de derechos, principios, directrices y valores, así, estas disposiciones presentan un amplio grado de indeterminación y vaguedad, dotadas de una fuerte carga valorativa difícil de precisar¹.

En definitiva, son estas características las que a criterio de algunos doctrinarios darían lugar a la discrecionalidad y arbitrariedad de las juezas y jueces en sus decisiones y la consecuente pérdida de seguridad jurídica, en tanto, se prescinde del silogismo jurídico al momento de resolver, para dar paso a resoluciones que encuentran fundamento

en conceptos axiológicos —derechos, principios y valores constitucionales— siendo que en razón de la indeterminación y vaguedad de estos, el campo de acción de los operadores de justicia no encuentra límite alguno en la ley, ostentando más bien, un margen bastante amplio al momento de resolver. Esto a decir de Luis Prieto Sanchís conduciría al desbordamiento del activismo judicial²; es así, que en este contexto, se considera que el derecho se vuelve impredecible, por ende, no se garantiza la seguridad jurídica, entendida en su forma más simple, como la certeza que tiene el conglomerado social sobre lo que es derecho y como límite a la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales.

En segundo lugar, corresponde hacer referencia a la supuesta exclusión del silogismo deductivo judicial, propio del sistema positivista, compuesto por una premisa mayor que es la norma jurídica, una premisa menor que representan los supuestos fácticos debidamente probados y la conclusión que sería la aplicación de las disposiciones jurídicas al caso en concreto —la decisión o sanción—. Rodolfo Luis Vigo señala que “el entusiasmo argumentativo extendido entre los neoconstitucionalistas puede llevar al olvido del silogismo y sus reglas, lo cual supone un marginamiento injustificado de estructuras que controlan formalmente el razonamiento incluido el prudencial o el retórico”³.

¹ Véase, Santiago Sastre Ariza, *La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo*, en *Neoconstitucionalismo* (s), Madrid, Editorial Trotta, p. 240 y 241.

² Luis Prieto Sanchís, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, Palestra, 2007, p. 176.

³ Rodolfo Luis Vigo, *Constitucionalización y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones*,

En este contexto, cabe señalar que el derecho se construye a partir del lenguaje, y este “per se” es neutro, por tanto, adolece de vaguedad e indeterminación, en consecuencia, ningún caso se resuelve con la simple y mecánica aplicación de la ley, sino que, siempre se requiere del razonamiento y la interpretación de las y los operadores judiciales, y esto, representa cierta subjetividad y discrecionalidad. Toda norma adolece de una vaguedad congénita, de una zona de penumbra en la que siempre resultará dudosa la correcta subsunción del caso, con lo que el juez goza de una relativa pero irremediable discrecionalidad⁴. De manera que, la labor de interpretación, no es nueva ni propia del neo-constitucionalismo, sino que es una actividad inherente al cargo de jueza o juez, ya que conforme ha quedado expuesto, no siempre existe una única interpretación respecto de un texto normativo, en consecuencia, el empleo de la subsunción, no es un tarea puramente mecánica, pues, caso contrario no se entiende como ante supuestos fácticos iguales, encontramos decisiones disímiles en los distintos órganos jurisdiccionales de nuestro país.

De ninguna manera y bajo ningún concepto, pretendemos señalar que estas discrepancias de criterios y decisiones dentro de las judicaturas, abonen a una correcta administración de justicia; lo que queremos evidenciar es que la naturaleza del lenguaje —a partir del cual se construye el derecho—

da lugar a una serie de interpretaciones respecto de una misma disposición jurídica y por ende a resoluciones diferentes ante casos análogos, atendiendo las peculiaridades de cada caso en concreto, siendo que estas decisiones jurisdiccionales, encuentran su justificación y legitimidad en la motivación expuesta por jueces y juezas en sus fallos. Por lo tanto, en cualquier sistema jurídico ya sea positivista o neo-constitucionalista, la interpretación y discrecionalidad del juzgador, resultan elementos inherentes a su actividad, de ahí que, el derecho no puede reducirse a la simple aplicación mecánica de la ley, o a lo que Alfonso García Figueroa denomina como una visión del derecho atomista y mecanicista en la interpretación, esto es, considerar las disposiciones jurídicas aisladamente y la tarea del juez limitada a subsumir el hecho en la norma jurídica correspondiente⁵.

Ahora bien, tampoco es cierto que en el modelo neoconstitucionalista se prescindiera de manera absoluta del silogismo jurídico positivista, pues este, siempre es la primera opción al momento de resolver, en tanto, los hechos debidamente probados sean susceptibles de encasillarse en el supuesto descrito en la norma jurídica, sin que exista mayor inconveniente en dicha subsunción y siempre que el caso no demande un análisis mayor que supere la simple subsunción; a estos casos, Manuel Atienza siguiendo a MacCormick los denomina como casos fáciles, es decir cuando no existen problemas

en Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 2009, p. 421.

⁴ Luis Prieto Sanchís, ob. Citada, p. 188

⁵ Véase Alfonso García Figueroa, NEOCONSTITUCIONALISMO, DERROTABILIDAD Y RAZÓN PRÁCTICA, en El canon neoconstitucional, Editorial Trotta, 2010, Madrid, p. 187

en relación con ninguna de las premisas normativas y fácticas, así la argumentación del juzgador en este caso se reducirá a construir una deducción⁶.

Empero, de lo que se trata, es de enfatizar que la administración de justicia, en un modelo neoconstitucionalista, no puede agotarse y reducirse a la simple aplicación de dicho formalismo, en tanto, si bien este es necesario, no siempre resulta suficiente, pues, en la práctica judicial nos encontramos con los casos, denominados por Atienza siguiendo al mismo MacCormick como difíciles, quien considera que estamos en presencia de estos cuando: a) existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma aplicable al caso —*problemas de relevancia*—; b) las dudas se refieren a cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable —*problemas de interpretación*—; c) existen *problemas de prueba* que se plantean a propósito de si ha tenido o no lugar un determinado hecho; y d) existen *problemas de calificación*, que surgen cuando las dudas afectan a si un determinado hecho que no se discute, cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto que aparece en la norma.

Plantea el mismo Atienza, que para solucionar estos casos, si bien el razonamiento jurídico y la lógica juegan un papel importante, hay que añadir lo que suele llamarse razón práctica, esto, entre otras cosas

implica, que la interpretación de la norma tiene que ser conforme a los principios y valores del sistema, la prohibición de utilizar premisas contradictorias, y el hecho de que debe evaluarse la consecuencias lógicas que tendrá la decisión en relación con los valores de justicia, bien común, conveniencia pública⁷.

Tratando de sistematizar la idea expuesta, diremos que cuando un determinado problema jurídico no sea posible de resolverse con la simple subsunción, o cuando los supuestos fácticos del caso en concreto demanden un análisis y razonamiento mayor que la simple aplicación del formalismo jurídico, en aras de hacer efectivos los derechos y principios constitucionales, deberá recurrirse a la aplicación de la normativa constitucional para su resolución, y al desarrollo de estos derechos y principios, a fin de obtener una resolución justa y legítima; es por estas razones que se considera que los jueces adquieren una labor protagónica en la creación del derecho, tal como lo afirma Miguel Carbonell, el “Neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad judicial y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial”⁸

Por otra parte, el tercer aspecto del que corresponde ocuparnos, radica en que no consideramos correcta la apreciación realizada por cierto sector de la doctrina⁹, en el sentido que nos encontramos ante una

⁶ Manuel Atienza, *El sentido del derecho*, Editorial Ariel, Madrid, 2001, p. 25.

⁷ *Ibidem*, p. 26 y 27

⁸ Miguell Carbonell, *EL NEOCONSTITUCIONALISMO: SIGNIFICADO Y NIVELES DE ANÁLISIS*, en *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, 2010, Madrid, p. 155

⁹ Véase Rodolfo Luis Vigo, *ob. cit.*, p. 413

suerte de *fetichismo* constitucional, en tanto, el modelo neoconstitucionalista, pretende encontrar en la Constitución, la solución a todo problema jurídico, pues esto, nos conduciría al absurdo de prescindir de la normativa infraconstitucional, para resolver cada uno de los litigios sometidos a conocimiento de los órganos jurisdiccionales. Nuevamente, más bien, de lo que se trata es de que la solución dada por las distintas jurisdicciones, aplicando la normativa infraconstitucional, encuentre respaldo o se armonice siempre con la Carta Magna, y con los valores derechos y principios que esta consagra; además, lo que se exige es que la norma aplicable al caso en concreto debe contrastarse con el resto de disposiciones jurídicas que guarden relación con los supuestos fácticos, esto es, una aplicación integral del ordenamiento jurídico.

Siguiendo esta línea, diremos que, lo que sí exige este nuevo modelo constitucional, es que, en ciertos casos, cuando los hechos así los justifiquen, debe abandonarse el formalismo jurídico, para encontrar una solución justa con base en el ordenamiento constitucional, sin que esto implique una decisión al margen del derecho; dicho de otra forma, cuando la solución al problema jurídico no esté exclusivamente determinada en la ley o cuando la norma jurídica que contiene la solución al caso en concreto —atendiendo las particularidades de dicho caso— deviene en injusta, por no guardar coherencia con los derechos, principios o

valores contenidos en la Carta Magna, el silogismo jurídico cede a la labor interpretativa y argumentativa del juzgador, para encontrar una decisión racional que haga efectivas dichas categorías axiológicas; precisando, que no por esto, las y los jueces tienen libertad absoluta en dicha interpretación y argumentación, pues como bien lo afirma Dworkin, en realidad su tarea es muy limitada si se la toman en serio¹⁰. La tesis expuesta, encuentra su sustento en el hecho de que la Constitución “ya no tiene por objeto sólo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales, sino que está dotada de un contenido material, singularmente principios, valores y derechos fundamentales, que condicionan la validez de las leyes y el conjunto de normas: la Constitución en términos rigurosos es fuente del Derecho en el sentido pleno de la expresión, es decir, origen mediato e inmediato de derechos y obligaciones, y no sólo fuente de las fuentes”¹¹. Lo antes expuesto nos lleva a realizar la siguiente precisión, la prescindencia del silogismo jurídico al resolver, demanda de los jueces una basta, profunda y racional tarea argumentativa, a efectos de motivar que su decisión es racional, justa y legítima. Entonces, en definitiva, “no se trata de que la subsunción ya no desempeña ningún papel en la aplicación judicial (sin duda se trata de un elemento de racionalidad irrenunciable en cualquier caso) sino de que el razonamiento lógico-formal dice muy poco acerca de la aplicación de los principios”¹².

¹⁰ Citado por Roberto Gargarella, La dificultosa tarea de la interpretación constitucional, en *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 133

¹¹ Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1997, p. 17

¹² Santiago Sastre Ariza, ob. Citada, p. 241.

Como corolario, se puede afirmar que el modelo neoconstitucionalista, no desencadena en una sobreconstitucionalización —en el sentido de pretender encontrar la solución a todo problema jurídico en la norma suprema— que conduce al abandono del silogismo jurídico como método para resolver los conflictos sociales, pues, precisamente, el silogismo formal es aplicable, en tanto, la resolución final derivada de este, se armonice con el orden constitucional; siendo que, si este silogismo no resulta suficiente para resolver el caso en concreto —atendiendo sus peculiaridades— le corresponde al juzgador encontrar una decisión racional y justa con base en los derechos, principios y valores consagrados en la Constitución. De ahí que, es evidente que juezas y jueces, cuentan con una mayor discrecionalidad en este nuevo modelo constitucional, sin que esto implique arbitrariedad, pues, en definitiva, no es que se confía en la razón pura del juzgador para resolver, sino que, a este le corresponde encontrar una solución apegada a las categorías materiales constitucionales, así como justificar su decisión con una argumentación racional, sólida y suficiente, en consecuencia, la resolución final adoptada, se justifica a partir de los buenos argumentos que se esgriman a favor de esta y que permitan determinar que la decisión es justa y correcta.

Por otra parte, consideramos estéril el debate que se centra en determinar cuál de los dos métodos, si el silogismo jurídico formal del positivismo clásico o la tarea interpretativa y argumentativa derivada del neoconstitucionalismo, es el más adecuado para resolver los conflictos sociales sometidos a conocimiento de los órganos jurisdiccionales, ya que, creemos, que la tarea radica en armonizar estos dos métodos, para encontrar la mejor solución o la decisión más justa.

Finalmente, se considera que el reto está en desarrollar una nueva dimensión del derecho a la seguridad jurídica, pues la concepción clásica de este derecho, entendido como la *certeza de la ley a aplicarse como forma de evitar la arbitrariedad*, no se concilia con la facultad que ostentan las juezas y jueces en un modelo neoconstitucionalista al momento de administrar justicia, en el que la ley deja de ser la única fuente para dar paso a categorías axiológicas constitucionales como fuentes del derecho, tarea que consideramos le corresponde a la Corte Constitucional como máximo intérprete de la Constitución.



Dr. Patricio Muñoz Valdivieso

En el transcurso de la organización del primer Congreso Judicial del Ecuador, cuya iniciativa correspondió al ministro fiscal general de justicia de la Nación de aquel entonces el doctor Alfonso Mora Bowen, el funcionario el 10 de julio de 1953 en comunicación dirigida a los presidentes de las cortes superiores del país, informó sobre la creación de la medalla de oro “Al mérito judicial” a ser entregada por su despacho —mientras no se resolviera otra cosa— a los mejores servidores en el “Día de la Justicia”, sin determinar cuál debía serlo.

En la misma misiva, mencionaba que la “*Semana Judicial*” tendría lugar a la par de las sesiones del evento y que estarían a cargo de ella los indicados presidentes a los cuales atañía pronunciar una conferencia sobre un tema jurídico de relevancia. En efecto, esta primera de su tipo, se materializó desde el 6 de octubre en el salón máximo de la Universidad Central del Ecuador, y las siguientes se desarrollarían en torno a la semana en que se contara 24 de octubre por razones que en líneas posteriores se explicarán.

En el día inaugural del Congreso, realizado entre el 5 y 14 de octubre, la ambateña doctora

El Día del Judicial

María Piedad Santana Campaña, juez tercero provincial, representante principal de los jueces provinciales de Tungurahua, propuso —sin éxito— el proyecto de declarar el 9 como “Día de la Justicia”. En las siguientes jornadas del 6 y 8, el doctor Mora Bowen, invitó para el 9 al acto en que tuvo lugar la primera celebración del “Día de la Justicia”, la aprobación del establecimiento formal del Día para futuras ocasiones y la imposición de las consiguientes condecoraciones con la presea aludida. En su discurso pronunciado durante la velada en el Teatro Nacional Sucre, expuso su anhelo de establecer “El Día de la Justicia” como una fecha recordatoria de la Función Judicial, consagrada a estimular las excelencias y virtudes de quienes se hicieran acreedores al reconocimiento público por la ejemplar prestación de sus servicios.

Sin embargo, solamente para el día 14, cuando se clausuró la magna conferencia judicial, por la intervención del doctor Arturo del Pozo Saltos, presidente de la Corte Superior de Quito, se conoce que el Congreso fijó como “*Día de la Justicia*” el 5 de octubre de cada año como fecha propia de celebración para el Poder Judicial del Ecuador.¹ El motivo fue haberse ese día congregado los representantes de

¹ Ministerio Fiscal General de Justicia de la Nación, Memoria del Primer Congreso Judicial del Ecuador de 1953

los operadores de justicia de toda la república para debatir por primera ocasión sobre una variada temática y problemática que rodeaban permanentemente a la administración de justicia.

En el mismo Congreso se acogió la moción de la doctora Santana para que los futuros congresos judiciales se realizaran en el período de vacancia judicial del 1 al 10 de agosto², aunque se desconoce si en los próximos años inmediatos se llegarían a efectuar tales encuentros.

En ese primer Congreso Judicial intervinieron como representantes todos los ministros jueces de la Corte Suprema y además su propio ministro fiscal, el ministro fiscal general de justicia Mora Bowen, delegados de los ministros de las cortes superiores, de los jueces del crimen, jueces provinciales y jueces cantonales, de los agentes fiscales, de los comisarios del trabajo, de los tribunales de crimen, de la corte y tribunales de menores, del colegio de notarios, de las academias, colegios y clubes de abogados, de las universidades, de la comisión legislativa permanente del Congreso Nacional, del registro de la propiedad y de los empleados y más

auxiliares de la Función Judicial, habiendo sido estos últimos representados de manera principal por la doctora Mercedes Herrera García, secretaria de la Corte Suprema de Justicia, la que se excusó de intervenir en las sesiones del evento, y de manera supletoria por el doctor Glauco Salazar³ Espinosa, futuro secretario de la Tercera Sala de la Corte Suprema entre 1972 y 1973, ministro fiscal de la Corte Superior de Quito en 1973, ministro juez de la última hacia 1988 y 1996 y presidente de la misma.

Pasado un corto tiempo, debido al ímpetu del doctor Salazar, nació en 1956 la primera asociación aglutinante de funcionarios judiciales, ella fue la Asociación de Funcionarios y Empleados del Poder Judicial de Pichincha, ejemplo que seguirían otros distritos judiciales.⁴ Quizás ese primer Congreso Judicial, dio la pauta para poner en ejecución la creación de una organización gremial, en él como se ha visto intervino el mentado funcionario.⁵

En 1960 surgió la Federación Nacional de Asociaciones Judiciales del Ecuador (Fenaje), de la que fue su primer presidente el ya mencionado doctor del Pozo –futuro

(1954), Quito, Talleres Gráficos Nacionales, pp. 27-28, 42-45, 68, 77, 115, 161, 256-257, 284-340, 369, 380. En una nota periodística equívoca se da a entender que el 9 de octubre se fijó como “Día de la Justicia”.

² Muñoz Valdivieso, Patricio, “Funcionarias judiciales protagonistas. Período 1947-1997”, reportaje jurídico en el Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia, No. 10, marzo-abril del 2014, pp. 12-13; Ministerio Fiscal General de Justicia de la Nación, Memoria del Primer Congreso Judicial del Ecuador de 1953 (1954), Quito, Talleres Gráficos Nacionales, pp. 217

³ Ministerio Fiscal General de Justicia de la Nación, Memoria del Primer Congreso Judicial del Ecuador de 1953 (1954), Quito, Talleres Gráficos Nacionales, pp. 35-37

⁴ Díaz Díaz, Sergio, “La ‘Fenaje’ de ayer, hoy siempre”, en Revista Equilibrio, Fenaje, 2002, p. 4-7

⁵ Valdivieso Vintimilla, Simón, “Recordando la historia: ‘Y era 1953’”. La Fenaje y el tiempo transcurrido”, en Revista Equilibrio, Año IV, No. 20, Fenaje, 1998, pp. 4-6. Posteriormente ha sido reeditado, ampliado y corregido, como “Lo que fuimos, lo que somos...”, en Revista Equilibrio, Fenaje, 2002, p. 8; nuevamente reeditado con su título original en <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/funcionjudicial/2005/11/24/la-fenaje-y-el-tiempo-transcurrido>. Tomado posteriormente, sin

presidente de la Corte Suprema—, luego dirigirían sus destinos el doctor Miguel Ángel Aguirre Sánchez —también posterior presidente de la Corte Suprema—, el indicado doctor Salazar, los doctores Ulpiano Gaybor Mora —futuro notario en el cantón Quito— y Jaime Espinosa Vega —ministro juez de la Corte Suprema—, el licenciado —posteriormente abogado— Luis Muñoz Pasquel —desde 1986⁶ o 1987⁷ hasta el 2006—. Luego se sucedieron varios encargos al frente de la misma encabezados por los doctores Girard Vernaza Arroyo y Miguel Guambo Llerena⁸ hasta la disputa electoral surgida en febrero y marzo del 2008 entre las directivas capitaneadas por los abogados Ángel Rubio Game —juez en Guayas y futuro doctor— y Fidel Chiriboga Mosquera que fuera resuelta a través de consulta a favor de Rubio en octubre del 2009 quien se mantendría en funciones hasta el 2014. En la actualidad, desde el 2014, ejerce la presidencia el doctor Eliseo García Gómez.⁹

Con el tiempo, la Fenaje, además de estar conformada por las asociaciones distritales —luego provinciales—, incorporó entre sus agrupaciones integrantes a: 1) Frente de Mujeres Judiciales del Ecuador (Fremuje) creado en abril de 1991, cuya primera directiva a nivel nacional

estuvo conducida por las doctoras Ana María Vinueza Rojas como presidenta y Mariana Yépez Andrade —ministra jueza de la Corte Superior de Quito y futura magistrada de la Corte Suprema y ministra fiscal general de la Nación— como vicepresidenta; algunos años después, al parecer en el año 2000, fue electa presidenta la doctora Carmen Palmira Carchipulla Apolo —jueza en El Oro— que estuvo hasta el 2010, sucedida por Karla Obando Ortiz (2010-2014) y actualmente dirigida por la abogada María Inés Jaramillo Ordóñez¹⁰; 2) Asociación de Jueces y Magistrados del Ecuador (Asjume) cuyas dos últimas presidentas han sido las doctoras Paulina Aguirre Suárez y Gladys Terán Sierra (desde el 2013) —juezas de la Corte Nacional de Justicia desde el 2012—; 3) Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles; y, 4) Asociaciones de funcionarios de las cortes de menores y de la Corte Nacional de Justicia de la Policía cuando estas dos últimas existían. Adscritos a ella se encuentran la Asociación de Jueces para la Democracia Capítulo Ecuador nacida en el 2003 y aprobada en el 2004 cuyo primer presidente fue el doctor Carlos Poveda Moreno —juez en Cotopaxi—; el Fondo de Cesantía Judicial (Fonceju) desde el 2000 y fue aprobado

citar al autor, en http://fenaje.org/index.php?option=com_content&view=article&id=46%3Ala-funcion-judicial-existe-desde-1821&catid=3%3Anewsflash&Itemid=1, y en Néstor Aníbal Torres Álvarez, La función judicial en la historia de la República del Ecuador, <http://www.monografias.com/trabajos66/funcion-judicial-ecuador/funcion-judicial-ecuador3.shtml#ixzz2lQAnKnQk>

⁶ Ídem a la 4

⁷ Ídem a la 5

⁸ Inf. de Dra. María Elena Santos Correa y Ab. Luis Muñoz Pasquel: 2014-09-22

⁹ Inf. de Lic. Eliseo García Gómez: 2014-09-26

¹⁰ Inf. de Dra. Carla San Martín Mazón: 2014-09-20; Dra. Ana María Vinueza Rojas: 2014-10-02; Lic. Eliseo García Gómez: 2014-09-26; Carchipulla Apolo, Carmen Palmira, “Frente de Mujeres Judiciales en la Federación de Asociaciones Judiciales del Ecuador”, en Revista Equilibrio, 2002, p. 10

en el 2006; y de manera informal el Movimiento Juventudes Judiciales aprobado en el 2001.¹¹

Años después, se declaró el **24 de octubre como “Día del Judicial”** como homenaje a que en aquella fecha entró en vigor desde el año 1945 la Carta de las Naciones Unidas¹² en la cual se determinaron la creación y funciones de la Corte Internacional de Justicia.

En noviembre de 1987 por gestiones emprendidas por el presidente de la Corte Suprema de Justicia doctor Germán Carrión Arciniegas, previo informe favorable emitido por el procurador general del Estado doctor Jorge Maldonado Renella y por resolución del ministro de finanzas y crédito público Rodrigo M. Espinosa que creó la partida presupuestaria respectiva, se estableció por el pleno de la Corte Suprema el 15 de diciembre la Bonificación por el Día del Servidor o Funcionario Judicial, el cual originariamente fue un estímulo económico de tres salarios mínimos vitales vigentes a la fecha de pago a entregarse el último trimestre de cada año por motivo del “Día del Judicial”, es decir, el *24 de octubre*, que

se consideraba ya para entonces según la parte considerativa de la resolución como la fecha conmemorativa de un aniversario más de la Función Jurisdiccional¹³ o Judicial a nivel mundial. El 11 de marzo de 1992 se incrementó el Bono a seis salarios mínimos vitales durante la presidencia del doctor Walter Guerrero Vivanco y el 1 de enero de 1994 por iniciativa del presidente de la Corte Suprema el doctor Francisco Acosta Yépez se estableció que la Bonificación consistiría en una remuneración mensual.¹⁴

En la fecha de celebración del “Día del Judicial”, pocos minutos después de las 19H00 del 24 de octubre de 1988, como recordatorio de los riesgos que envuelven a los servidores del ramo, fue asesinado el doctor Iván Martínez Vela, presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, en cuyo despacho se encontraba entonces para su revisión un sonado caso de narcotráfico que se tramitaba en el juzgado segundo de lo penal y que involucraba a Jorge Hugo Reyes Torres. El doctor Martínez había optado por no asistir esa noche al acto conmemorativo por la fecha.¹⁵ En su honor, el auditorio del antiguo Palacio de Justicia de esa ciudad, hoy demolido, situado entonces

¹¹ “Porque somos orgullosamente 100% judiciales, somos J.J.”, en Revista Equilibrio, 2002, p. 141; Poveda Moreno, Carlos, “Asociación de Jueces para la Democracia Capítulo Ecuador”, en Revista Equilibrio, 2005, p. 8; “III Congreso Judicial Fenaje, Otavalo, 2004”, en Revista Equilibrio, 2005, pp. 34-36

¹² Información del Dr. Edgar Flores Mier: 2014-09-30

¹³ R.O. 835 de 18 de diciembre de 1987. Una posterior reforma a la resolución de la Corte Suprema se hizo a través de una nueva resolución dictada el 26 de octubre de 1988 a base del proyecto presentado por el ministro juez doctor Abdón Calderón Yáñez. La reforma disponía que los servidores judiciales que no hubieran laborado un año completo tendrían derecho a percibir la parte proporcional correspondiente a la bonificación (Actas de la Corte Suprema de Justicia)

¹⁴ G.J. Serie XVI, No. 1, septiembre-diciembre de 1994, p. 219

¹⁵ Información de Dra. Lorena Castellanos Peñafiel: febrero del 2014; <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/quien-mato-a-ivan-martinez-107595.html>; <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/el-crimen-imperfecto-que-cerca-al-mayor-capo-del-narcotrafico-273470.html>; <http://careitv.blogspot.com/2009/12/corte-constitucional-debera-revisar-cpp.html>

en la avenida 6 de diciembre y Piedrahita, fue denominado con su nombre.

Por resolución adoptada el 21 de junio de 1989 por el pleno de la Corte Suprema de Justicia se declaró el *11 de septiembre como el “Día de la Función Judicial” o “Día Clásico de la Corte Suprema de Justicia y de los órganos jurisdiccionales”* dependientes de ella por haberse aprobado en una fecha similar de 1830 la “Constitución del Estado del Ecuador en Colombia” por la Asamblea Constituyente reunida en Riobamba¹⁶, carta en la cual se

estructuró el primer sistema constitucional vigente para el país.

Durante una pequeña temporada, desde que se produjera la anterior declaración, se festejaron tanto el 24 de octubre —que ya se lo venía haciendo— como el 11 de septiembre, pero al cabo de pocos años, se consolidó la primera fecha.¹⁷ Curiosamente, en Cuenca se agasajaba al Judicial y aún se lo hace el 26 de marzo en memoria de la instalación de la Corte Superior en esa ciudad en el año 1822 dispuesta por el entonces general Antonio José de Sucre.¹⁸

¹⁶ R.O. 230 de 11 de julio de 1989

¹⁷ Inf. de Dra. Silvana León León: 2014-09-20

¹⁸ Inf. de Dr. Diego Rodríguez Muñoz: 2014-09-25



El Reconocimiento Voluntario de Hijos e Hijas Tiene el Carácter de Irrevocable

Resolución No. 05-2014 Exposición de Motivos

1. ANTECEDENTES:

1.1.- La Familia, o mejor, las Familias, porque la Constitución ecuatoriana¹ las reconoce en sus diferentes tipos, ha sido definida de varias maneras desde las distintas ramas del saber; se ha creído interesante para este trabajo traer la de Elizabeth Jelin, socióloga familista: *es una institución social anclada en necesidades humanas universales de base biológica: la sexualidad, la reproducción y la subsistencia cotidiana. Sus miembros comparten un espacio social definido en términos de relaciones de parentesco, conyugalidad y pater-maternalidad. Se trata de una organización social, un microcosmos de relaciones de producción, reproducción y distribución, con su propia estructura de poder y fuertes componentes ideológicos y afectivos. Existen en ella tareas e intereses colectivos, pero sus miembros también tienen intereses propios diferenciados, enraizados en su ubicación en los procesos de producción y reproducción.*

1.2.- Para los sociólogos, la familia aparece, a menudo, como un lugar privilegiado para la observación del cambio social, pues es en ella donde antes y con más claridad se manifiestan. Hay autores que, en las mutaciones de la familia perciben los síntomas de una crisis y un derrumbamiento de la institución familiar; otros, por el contrario, consideran que las familias han cambiado, se han adaptado a las mutaciones que ha experimentado la sociedad. Para todos, los retos a los que se exponen las familias deben mostrar cómo las mutaciones que se observan en el tejido social afectan a las relaciones familiares en sus tres componentes, es decir: conyugal, paternal y filial. En el campo jurídico, es quizá, en el que los cambios se expresan con mayor lentitud, sin embargo se destaca que la Constitución, norma suprema, otorga amplio nivel de protección constitucional y legal a las familias.

¹ Constitución de la República, artículo 67.

1.3.- En esta lógica de protección, el artículo 69, numerales 6 y 7, *ibídem*, señalan: “6. *Las hijas e hijos tendrán los mismos derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.* 7. *No se exigirá declaración sobre la calidad de la filiación en el momento de la inscripción del nacimiento, y ningún documento de identidad hará referencia a ella*”; imponiendo, con lo dispuesto la igualdad de derechos y deberes de los y las hijas en el marco de las relaciones familiares y garantizando la no discriminación, en razón de su origen familiar.

1.4.- Una visión retrospectiva nos recuerda que en materia de filiación, el Derecho Positivo ecuatoriano, tiene sus antecedentes en el Derecho Español, en la Legislación de Indias y en la Legislación Nacional, expedida al momento de alcanzar la independencia, año 1822 de ahí, a la fecha en que se expide el primer Código Civil (1860), cuerpo normativo en cuya redacción el legislador ecuatoriano, replica el proyecto primitivo de Don Andrés Bello, inspirado en el Código de Napoleón; la legislación canónica y el antiguo Derecho Español, en el que se consideraba al matrimonio como fuente de la familia legítima y objeto principal de la regulación del derecho de familia, que otorgaba a esta instancia carácter de sagrado: “*el valor de la tradición y de las creencias de una nación... ante todo subordinar la norma jurídica a la moral, a la recta razón y a las verdades trascendentes de la religión*”.² Correspondía entonces, a la autoridad eclesiástica decidir sobre su validez y sus impedimentos; para el estado

quedaba únicamente la regulación de sus efectos civiles (cuestiones patrimoniales, relativas al domicilio y nacionalidad de los cónyuges, parentesco, subordinación, herencias, alimentos, patria potestad, tutelas, etc.), pero siempre dentro de “*las normas de la moral, con justicia y prudencia*”.³

1.5.- En este contexto, el Código Civil distinguía los hijos en: legítimos, los legitimados, y los ilegítimos. Esta última categoría se subdividía en *simplemente ilegítimos* (los concebidos fuera del matrimonio por personas que no tuvieran impedimento para casarse entre sí); *reconocidos o naturales* (cuando eran reconocidos por uno o ambos progenitores); y *de dañado ayuntamiento* (concebidos fuera del matrimonio por personas que no podían contraer matrimonio), y, establecía una subclasificación: *incestuosos, sacrílegos o adulterinos*. Así las cosas, el estado civil de hijo, era posible verificarlo, bien por la presunción de haber sido concebido dentro del matrimonio, por su reconocimiento voluntario, o por declaración judicial.

1.6.- Ahora bien, los hijos ilegítimos, requerían para ser considerados tales, un acto expreso: reconocimiento voluntario de su padre, madre, los dos, o de resolución judicial (artículo 29), queda claro que, aun cumpliendo con todas las solemnidades, eran llamados *ilegítimos*, por no haber sido concebidos dentro de matrimonio. Caso extremo, constituyen los de *dañado ayuntamiento*, categoría inferior, que no podían ser legitimados por haber

² Juan Larrea Holguin, “Compendio de Derecho Civil del Ecuador”, Quito, Corporación de estudios y publicaciones, 1968, pag. 258

³ Juan Larrea Holguin, “Compendio de Derecho Civil del Ecuador”, Ob. Cit., pag. 263

sido concebidos “opuestamente a la moral y las buenas costumbres”, pues su padre y madre, no podían contraer matrimonio, condición indispensable para la legitimación; con la consecuente repercusión en la igualdad de derechos con los hijos legítimos.

1.7.- En esta virtud, *la legitimidad* era la calidad legal originaria, propia de aquel que era concebido dentro de matrimonio; en tanto, la legitimación, era la calidad superviniente, adquirida por el matrimonio después de la concepción del hijo. En los dos casos, el matrimonio era el requisito. De otro lado, solo el marido, tenía la acción para impugnar la *legitimidad*, del hijo concebido durante matrimonio (artículo 206C.C.). Es decir, sobre la base del matrimonio se construía la presunción de la paternidad así como la legitimidad de los hijos. La legitimación, obligaba a los padres que concibieron a sus hijos sin el vínculo jurídico, lo contraigan para legitimarlos, y permitirles el uso y goce de los mismos derechos que los legítimos.

1.8.- En este orden de cosas, el primer Código Civil, promulgado mediante Decreto Legislativo, publicado en el Registro Auténtico el 3 de diciembre de 1860, artículo 269 señalaba: “*El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés actual en ello. En la impugnación deberá probarse alguna de las causas que en seguida se expresan: 1. y 2. La primera y segunda de las que se señalan para impugnar la legitimación en el art. 210 (1. Que el legitimado no ha podido tener por padre al legitimante, según el*

artículo 72; 2. Que el legitimado no ha tenido por madre a la legitimante; sujetándose, esta alegación a lo dispuesto en el título de la maternidad disputada). 3. *Haber sido concebido, según el art. 72, cuando el padre o madre estaba casado.* 4. *Haber sido concebido en dañado ayuntamiento.* 5. *No haberse otorgado el reconocimiento en la forma prescrita por el art. 266, inciso 1”.* En 1930, el legislador reforma la Ley sustantiva⁴, sin embargo, la norma en mención permanece intocada; con la Codificación de 1970⁵, apenas se distingue entre impugnación de reconocimiento de maternidad y de paternidad y se adopta la redacción que la norma mantiene en la Codificación del 2005, vigente.

2.- CONSIDERACIONES PREVIAS:

2.1.- LA FILIACIÓN: La filiación: vínculo jurídico que da lugar al parentesco entre dos personas de las cuales una es el padre o la madre y la otra el hijo o hija, relación que permite a los seres humanos reconocerse como miembro de un grupo o segmento social, de una familia.

2.2.- Para el argentino, experto en derecho de familia: Eduardo A. Zannoni, la filiación presupone la existencia de un vínculo o nexo biológico entre el hijo y sus padres, la determinación de la filiación puede ser legal, voluntaria y judicial, es decir, existen diferentes formas de filiación: filiación biológica, filiación social y filiación jurídica.

2.3.- La filiación biológica, surge por el hecho natural de la procreación; la

⁴ Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 352 de 20 de junio de 1930.

⁵ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 104, publicada el 20 de noviembre de 1970.

filiación social, es la que nace de la convivencia entre una persona que asume el papel de padre o madre y otra que asume el de hijo o hija; convivencia que genera derechos y obligaciones, así como vínculos afectivos, culturales y sociales; la filiación jurídica, es aquella que se establece por declaración judicial.

2.4.- La filiación respecto de la madre, se conoce como maternidad, en tanto que la filiación respecto del padre, como paternidad. La primera ofrece certezas cuando es el resultado del parto, mientras que la paternidad, se acredita a través de presunciones, así el hijo de mujer casada lo es del marido de su madre; y, la paternidad del hijo de mujer soltera es incierta por principio y solo puede llegar a establecerse por reconocimiento voluntario del padre o por sentencia que así lo declare.

2.5.- Sobre el reconocimiento de la filiación, la doctrina mantiene una línea uniforme, considera que es el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de afirmarse como padre o madre del mismo. Se trata de un acto: 1) unilateral, al constituir en una declaración única y no recepticia del reconocedor, pues, no precisa de aceptación; 2) se trata de un acto personalísimo del reconocedor (que es el único que conoce y puede declarar tanto las relaciones sexuales habidas con el otro progenitor de las que ha nacido el reconocido (como hijo propio), cuando su condición de ser padre o madre, hechos ambos implícitos en la afirmación que comporta todo reconocimiento); 3) formal y expreso; 4) Se trata de un acto

puro, no sometible a condición o término; 5) Se trata de un acto irrevocable, [...], aunque susceptible de impugnación.

3.- TITULARIDAD DE LA IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO:

3.1.- En el caso de la paternidad atribuida al cónyuge de la madre, no cabe duda que puede ser impugnada por aquél, por sus herederos o por cualquier persona, interesada en ello, a través de la acción de impugnación de la paternidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio (artículos 235, 237 y 239 del Código Civil vigente); sin embargo, en cuanto a la paternidad resultado del reconocimiento voluntario, de los hijos nacidos fuera del matrimonio, la norma vigente señala que puede ser impugnada por el hijo o por toda persona que pruebe interés actual en ello. El artículo 250 del Código Civil⁶, señala: *“El reconocimiento se notificará al hijo, quien podrá impugnarlo en cualquier tiempo”, por tanto, la acción de impugnación de reconocimiento le pertenece al hijo o hija reconocida; mientras que, el artículo 251: “El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés actual en ello: En la impugnación deberá probarse alguna de las causas que en seguida se expresan; 1. Que el reconocido no ha podido tener por madre a la reconociente, según el Título X; 2. Que el reconocido no ha podido tener por padre al reconociente según la regla del artículo 62; y, 3. Que no se ha hecho el reconocimiento voluntario en la forma prescrita por la ley.”*, concediendo la acción a toda persona que pruebe interés actual en ello. Ante el forzado criterio de la última

⁶ Artículos 250 y 251 de la vigente Codificación del Código Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005

norma, para conceder el ejercicio de la acción de impugnación de reconocimiento a *“toda persona que pruebe interés actual en ello”* incluyendo entre “toda persona” al reconociente, se hace necesaria, una reflexión, a efectos de establecer su espíritu y el alcance con los que el legislador la formuló.

3.2.- No hay lugar a duda, sobre la intención del legislador, de conferir la titularidad de la acción de impugnación de la filiación, establecida por la presunción de haber sido concebido dentro del matrimonio al padre y, a su fallecimiento, a sus herederos y demás personas actualmente interesadas; mas, respecto de la titularidad de la acción de impugnación de la filiación generada por acto de reconocimiento voluntario, si bien sabemos que le pertenece al hijo y a *“cualquier persona que pruebe interés actual en ello”*, entre esas personas está incluido el reconociente?

3.3.- Para sustentar la tesis de que la acción no le pertenece al reconociente, cabe mencionar que, el artículo 248 del Código Civil define al reconocimiento como *“...un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce.”* Como antecedente, se encuentra el reconocimiento voluntario de los hijos no concebidos dentro de matrimonio, *“hijos ilegítimos”* realizado por padre, madre o los dos (artículo 29 Código Civil derogado). Reconocimiento espontáneo que hacían de común acuerdo los padres o individualmente uno de ellos, (antiguo artículo 293 C.C.). La capacidad jurídica que exigía ese reconocimiento era trascendente, el reconocimiento, debía ser un acto libre de vicios: error, fuerza,

dolo (artículo 294 C.C.), en caso de presentarse uno, se produciría la nulidad del acto, por lo tanto no surtiría efectos, luego de declarada su nulidad en el correspondiente juicio.

3.4.- El reconocimiento voluntario, considerado como un acto solemne y complejo, se lo podía realizar mediante: 1) escritura pública, 2) por declaración ante juez y tres testigos, 3) por acto testamentario, 4) por declaración en la inscripción del nacimiento del hijo, 5) en el acta matrimonial de ambos padres, se requería, además, de actos posteriores: la notificación al hijo, su aceptación, y la inscripción en el Registro Civil.

3.5.- En esta línea de análisis, vale recordar que, según Juan Larrea Holguín, implícitamente la norma señalaba que, el reconocimiento, era nulo en los siguientes casos: [...] **“a) si se hizo por persona distinta del verdadero padre o madre;** *b) si se realizó con un vicio del consentimiento: error, fuerza o dolo; c) si se efectuó por parte de un absolutamente incapaz. De modo más directo aunque incompleto, el art. 297 indica que se puede impugnar el reconocimiento: 1°. Porque el reconocido no pudo tener por padre al reconociente, según la regla del art. 68 para el cálculo del tiempo de la concepción...; 2°. Porque el reconocido no tuvo por verdadera madre a la reconociente; 3°. Por no haberse otorgado el reconocimiento voluntario en la forma prescrita por la ley (añadiendo este autor que) puede ser objeto de impugnación el consentimiento mismo (por falta de capacidad o por vicios del consentimiento)”* [...] ⁷, (el énfasis nos pertenece). Por lo expresado, se deduce palmariamente,

⁷ Juan Larrea Holguín, *“Compendio de Derecho Civil del Ecuador”*, Ob. Cit., pag. 636

que esta norma no le daba el derecho al reconociente, su verdadero sentido, era dejar a salvo el derecho de los verdaderos padres o madres para impugnar el reconocimiento por parte de otras personas que podrían arrogarse la calidad de progenitores ilegítimos de una persona.

3.6.- La labor hermenéutica del juez o jueza, en cada caso, obliga a encontrar soluciones adecuadas y justas, más aún, en el marco del estado constitucional de derechos y justicia; en el que el principio de supremacía de la constitución es una imposición relevante. En este tema, la jurisprudencia, reitera: *“El reconocimiento voluntario, que es el que interesa al caso que se juzga, es un acto jurídico lícito, de derecho familiar, no negocial, que tiene como finalidad esencial establecer una relación jurídica paterno-filial. Para unos, es un acto jurídico declarativo, porque reconoce una realidad biológica; para otros, es un acto constitutivo de estado, porque la sola realidad biológica no configura el vínculo jurídico mientras no se integre con el reconocimiento con la sentencia judicial que lo establezca. Pero, sea cual fuera su naturaleza jurídica, lo cierto es que el reconocimiento es un acto unilateral, porque basta la sola voluntad del reconociente; puro y simple, porque no tolera ni admite condiciones, plazos o modalidades, esto es, cláusulas que alteren, modifiquen, limiten o restrinjan sus efectos legales, individuales y personal, porque la paternidad solamente puede ser reconocida por el padre; y, por último, es irrevocable, aunque establecido por testamento se revoque éste, y en cuanto a la viabilidad de las personas para ser reconocidas*

como hijos extramatrimoniales, pueden serlo no sólo las de existencia actual; sino también los hijos que están en el vientre de la madre o por nacer, y aún los fallecidos”.⁸ Doctrinariamente, se reafirma este criterio, con opiniones como la de Benjamín Cevallos Arízaga, autor de la *Historia del Derecho Civil Ecuatoriano*, al analizar la legislación vigente a la época (1950), que puntualiza los efectos del reconocimiento: *“[...] al mismo tiempo que establece la filiación ya existente, y que es su base indispensable, la eleva a la categoría de un estado civil (...) una vez efectuado en la forma prescrita por la ley, y aceptado por el hijo, tal reconocimiento es irrevocable; pues confiere al reconocido el estado civil de hijo ilegítimo, y el estado de las personas es de derecho público, sin que la voluntad individual pueda tener en él ni la más mínima influencia [...]; (observa que) O bien el reconocimiento consta de escritura pública o ante un juez y tres testigos, o por la declaración personal en la inscripción del nacimiento del hijo, o en el acta matrimonial de ambos padres. O bien de acto testamentario. En el primer caso, el padre o madre no pueden revocarlo. Ha reconocido la paternidad o maternidad, manifestando la intención de conferir al hijo los derechos inherentes a la filiación legítima; y aunque el reconocimiento no surta efecto mientras el hijo no manifieste la intención de aceptar, por parte de los padres es acto perfecto e irrevocable. El reconocimiento no es una obra de liberalidad propiamente dichas, sino la declaración de un hecho, a la cual confiere la ley ciertos derechos, declaración de paternidad ilegítima que da al hijo un estado de filiación de que no puede ser ya despojado [...]”*⁹; y, que el reconocimiento por acto testamentario no puede ser

⁸ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8. Página 2351. Quito, 26 de abril de 2002.

⁹ Benjamín, Carrión A, *HISTORIA DEL DERECHO CIVIL ECUATORIANO*, TOMOII, Quito, pag. 292-293.

revocado aunque se lo haga al testamento, pues, *“Si la ley permite consignar en un testamento accidentalmente cláusulas extrañas a los bienes y que sean irrevocables por su naturaleza, la circunstancia de estar contenidas en un testamento no las hace revocables. El carácter del reconocimiento que, ante todo, es la confesión expresa de un hecho, a que sirve de prueba de su existencia y que no puede variar a voluntad, porque el padre que reconoce la paternidad o la madre que acepta la maternidad, no pueden destruir ya este hecho por una manifestación contraria.”*¹⁰ Postura que ha sido replicada por tratadistas modernos como el chileno René Ramos Pazos: *“[...] el padre no es titular de la acción de impugnación (...) Ello es lógico y guarda concordancia con el sistema de la ley, según el cual no hay impugnación si el padre hubiere reconocido al hijo como suyo en su testamento o en otro instrumento (...) No tiene el padre acción de impugnación, pero sí puede impetrar la nulidad del reconocimiento por vicios de la voluntad [...]”*¹¹

3.7.- Para concluir, de lo expuesto ut supra, la impugnación del reconocimiento no le pertenece al padre o madre que voluntariamente ha reconocido a un hijo como suyo, por tratarse de un acto jurídico unilateral, que puede ser ejecutado, directa y personalmente, al momento de realizar la inscripción del niño, niña o persona de cualquier edad en la Dirección de Registro Civil o a través de acto

personalísimo otorgado ante funcionario/a competente, mediante el cual el reconociente acepta la paternidad respecto del reconocido.

3.8.- Sobra decir que, si al acto de reconocimiento no concurre la condición de voluntario, esto es, si se encuentra viciado, o tiene una causa u objeto ilícitos, o ha sido realizado por una persona incapaz carece de valor, por lo que puede declararse su nulidad, previo el trámite correspondiente.

4.- CONSIDERACIONES NO BIOLÓGICAS RESPECTO A LA FILIACIÓN:

4.1.- El reconocimiento de un hijo o hija, es en esencia un acto voluntario; las motivaciones pueden ser de índole afectiva, social, familiar, patrimonial, etc., hoy por hoy, se cuenta el anhelo de experimentar el goce de la paternidad o maternidad, conocida como paternidad o maternidad social.

4.2.- El psicólogo argentino Marcelo Colussi, con acierto sostiene que *“La paternidad no se restringe a una cuestión biológica; el hecho específicamente físico —la concepción— no agota su sentido.”*¹² pues, la paternidad o maternidad no se limita al mero hecho de engendrar un ser humano, un hombre

¹⁰ Obra citada, Benjamín, Carrión A, *HISTORIA DEL DERECHO CIVIL ECUATORIANO, TOMO II*, pag. 293

¹¹ Rene, Ramos P, *DERECHO DE LA FAMILIA, TERCERA EDICIÓN ACTUALIZADA CON LA LEY 19.585 SOBRE NUEVO REGIMEN DE FILIACION Y LEY 19.620 SOBRE ADOPCION, TOMO II*, Editora Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pag. 416.

¹² Marcelo, Colussi, “LA PATERNIDAD”, Guatemala, Revista electrónica Tertulia, en http://www.euowre.org/01.euowre/05.euowre_es/23.es_ewew.htm

o una mujer pueden llegar a ser padre o madre, sin haber procreado, a través de la adopción legal; por reconocimiento voluntario o gracias a los avances científicos, al haber optado por algún método de procreación asistida, prestando para el efecto su consentimiento.

4.3.- No obstante, vale mencionar que no todo acto de reconocimiento surte efectos jurídicos, para ello es necesario el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 1461 del Código Civil, a saber: que la persona que lo otorga sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración; que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita.

5.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTES:

5.1.- Principio fundamental en materia de derechos del niño, niña y adolescente, previsto en los artículos 44 de la

Constitución, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia¹³. Principio que obliga al estado, la familia y la sociedad entera a tutelar y garantizar el ejercicio pleno de todos los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, reconociéndoles su calidad de sujetos de plenos derechos, y beneficiarios de protección especial atendiendo a su condición de personas en formación. Principio que, implica una noción relacional, es decir, supone que, en caso de conflicto de derechos de igual jerarquía, la prioridad deben tenerla los niños y las niñas, interés que, prevalece por sobre el de los padres, de la sociedad y del estado; los jueces y juezas están obligados a proteger y privilegiarlos en todos los casos en los que se encuentren en juego, de tal modo que se logre la efectiva protección y goce. Conforme la difundida opinión doctrinaria de Cancado Trindade, “no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad”¹⁴; por

¹³ El Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador dispone: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo - emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales, nacionales y locales”, en relación con el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. El principio de interés superior conlleva que en el tratamiento judicial o administrativo en los que se encuentren en juego derechos de niñas, niños y adolescentes, debe ser priorizado de tal modo que se logre la efectiva protección de tales derechos y, así lo dispone el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia: “... principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento...”

¹⁴ Corte I.D.H.: Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002

tanto, las decisiones que se tomen deben, no solo reconocer a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, sino que además en ese proceso de decisión, deberá garantizarse que ellos/ellas lo sepan, lo sientan y lo perciban cotidianamente reafirmando su dignidad, el libre desarrollo de su personalidad, su derecho a una vida de calidad y su derecho a llevar adelante su proyecto de vida. Este principio, está en relación directa con la Doctrina de la Protección Integral, que considera al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo: “*todos los derechos para todos los niños*”¹⁵; doctrina que, el Ecuador adoptó a la firma de los instrumentos internacionales y, que han sido debidamente recogidos y adecuados en nuestra legislación.

5.2.- Para concluir, el recuento histórico nos permite ver con claridad meridiana, el carácter irrevocable del acto de reconocimiento voluntario de los hijos/as; ahora bien, en armonía con el nuevo paradigma del estado constitucional de derechos y justicia, el rango supra-constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos; la garantía de ejercicio y goce de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho a la identidad, que deriva de la dignidad, derecho profundamente vinculado a la idea de SER, que incluye el derecho a la identificación; nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos; conservar,

desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales; resultaría, entonces, un contrasentido dejar al arbitrio del reconociente la modificación del estado civil de la persona por él reconocida, estado civil, que a más de generar lazos de filiación o parentesco por el estatus o condición de hijo o hija, conlleva la generación de vínculos que van más allá de lo jurídico, vínculos afectivos, emocionales, sociales, económicos, culturales, lingüísticos que constituyen la plataforma para el desarrollo de su proyecto de vida; de su forma de ser y estar en este mundo.

6.- SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR:

6.1.- La Corte Constitucional¹⁶, al amparo de la supremacía constitucional y tratados internacionales de derechos humanos, en protección del derecho de los y las niñas y adolescentes a su identidad, nombre y ciudadanía, de su interés superior y con base en los artículos 1, 3.1 y 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en su condición de garante del interés superior, expresa, sobre el tema en análisis: “Es obvio que las Convenciones Internacionales no se ocupan de los casos en los cuales un niño es privado de

¹⁵ Silvia LARUMBE CANALEJO, “Educación en y para la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes en riesgo”, en Revista IIDH, núm. 36, julio-diciembre, 2002, p. 252.

¹⁶ Resolución de la Corte Constitucional 6, Registro Oficial Suplemento 607 de 08-jun-2009

su identidad "legalmente", como en el ejemplo (del presente caso): El niño, a quien la ciencia le ha dicho que la persona que aparecía como su padre, no lo es; y –paradójicamente– pretendiendo proteger su identidad, le dejan sin ninguna. El efecto de la sentencia ha profundizado la incertidumbre del niño. Durante todos los años de vida del niño fue reconocido entre su familia, su entorno social, su medio educativo, su barrio, sus parques y sus relaciones; ese niño fue conocido y reconocido con el nombre y apellidos con los que –posiblemente– fue bautizado”.

Con estos antecedentes la Corte Nacional de Justicia,

CONSIDERANDO:

Que en el Preámbulo de la Constitución de la República se reconoce que el Ecuador es (...) Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades.”

Que el contenido nuclear de la dignidad humana lo constituye el derecho a la identidad, derecho íntimamente vinculado a la idea de SER,

Que el artículo 1 de la Constitución de la República, declara que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia.

Que el artículo 424 consagra el principio de supremacía de la Constitución, que irradia a todo el sistema normativo.

Que el Art. 184. 2 de la Constitución de la República del Ecuador, señala: “Serán funciones de la Corte Nacional de

Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: (...) 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración (...)”.

Que el Art. 185 de la Constitución, determina que: “Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto, obligarán a remitir el fallo al pleno de la Corte a fin de que ésta delibere y decida en el plazo de hasta sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o se ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria (...).

Que el Art. 180.2 del Código Orgánico de la Función Judicial, dispone que: “Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: (...) 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración”.

Que los incisos primero, segundo y cuarto del Art. 182 del mismo Código, prescriben que: “Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.- La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del

cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso; se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio (...)"

Que el Art. 250 de la vigente Codificación del Código Civil, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005, establece: "El reconocimiento se notificará al hijo, quien podrá impugnarlo en cualquier tiempo.", de lo que se desprende que la acción de impugnación de reconocimiento le pertenece al hijo o hija reconocido.

Que el Art. 251 del mismo cuerpo de leyes dispone: "El reconocimiento podrá ser impugnado por toda persona que pruebe interés actual en ello: En la impugnación deberá probarse alguna de las causas que en seguida se expresan; 1. Que el reconocido no ha podido tener por madre a la reconociente, según el Título X; 2. Que el reconocido no ha podido tener por padre al reconociente según la regla del artículo 62; y, 3. Que no se ha hecho el reconocimiento voluntario en la forma prescrita por la ley.", esta norma al mencionar que la acción de impugnación del reconocimiento le corresponde también a toda persona que pruebe interés actual en ello, no ofrece claridad respecto al hecho de si entre esas personas puede entenderse incluido el reconociente.

La Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ha resuelto en el último período los siguientes casos:

1. RESOLUCIÓN no. 036-2014. Juicio ordinario No. 102-2013 (Recurso de Hecho) que sigue WILSON ABDÓN RUIZ BONILLA y OTROS contra BLANCA EDELINA PILCO MORALES.

RATIO DECIDENDI/RAZONES PARA DECIDIR

"4. CRITERIOS JURÍDICOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

4.1. El reconocimiento voluntario de maternidad o paternidad previsto en el artículo 247 y siguientes del Código Civil, constituye un acto jurídico constitutivo del estado civil para el cual la ley no ha previsto revocatoria. Genera responsabilidades y vínculos que no se pueden poner en juego por la simple voluntad del reconociente, entre ellos la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, y lazos afectivos, indispensables para el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, cuyo interés superior por disposición constitucional del artículo 44 y de derechos humanos artículo 3 numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, deben considerar entre otras instituciones y autoridades, los tribunales de justicia.

4.2. La eficacia jurídica de un acto con apariencia legal, como el reconocimiento voluntario válidamente efectuado, puede ser impugnado por el reconocido en cualquier tiempo (artículo 250 Código Civil) en virtud de su inalienable derecho constitucional a la identidad, y por toda persona que pruebe interés actual en ello, cuando se justifique alguno de los presupuestos previstos en el artículo 251 ibidem, este Tribunal en diferentes fallos ha dejado sentado que no procede la acción de impugnación de reconocimiento

voluntario de la paternidad o maternidad realizado por quien asumió la calidad legal de padre o madre sabiendo que el hijo no era biológicamente suyo, en virtud del principio general de derecho nadie puede beneficiarse de su propia culpa.

4.3. Para el ejercicio del acto voluntario que implica el reconocimiento, a más de la capacidad legal, se entienden incorporados el consentimiento y la licitud en el objeto y la causa; la presencia de vicios en el consentimiento y la ilicitud del objeto son causas legales que habilitan al reconociente a entablar la impugnación del reconocimiento con apariencia legal.”

2.- RESOLUCIÓN no. 049 – 2014.

Juicio ordinario No. 210-2013 (Recurso de Casación) que sigue FREDDY GEOVANNY LAGLA CHUQUITARCO contra MARÍA YOLANDA LAGLA LAGLA.

RATIO DECIDENDI/ RAZONES PARA DECIDIR

“...la *filiación* es el vínculo jurídico entre dos personas por el que, una de ellas es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o mediante un acto jurídico, a cuya declaración se puede oponer de dos maneras: 1) la impugnación de la paternidad y 2) la impugnación del reconocimiento. 6.3.1.- La impugnación de la paternidad matrimonial tiene como legitimado activo

al marido¹⁷, y, en caso de su muerte, a los herederos del marido y en general a toda persona a quien la pretendida paternidad causare perjuicio actual¹⁸. A contrario sensum, el reconocimiento voluntario, otra de las formas de obtener la filiación, puede ser impugnada por el hijo y por toda persona que pruebe interés actual en ello¹⁹. La doctrina mantiene una línea uniforme respecto del reconocimiento de la filiación considerándola como el acto jurídico por el que una persona manifiesta su voluntad de admitir la paternidad o maternidad de un hijo/a y señala para éste las siguientes características: a) unilateral; b) formal y expreso y c) irrevocable, aunque, sujeto a impugnación. Nuestra legislación, expresamente se refiere a la naturaleza jurídica del reconocimiento voluntario, y sostiene que es un acto libre y voluntario del padre o madre que reconoce²⁰. Los seres humanos gracias a la libertad somos dueños de nuestros actos. Un acto voluntario tiene los siguientes momentos: el entendimiento, la deliberación, la decisión, la ejecución y la asunción de responsabilidades; jurídicamente los vicios de la voluntad hacen posible la anulación de los actos lícitos²¹. 6.4.- Ahora bien, el accionante al reformar su demanda, señala que a pesar que a su “*parecer aun no era la fecha del verdadero alumbramiento*”, reconoció al niño, caso contrario los familiares de la madre, tomarían: “...*acciones legales en la Policía para hacerme dar la baja.*

¹⁷ Artículo 235 del Código Civil

¹⁸ Artículo 237, ibídem

¹⁹ Artículo 250 y 251 del Código Civil

²⁰ Artículo 248 Código Civil

²¹ Artículo 1467 Código Civil.

Del miedo, temor que me vayan a hacerme dar la baja y que no quería tener problemas con la policía y mucho menos tomen represalias en contra de mis padres, acepte reconocerle..., presenta como prueba, únicamente, el resultado de la pericia de ADN, medio de prueba científico idóneo para la impugnación de la paternidad, sin que haya sido objeto de discusión la relación paterno filial, pues, se impugnaba el reconocimiento voluntario en el supuesto de adolecer de vicios que afecten a su validez. **6.5.-** En este orden de ideas, este Tribunal recuerda que la voluntad tiene importancia capital en el derecho civil *“como expresión concreta de la iniciativa individual... (la que) efectivamente genera, modifica, transforma, aniquila, extingue los derechos y las situaciones jurídicas, pero no por el solo imperio del libre albedrío, sino en cuanto es conducta humana reglada por el derecho... La voluntad individual aparece en todas las instituciones...”*²² y, en el caso del reconocimiento de un hijo, acto jurídico unilateral *“libre y voluntario del padre”* que reconoce. Ahora bien, para que una persona se obligue por un acto o declaración de voluntad²³ se requiere del concurso de los siguientes requisitos: *“que sea legalmente capaz; que consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no adolezca de vicio; que recaiga sobre un objeto lícito; y, que tenga una causa lícita”*. Por ello, la voluntad tanto en su formación (entendimiento, deliberación, decisión), como en su exteriorización (ejecución y asunción de responsabilidades), debe estar libre de vicios del consentimiento: de error: vicio

causado por el conocimiento equivocado de una cosa o de un hecho, basado en la ignorancia o incompleto conocimiento; de fuerza: falta de libertad física o moral, y de dolo: falta de conocimiento provocado, engaño; debe tener objeto y causa lícita, *“el error y el dolo, afectan al acto voluntario en el elemento que el Código Civil argentino denomina intención, es decir en la etapa de reflexión, nombre que le da Savigny; el otro, la violencia, priva de libertad al agente, en el momento en que debe decidir...”*²⁴. Por el contrario, cumplidos los requisitos para la vinculatoriedad de la declaración de voluntad, el acto jurídico, en este caso, el reconocimiento, produce plenos efectos (derechos y obligaciones). Sin embargo, la ley prevé requisitos para hacer viable su impugnación, por vía de la nulidad, con fundamento en la existencia de los vicios del consentimiento, objeto o causa ilícita, mas no en razones de cambio de voluntad; sin que obre del proceso que el reconociente, haya probado la fuerza, que dice fue ejercida, para obtener tal reconocimiento. **6.6.-** En esta línea de reflexión, nuestra Carta Mayor reconoce un núcleo duro de derechos del niño y la niña, entre estos el derecho a la identidad personal y colectiva *“que incluye tener nombre y apellido debidamente registrados y libremente escogidos, y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales”*²⁵ (el énfasis nos pertenece). La Corte

²² Luis Moisset de Espanés, “El hecho jurídico voluntario”, en <http://www.Cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/el-hecho-juridico-voluntario>

²³ Artículo 1461 C.C.

²⁴ Luis Moisset de Espanés, “El hecho jurídico voluntario”, Ob. Cit.

²⁵ Artículo 66, núm. 28 CRE,

Constitucional²⁶, al amparo de la supremacía constitucional y tratados internacionales de derechos humanos, en protección del derecho de los y las niñas y adolescentes a su identidad, nombre y ciudadanía, en su interés superior, y con base en los artículos 1, 3.1 y 8.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño; en su condición de garante del interés superior, expresa: *“Es obvio que las Convenciones Internacionales no se ocupan de los casos en los cuales un niño es privado de su identidad “legalmente”, como en el ejemplo (del presente caso): El niño, a quien la ciencia le ha dicho que la persona que aparecía como su padre, no lo es; y—paradójicamente— pretendiendo proteger su identidad, le dejan sin ninguna. El efecto de la sentencia ha profundizado la incertidumbre del niño. Durante todos los años de vida del niño fue reconocido entre su familia, su entorno social, su medio educativo, su barrio, sus parques y sus relaciones; ese niño fue conocido y re—conocido con el nombre y apellidos con los que —posiblemente— fue bautizado”*. **6.7.-** En esa misma línea, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el artículo VI; la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 16; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 17, al declarar la protección social y estatal de la familia, reconocen el derecho de todas las personas a ser parte de una familia, en el entendido que ésta, como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 67 de la Constitución) protege a sus integrantes, sus derechos e igualdad. En ese contexto, conviene traer

la opinión de John Rawls, sobre la necesidad social de fortalecer varias instituciones básicas, entre las que se encuentra la familia: *“el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social... Tomadas en conjunto, como un esquema, las instituciones más importantes definen los derechos y deberes del hombre e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que puede esperar hacer y sobre lo que haga”*²⁷. **6.8.-** En esta misma lógica, el doctrinario francés Malaurie, afirma, en materia de filiación no existe una sola verdad, sino muchas: *“la afectiva (“verdadero padre es el que ama”); la biológica (“los lazos sagrados de la sangre”); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual (“para ser padre o madre es necesario quererlo”); la del tiempo (“cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo”)”*²⁸. Dejando claras, además de la dimensión biológica, la existencia de otras, la sociológica, cultural, social y psicológica, que son claves en la constitución de la identidad de las personas, y que por lo mismo, deben ser ponderadas al momento de la aplicación del derecho. Para mayor abundamiento se cita al experto en derecho de familia: Luis Mizrahi: *“... en los casos de posesiones de estado consolidado no tiene por qué prevalecer el elemento biológico afectando una identidad filiatoria que no es su correlato”*.

²⁶ Resolución de la Corte Constitucional 6, Registro Oficial Suplemento 607 de 08-jun-2009

²⁷ John Rawls, Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª edición, 1979, pág. 23.

²⁸ Philippe Malaurie, La Cour Européenne des droits de l’homme et le “droit” de connaître ses origines. L’affaire Odièvre, en La semaine juridique, 26/3/2003, n° 26 pag. 546.

3. RESOLUCIÓN no. 71-2014 - Juicio ordinario No. 083-2013 (Recurso de Casación) que sigue DOMINGO RAMIRO TERÁN VILLEGAS contra RUTH XIMENA ORTEGA GALARZA.

RATIO DECIDENDI/ RAZONES PARA DECIDIR

“4. CRITERIOS JURÍDICOS BAJO LOS CUALES EL TRIBUNAL REALIZARÁ SU ANÁLISIS

4.1. El reconocimiento voluntario de maternidad o paternidad previsto en el artículo 247 y siguientes del Código Civil, constituye un acto jurídico constitutivo del estado civil para el cual la ley no ha previsto revocatoria. Genera responsabilidades y vínculos que no se pueden poner en juego por la simple voluntad del reconociente, entre ellos la obligación de cuidado, crianza, educación, alimentación, y lazos afectivos, indispensables para el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes, cuyo interés superior por disposición constitucional del artículo 44 y de derechos humanos artículo 3 numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, deben considerar entre otras instituciones y autoridades, los tribunales de justicia.

4.2. La eficacia jurídica de un acto con apariencia legal, como el reconocimiento voluntario válidamente efectuado, puede ser impugnado por el reconocido en cualquier tiempo (artículo 250 Código Civil) en virtud de su inalienable derecho constitucional a la identidad, y por toda persona que pruebe interés actual en ello, cuando se justifique alguno de los presupuestos previstos en el artículo 251 *ibídem*.

4.3. Para el ejercicio del acto voluntario que implica el reconocimiento, a más de la capacidad legal, se entienden incorporados el consentimiento y la licitud en el objeto y la causa; la presencia de vicios en el consentimiento y la ilicitud del objeto son causas legales que habilitan al reconociente a entablar la acción de impugnación del reconocimiento con apariencia legal.

4.4. La práctica del examen de ADN, como prueba que permite establecer la filiación o parentesco, es prueba idónea dentro de los juicios de impugnación de paternidad o maternidad, no así en los juicios de impugnación de reconocimiento, que solo prosperan cuando el reconociente demuestra ya no la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido, sino que el acto del reconocimiento, acto jurídico propio, es el resultado de la concurrencia de vicios de consentimiento o ilicitud de objeto.”

De la transcripción de las razones para decidir, de las sentencias que anteceden la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, considera relevantes y coincidentes los siguientes aspectos:

- a) El reconocimiento voluntario de un hijo o hija no es un acto revocable.
- b) La acción de impugnación de reconocimiento le pertenece al hijo o hija reconocido y a cualquier persona que demuestre actual interés en ello, mas no al reconociente
- c) El reconociente solo puede impugnar el acto del reconocimiento con

apariencia legal, para lo cual deberá demostrar que su otorgamiento se encuentra viciado por no concurrir los requisitos indispensables *para su validez, esto es: capacidad legal, consentimiento, licitud en el objeto y la causa.*

d) El examen de ADN es una prueba científica y concluyente que permite establecer la filiación o parentesco, por tanto es pertinente e idónea dentro de los juicios de impugnación de paternidad o maternidad, no así en los juicios de impugnación de reconocimiento propuestos por el reconociente, que prosperan cuando éste demuestra que el acto jurídico propio de reconocimiento como tal es nulo desde que en su otorgamiento no han concurrido los requisitos indispensables de validez, esto es, capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitos.

Y, con fundamento en las opiniones vertidas, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, mantiene el criterio de que la titularidad de la acción de impugnación de reconocimiento le corresponde al hijo o hija, y/o a cualquier persona que demuestre actual interés en ello, sin que entre estas personas pueda considerarse incluido al reconociente, aun cuando se demuestre con prueba de ADN la inexistencia de vínculo consanguíneo entre el reconociente y el reconocido o reconocida. Queda para el reconociente la facultad de impugnar el acto del reconocimiento en sí mismo, acción que prosperará en tanto se logre demostrar vicios en otorgamiento.

Que en conclusión, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia atribuye al reconocimiento voluntario de hijos e hijas el carácter de irrevocable.

Que, sobre las resoluciones señaladas, la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia, ha remitido al Pleno informe debidamente motivado.

RESUELVE:

Artículo 1.- Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe elaborado; en consecuencia, declarar la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho:

PRIMERO.- El reconocimiento voluntario de hijos e hijas tiene el carácter de irrevocable

SEGUNDO.- El legitimado activo del juicio de impugnación de reconocimiento es el hijo/a y/o cualquier persona que demuestre interés actual en ello, excepto el reconociente, quien solo puede impugnar el acto del reconocimiento por vía de nulidad del acto, acción que ha de prosperar, en tanto logre demostrar que, al momento de otorgarlo, no se ha verificado la

conurrencia de los requisitos indispensables para su validez; la ausencia de vínculo consanguíneo con el reconocido a través de la práctica del examen de ADN, no constituye prueba para el juicio de impugnación de reconocimiento, en que no se discute la verdad biológica.

Artículo 2.- Disponer que la Secretaría General de la Corte Nacional de Justicia remita copias certificadas de la presente Resolución al Departamento de Procesamiento de Jurisprudencia, para su sistematización, y, al Registro Oficial, la Gaceta Judicial y la página web institucional, para su inmediata publicación.

Esta resolución tendrá efectos generales y obligatorios, inclusive para la propia Corte Nacional de Justicia, sin perjuicio del cambio de criterio jurisprudencial que podrá operar en la forma y modo determinados en el segundo inciso del Art. 185 de la Constitución de la República y en la Resolución emitida al respecto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Dado en la ciudad de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones de la Corte Nacional de Justicia, a los veinte días del mes de agosto del año dos mil catorce.

Dr. Carlos Ramírez Romero
PRESIDENTE

Dra. Rocío Salgado Carpio
JUEZA NACIONAL

Dra. Ma. del Carmen Espinoza Valdiviezo
JUEZA NACIONAL

Dr. Merck Benavides Benalcázar
JUEZ NACIONAL

Dra. María Rosa Merchán Larrea
JUEZA NACIONAL

Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia
JUEZ NACIONAL

Dr. Paúl Ñíguez Ríos
JUEZ NACIONAL

Dr. Wilson Andino Reinoso
JUEZ NACIONAL

Dra. Mariana Yumbay Yallico
JUEZA NACIONAL

Dra. Lucy Blacio Pereira
JUEZA NACIONAL

—

Dr. Wilson Merino Sánchez
JUEZ NACIONAL

Dra. Paulina Aguirre Suárez
JUEZA NACIONAL

Dr. Johnny Ayuardo Salcedo
JUEZ NACIONAL

Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo
JUEZ NACIONAL (V.C.)

Dr. Jorge Blum Carcelén
JUEZ NACIONAL

Dr. Vicente Robalino Villafuerte
JUEZ NACIONAL

Dra. Gladys Terán Sierra
JUEZA NACIONAL

Dra. Tatiana Pérez Valencia
JUEZA NACIONAL

Dr. Juan Montero Chávez
CONJUEZ NACIONAL (V.C.)

Dr. Oscar Enríquez Villarreal
CONJUEZ NACIONAL

Certifico.

Dra. Isabel Garrido Cisneros
SECRETARIA GENERAL

Contenido y Significado de los Derechos Fundamentales en el Derecho Penal (Segunda parte)



Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Msc
Presidente de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia

“Los hombres hacen sus propias leyes. Esas leyes no emanan de alguna presencia omnipresente misteriosa en el cielo, y los jueces no son los parlantes independientes del infinito”.

Oliver Wendell Holmes, Jr.

I) La Constitución y los Derechos

La Constitución de la República del Ecuador, de 2008, en plena vigencia, reconoce la titularidad de los derechos a las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Según esta Constitución, en materia de derechos y garantías, asigna responsabilidades y titularidades, en el caso del Estado posee deberes primordiales y entre ellos el más alto deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. Y, en cuanto a la titularidad y goce de los derechos estos están destinados en favor de todos los ciudadanos ecuatorianos e inclusive de las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano de acuerdo con la Constitución.

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de

directa e inmediata aplicación y se pueden ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.

La Constitución garantiza a todas las personas el goce de los derechos y el ejercicio de las garantías; proscribire cualquier forma de discriminación que afecte el principio de igualdad. En el evento de desigualdad material el Estado debe adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos. Los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales tiene por características su inalienabilidad, irrenunciabilidad, indivisibilidad, interdependibilidad y de igual jerarquibilidad y son plenamente justiciables.

Ninguna autoridad puede alegar inexistencia de norma jurídica para restringir el contenido de los derechos ni para justificar su violación o desconocimiento, para desecher la acción por esos hechos ni para negar

su reconocimiento. En caso de duda sobre el alcance de los derechos de debe aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Si bien es cierto que los derechos están positivizados en la Constitución y leyes orgánicas, ello no implica que solo los derechos previstos ahí son los únicos existentes, pues ello no excluye otros derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos; pues el desarrollo de los derechos será de forma progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.

Ante la vulneración de derechos ciudadanos por funcionarios públicos, el Estado debe resarcir los daños a favor de los ciudadanos y acto seguido debe ejercer el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

II) Determinación y contenido de los derechos:

El Código Orgánico de la Función Judicial determina y desarrolla los contenidos de los derechos de la administración de justicia de la siguiente manera:

II.a) Derecho de acceso gratuito a la justicia

El acceso a la administración de justicia es gratuito. El régimen de costas procesales será regulado de conformidad con las pre-

visiones del Código Orgánico de la Función Judicial y de las demás normas procesales aplicables a la materia.

La jueza o juez deberá calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. Quien haya litigado en estas circunstancias, pagará las costas procesales en que se hubiere incurrido, sin que en este caso se admita exención alguna.

Las costas procesales incluirán los honorarios de la defensa profesional de la parte afectada por esta conducta. Quien litigue de forma abusiva, maliciosa o temeraria será condenado, además, a pagar al Estado los gastos en que hubiere incurrido por esta causa.

Estas disposiciones no serán aplicables a los servicios de índole administrativa que preste la Función Judicial, ni a los servicios notariales.

II.b) Derecho a tutela judicial

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso.

Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.

II.c) Derecho a justicia imparcial

La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 del Código Orgánico de la Función Judicial.

II.d) Derecho a justicia inmediata y expedita

La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido.

Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.

El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.

II.e) Derecho a justicia inmediacional, dispositiva y concentrada

Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso.

Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley.

Sin embargo, en los procesos que versen sobre garantías jurisdiccionales, en caso de constatare la vulneración de derechos que no fuera expresamente invocada por los afectados, las juezas y jueces podrán pronunciarse sobre tal cuestión en la resolución que expidieren, sin que pueda acusarse al fallo de incongruencia por este motivo.

II.f) prohibición de indefensión a los procesados

Los operadores de justicia son responsables de cumplir con la obligación estatal de garantizar el acceso de las personas y colectividades a la justicia. En consecuencia, el Consejo de la Judicatura, en coordinación con los organismos de la Función Judicial, establecerá las medidas para superar las barreras estructurales de índole jurídica, económica, social, generacional, de género, cultural, geográfica, o de cualquier naturaleza que sea discriminatoria e impida la igualdad de acceso y de oportunidades de defensa en el proceso.

Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, se limitarán a juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, con arreglo a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y las leyes de la República.

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.

II.g) Interpretación y aplicación de las normas procesales

II.g.1) Según la constitucion vigente:

Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.

II.g.2) Según el Código Orgánico Integral Penal:

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

- i) La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.
- ii) Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.
- iii) Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.

II.h) Derecho a justicia independiente

Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.

Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.

Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley.

III.A) Derecho al debido proceso en la Constitución

La Constitución garantiza que en todo proceso en el que se determinen derechos

y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

III.A.1) Toda autoridad administrativa o judicial, está en la obligación de garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

III.A.2) Toda persona tiene el derecho a que las autoridades estatales, judiciales o administrativas, así como la sociedad toda presuma su inocencia, y ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

III.A.3) Ninguna persona puede ser juzgada ni sancionada por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le podrá aplicar una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

III.A.4) Las pruebas de cargo que sirvan de fundamento para imponer una pena, obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, es obligación de las autoridades estatales, judiciales o administrativas, no conferirles validez alguna y estas carecerán de eficacia probatoria.

III.A.5) En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

III.A.6) La ley establecerá la debida pro-

porcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

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

III.A.8) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

III.A.9) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

III.A.10) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

III.A.11) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

III.A.12) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

III.A.13) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

III.A.14) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

III.A.15) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de

las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

III.A.16) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

III.A.17) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

III.A.18) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

III.A.19) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

III.A.20) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

III.B) Principios procesales en el Código Orgánico Integral Penal

El Código Orgánico Integral Penal igualmente garantiza el derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, y se regirá por los siguientes principios:

1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al

hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.

La pena se extingue entre otras causas por:

i) Cumplimiento integral de la pena en cualquiera de sus formas.

ii) Extinción del delito o de la pena por ley posterior más favorable.

3. Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.

6. Impugnación procesal: toda persona tiene derecho a recurrir del fallo, resolución o auto definitivo en todo proceso que se decida sobre sus derechos, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código.

7. **Prohibición de empeorar la situación del procesado:** al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona procesada cuando esta es la única recurrente.
8. **Prohibición de autoincriminación:** ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.
9. **Prohibición de doble juzgamiento:** ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.
10. **Intimididad:** toda persona tiene derecho a su intimidad personal y familiar. No podrán hacerse registros, allanamientos, incautaciones en su domicilio, residencia o lugar de trabajo, sino en virtud de orden de la o el juzgador competente, con arreglo a las formalidades y motivos previamente definidos, salvo los casos de excepción previstos en este Código.
11. **Oralidad:** el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y, los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este Código.
12. **Concentración:** la o el juzgador concentrará y realizará la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia; cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada para el efecto.
13. **Contradicción:** los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra.
14. **Dirección judicial del proceso:** la o el juzgador, de conformidad con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias.

En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas.
15. **Impulso procesal:** corresponde a las partes procesales el impulso del proceso, conforme con el sistema dispositivo.
16. **Publicidad:** todo proceso penal es público salvo los casos de excepción previstos en este Código.
17. **Inmediación:** la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal.
18. **Motivación:** la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.
19. **Imparcialidad:** la o el juzgador, en todos los procesos a su cargo, se orientará por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la Ley.

20. Privacidad y confidencialidad: las víctimas de delitos contra la integridad sexual, así como toda niña, niño o adolescente que participe en un proceso penal, tienen derecho a que se respete su intimidad y la de su familia.

Se prohíbe divulgar fotografías o cualquier otro dato que posibilite su identificación en actuaciones judiciales, policiales o administrativas y referirse a documentación, nombres, sobrenombres, filiación, parentesco, residencia o antecedentes penales.

21. Objetividad: en el ejercicio de su función, la o el fiscal adecuará sus actos a un criterio objetivo, a la correcta aplicación de la ley y al respeto a los derechos de las personas. Investigará no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan.

III.C) Ámbitos de aplicación de las normas del Código Orgánico Integral Penal: Las normas del Código Orgánico Integral Penal se aplicarán:

III.C.1) Ámbito territorial de aplicación:

1. Toda infracción cometida dentro del territorio nacional.
2. Las infracciones cometidas fuera del territorio ecuatoriano, en los siguientes casos:
 - i) Cuando la infracción produzca efectos en el Ecuador o en los lugares sometidos a su jurisdicción.
 - ii) Cuando la infracción penal sea cometida en el extranjero, contra una o varias personas ecuatorianas y no ha sido juzgada en el país donde se la cometió.

iii) Cuando la infracción penal es cometida por las o los servidores públicos mientras desempeñan sus funciones o gestiones oficiales.

iv) Cuando la infracción penal afecta bienes jurídicos protegidos por el Derecho Internacional, a través de instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, siempre que no se haya iniciado su juzgamiento en otra jurisdicción.

v) Cuando las infracciones constituyen graves violaciones a los derechos humanos, de acuerdo con las reglas procesales establecidas en este Código.

3. Las infracciones cometidas a bordo de naves o aeronaves militares o mercantes de bandera o matrícula ecuatoriana.

4. Las infracciones cometidas por las o los servidores de las Fuerzas Armadas en el extranjero, sobre la base del principio de reciprocidad.

III.C.2) Ámbito personal de aplicación:

Las normas del Código Orgánico Integral Penal se aplicarán a todas las personas nacionales o extranjeras que cometan infracciones penales.

III.C.3) Ámbito temporal de aplicación:

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

1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión.
2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia.

3. El ejercicio de la acción y las penas prescribirán de conformidad con el COIP.
4. Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena.

III.C.4) **Ámbito material de la Ley Penal:**

Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en el COIP. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia.

IV) **Derecho de la persona privada de libertad**

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, la Constitución obliga a la observancia de las siguientes garantías básicas:

IV.A.1) La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

IV.A.2) Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza

o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.

IV.A.3) Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

IV.A.4) En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

IV.A.5) Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

IV.A.6) Nadie podrá ser incomunicado.

IV.B) **Garantías en caso de privación de libertad:**

El Código Orgánico Integral Penal, a más de las garantías previstas en la Constitución asegura en todo proceso penal en el que se prive a una persona de la libertad las siguientes:

IV.B.1) En delitos flagrantes, la persona será conducida de inmediato ante la o el juzgador para la correspondiente audiencia que se realizará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la aprehensión.

IV.B.2) En el caso de contravenciones flagrantes, la audiencia se efectuará inmediatamente después de la aprehensión.

IV.B.3) Se verificará la edad de la persona procesada y, en caso de duda, se aplicará la presunción de minoría de edad hasta que esta sea desvirtuada por parte de la o el fiscal dentro de la investigación.

IV.B.4) Ninguna persona privada de libertad podrá ser incomunicada, aislada o sometida a tortura, ni siquiera con fines disciplinarios.

IV.C) Derechos y garantías de las personas privadas de libertad:

Las personas privadas de libertad, según el Código Orgánico Integral Penal, gozarán, además, de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución de la República y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes:

IV.C.1) Integridad: la persona privada de libertad tiene derecho a la integridad física, psíquica, moral y sexual.

Se respetará este derecho durante los traslados, registros, requisas o cualquier otra actividad.

Se prohíbe toda acción, tratamiento o sanción que implique tortura o cualquier forma de trato cruel, inhumano o degradante. No podrá invocarse circunstancia alguna para justificar tales actos.

Se prohíbe cualquier forma de violencia por razones étnicas, condición social, género u orientación sexual.

IV.C.2) Libertad de expresión: la persona privada de libertad tiene derecho a recibir información, dar opiniones y difundirlas por cualquier medio de expresión disponible en los centros de privación de libertad.

IV.C.3) Libertad de conciencia y religión: la persona privada de libertad tiene derecho a que se respete su libertad de conciencia y religión y a que se le facilite

el ejercicio de la misma, incluso a no profesar religión alguna. Se respetarán los objetos personales con estos fines, siempre y cuando no pongan en riesgo la seguridad del centro de privación de libertad.

IV.C.4) Trabajo, educación, cultura y recreación: el Estado reconoce el derecho al trabajo, educación, cultura y recreación de las personas privadas de libertad y garantiza las condiciones para su ejercicio. El trabajo podrá desarrollarse mediante asociaciones con fines productivos y comerciales.

IV.C.5) Privacidad personal y familiar: la persona privada de libertad tiene derecho a que se respete su vida privada y la de su familia.

IV.C.6) Protección de datos de carácter personal: la persona privada de libertad tiene derecho a la protección de sus datos de carácter personal, que incluye el acceso y uso de esta información.

IV.C.7) Asociación: la persona privada de libertad tiene derecho a asociarse con fines lícitos y a nombrar sus representantes, de conformidad con la Constitución de la República y la Ley.

IV.C.8) Sufragio: la persona privada de libertad por medidas cautelares personales tiene derecho al sufragio. Se suspenderá para aquellas personas que tengan sentencia condenatoria ejecutoriada.

IV.C.9) Quejas y peticiones: la persona privada de libertad, tiene derecho a presentar quejas o peticiones ante la autoridad competente del centro de privación de libertad, a la o al juez de garantías penitenciarias y a recibir respuestas claras y oportunas.

IV.C.10) Información: la persona privada de libertad, en el momento de su ingreso a cualquier centro de privación de libertad,

tiene derecho a ser informada en su propia lengua acerca de sus derechos, las normas del establecimiento y los medios de los que dispone para formular peticiones y quejas. Esta información deberá ser pública, escrita y estar a disposición de las personas, en todo momento.

IV.C.11) Salud: la persona privada de libertad tiene derecho a la salud preventiva, curativa y de rehabilitación, tanto física como mental, oportuna, especializada e integral. Para garantizar el ejercicio de este derecho se considerarán las condiciones específicas de cada grupo de la población privada de libertad.

En los centros de privación de libertad de mujeres, el departamento médico contará con personal femenino especializado.

Los estudios, diagnósticos, tratamientos y medicamentos serán gratuitos.

En caso de adicciones a sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que los contengan o de alcoholismo y tabaquismo, el Ministerio de Salud Pública brindará tratamiento de carácter terapéutico o de rehabilitación mediante consultas o sesiones, con el fin de lograr la deshabitación. La atención se realizará en los centros de privación de libertad a través de personal calificado para el efecto.

IV.C.12) Alimentación: la persona privada de libertad tiene derecho a una nutrición adecuada, en cuanto a calidad y cantidad, en lugares apropiados para el efecto. Tendrá derecho al acceso a agua potable en todo momento.

IV.C.13) Relaciones familiares y sociales: la persona privada de libertad tiene derecho a mantener su vínculo familiar y social. Deberá estar ubicada en centros de privación de libertad cercanos a su fa-

milia, a menos que manifieste su voluntad contraria o que, por razones de seguridad debidamente justificada o para evitar el hacinamiento, sea necesaria su reubicación en un centro de privación de libertad situado en distinto lugar al de su familia, domicilio habitual y juez natural.

IV.C.14) Comunicación y visita: sin perjuicio de las restricciones propias de los regímenes de seguridad, la persona privada de libertad tiene derecho a comunicarse y recibir visitas de sus familiares y amigos, defensora o defensor público o privado y a la visita íntima de su pareja, en lugares y condiciones que garanticen su privacidad, la seguridad de las personas y del centro de privación de libertad.

El ejercicio de este derecho debe darse en igualdad de condiciones, sin importar su nacionalidad, sexo, preferencia sexual o identidad de género.

La persona privada de libertad de nacionalidad extranjera podrá comunicarse con representantes diplomáticos o consulares de su país.

El derecho a la visita de familiares o amigos no se considerará un privilegio y no se utilizará como sanción la pérdida del mismo, salvo en aquellos casos en que el contacto represente un riesgo para la persona privada de libertad o para la o el visitante. La autoridad competente del centro de privación de libertad reportará a la o al juez de garantías penitenciarias los casos de riesgo.

IV.C.15) Libertad inmediata: la persona privada de libertad, cuando cumpla la condena, reciba amnistía o indulto o se revoque la medida cautelar, será liberada inmediatamente, siendo necesario para ello únicamente la presentación de la orden de excarcelación emitida por la autoridad competente. Las o los servidores públicos

que demoren el cumplimiento de esta disposición serán removidos de sus cargos, previo sumario administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.

IV.C.16) Proporcionalidad en la determinación de las sanciones disciplinarias: las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas. No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos.

V) El derecho de defensa:

La Constitución vigente asegura, adicionalmente, a favor del procesado los siguientes derechos:

V.a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.

V.b) Acogerse al silencio.

V.c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

V.d) Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

V.e) Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión pre-

ventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

V.f) Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absoluta, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.

V.g) La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.

V.h) Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

V.i) Para los adolescentes y los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. El Estado determinará mediante ley sanciones privativas y no privativas de libertad. La privación de la libertad será establecida como último recurso, por el periodo mínimo necesario, y se llevará a cabo en establecimientos diferentes a los de personas adultas.

V.j) Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre. Quien haya de-

tenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios.

Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley.

VI.A) Protección a las víctimas de infracciones penales

A las víctimas, la Constitución, especialmente, les garantiza su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Establece un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

En ningún caso se concederá la extradición de una ecuatoriana o ecuatoriano. Su juzgamiento se sujetará a las leyes del Ecuador.

VI.B) El Código Orgánico Integral Penal y los derechos de la víctima:

La dogmática victimológica y las legislaciones modernas identifican por lo menos cuatro grupos de víctimas:

- i) Al ofendido directamente por el hecho punible.
- ii) Al cónyuge, conviviente de hecho, hijo

o padre biológico o adoptivo, parientes dentro de tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, a los herederos, en los hechos punibles cuyo resultado sea la muerte del directamente ofendido;

iii) A los socios, asociados o miembros, respecto de los hechos punibles que afectan a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.

iv) También puede ser víctima el Estado, en aquellos delitos que atentan contra un bien jurídico cuyo titular sea el Estado, por ejemplo: la salud pública; la fe pública. En estos casos puede existir concurrencia de víctimas, entre el Estado y las personas naturales o jurídicas que también sufrieron daños derivados de la comisión de un acto punible.

En todo proceso penal, según el COIP, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:

VI.B.1) A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer.

VI.B.2) A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.

VI.B.3) A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización.

VI.B.4) A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos.

VI.B.5) A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.

VI.B.6) A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral.

VI.B.7) A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada.

VI.B.8) A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley.

VI.B.9) A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal.

VI.B.10) A ser informada por la o el fiscal de la investigación pre procesal y de la instrucción.

VI.B.11) A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce.

VI.B.12) A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.

Si la víctima es de nacionalidad distinta a la ecuatoriana, se permitirá su estadía temporal o permanente dentro del territorio nacional, por razones humanitarias y personales, de acuerdo con las condiciones del Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal.

VII) Imprescriptibilidad de las acciones y penas

Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó.

VIII) Procedimientos especiales y expeditos

La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.

El presente trabajo continúa con la tercera y última parte cuyo contenido es: “Efectos Jurídicos y Sociales de los Derechos Fundamentales y La Seguridad Jurídica como Valor”.



SEAMOS PADRES PRESENTES

La sólida presencia de los progenitores en la vida de los niños y las niñas aporta todo lo necesario para que estos puedan crecer sintiéndose confiados y con las herramientas apropiadas para enfrentar la vida por ellos mismos en el futuro.

Padre y madre son los compensadores para que su descendencia crezca con convicción a la hora de enfrentar las críticas, la burla, el menosprecio, el rechazo o la presión social que muchas veces se enfrenta en los centros educativos, o bien, en la convivencia con los amigos. Es en casa donde niños y niñas llegan a llorar la situación experimentada y tienen la confianza de expresar lo que viven, pero sobre todo, reciben el consejo sabio que les permite saber qué hacer la próxima vez. Es esta seguridad brindada por los padres la que les permite enfrentar la sociedad con asertividad y confianza.

Por otro lado, padre y madre son quienes transmiten las reglas de conducta en el hogar y fundamentan la construcción de un código ético que trae más seguridad a la dinámica familiar. Es lo que les indica qué pueden hacer y qué no y les provee los límites necesarios para que crezcan en un ambiente estable. También son ellos los que proveen la enseñanza necesaria para vivir la etapa del enamoramiento, al mostrarles un modelo para establecer relaciones sanas de pareja, así como a tener cuidado en el campo de la sexualidad, transmitiendo el sentido de responsabilidad para proyectar sus vidas en el tiempo y no en la satisfacción de los deseos temporales.

Son los progenitores, también, los que ayudan a su prole a construir su proyecto de vida, enseñándoles a tener sueños que les hagan trascender.

Es en casa donde se inspira la ilusión por la vida y se desarrolla el deseo de alcanzar metas propias. Además, es en casa donde aprenden los valores de la honestidad, el esfuerzo personal, el trabajo y la solidaridad con los que más necesitan, y adquieren identificación con su comunidad.

Todo niño y niña tiene el derecho a tener un padre y una madre que lo acepte, lo ame, lo cuide y lo eduque. Esa es la necesidad de todo ser humano, porque le brinda seguridad y sentido de pertenencia. Es una función de la naturaleza que nos reproduzcamos en un modelo de familia sostenible en el tiempo, donde mantengamos viva la ilusión de procrear, cuidar, educar y estimular a la preservación de la raza humana. Esto si queremos sobrevivir y tener relevo generacional.

Es fundamental en el desarrollo de una sana personalidad la presencia de los progenitores, y su ausencia tiene un impacto negativo significativo, no permitamos que nada nos impida cumplir a cabalidad con el rol más trascendental que tenemos en la vida al ser formadores de nuestras futuras generaciones. Nuestros hijos están esperando nuestra dirección.

Sixto Porras

Director para América Latina

Enfoque a la Familia

www.herenciafamiliar.org



**HERENCIA
FAMILIAR**
Levantando Generaciones

