

# **Temas Penales 2**



Jorge M. Blum Carcelén  
Editor

# Temas Penales 2



CORTE NACIONAL DE  
**JUSTICIA**

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

Diciembre 2017

*Corte Nacional de Justicia*  
*Temas Penales 2, diciembre 2017.*  
Quito. Corte Nacional de Justicia, 2017.  
344p.: 17cm x 23cm  
Derecho de autor: 052656  
ISBN: 978-9942-22-223-7  
1. *Temas penales. Ecuador. Corte Nacional de Justicia.*

Corte Nacional de Justicia

**Dr. Carlos Ramírez Romero**  
*Presidente de la Corte Nacional de Justicia*

**Editor**

Jorge M. Blum Carcelén

**Comité editorial**

Carlos Ramírez Romero  
María Rosa Merchán Larrea  
Carmen Rocío Salgado Carpio  
Miguel Antonio Jurado Fabara  
Alvaro Vinicio Ojeda Hidalgo  
José Luis Terán Suárez  
Merck Milko Banavidez Benalcázar

**Autores**

Eber Omar Betanzos Torres  
José Luis Alarcón Bowen  
Randall Moya Valverde  
Felipe Rodríguez Moreno  
Fabricio Robalino Jarrín  
Marco Tello S.  
Ricardo Rodríguez Fernández  
Sylvia Sánchez Insuasti  
Carlos Baca Mancheno

**Coordinación**

Marco Tello S.

**Diseño y diagramación**

Javier Leiva Espinoza

**Revisión de Estilo**

Manuel Chamba Chamba  
Ricardo Morales Vela

**Impresión**

Jefatura de Biblioteca,  
Gaceta y Museo de la CNJ  
Segunda edición, diciembre 2017  
Quito, Ecuador

# Índice

<b>Presentación</b>	<b>7</b>
<i>Miguel Jurado Fabara</i>	
<b>Primera parte</b>	<b>13</b>
Conductas Punibles	
La desaparición forzada	15
<i>Eber Omar Betanzos Torres</i>	
El delito de pornografía infantil en la legislación ecuatoriana	55
<i>José Luis Alarcón Bowen</i>	
Algunas consideraciones sobre los delitos de quiebra e insolvencia	97
<i>Randall Moya Valverde</i>	
Delitos contra el honor y su colisión con la libertad de expresión (especial mención a la calumnia)	141
<i>Felipe Rodríguez Moreno</i>	
<b>Segunda parte</b>	<b>197</b>
El Proceso Penal	
El rol del juez en la audiencia de juicio	199
<i>Fabrizio Rovalino Jarrín</i>	

Nulidad de las decisiones judiciales por falta de motivación. Su aplicación por parte del máximo órgano de justicia ordinaria en materia penal <i>Marco Tello S.</i>	239
<b>Tercera parte</b>	269
Constitucionalización del proceso penal	
Garantías Constitucionales y justicia penal internacional <i>Ricardo Rodríguez Fernández</i>	271
Estudios de género como eje transversal de las decisiones judiciales <i>Sylvia Sánchez Insuasti</i>	287
Debido proceso, derecho a la defensa y recurribilidad <i>Carlos Baca Mancheno</i>	319

Temas Penales 2

# Presentación





## Presentación

**Miguel Jurado Fabara**

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

La evolución social, las exigencias del Estado constitucional que configura nuestra Constitución y las obligaciones contraídas internacionalmente determinaron la necesidad de una revisión integral de la legislación penal, que se materializó en la promulgación de un nuevo cuerpo normativo. Las innovaciones y novedades que trajo la promulgación del Código Orgánico Integral Penal fueron realmente significativas: desde la tipificación de nuevas conductas, acorde con la necesidad de proteger nuevos bienes jurídicos, pasando por el establecimiento de normas orientadas a garantizar la protección de los derechos de las víctimas, así como la previsión de procedimientos expeditos y efectivos tendientes a eliminar la incertidumbre tanto del procesado como de las víctimas en los resultados del proceso penal.

Resulta claro que el legislador no sólo apostó por la unificación de las normas que regulan el poder punitivo del Estado sino que también modificó su función y finalidad; antes la legislación penal no sólo se encontraba dispersa en varios cuerpos normativos, sino que no respondía a las exigencias de la sociedad contemporánea.

Si bien, desde la promulgación del Código Orgánico Integral Penal, ha transcurrido un periodo prudencial de tiempo, la reflexión y el debate respecto de sus contenidos e implicaciones permanecen inacabados. La Corte Nacional de Justicia, en su condición de máximo órgano de administración de justicia ordinaria, tiempo atrás incurrió en esa tarea, al coordinar una publicación que reúne artículos de autores nacionales y extranjeros, respecto del significado y alcance de nuestra normativa penal.

Nos hemos propuesto avanzar en esa línea. Con la presente publicación, ponemos a consideración de los abogados litigantes, de los académicos, de las juezas y jueces, y de todo interesado en la problemática penal, desde una perspectiva amplia, las reflexiones que distinguidos profesionales han formulado respecto de aquello que involucra la administración de justicia penal. Y, nos referimos a aquello que involucra la justicia penal, porque la obra en su conjunto, no se circunscribe exclusivamente a analizar algunos delitos sino que, acorde con la orientación legislativa, trata diferentes instituciones de nuestro derecho procesal penal. De hecho, la estructura de la obra inicia por abordar cuestiones constitucionales inmersas y relacionadas con el quehacer de la justicia

penal, luego se analizan el significado de algunos delitos; y, finalmente se abordan algunas cuestiones de procedimiento.

Con la edición del Doctor Jorge Blum Carcelén, distinguido magistrado de esta Alta Corte, varios profesionales que interrelacionan su labor de servicio público y la academia, abordan en esta obra temas como la desaparición forzada, el delito de pornografía infantil, quiebra e insolvencia fraudulenta; los delitos contra el honor y su colusión con la libertad de expresión. Desde la perspectiva procesal, se realiza un importante análisis del rol del juez en la audiencia de juicio; la nulidad constitucional por falta de motivación en sede de casación penal; culminando con un importante enfoque respecto de los Estudios de género como eje transversal de las decisiones judiciales, las garantías constitucionales y justicia penal internacional y el debido proceso, derecho a la defensa y recurribilidad.

Mediante este nuevo esfuerzo, queremos contribuir con reflexiones que, sin duda alguna, serán útiles para juezas y jueces en su diaria tarea de administrar justicia. Pero no sólo eso, queremos fomentar nuevos trabajos que interactúen en el debate académico serio y respetuoso sobre el alcance y contenido de nuestra normativa. El derecho como instrumento de paz y convivencia social requiere de la activa participación de los distintos actores de la sociedad.



Temas Penales 2

**Primera Parte:**  
**Conductas**  
**Punibles**



# La desaparición forzada

***Eber Omar Betanzos Torres***

*Subprocurador de Derechos Humanos,  
Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad  
de la Procuraduría General de la República, México*

## **Sumario:**

1. Introducción; 2. Antecedentes; 3. Concepto y Elementos; 4. Desaparición como Delito Permanente; 5. Desaparición Forzada como Crimen de Lesa Humanidad; 6. Obligaciones del Estado ante una Desaparición Forzada; 7. Estándares Probatorios en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; 8. Avances y Acciones que ha realizado México para enfrentar la problemática de la desaparición de personas; 9. Conclusión. 10. Bibliografía.





## 1. Introducción<sup>1</sup>

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 implicó la modificación de once artículos de nuestra Carta Magna. La inclusión expresa de las obligaciones que tienen las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, como lo es la promoción de los Derechos Humanos y tenerlos como eje de su actuación, debe entenderse como un elemento clave para prevenir su violación y es una encomienda directa para los organismos protectores de Derechos Humanos en el país. Los terribles crímenes de la desaparición y las ejecuciones extrajudiciales han sido utilizados como un mecanismo de represión interna para eliminar opositores políticos. Por otra parte, diversos autores afirman que existen otras causas que provocan las desapariciones forzadas; Guillermo Lavín Álvarez afirma que se trata de algo siniestro que existe en nuestras sociedades y dice que es “una forma de destrucción la cual muchas veces encuentra apoyo en discursos que legitiman estas prácticas”<sup>2</sup>.

El referido autor señala que en la sociedad mexicana tenemos una cultura no de justicia hacia la víctima, sino de venganza hacia los delincuentes, es por ello que desde el discurso se les etiqueta a estos últimos de malos, de revoltosos, de aquellos a quien nadie quiere; a partir de ahí, dice que esto nos lleva

<sup>1</sup> Agradezco el apoyo en la elaboración del presente ensayo de la C. a Dra. Carla Ledezma, Directora de la Unidad de Ética y Derechos Humanos en la Procuración de Justicia, adscrita a la Subprocuraduría a mi cargo.

<sup>2</sup> Lavín Álvarez, Guillermo., *Banalidad del mal y pulsión de muerte: apuntes para una aproximación a la génesis y prevención de la desaparición forzada, Nueve propuestas para prevenir el delito: 1er. Concurso de ensayo sobre prevención del delito*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Gerardo Laveaga (coordinador), México, 2016, pág. 119 a 146.

a cuestionarnos “si existen vidas que merecen ser lloradas y vidas que no”. Habla de la creación de un “mundo paranoico” lleno de otredades y de odio. También habla de un concepto conocido como *banalidad del mal*, que se presenta con personas que no muestran remordimiento por haber cometido asesinatos por el hecho de haberlos cometido cumpliendo órdenes que fueron dadas en el mencionado “mundo paranoico”.

Si a las causas que generan estas acciones se le suma la impunidad con la que se conducen los agentes estatales que las cometen, se favorece la generación de condiciones para que este modo de actuar se multiplique y afecte a muchas más personas.

Para Gabriel Gatti<sup>3</sup>, la desaparición forzada de personas debe considerarse una catástrofe, pues lleva a un rompimiento de diversas identidades sociales por medio de violencias extremas.

Si bien Gatti ubica su análisis en lo ocurrido en Argentina bajo la dictadura militar, el término “catástrofe” es aplicable para otros países que durante la posguerra practicaron la táctica de la desaparición forzada para acabar con la subversión interna. Sin embargo, es pertinente para nombrar los nuevos contextos en los que las desapariciones están relacionadas con procesos vinculados a la globalización, como el régimen de prohibición de drogas, donde los perpetradores son difusos y

<sup>3</sup> Gatti, Gabriel., *El lenguaje de las víctimas: silencios (ruidosos) y parodias (serias) para hablar (sin hacerlo) de la desaparición forzada de personas*, Universitas Humanística, núm. 72, Bogotá, julio-diciembre de 2011, pág. 92-93.

pueden incluir a particulares vinculados con el crimen organizado o agentes estatales, como es el caso de México<sup>4</sup>.

A partir de las desapariciones forzadas ocurridas en Guatemala durante los años sesentas y las ocurridas en Chile y en Argentina en los años setentas, que fueron parte de una política gubernamental de represión extendida, este fenómeno empezó a ser una preocupación a nivel internacional<sup>5</sup>. Igualmente, en los años setentas países como México sufrieron esta situación, durante la llamada “guerra sucia”.

La situación mexicana está íntimamente ligada con la prohibición de drogas, que coloquialmente es conocida como “guerra contra las drogas” a partir de un discurso que diera el entonces Presidente de Estados Unidos, Richard Nixon en 1971, en el que declaró a las “drogas” como el enemigo número uno para la población de Estados Unidos. De manera muy esquemática, el prohibicionismo se basa en combatir la producción y la oferta de estupefacientes en los países productores desde una perspectiva militar para que los narcóticos no lleguen a los ciudadanos de Estados Unidos o a países europeos. Desde los años cuarenta, a instancias del gobierno norteamericano, el gobierno mexicano ha venido adoptando una política persecutoria en materia antinarcóticos. Prueba de dicha influencia norteamericana son las operaciones Canador,

<sup>4</sup> Vélez Salas, Alejandro., *Narrativas interdisciplinarias sobre desaparición de personas en México*, Colección de textos sobre Derechos Humanos, CNDH, México, 2016, pág. 13.

<sup>5</sup> Livermore, Daniel y B. G. Ramcharan, *Enforced or involuntary 'Disappearances' An Evaluation of a Decade of United Nations Action*, Canadian Human Rights Year Book, pág. 218.

Cóndor y Cooperación que en la década de los setenta convirtieron la sierra de Sinaloa en el epicentro de la “guerra contra las drogas”, a través de operativos militares que vulneraron los Derechos Humanos de miles de campesinos productores y sus familias<sup>6</sup>.

También se considera que la denominación de desaparición forzada de personas como tal, ha sido un desarrollo reciente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, el Estatuto de la Corte Penal Internacional de 1998 y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 2006.

No obstante dicha postura, la historia también nos demuestra que la denominación de desaparición forzada tiene más bien su origen en el Derecho Internacional Humanitario –derecho de guerra– y no en el derecho internacional de los Derechos Humanos, al proteger a los civiles no combatientes del desconocimiento de la suerte de sus familiares.

Al momento en que los primeros instrumentos sobre derechos humanos fueron redactados y aprobados, la práctica de la desaparición forzada no había sido identificada como un crimen que impactara la conciencia de la comunidad internacional<sup>7</sup>. Sin bien, durante la década de los años cincuentas

<sup>6</sup> Froilán, Enciso., *Justicia transicional para el desmantelamiento del régimen de prohibición de drogas*, Nuestra Aparente Rendición, 10 de abril de 2014.

<sup>7</sup> Méndez, Juan E., y José Miguel Vivanco, *Disappearances and the Inter American Court: Reflections on a Litigation Experience*, Hamline Law Review, núm. 13, pág. 512.

la Organización de las Naciones Unidas empezó a reconocer las implicaciones legales y fácticas de la desaparición forzada de personas respecto de los derechos de las personas<sup>8</sup>, fue hasta los años setentas que la comunidad internacional, a través de la Asamblea General, empezó a ver este problema de manera independiente de otras violaciones a los Derechos Humanos.

## 2. Antecedentes

La primera normativa que estableció la desaparición como política de estado, fue el Decreto Nazi de la Noche y la Niebla, del 7 de diciembre de 1941. Dicho Decreto ordenaba que todas aquellas personas opositoras al régimen nazi debían ser juzgadas por tribunales militares, únicamente si se tenía la certeza de obtener la pena de muerte como sanción. En los demás casos debían ser trasladados de manera secreta a Alemania y no se tendría ulterior información sobre ellos.

Lo anterior, tenía un efecto preventivo pues el sujeto se desvanecería sin saber más sobre él y su familia, y sus conocidos sufrirían una angustia y miedo que los paralizaría en su oposición al régimen.

Durante el juicio de altos mandos nazis ante el Tribunal Militar Internacional, se determinó que existieron violaciones al artículo 46 de la Convención de la Haya de 1907, que

<sup>8</sup> *Ibíd.*, pág. 513.

establece “*el honor y los derechos de la familia, las vidas individuales y la propiedad privada, así como las convicciones religiosas y la libertad, deben ser respetadas*”, al enfatizar que los efectos del decreto señalado recaían sobre las familias de los desaparecidos.

Posteriormente, el Tribunal Militar de Núremberg durante la causa seguida en contra de los abogados del régimen nazi consideró las desapariciones como crímenes de guerra contra civiles por la afectación a las familias de los desaparecidos.

La referencia al “honor y derechos de la familia” viene desde la Declaración de Bruselas de 1874; luego se adoptó en la Convención de 1899 y finalmente pasó a la Convención de la Haya de 1907.

Como puede observarse, el derecho internacional humanitario desde sus inicios ha buscado proteger los derechos de las familias tanto de los civiles no combatientes, como de los prisioneros de guerra, incluso antes de la aparición del derecho internacional de los Derechos Humanos.

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el artículo 27 del Cuarto Convenio de Ginebra, relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 1949 y el Protocolo Adicional de la Convención de Ginebra del 12 de agosto de 1949 reconocen la protección a las familias durante conflictos armados.

Por lo que hace al caso mexicano y más allá de la importante reforma constitucional de 2011, a la que anteriormente nos referimos, por virtud de la cual los derechos humanos

pasan a convertirse en el eje que estructura nuestro ordenamiento jurídico y el paradigma que configura nuestro estado de derecho, es importante referirnos a otra modificación más reciente a nuestra Ley Fundamental. En efecto, el 30 de abril de 2015, el Congreso de la Unión aprobó el Dictamen con proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de facultarse para expedir “las leyes generales que establezcan, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral”.

El 17 de junio de 2015, la Mesa Directiva de la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión, emitió declaratoria de constitucionalidad sobre dicha reforma constitucional.

El 10 de julio de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto por el que se reforma el artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### **3. Concepto y Elementos**

La Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas Contra las Desapariciones

Forzadas, ambas en su artículo 2, al definir la desaparición forzada coinciden en varios elementos comunes.

1. Privación de la libertad, bajo cualquier modalidad.
2. Intervención de agentes del Estado, su consentimiento o tolerancia para que otros grupos la lleven a cabo.
3. Ausencia de información, negación para reconocer la privación de la libertad o para revelar el paradero de la persona o sus restos.
4. Sustracción de la persona del ámbito de protección de la ley.

Éste último elemento presenta un debate interesante, por un lado podría considerarse más bien como una consecuencia de los elementos a) –privación de la libertad– y b) –ausencia o negativa de información al respecto–; por otro, como un elemento indispensable para acreditar la desaparición forzada y como único elemento diferenciador de las detenciones secretas previstas en el artículo 17 de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas Contra las Desapariciones Forzadas.

Sobre el último elemento habrá que distinguir el propósito del instrumento internacional para hacer la interpretación correspondiente, según los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que hablan sobre la interpretación de los tratados.

La Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de las Naciones Unidas es



uno de los documentos más importantes en el reconocimiento de este crimen como una especial y particular ofensa en contra de la humanidad<sup>9</sup>. Aunque no proporciona una definición exacta de este crimen, la Declaración antes mencionada describe los elementos y las consecuencias de esta práctica. También discute los derechos que son puestos en riesgo y eventualmente vulnerados a raíz de este delito.

La declaración igualmente invita y en cierta medida obliga a los Estados a tomar medidas efectivas de carácter legislativo, administrativo, judicial o de otra índole para prevenir y terminar con las desapariciones forzadas.

Así, tratándose de los instrumentos de Derechos Humanos, la intencionalidad no deberá considerarse un elemento adicional sino una consecuencia, pues éstos tienen como propósito la mayor protección para el mayor número de personas y buscan la responsabilidad internacional de un Estado. Por el contrario, en el Estatuto de Roma, sí debe considerarse como un elemento adicional, pues dicho instrumento busca sancionar a personas individuales por conductas criminales al demostrar su responsabilidad penal.

<sup>9</sup> Reed Brody y Felipe González, *Nunca más: An Analysis of International Instruments on 'Disappearances'*, *Human Rights Quarterly*, núm. 9, pág. 382. A pesar de la oposición durante los Travaux préparatoires, la mayoría de los Estados, incluyendo Austria, Alemania y México, con el apoyo de Argentina y Chile, lucharon para que se catalogara a este crimen como una especial y particular ofensa en contra de la humanidad. Al final, la Declaración y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas sólo incluyen esta categoría en sus preámbulos.

#### 4. Desaparición como Delito Permanente

Sobre este tema existen posturas que llaman a reflexionar. Entre ellas destaca una de corte penalista, que sostiene que el tipo penal de la desaparición forzada no está bien delimitado. Se sostiene que la desaparición forzada únicamente es permanente mientras la víctima esté con vida y continúe privada de su libertad; una vez que se le ha privado de la vida, queda consumado el delito, no siendo relevante para efectos del tipo penal, si el cuerpo continúa materialmente desaparecido. El Artículo 7, Fracción II del Código Penal Federal mexicano, señala que, “El delito es: (...) II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo”.

Esta posición, tiene como argumento central, llevado al extremo, de que un robo se consuma en el momento en el que alguien se apropia de una cosa ajena sin derecho y sin consentimiento de quien tiene derecho a poseerla, poco importa si se oculta la evidencia o se niega información sobre los hechos. Así, supongamos que una persona se roba un plátano y se lo come, enterrando luego la cáscara en un predio baldío para que nadie la encuentre y cuando le preguntan al respecto, omite dar información o niega los hechos. El robo se consumó en el momento de la apropiación del plátano; resulta irrelevante que el ladrón haya enterrado la cáscara o negado u omitido información cuando fue interrogado al respecto.

De acuerdo con esta forma de entender, bastaría que respecto de cualquier delito el activo negara u omitiera información, para que el delito de que se trate fuera permanente. La naturaleza de un delito no puede cambiar por circunstancias accidentales y externas a él.

También se expone que, según los elementos que exigen los tratados internacionales para la desaparición forzada, sería imposible diferenciar las detenciones secretas y, en algunos casos, las ejecuciones extrajudiciales de la desaparición forzada. Esto, porque en las detenciones secretas también se ignora la suerte y el paradero de la víctima y en las ejecuciones extrajudiciales, porque en muchos casos, la desaparición forzada puede tener lugar antes de la ejecución y solamente se calificaría como ejecución extrajudicial porque el cuerpo de la víctima fue encontrado, de lo contrario continuaría siendo una desaparición.

¿Cómo se clasificarían los hechos en los que el agente, de inicio, priva de la vida a la víctima y luego la desaparece? ¿Podría calificarse como desaparición forzada? No, porque en ese caso no hay privación de la libertad, pues una persona sin vida no goza ya de aquella, y por tanto no podrá ser desaparición forzada por faltar uno de sus elementos, sin embargo sus restos no podrán ser localizados. Con estas consideraciones se puede tener la impresión de que una detención secreta o una ejecución, podrá ser calificada como desaparición en atención a circunstancias accidentales relacionadas con los hechos y no por la naturaleza y esencia del delito pues, según esta postura, la desaparición no es otra cosa que la privación de la libertad en concurso con un homicidio, encubrimiento y en su caso, falsedad de declaraciones.

Lo dicho en los párrafos anteriores se podría robustecer al considerar que según criterios internacionales entre los bienes jurídicos afectados por la desaparición están la libertad (detenciones secretas) y la vida (ejecución extrajudicial). De ahí que si un agente del estado desaparece a una persona, ¿ese

le deberá acusar por desaparición hasta en tanto aparezca el cuerpo? Y si aparece ¿ya no se le podrá acusar por ejecución extrajudicial porque el bien jurídico de este delito ya fue lesionado con la desaparición y por dicha lesión, entre otras, ya fue sancionado al ser sentenciado por la desaparición y habría violación al non bis in idem?

Pareciera que el carácter permanente de la desaparición, según la postura comentada, genera el incentivo perverso para los regímenes autoritarios de que es mejor ejecutar a la víctima y dejarla en un lugar donde pueda ser encontrada en lugar de desaparecer el cuerpo.

No obstante la postura expuesta, como fue apuntado con anterioridad, debemos distinguir el propósito del derecho internacional de los Derechos Humanos, del objetivo que persigue el derecho penal internacional —e incluso interno—. Aquel busca la protección de las personas y la responsabilidad de los Estados, éste busca sancionar penal e individualmente a los responsables de conductas delictivas. La discusión planteada no debe enmarcarse en el derecho internacional de los Derechos Humanos sino en el derecho penal.

Lo que es claro es que, para efectos del derecho internacional de los Derechos Humanos, el artículo III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas señala en su parte conducente:

“Dicho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”.

La calificación de delito permanente, dada a la desaparición forzada, favorece la protección de las víctimas –directas e indirectas– y su reparación, al evitar que el delito prescriba y se justifica en razón de que, al haber intervenido el Estado directamente, conocido o tolerado la comisión del delito, omitió dar información sobre los hechos o la negó, con lo cual se contribuyó a prolongar o mantener la desaparición de la víctima.

No pasa desapercibido que las resoluciones, que se lleguen en el marco del derecho internacional de los Derechos Humanos que imponen responsabilidad internacional a un Estado, llevan aparejada la obligación de investigar y sancionar y ésta obligación en particular, presenta una incompatibilidad, si no es que una evidente imposibilidad, por los límites y principios que rigen el derecho penal internacional y el interno.

Existe Jurisprudencia al respecto, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en la Sentencia del conocido caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*<sup>10</sup>; específicamente en el punto 23, se declara lo siguiente,

<sup>10</sup> En el párrafo citado se hace mención a la siguiente lista de casos en los que se ha considerado a la Desaparición Forzada de Personas como un delito con carácter de continuo o permanente: “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 155; Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 106, y Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 84. La Corte Europea de Derechos Humanos también ha considerado el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada de personas. Cfr. *Case Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, Judgment of 10 May 2001, párrs. 136, 150 y 158, y *Case of Loizidou v. Turkey*, supra nota 22, párr. 41”: véase en , [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda\\_casos\\_contenciosos.cfm?lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es) [Consultado el 28 de octubre de 2016]

“Dentro de esta categoría de actos se encuentra la desaparición forzada de personas, cuyo carácter continuo o permanente ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido”.

Si bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos carece de competencia material para aplicar otros tratados sobre Derechos Humanos e instrumentos del derecho internacional humanitario, esto no ha impedido que los utilice como referencia, cuando ha resultado pertinente, a la hora de aplicar las normas que la propia Corte está llamada a interpretar<sup>11</sup>. Igualmente, lo mismo ocurre en la práctica en otras jurisdicciones internacionales e incluso nacionales respecto de la jurisprudencia interamericana.

## **5. Desaparición Forzada como Crimen de Lesa Humanidad**

Es importante tener presente que los crímenes de lesa humanidad se caracterizan por tener elementos contextuales,

<sup>11</sup> García Ramírez, Sergio., *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*. Estudios. p. 82. Sobre la universalidad de los derechos y sus problemas también véase Miguel Carbonell, *La universalidad de los derechos tomada en serio: 60 años de frustraciones y esperanzas*, en Jorge Carpizo y Carol B. Arriaga, Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa, pp. 521 y ss.

estos elementos son los que permiten diferenciar, por ejemplo, el homicidio como delito aislado del homicidio como crimen de lesa humanidad. Lo mismo sucede con las desapariciones forzadas.

En efecto, los elementos contextuales están señalados en el Artículo 7, numeral 1 del Estatuto de Roma, y consisten en:

1. La existencia de un ataque
2. Que el ataque esté dirigido a la población civil o un grupo de dicha población
3. Que el ataque sea generalizada o sistemático
4. Que se tenga conocimiento de dicho ataque

En este orden de ideas, es claro que si la desaparición forzada no se manifiesta como un ataque a, por lo menos, un grupo de la población civil de manera sistemática o generalizada, la desaparición forzada no podrá ser calificada como crimen de lesa humanidad. Ello, desde luego, no implica la irresponsabilidad Estatal por las violaciones a Derechos Humanos implícitas en la ejecución de ese delito.

A manera de nota cultural es interesante que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el caso de genocidio y otras violaciones de Derechos Humanos contra el ex presidente Echeverría, sostuvo que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Crímenes de Lesa Humanidad (ratificada por México en 2002) no era aplicable de manera retroactiva.

Lo anterior con fundamento en una ponderación en la que, por un lado, se encuentran los intereses de la comunidad internacional de investigar y sancionar los crímenes de guerra y de lesa humanidad eliminando todos los obstáculos legales, y por otro, la necesidad de respetar las libertades individuales y el debido proceso. La Corte consideró que aplicación retroactiva de la Convención en comento, sacrificaría libertades individuales en favor de una protección difusa que puede ser peligrosa y puede derivar en un régimen totalitario, que es lo que la normativa internacional busca evitar.

## **6. Obligaciones del Estado ante una Desaparición Forzada**

### **a) Respetar y garantizar los Derechos Humanos**

Las palabras “respetar” y “garantizar” son utilizadas en los instrumentos de derecho internacional de los Derechos Humanos de manera sistemática.

Sobre el contenido y significado de las palabras señaladas –respetar y garantizar- la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la obligación de garantía del artículo 1.1 de la Convención Americana –que se desprende de las palabras en comento- implica el deber de organizar el aparato estatal en su totalidad para asegurar el ejercicio libre de los Derechos Humanos, de suerte que si existe una violación a los mismos, ello se traduce en la violación o el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se respeten los derechos reconocidos en la Convención.



## **b) Prevenir**

El deber de prevención abarca medidas de toda índole (jurídicas, políticas, administrativas, culturales, etc.) que promuevan la protección de los Derechos Humanos y aseguren que las eventuales violaciones sean consideradas y tratadas como un ilícito que genera consecuencias y sanciones para quien lo cometa además de la obligación de reparar a la víctima.

Dicha obligación de prevención es de medios y no de resultado, esto es, su incumplimiento no se demuestra por el mero hecho de que un derecho haya sido violado.

Por otro lado, el derecho a la verdad, además de constituir un medio fundamental de reparación para la víctima y sus familiares, contribuye sustancialmente a encontrar mecanismos para prevenir violaciones a futuro. Lo que resulta un claro ejemplo de los principios de interdependencia e indivisibilidad que rigen en materia de Derechos Humanos.

Lo anterior, *a contrario sensu*, es considerado por la Corte Interamericana para tener por acreditada la violación al deber de prevención. En otras palabras, si el Estado debe implementar todas las medidas posibles para lograr la prevención, la adopción de prácticas como el mantenimiento y operación de centros de detención clandestinos, configura una violación al deber de prevención.

## **c) Investigar**

De inicio, es necesario decir que las obligaciones internacionales deben hacerse cumplir en el plano interno y sólo si

Estado se niega a investigar y sancionar o carece de la capacidad para hacerlo, interviene de manera supletoria y complementaria el plano internacional.

Los estándares interamericanos señalan que, en *primer lugar*, las autoridades estatales están obligadas a colaborar en la recaudación de la prueba, debiendo abstenerse de obstruir el proceso investigativo. En *segundo lugar*, considera esencial que los órganos a cargo de llevar la investigación estén dotados de facultades adecuadas que les permitan investigar los hechos denunciados y obtener indicios o evidencia de la ubicación de las víctimas. En *tercer y último lugar*, las autoridades a cargo de la investigación deben tener pleno acceso a los documentos que posea el Estado sobre los casos investigados, así como a los lugares de detención.

La Corte Interamericana ha reforzado esta idea al señalar que los Estados deben fundamentar la negativa de proveer los documentos solicitados, demostrando que la información solicitada no existe; tampoco puede ampararse en figuras como el secreto de Estado, la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o de seguridad nacional, para negarse a aportar los datos requeridos por las autoridades judiciales o administrativas encargadas de la investigación o proceso pendientes, situación por demás común en este tipo de casos.

La protección de los Derechos Humanos se materializa de la mejor manera cuando el derecho interno garantiza esa protección; no debe sorprendernos que a nivel internacional el deber de los Estados respecto de la protección de derechos fundamentales se ha redireccionado internamente a las au-

toridades de procuración y administración de justicia cuando tienen lugar violaciones a Derechos Humanos.

Ahora bien, a pesar de todo lo señalado, no debe perderse de vista que la obligación de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio y no de resultado. Esto significa que la obligación de investigar no se incumple por el sólo hecho de que la investigación no tenga un resultado satisfactorio o el resultado esperado por las víctimas. Esto no es impedimento para que el Estado asuma la investigación como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que depende del impulso que den las víctimas o sus representantes.

Si los hechos no se investigan con la debida diligencia por parte del Estado y de motu proprio, se contribuye a ocultar y proteger al perpetrador de la violación, lo que se traduce en el incumplimiento de la obligación de investigar y acarrea responsabilidad al Estado.

#### **d) Sancionar**

Los estados tienen el deber de investigar, procesar y sancionar a los responsable de violaciones a Derechos Humanos, que se desprende de la obligación de garantía prevista en el artículo 1.1 de la Convención Americana.

#### **e) Adecuar la normativa interna**

La obligación de adecuar la normativa interna para que sea congruente con las obligaciones internacionales de Derechos Humanos, está prevista en el artículo 2 de la Convención Americana.

Con ese fundamento se ha estimado que la desaparición forzada es un fenómeno único y diferente al secuestro, tortura y homicidio, entre otros, pues si bien inicia con una privación ilegal de la libertad, continúa con la violación a la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la vida de la víctima, colocándolo en un estado de completa indefensión y facilitando la comisión de otros delitos.

De lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que los Estados deben tipificar el delito de desaparición forzada tomando en consideración los elementos de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

La falta de adecuación normativa, puede obstaculizar el desarrollo de un proceso penal que abarque los elementos que constituyen un ilícito internacional, con lo que la impunidad se prolonga en el tiempo.

#### **f) Reparar integralmente**

La obligación de reparar incluye el daño material y el daño inmaterial. El primero abarca el daño emergente y el lucro cesante. El daño emergente consiste en todos aquellos gastos realizados por los familiares de la víctima para impulsar acciones y gestiones de búsqueda y localización, en los casos de desaparición forzada. El lucro cesante se integra por los ingresos que hubiere recibido la víctima hasta su posible fallecimiento natural, de no haber sido por la violación a los Derechos Humanos.

Por su parte, el daño inmaterial comprende una compensación por afectaciones intangibles como el profundo sufrimiento, angustia, terror, impotencia e inseguridad que son connaturales a las violaciones a Derechos Humanos.

Además de las indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial, la reparación integral debe comprender medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Dentro de ellas podemos destacar: la búsqueda, identificación y sepultura de restos mortales de detenidos desaparecidos que permite el cierre de un proceso de duelo para las víctimas; brindar tratamiento físico y psicológico; realizar actos o monumentos que preserven la memoria; crear bases de datos con información genética; capacitar en Derechos Humanos a funcionarios públicos y otorgar acceso público a los archivos estatales, entre otras.

Para asegurar el cumplimiento con las obligaciones contraídas por los Estados Partes, la Organización de las Naciones Unidas creó el Comité contra las Desapariciones Forzadas (Committee on Enforced Disappearances), publicado en la página de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos<sup>12</sup>. Dicho Comité se reunió el pasado 7 de octubre de 2016, con Estados Partes de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, con instituciones nacionales de Derechos Humanos, con Organismos No

<sup>12</sup> Disponible en la página oficial: United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20654&LangID=E> [Consultado el 28 de octubre de 2016]

## Gubernamentales y con Agencias de la Organización de las Naciones Unidas.

El Presidente del Comité, Santiago Corcuera Cabezut resaltó que de los 52 Estados Partes de la Convención, únicamente 20 reconocieron la competencia del Comité para revisar quejas individuales e instó a todos a considerar el reconocer a este importante mecanismo. En el comunicado, se mencionó expresamente la participación de México en los siguientes aspectos:

Japón, Argentina, Francia, Ecuador, Uruguay, México, y Bosnia Herzegovina expresaron su apoyo hacia la labor del Comité, cuyo reconocimiento ha ido en aumento. Resaltaron que la Conferencia de Estados Partes de la Convención tendría lugar el 19 de diciembre de 2016, durante la cual los Estados decidirán respecto de la ampliación del mandato del Comité.

México reconoció los avances que ha logrado el Comité y señaló que la próxima Conferencia que celebrarán los Estados Partes en diciembre representará una oportunidad para renovar el compromiso de los Estados hacia la labor del Comité. La cooperación con el Comité definitivamente fue vital para lograr el objetivo clave de eliminar las desapariciones forzadas. México hizo cuestionamientos acerca de la complementariedad con otros mecanismos, especialmente con el Grupo de Trabajo contra Desapariciones Forzadas, y acerca de cómo se llevó a cabo la cooperación con otros mecanismos de derechos humanos.

## 7. Estándares Probatorios en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Por lo que hace a la prueba es importante considerar que para efectos del Tribunal Interamericano, los criterios de valoración de prueba son menos formales que en los sistemas legales internos. Dichos criterios aceptan gradaciones que dependen de la naturaleza, carácter y gravedad de los hechos.

En los casos de desaparición forzada de personas, es particularmente importante la prueba indiciaria que fundamenta una presunción judicial, ya que la presunción puede ser el único mecanismo para que se cumpla con el objeto y fin de la Convención Americana y para que la Corte Interamericana cumpla sus funciones, lo que se robustece al tener en cuenta que, cuando las violaciones de Derechos Humanos, implican la utilización de la maquinaria estatal, dicha maquinaria es utilizada también para destruir los medios de prueba directos al buscar la impunidad.

Ahora bien, el simple contexto de desapariciones forzadas no sirve para demostrar la responsabilidad de un Estado respecto de la desaparición de personas, para ello, además de la existencia del contexto es necesario al menos una prueba circunstancial o indirecta que permita realizar inferencias lógicas sobre los hechos.

En este tenor, es el propio Estado quien, al tener el control de los medios para aclarar los hechos dentro de su territorio, está obligado a proporcionar la información necesaria, no debiendo poner la carga de la prueba en las víctimas o sus

representantes, pues ello vulnera la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

Esta laxitud en los estándares probatorios tiene su razón de ser en la distinción que existe entre la jurisdicción y los propósitos del derecho internacional de los Derechos Humanos y la jurisdicción y propósitos del derecho penal.

## **8. Avances y Acciones que ha realizado México para enfrentar la problemática de la desaparición de personas**

### **a) Sobre la “Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada”, México la ratificó el 9 de abril de 2002**

Esta Convención establece que los responsables de estos delitos sólo pueden ser juzgados por jurisdicciones de derecho común, excluyendo toda jurisdicción especial, particularmente la militar. México, en su momento formuló una reserva al artículo IX de la Convención, en la que señala que no considera que el fuero de guerra constituya una jurisdicción especial.

A iniciativa del Presidente Peña Nieto, el 4 de febrero de 2014, el Senado de la República aprobó por unanimidad el retiro de reservas establecidas al firmar la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.



## **b) Respeto de la reforma constitucional del 11 de junio de 2011 en materia de Derechos Humanos**

Esta reforma sentó un precedente histórico y se tradujo en un cambio de paradigma, dándose rango constitucional a los Derechos Humanos reconocidos en los tratados internacionales en los que México es parte y reconociendo en el artículo 29 de la Constitución que en ningún caso podrá restringirse, ni suspenderse la prohibición de la desaparición forzada.

También el Congreso de la Unión aprobó el 30 de abril de 2015, el Dictamen con proyecto de Decreto por el que se reforma el artículo 73, fracción XXI, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el sentido de facultarse para expedir “las leyes generales que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones en las materias de secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, así como electoral”.

## **c) La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas**

La interacción interpretativa de los tratados e instrumentos internacionales de Derechos Humanos ha contribuido para asegurar la propia interpretación uniforme del derecho internacional de los derechos humanos<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Cançado Trindade, Antonio A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, pp. 5657.

El resultado de la opinión común de los órganos de protección internacional –señala el jurista brasileño– ha sido precisamente esta interpretación uniforme *do corpus juris* que conforma el derecho internacional de los Derechos Humanos, la cual en nada amenaza la unidad del derecho internacional; al contrario, ha contribuido significativamente al desenvolvimiento de la aptitud de este último para, a partir del necesario reconocimiento de la especificidad de los tratados de Derechos Humanos, asegurar el cumplimiento de las obligaciones convencionales de protección de los Estados<sup>14</sup>.

El 22 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto Promulgatorio de la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el veinte de diciembre de dos mil seis. A continuación se transcribe el Artículo 29 de este Convenio:

Cada Estado Parte presentará al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe relativo a las medidas que hayan adoptado para cumplir con las obligaciones que han contraído en virtud de la presente Convención, dentro del plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate.

A este respecto, el 17 de abril de 2014, el Comité contra la Desaparición Forzada publicó su “Examen de los informes

<sup>14</sup> *Ibid.* pág. 57.

presentados por los Estados partes en virtud del artículo 29, párrafo 1, de la Convención”<sup>15</sup>, en el documento se refiere al informe presentado por México el 11 de marzo de 2014.

En el informe se hace una exposición del marco jurídico general; se mencionan normas constitucionales, penales y administrativas relativas a la desaparición forzada. Se menciona, en el punto 28, que en cuanto a la operatividad de la Convención, “existe la obligación de todos los jueces nacionales de ejercer un control de convencionalidad, es decir, de examinar las disposiciones legales internas a la luz de los convenios<sup>16</sup>, pactos<sup>17</sup>, declaraciones<sup>18</sup>, protocolos<sup>19</sup>,

<sup>15</sup> Disponible en la página oficial: United Nations Human Rights, Office of the High Commissioner, [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fMEX%2f1&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CED%2fC%2fMEX%2f1&Lang=en) [Consultado el 28 de octubre de 2016]

<sup>16</sup> Es un escrito celebrado entre Estados con un grado de formalidad menor al de un tratado. Normalmente, un convenio es acordado en aspectos económicos y comerciales entre los Estados. Los convenios pueden estar dados entre dos Estados, denominándose convenio bilateral, normalmente celebrado para brindar facilidades en materias comerciales. También existe otra forma de convenio, celebrado entre más de dos Estados, el cual se denomina multilateral, en el cual el acuerdo tiene un carácter más normativo respecto de aspectos contemplados dentro del derecho internacional.

<sup>17</sup> Son tratados solemnes, estrictos y condicionales entre dos o más partes, en los que se establece una obediencia a cumplir uno o varios acápite establecidos en un contrato formal y en que ambas partes se comprometen a ejecutar ciertas acciones y a recibir retribuciones de la otra parte por su cumplimiento.

<sup>18</sup> Declaración de derechos o carta de derechos son algunos de los nombres que han recibido históricamente los documentos de carácter político en que se enumeran los derechos y libertades considerados esenciales. Tengan o no rango constitucional, y provengan de una asamblea legislativa o de la mera voluntad de un rey (lo que se denomina Carta otorgada), tales declaraciones suponen una voluntad de protección de los derechos contra los posibles abusos del ejercicio del gobierno, de modo que el poder político queda ciertamente limitado para quien lo ejerce, independientemente de que se reconozcan o no los principios de soberanía nacional o de división de poderes, propios del Estado liberal. El concepto de Estado social propio de las democracias avanzadas del siglo XX introdujo el reconocimiento de los derechos sociales.

<sup>19</sup> Son los acuerdos de voluntades entre dos o más Estados que modifican cartas o

estatutos<sup>20</sup>, códigos<sup>21</sup>, acuerdos<sup>22</sup>, resoluciones<sup>23</sup> o tratados de los que México es parte, incluyendo la Convención sobre desaparición forzada.” Se hace mención de dos casos paradigmáticos relacionados con desapariciones forzadas, en los que se han seguido procesos ante organismos internacionales.

El primero de ellos es el ya mencionado, caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos; por la desaparición forzada del señor Radilla Pacheco en 1974 por personal militar en el estado de Guerrero. La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Sentencia el 23 de noviembre de 2009. (Serie C No. 209)<sup>24</sup> en la que se determinó que

tratados internacionales. En analogía con los contratos privados, el protocolo supondría un addendum al acuerdo inicial, manteniendo la validez del cuerpo principal, pero modificándolo o ampliando lo en algunos aspectos. Algunos protocolos, por su importancia, han llegado a hacerse más célebres que el propio tratado que les dio origen, como es el caso del Protocolo de Kioto sobre el Cambio Climático, que es parte de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992.

<sup>20</sup> Los estatutos son los documentos constitutivos de un órgano internacional, ejemplo de ello es el Estatuto de Roma, que le da vida jurídica a la Corte Penal Internacional.

<sup>21</sup> Alude al conjunto unitario, ordenado y sistematizado de normas respecto de una materia determinada.

<sup>22</sup> Una decisión tomada en común por dos o más Estados, por una junta, asamblea o tribunal. También se denomina así a un pacto, tratado o resolución de organizaciones, instituciones, empresas públicas o privadas. Es, por lo tanto, la manifestación de una convergencia de voluntades con la finalidad de producir efectos jurídicos. El principal efecto jurídico del acuerdo es su obligatoriedad para las partes que lo otorgan, naciendo para las mismas obligaciones y derechos. Es válido cualquiera que sea la forma de su celebración, oral o escrita, siempre que el consentimiento de los otorgantes sea válido y su objeto cierto, determinado, no esté fuera del comercio o sea imposible.

<sup>23</sup> Es una moción escrita adoptada por una Asamblea.

<sup>24</sup> Disponible en la página oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: [http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda\\_casos\\_contenciosos.cfm?lang=es](http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_casos_contenciosos.cfm?lang=es) [Consultado el 28 de octubre de 2016]

el Estado Mexicano tenía responsabilidad internacional por violaciones a los Derechos Humanos de la víctima y de sus familiares, al respecto, en el punto 60 del Informe se asegura lo siguiente:

El Estado mexicano se encuentra en la etapa de cumplimiento de sentencia, ya han sido cumplidas la mayoría de las medidas de reparación, tales como: el acto público de reconocimiento de responsabilidad, la publicación de la sentencia en medios de comunicación, la implementación de programas y cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, la publicación de la semblanza del señor Rosendo Radilla Pacheco y el pago de indemnización.

El segundo caso, relativo a la detención y desaparición del señor Jesús Ángel Gutiérrez Olvera y que fue sometido a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2003, en el punto 63 del citado Informe se destaca:

De manera paralela al procedimiento internacional, las instancias nacionales investigaron el caso y se acreditó la responsabilidad penal de una persona el 30 de junio de 2010, por el delito de desaparición forzada cometida en perjuicio de Jesús Ángel Gutiérrez Olvera.

Finalmente se destaca que a diferencia del caso de Rosendo Radilla, aquí se llegó a una amigable composición, como se refiere en el punto 65:

Durante la etapa de fondo ante la CIDH, el 4 de mayo de 2012, tras un intenso diálogo establecido con los peticionarios, se suscribió un acuerdo de solución amistosa. El Estado mexicano se comprometió a reparar a los familiares de la víctima conforme a estándares internacionales. Entre las acciones que han sido cumplidas por el Estado mexicano se encuentran el acto público de reconocimiento de responsabilidad, brindar a las víctimas acceso inmediato y gratuito a programas de salud, brindar a las víctimas acceso a programas estatales de atención psicológica y el pago de indemnización.

#### **d) La nueva Ley de Amparo expedida en el año 2013**

La ley regula una serie de particularidades y excepciones a la regla general tratándose de actos que importen desaparición forzada, entre los que destacan los casos en que el agraviado se encuentre imposibilitado para promover el amparo fijándose que podrá hacerlo cualquier persona a su nombre, aunque sea menor de edad, y establece que el Juez está obligado a dar trámite al amparo en un término no mayor a veinticuatro horas, a dictar la suspensión de los actos reclamados de oficio y de plano y requerir a las autoridades correspondientes toda la información que pueda resultar conducente para la localización y liberación de la probable víctima.

La ley dispone además que en estos casos, podrá omitirse el principio de definitividad y exceptúa plazos para darle trámite al amparo, otorgar la suspensión y presentar el recurso de inconformidad así mismo prevé que los alegatos podrán hacerse verbalmente y el juicio podrá promoverse por escrito, comparecencia o medios electrónicos en cualquier día y hora.

**e) La Ley General de Víctimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013**

Constituyó el Sistema Nacional de Atención a Víctimas, para proponer, establecer y supervisar las directrices, servicios, planes, programas, proyectos, acciones institucionales e interinstitucionales, y demás políticas públicas que se implementen para las víctimas en los diversos ámbitos de gobierno.

Estableció el Registro Nacional de Víctimas, que incluye el registro federal y los registros de las entidades federativas, siendo un mecanismo administrativo y técnico que soporta todo el proceso de ingreso y registro de las víctimas del delito y de violaciones de derechos humanos a dicho Sistema Nacional, con lo que se busca garantizar que las víctimas tengan un acceso oportuno y efectivo a las medidas de ayuda, asistencia, atención, acceso a la justicia y reparación integral.

El artículo 19 de la legislación en mención, establece el derecho imprescriptible de las víctimas a conocer la verdad y a recibir información específica sobre las violaciones de derechos o los delitos que las afectaron directamente.

Establece también el reconocimiento de la personalidad jurídica de las víctimas de desaparición de personas y que el procedimiento para conocer y resolver de las acciones judiciales, de declaración especial de ausencia por desaparición, se sujetarán a lo que dispongan las leyes aplicables.

**f) La creación del Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas**

Fue en el año de 2011 y derivado de un acuerdo de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia que el gobierno se dio a la tarea de crear una base de datos, denominada Registro Nacional de Datos de Personas Extraviadas o Desaparecidas, que contempla la información proporcionada por las procuradurías y fiscalías de las 32 entidades federativas sobre personas no localizadas, la que ha sido una herramienta útil para la generación de información que permita crear políticas públicas efectivas de prevención y combate de la desaparición.

**g) Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del Delito de Desaparición Forzada**

Estos protocolos, incorporan estándares internacionales y recomendaciones al Estado mexicano en la búsqueda e investigación de casos de desaparición de personas y ha sido un punto de referencia para la generación de la Iniciativa de Ley General de la materia.

**h) Folletos de los Protocolos Homologados para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del Delito de Desaparición Forzada**

La Procuraduría General de la República (PGR) en México, ha venido difundiendo un primer tiraje impreso de Protocolo Homologado para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y la Investigación del Delito de Desaparición Forzada.



### **i) Iniciativa de Ley General para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas**

A principios de septiembre del año pasado (2015), la PGR, a través de la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad, específicamente de la Unidad de Ética y Derechos Humanos, inició los trámites para la preparación y gestión del texto final del Anteproyecto retomando las valiosas aportaciones de diversos sectores sociales a través de la consulta pública organizada por SEGOB, para lo cual realizó una consulta a las áreas internas de la Institución y a otras dependencias de la Administración Pública Federal (SEGOB, SRE, SS, CNS, CEAV) con el objetivo de realizar su revisión, observaciones y, finalmente, la emisión de su dictamen favorable (político, jurídico y regulatorio) sobre el mismo, además del acompañamiento de su impacto presupuestal.

En apenas dos semanas, el Anteproyecto fue notablemente enriquecido, pues se realizó la exposición de motivos, una reestructura orgánica y reelaboración del cuerpo del proyecto de ley, una reformulación de los tipos penales, una reingeniería de las competencias y del Sistema Nacional de Búsqueda y sus Registros, incluyéndose además varios cambios propuestos por Organizaciones de la Sociedad Civiles y por Entidades Federativas. Esta iniciativa busca incorporar estándares internacionales y recomendaciones al Estado mexicano sobre la materia en la legislación nacional y establecer mecanismos efectivos de prevención, registro y combate de esta problemática.

Cabe destacar que entre las acciones específicas de prevención, destacan:

- a) Campañas para promover la denuncia.
- b) Capacitaciones a operadores de justicia en la materia.
- c) Programas e incentivos para que la ciudadanía aporte información.
- d) Generar bases de datos que permitan generar estadística que facilite la creación de políticas públicas efectivas.
- e) Identificación de grupos, zonas, circunstancias que aumenten la probabilidad de que se cometa el delito, para poder atajar dichas causas.
- f) Emisión de un informe anual.
- j) Fiscalía Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas**

El 9 de octubre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo A/094/2015, por el que se crea la *Fiscalía Especializada de Búsqueda de Personas Desaparecidas*, dotándola de competencia para dirigir, coordinar y supervisar las investigaciones para la búsqueda y localización de personas desaparecidas y, en su caso, su *identificación forense*, así como para perseguir los delitos relacionados con la desaparición de personas, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por el Estado Mexicano.

Teniendo como prioridad la investigación y persecución de los delitos, así como la búsqueda y localización de las personas desaparecidas, situación que hace necesaria una articulada *coordinación y cooperación con distintas autoridades locales, federales e incluso internacionales*.

Sabedores de la dimensión de los retos del país en el campo de la plena vigencia y disfrute de los derechos humanos, y conscientes de la importancia que en tal contexto reviste el tema de las desapariciones de personas, la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos emprende también un esfuerzo de difusión del Informe de misión a México del Grupo de Trabajo y su respectivo Informe de Seguimiento. Adicionalmente, la publicación alberga las observaciones finales adoptadas por el Comité contra la Desaparición Forzada cuyo objetivo es múltiple: promover su conocimiento, retribuir a quienes con sus testimonios y perspectivas abrevaron la misión y favorecer, sobre todo, la materialización acelerada de esfuerzos efectivos que apunten a implementar las recomendaciones formuladas<sup>25</sup>.

El proceso internacional de creación normativa y jurisprudencial, a su vez, ha repercutido en que tribunales nacionales adopten, hagan suyos e incluso lleguen a desarrollar esta normativa, ya no sólo en el plano internacional, sino

<sup>25</sup> La consulta actualizada sobre todas las recomendaciones en materia de derechos humanos formuladas al Estado mexicano, incluyendo las relativas al tema de desapariciones forzadas, se puede realizar en la página de internet: [www.recomendacionesdh.mx](http://www.recomendacionesdh.mx)

más bien en uno de tipo transnacional. En ocasiones, estos procesos de recepción del derecho internacional de los derechos humanos necesitan ser orientados por instancias internacionales, como la Corte IDH. El más claro ejemplo de este control y supervisión se ha dado en los casos en donde la Corte Interamericana ha ordenado tipificar o adecuar los tipos penales existentes a lo establecido por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; este tipo de determinaciones son de esperarse en el marco de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, ya no a nivel regional, sino universal.

Sería ingenuo suponer que la mera aprobación y ratificación de un tratado, por sí mismo, ayudará a que nunca se vuelva a cometer el delito de desaparición forzada de personas. No obstante, la existencia de estos tratados vinculantes e instituciones fuertes dispuestas a cumplirlos abre la puerta de la justicia a las víctimas que desean conocer la verdad.

## 9. Conclusión

Como puede apreciarse, el estado mexicano ha emprendido importantes acciones para combatir este terrible flagelo; sin embargo, todavía quedan importantes pendientes, para los cuales, el estudio, el conocimiento y la reflexión sobre este fenómeno, tanto en clave de las realidades y las normas domésticas, como también las internacionales y las comparadas, contribuyen a ir afinando mecanismos y estrategias que permitan prevenirlo y erradicarlo. En estas primeras etapas de

desarrollo, se necesita el apoyo tanto de los Estados como de la sociedad civil para lograr el cumplimiento universal.

## 10. Bibliografía

- Lavín Álvarez, Guillermo., *Banalidad del mal y pulsión de muerte: apuntes para una aproximación a la génesis y prevención de la desaparición forzada, Nueve propuestas para prevenir el delito: 1er. Concurso de ensayo sobre prevención del delito*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Gerardo Laveaga (coordinador), México, 2016
- Gatti, Gabriel., *El lenguaje de las víctimas: silencios (ruidosos) y parodias (serias) para hablar (sin hacerlo) de la desaparición forzada de personas*, Universitas Humanística, núm. 72, Bogotá, julio-diciembre de 2011
- Vélez Salas, Alejandro., *Narrativas interdisciplinarias sobre desaparición de personas en México*, Colección de textos sobre Derechos Humanos, CNDH, México, 2016.
- Livermore, Daniel y B. G. Ramcharan, *Enforced or involuntary 'Disappearances' An Evaluation of a Decade of United Nations Action*, Canadian Human Rights Year Book.
- Froilán, Enciso., *Justicia transicional para el desmantelamiento del régimen de prohibición de drogas*, Nuestra Aparente Rendición, 10 de abril de 2014.

- Méndez, Juan E., y José Miguel Vivanco, *Disappearances and the Inter American Court: Reflections on a Litigation Experience*, Hamline Law Review, núm. 13

# **El delito de pornografía infantil en la legislación ecuatoriana**

***José Luis Alarcón Bowen**  
Juez de Tribunal de Garantías Penales de Manabí*

## **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** Concepto de Pornografía Infantil; **3.** Elementos del delito de Pornografía Infantil; **4.** El delito de Pornografía Infantil en el Ecuador; **5.** Conclusión; **6.** Bibliografía.





## 1. Introducción

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal se dio un progreso significativo en la tipificación de conductas penalmente relevantes, así como procesos innovadores que intentan fortalecer nuestro sistema penal. La pornografía infantil, sin lugar a dudas, es uno de los delitos en los cuales existió un gran avance en la construcción del tipo penal.

Si bien todavía existe pornografía infantil impresa, el mayor problema que se presenta en la actualidad es que el internet ha cambiado radicalmente la forma en que la pornografía infantil se reproduce y se distribuye, lo cual ha derivado en un incremento masivo de la disponibilidad, la accesibilidad y el volumen de pornografía infantil. Lo que antes era una actividad secreta de pocas personas, en la actualidad este mercado ha crecido de manera inusitada gracias a la facilidad de intercambio de archivos y el anonimato para los usuarios.

La pornografía infantil ha irrumpido con fuerza en los últimos años como un asunto de preocupación pública. Son varias las razones que han contribuido a su visibilización: Por un lado se encuentra el sentimiento de protección que universalmente concierne a la defensa y promoción de los derechos de la niñez, especialmente en su alcance global, y su configuración como un tipo penal de la delincuencia organizada; de otro lado, es evidente el impacto que ha provocado la revolución informática y de las comunicaciones, favoreciendo la irrupción de lo privado hacia lo público. Se puede afirmar, a priori, que la pornografía infantil en estos días es

en mayor medida una actividad digital y ello le concede una cualidad con matices a ser analizados.

Otro factor que ha hecho de la pornografía infantil un aspecto de relevancia pública tiene que ver con el esfuerzo de las instituciones sociales por elevarla a esa condición y combatirla en el nuevo escenario global. Son innumerables las iniciativas propuestas por entidades supranacionales por sensibilizar a los Estados y sociedades nacionales respecto de su presencia.

En Ecuador, en la última década, son innumerables las ediciones impresas o digitales de los principales medios de comunicación que presentan noticias relacionadas con la tenencia y distribución de pornografía infantil en la red; generalmente referidas a los operativos policiales llevados a cabo luego del trabajo conjunto y coordinado de cuerpos de inteligencia y seguridad de varios países. Frente a ello, la paradigmática reforma penal expresada en el Código Orgánico Integral Penal, reconoce y transforma las ambivalencias expuestas en leyes y códigos anteriores, incluye nuevos tipos penales, novedosos procedimientos adjetivos y pone en el centro de la atención a la tan neutralizada víctima.

Al constituirse una nueva estructura jurídico penal, resulta imperativo profundizar sobre los nuevos tipos penales; por ello, este trabajo descriptivo – analítico pretende exponer los principales elementos de la pornografía infantil, que van desde su conceptualización, pasando por el bien jurídico protegido, particularidades del tipo objetivo y subjetivo, hasta una breve descripción de víctima y victimario. Este trabajo recoge

criterios gnoseológicos de la doctrina española y norteamericana, acompañados de una breve referencia a instrumentos internacionales especializados en la temática.

## 2. Concepto de pornografía infantil

Morales Prats comenta que la década de los años 70´ significó el apogeo de la producción comercial de pornografía infantil en el mundo occidental, siendo Dinamarca, Holanda y Suecia los principales productores. Con el inicio de la década de los años 80´ comenzó la prohibición gubernamental de estas prácticas, creciendo en los 90´ con la adopción de medidas legislativas prohibitivas y el impulso de la represión penal sobre las actividades de producción, difusión, exhibición, distribución, e inclusive la posesión de material pornográfico infantil<sup>1</sup>. Nuestra legislación enfrentó la temática recién en el 2005.

Delimitar el concepto de pornografía infantil supone interactuar elementos culturales, morales, pautas de comportamiento e inclusive ideas religiosas de cada comunidad<sup>2</sup>. Inicialmente, de acuerdo con la definición expresada en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la pornografía es: “Presentación abierta y cruda del sexo que busca producir excitación”<sup>3</sup>. Si se añade a esta definición la categoría de infantil, claramente el término estudiado hace

<sup>1</sup> Morales Prats, Fermín, *El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, No 8, Aranzadi, Navarra, 2008, p. 95.

<sup>2</sup> *Ibídem*, p. 96.

<sup>3</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésimo Tercera Edición, Espasa, Madrid, 2014, p. 1756.

alusión a una presentación abierta y cruda del sexo con imágenes o representación de niñas, niños y adolescentes.

También se ha considerado a la pornografía infantil una manifestación de otras conductas delictivas, entre ellas la explotación sexual infantil y la trata de seres humanos<sup>4</sup>. Sin embargo, la redimensión que ha tomado este delito a partir del desarrollo de las altas tecnologías de información y comunicación ha llevado a los organismos internacionales, a científicos y académicos a abocarse a construir definiciones con espacio y peso específico de la pornografía infantil<sup>5</sup>.

Considero conveniente ceñir la definición de pornografía infantil al consenso internacional, no excluyente, expuesto en el Protocolo Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y al Convenio sobre Ciberdelincuencia: “El Art. 2 literal c) define a la pornografía infantil como “toda representación,

<sup>4</sup> La Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea, 2004/68/JAI relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y pornografía infantil considera en su Art. 2 que existe explotación sexual infantil cuando se pretende: (a) coaccionar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos, o lucrarse con ello o explotar de cualquier otra manera a un niño para tales fines; (b) captar a un niño para que se prostituya o participe en espectáculos pornográficos; (c) practicar con un niño actividades sexuales recurriendo a alguno de los medios siguientes: i) hacer uso de la coacción, la fuerza o la amenaza, ii) ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales, iii) abusar de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el niño. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:013:0044:0048:ES:PDF>, visitada el 20 de julio de 2014.

<sup>5</sup> Parra González, Ana Victoria *La Pornografía Infantil en la Red, especial referencia a la posesión simple*, Universidad de Salamanca, 2011, p. 167.

por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales.”

Por otro lado, como un instrumento consultivo y no vinculante, la Decisión Marco 2004/68/JAI, define la pornografía infantil como cualquier material pornográfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o la zona púbica de un niño, o ii) a una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i) o iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)<sup>6</sup>.

El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, en su artículo 20, numeral 2 establece que pornografía infantil se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Decisión Marco 2004/68/JAI, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:013:0044:0048:ES:PDF>, visitada el 20 de julio de 2014.

<sup>7</sup> Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, disponible en: <http://www.humanium.org/es/convenio-del-consejo-de-europa-para-la-proteccion-de-los-ninos-contr-la-explotacion-y-el-abuso-sexual/>, visitada el 20 de julio de 2014.

El Convenio sobre Ciberdelincuencia en el artículo 9 considera como pornografía infantil:

la producción de pornografía infantil con la intención de difundirla a través de un sistema informático; b) la oferta o la puesta a disposición de pornografía infantil a través de un sistema informático; c) la difusión o la transmisión de pornografía infantil a través de un sistema informático; d) la adquisición, para uno mismo o para otros, de pornografía infantil a través de un sistema informático; e) la posesión de pornografía infantil en un sistema informático o en un dispositivo de almacenamiento de datos informáticos. Para esta convención internacional, se entenderá por pornografía infantil a todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; b) una persona que parezca un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito; c) imágenes realistas que representen a un menor adoptando un comportamiento sexualmente explícito.

En definitiva, se podría definir a la pornografía infantil como toda representación visual de índole sexual real, de menores de edad, que tiene como finalidad producirla, ofertarla, difundirla, adquirirla o poseerla.

### **3. Elementos del delito de pornografía infantil**

Las múltiples aristas que presenta este delito exige realizar un análisis de sus elementos; en un primer segmento se lo realizará a nivel doctrinario y luego el estudio se centrará en

los artículos 103 y 104 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

### 3.1. Bien jurídico protegido

Tradicionalmente se considera que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos es la libertad sexual, entendida ésta como la posibilidad de elegir y practicar la opción sexual preferida en cada momento y por la de utilizar y servirse del propio cuerpo en este orden de cosas, de donde derivan las de escoger compañero, con su consentimiento por descontado y rechazar proposiciones no deseadas y, con más motivo, la de repeler eventuales ataques<sup>8</sup>.

No obstante, varios doctrinarios han esgrimido que este concepto de libertad sexual como bien jurídico protegido, no se podría aplicar en el delito de pornografía infantil, ya que los menores de edad al no tener edad legal para dar su consentimiento. En palabras de Muñoz Conde: “mantener que en estos casos es la libertad sexual el bien jurídico protegido no deja de ser un eufemismo o una forma como otra cualquiera de alterar el significado de las palabras, siendo que si algo caracteriza a estos sujetos es precisamente su falta de autonomía para decidir en materia sexual”<sup>9</sup>.

Es por esto que al referirse a víctimas menores de edad, el bien jurídico protegido no sólo es su libertad sexual como

<sup>8</sup> Orts Berenguer, Enrique, *Delitos contra la indemnidad sexual*, en VVAA, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 230.

<sup>9</sup> Muñoz Conde, Franciso, *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 19.

su derecho a un normal y libre desarrollo de la personalidad; sino que se extiende a la libre formación de la sexualidad hasta el momento de poder ejercer la autodeterminación de manera natural. Todo ello se incluye en el concepto de intangibilidad sexual, como la especial protección que la ley dispensa a individuos que, estando incapacitados para ejercer la libertad sexual, se hallan más desamparados que el resto de la comunidad; o de indemnidad sexual<sup>10</sup>, o derecho de esas personas a estar exentas o libres de cualquier daño en el orden sexual evitando que su desarrollo se vea perturbado por la iniciación de prácticas sexuales inadecuadas o impropias de su edad<sup>11</sup>.

### 3.2. Sujeto activo-victimario

En líneas generales se puede afirmar que el delito de pornografía infantil, puede ser cometido por cualquier persona, sin que sea necesario reunir alguna característica específica para ser sujeto activo de este delito. Basta con adecuar la conducta del individuo al tipo penal. No obstante, al analizar la estructura del tipo penal de pornografía infantil en la legislación ecuatoriana, se realizarán algunas precisiones en relación con los sujetos del delito.

<sup>10</sup> De la Rosa Cortina, José Miguel, *op. cit.*, p. 55, ha identificado a la indemnidad sexual con el libre desenvolvimiento de la personalidad en su vertiente sexual y pivotaría entorno a la protección frente a conductas prejudiciales para el desarrollo de la personalidad, sobre la base que tal desarrollo exige proteger las condiciones mínimas de igualdad, respecto a la dignidad y un adecuado proceso de aprendizaje en libertad del comportamiento sexual. La distinción (relativa) entre libertad e indemnidad sexual se cimienta sobre la protección del derecho a decidir sobre la propia sexualidad (libertad sexual) y la protección del derecho a formar en libertad tal capacidad de decisión.

<sup>11</sup> Morillas Fernández, *op. cit.*, p. 194.



Si bien comúnmente se afirma que quien realiza este tipo de conducta es un pedófilo, no necesariamente es una regla ya que pueden darse casos en que personas que no sufren de este trastorno pueden excitarse con la visualización de escenas en las que participa personas que parecerían ser menores de edad.

Josep Tamarit Sumalla<sup>12</sup>, plantea los principales rasgos del pedófilo:

- a) Manifiesta la necesidad de tener contactos sexuales con cierta frecuencia y una gran capacidad de actuar simultáneamente o sucesivamente sobre un número considerable de víctimas.
- b) Tiende a disponer y hacer uso de fotografías y filmaciones de imágenes de niños, sobre todo pornográficas, que utilizan como estrategia de justificación de su desviación, y como arma de seducción, para conseguir convencer a los menores de la normalidad de las relaciones que busca, o incluso como medio para amenazar a los menores para que no los denuncien.
- c) Suele presentar distorsiones cognitivas, que neutralizan el proceso de autoinculpación e impiden la valoración negativa de sus hechos. De hecho no se califican a sí mismos como pedófilos, sino como *Boy Lovers*.
- d) Tendencia a mantener contactos entre pedófilos, para intercambiar el material, lo que sin duda explica la

<sup>12</sup> Tamarit Sumalla, Josep María, *La Protección Penal del Menor frente al Abuso y la Explotación Sexual, Análisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía Infantil*, Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 24-25.

proliferación de la difusión de pornografía infantil a través de Internet.

- e) Tendencia endogámica en los abusos sexuales de menores, de modo que entre el 60 y el 80% de los casos, el autor es un conocido o pariente del menor y la gravedad de los abusos aumenta según lo hace la proximidad al núcleo familiar de la víctima. En más del 30% de los casos se trata del padre, el tío o el abuelo de la víctima<sup>13</sup>.
- f) No está ni mucho menos confirmado criminológicamente la creencia de que se trata de personas de edades avanzadas. Más bien, en la mayoría de los casos la edad de los autores es entre 30 y 50 años, y suelen tener 30 años más que sus víctimas<sup>14</sup>.
- g) El pronóstico de rehabilitación de estos sujetos es bastante negativo, sobre todo en los casos de pedofilia obsesiva.

Estos sujetos no perciben la presión policial, pues de igual modo de que son conscientes de que las zonas de pornografía infantil se cierran al cabo de cierto tiempo, también saben que por cada una que desaparece, se abren otras con total impunidad. Igualmente, no sienten que ellos mismos puedan ser perseguidos porque piensan que no dejan ningún tipo de dato cuando están en estos sitios. Creen que son totalmente anónimos y que no podrán ser identificados ni localizados. Sí sienten que la sociedad se opone cada vez más a sus prácticas, pero el anonimato social del que disfrutaban hace que no se preocupen por ello<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Morillas Fernández, *op. cit.*, p. 207.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 208.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 209.

Estados Unidos y Europa en general, mantienen un desarrollo profundo sobre la temática; así la criminología norteamericana ha construido una tipología del perfil del consumidor de pornografía infantil, formulada en nueve categorías<sup>16</sup>:

1. *Browsers*. Serían aquellos que encuentran aleatoriamente éste material pero a sabiendas guardan las imágenes. No están involucrados en redes de consumidores y no emplean estrategias de seguridad para evitar la detención.
2. *Private fantasizers*. Se refiere a aquellos sujetos que crean imágenes digitales para uso privado y satisfacción personal.
3. *Trawlers*. Sujetos que buscan pornografía infantil en la red a través de navegadores abiertos. Pueden involucrarse en redes de consumidores pero de forma poco intensa.
4. *Non-secure collectors*. Aquellas personas que buscan pornografía infantil en chats no seguros. Tienen conexión con redes y por definición no emplean estrategias de seguridad. Presentan limitaciones en cuanto a la naturaleza y número de las imágenes que pueden almacenar.
5. *Secure Collectors*. Personas miembros de grupos de noticias cerrados. Pueden involucrarse en altos niveles de uso de redes, y emplear medidas de seguridad sofisticadas. Al ocupar niveles ocultos de Internet, tienen acceso a un amplio campo de archivos. Pueden llegar a niveles de coleccionismo obsesivo, que no solo implican el

<sup>16</sup> Wortley, Richard, Samallbone, Stephen, *Child Pornography on the Internet, Problem-Oriented Guides for Police*, ISBN: 1-932582-65-7, [www.cops.usdoj.gov](http://www.cops.usdoj.gov), citado por José Miguel de la Rosa Cortina, *Los Delitos de Pornografía Infantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 272 – 273.

archivar un enorme número de imágenes sino una cuidadosa catalogación y organización.

6. *Groomers*. Son personas que desarrollan relaciones on line con niños a quienes les envían pornografía. Sus actividades constituyen un abuso directo de niños.
7. *Physical abusers*. Sujetos que abusan sexualmente de niños y cuyo interés por la pornografía infantil es una parte de sus intereses pedófilos.
8. *Producers*. Personas que graban actos de abuso sexual a menores con el fin de difundirlos.
9. *Distributors*. Aquellas personas que se dedican a difundir pornografía infantil; en ocasiones tienen un interés exclusivamente lucrativo.

Cualquiera sea el origen y la tipología del pedófilo, sus actuaciones afectan directamente los derechos sexuales de las niñas, niños y/o adolescentes.

### **3.3. Sujeto pasivo-víctima**

La única característica que debe tener el sujeto pasivo de este delito es el ser una persona menor de 18 años; no obstante, existen legislaciones que establecen una edad menor para ser considerado víctima de este delito y donde el consentimiento no es relevante para la calificación del tipo penal.

Morillas Fernández establece que las conductas sexuales llevadas a cabo con los menores, depende de su edad, así<sup>17</sup>:

<sup>17</sup> Morillas Fernández, *op. cit.*, pp. 207-208

1. *Desde el nacimiento hasta los 5 años*, se reducen a simples fotografías, ya sean vestidos o desnudos, donde lo que llama la atención del pedófilo es su inocencia, luego el riesgo de actos violentos es prácticamente nulo. Los casos extremos de agresiones son muy raros, y generalmente llevados a cabo por el progenitor, un familiar, o persona muy allegada al menor. En todo caso, la penetración vaginal es anatómicamente imposible, y la penetración anal es muy aparatosa pues deja hematomas, cicatrices, verrugas y otras fisuras y excoriaciones que harían fácil la detección del abuso.
2. *De seis a ocho años*: toma de fotografías del menor normalmente desnudo o la realización de actos de naturaleza sexual individual (principalmente masturbación) y leves caricias o incluso tocamientos al adulto. Los abusos sexuales son más frecuentes, pero también escasos y llevados a cabo por personas de confianza.
3. *De nueve a trece años*: aumenta la gravedad de la acción pues los comportamientos no se limitan a fotografías. En estas edades es normal la agrupación de dos o más menores, quienes se desnudan y se realizan tocamientos mientras el adulto elabora el material. También son frecuentes los actos masturbatorios y, en menor medida, las felaciones. Los actos se dan a cambio de una compensación, juguetes, golosinas o dinero.
4. *A partir de los 13 años*: ya no basta el engaño, el carácter inocente ha dejado de existir, y las fotografías suelen sustituirse por filmaciones en video donde los menores desarrollan actividades eróticas de forma conjunta, siendo comunes los actos masturbatorios, las felaciones,

eyaculaciones y penetraciones principalmente anales. Aquí la contraprestación es generalmente pecuniaria, por lo que no debe extrañar que en determinados casos se le impute al sujeto activo algún delito relacionado con la prostitución de menores. En los países desarrollados, las características de los menores más propensos a ser captados por las redes de pornografía infantil, generalmente dependen de componentes psicológicos. La pornografía se muestra como una forma de obtener bienes o dinero que los menores de otro modo no podrían alcanzar, funcionando en muchos casos la cadena de reclutamiento; o lo que es lo mismo, el hecho de que una vez estrechados los vínculos con el menor, se trata de convencer para que busque a otros (amigos, conocidos, familiares, etc.) dispuestos a desarrollar tales prácticas.

Los menores víctimas de estas conductas son inicialmente engañados para realizar las prácticas sexuales, si bien son conscientes de que su situación no es normal aunque no sepan explicar por qué.

Los efectos psico-físicos provocados en los diferentes niveles de consumación del delito, pueden generar en las víctimas alteraciones que incidan gradualmente en su comportamiento social, que eventualmente, sin una asistencia apropiada, podrían perdurar hasta la madurez. Morillas Fernández plantea como las principales consecuencias: un mayor riesgo de desarrollar problemas interpersonales y psicológicos, como estrés postraumático, estructuración paranoide de la personalidad, desconfianza relacional con los adultos, inestabilidad emocional, vergüenza excesiva, autoestima gravemente

dañada, ansiedad, angustia, miedo, estigmatización, culpabilidad, depresión, etc. De igual modo, su comportamiento también puede verse afectado, y pueden presentar conductas antisociales, agresividad, conflictos con la familia y los amigos, aislamiento, y con el tiempo abandono del hogar, consumo de drogas, delincuencia, etc. Su vida cotidiana también puede estar marcada por problemas con el sueño, la alimentación, la concentración y el rendimiento escolar, dificultades de aprendizaje, terrores nocturnos, etc<sup>18</sup>.

Sin embargo, los efectos mencionados pueden variar dependiendo de la personalidad y red de apoyo que la víctima posea; en este sentido resulta imperativo, en particular para esta clase de delitos, disponer de estudios psicológicos –clínicos– antropológicos y victimales, que permitan abordar el tema con mayor tecnicismo y así evitar generalizaciones que puedan generar efectos revictimizantes.

### 3.4. Material pornográfico

Consuelo Martínez lo define como “la representación gráfica de carácter obsceno que se dirige a la excitación del impulso sexual, comprendiendo todas las formas de manifestación de la comunicación”<sup>19</sup>.

En este sentido la Convención de Budapest en su artículo 9.2, contempla como material pornográfico referido a la niñez,

<sup>18</sup> Morillas Fernández, *op. cit.*, p. 209.

<sup>19</sup> Martínez Pereda, Consuelo, *Los delitos contra la libertad sexual, en cuadernos de la Guardia Civil*, núm. 15, 1996, 123, citado por José Miguel de la Rosa Cortina, *Los Delitos de Pornografía Infantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 33.

las representaciones visuales de un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; la de una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita o aquellas imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita.

De la Rosa Cortina, entiende como material pornográfico tanto a las fotografías, videos, soportes magnéticos que incorporen a un menor en una conducta sexual explícita, entendiéndose por esta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos<sup>20</sup>.

La pornografía infantil, ahora más que nunca, se ha convertido en un problema con claras dimensiones internacionales, pues la irrupción de las nuevas tecnologías ha transformado completamente las pautas de su producción y difusión. Internet se ha convertido en un vehículo rápido, cómodo, barato y seguro para transportar mercancía ilegal muy apetecible para algunos. Miles de ficheros y vídeos con imágenes pornográficas de menores, con fotografías extremadamente violentas de niños y niñas sometidas a abusos sexuales, violaciones, torturas y prácticas sádicas especialmente degradantes, circulan las 24 horas del día por la red. Este material es visualizado y después descargado por un gran número de usuarios, cómodamente desde sus casas o desde sus trabajos, en cualquier lugar del mundo.

<sup>20</sup> De la Rosa Cortina, *op. cit.*, pp. 36 – 37.



### 3.5. Tipo Subjetivo

El tipo subjetivo del delito de pornografía infantil está conformado por el dolo, entendido éste como el conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito. Es decir, este delito exige, en sus distintas modalidades, que el sujeto activo conozca que los intervinientes son menores de 18 años, ya que si el sujeto activo de la infracción no conocía alguno de los elementos objetivos del tipo (no conocía que el archivo que había descargado de internet contenía imágenes de pornografía infantil, o, a pesar de que sabía que estaba descargando pornografía, desconocía que quien participaba en las imágenes era menor de 18 años) incurriría en error de tipo y por tanto su conducta sería atípica y en consecuencia no punible.

Para esta clase de delitos, se acepta el dolo eventual que consiste en que la persona acepta como probable el resultado del acto que va a realizar y a pesar de aquello lo realiza. Es decir, aquella persona que acepta como probable que lo que está descargando es pornografía infantil o que las imágenes pueden ser de un niño, niña o adolescente, y a pesar de aquello lo descarga, lo transmite, o posee, incurriría en delito de pornografía infantil a través del dolo eventual.

## 4. El delito de Pornografía Infantil en Ecuador

Antes del año 2005 en el Código Penal se realizaba una tradicional clasificación de los delitos sexuales, tipificando solamente las conductas clásicas como el atentado contra el pudor, el estupro, acoso sexual, la violación, entre otros.

Fue a partir del año 2003 con el caso “Burdet Cedeño”<sup>21</sup>, que el legislador ecuatoriano puso en evidencia la necesidad de incorporar en el Código Penal el delito de pornografía infantil; hasta ese entonces no se visibilizaba el tipo penal, por lo que las conductas relacionadas eran sancionadas como corrupción de menores, atentado al pudor, violación o abuso sexual.

Es así, que las conductas referidas al delito de pornografía infantil fueron incorporadas al Código Penal Ecuatoriano<sup>22</sup> recién en el año 2005, mediante reforma publicada en el Registro Oficial N° 45 de 23 de Junio del 2005. Junto con la incorporación del delito de pornografía infantil se hicieron varias reformas al Código Penal respecto a los delitos sexuales, imponiendo circunstancias agravantes específicas para quien cometa estos delitos, restringiendo ciertas circunstancias atenuantes, agravando las penas de ciertos delitos sexuales, y se incluye un capítulo exclusivo para las disposiciones comunes a los delitos sexuales y trata de personas.

El Código Penal Ecuatoriano ubicó a los delitos sexuales en el Título VIII, y los clasificó en: Atentado contra el Pudor, de la Violación y del Estupro; Proxenetismo y Corrupción de Menores; Delitos de Explotación Sexual, Disposiciones Comunes a los Delitos Sexuales y Trata de Personas; y Rapto.

<sup>21</sup> Los esposos Jorge Burdet y Marina Concepción Cedeño fueron acusados, en octubre del 2003, de abusar sexualmente de decenas de niños en la provincia de Galápagos y de integrar una red de pornografía infantil que operó durante 15 años. Los agresores se relacionaron con las niñas a través del grupo musical Fantasía Latina, que ellos formaron y, antes, a través de la guardería “El Patio de Polet”, donde recibían bebés y niñas y jóvenes de hasta 15 años.

<sup>22</sup> Código Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 147, de 22 de enero de 1971.

El delito de pornografía infantil se incluyó dentro de los delitos de explotación sexual estableciendo una abundancia de elementos de carácter valorativo que se incluyeron en la descripción de los comportamientos del tipo penal, pudiendo generar discrepancias hermenéuticas disímiles entre sí. No se realizó una definición de lo que es pornografía infantil, no se estableció en que soportes se podían contener, no se determinaron elementos acordes con la evolución de la tecnología, circunstancias que tuvo como consecuencia que en no pocos casos sea muy complicado el procesamiento y juzgamiento por esta clase de delitos.

Como se establece en su exposición de motivos, en el Código Orgánico Integral Penal se tipifican nuevas conductas penalmente relevantes adaptadas a las normas internacionales. Se introducen nuevos capítulos como por ejemplo, el que se refiere a los delitos contra la humanidad y las graves violaciones a los derechos humanos. En otros casos, cuando en instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador se establecen tipos penales abiertos y poco precisos, se han diseñado los tipos penales considerando las garantías constitucionales, la efectividad del combate del delito y la precisión en elementos de la tipicidad<sup>23</sup>.

Descrito en líneas anteriores el delito de pornografía infantil se lo ubica dentro del capítulo primero que tipifica las graves violaciones a los Derechos Humanos y Delitos contra

<sup>23</sup> Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 180 de 10 de febrero de 2014, N° 5 Adecuación de la Normativa Nacional a los Compromisos Internacionales.

el Derecho Internacional Humanitario, específicamente en la sección tercera – diversas formas de explotación.

De manera complementaria el artículo 69 del Código de la Niñez y Adolescencia, incluye a la pornografía infantil dentro del concepto de Explotación Sexual, definiéndola como “*toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña y adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; o de sus órganos genitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual.*”

#### **4.1. Tipo objetivo**

Como se manifestó anteriormente frente a las ambigüedades y falta de precisión de algunos términos que presentaba el tipo de pornografía infantil en el Código Penal anterior, actualmente en el Código Orgánico Integral Penal se hicieron varias precisiones que permiten mayor claridad del tipo penal y por tanto mayor facilidad a la hora de su aplicación.

La acción típica del delito de pornografía infantil puede desarrollarse a través de dos grandes modalidades en la cual subyacen varios verbos rectores. Así, los artículos 103 y 104 del Código Orgánico Integral Penal tipifican este delito de la siguiente manera:

Art. 103.- Pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes.- La persona que fotografíe, filme, grabe, produzca, transmita o edite materiales visuales, audiovisuales, informáticos, electrónicos o de cualquier otro soporte físico o formato que contenga la representación visual de desnudos o semidesnudos reales o simulados de niñas, niños o adolescentes en actitud sexual;

será sancionada con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años.

Si la víctima, además, sufre algún tipo de discapacidad o enfermedad grave o incurable, se sancionará con pena privativa de libertad de dieciséis a diecinueve años. Cuando la persona infractora sea el padre, la madre, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor, representante legal, curador o pertenezca al entorno íntimo de la familia; ministro de culto, profesor, maestro, o persona que por su profesión o actividad haya abusado de la víctima, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Artículo 104.- Comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes.- La persona que publicite, compre, posea, porte, transmita, descargue, almacene, importe, exporte o venda, por cualquier medio, para uso personal o para intercambio pornografía de niños, niñas y adolescentes, será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años.

En el artículo 103 se determinan como verbos rectores el fotografiar, filmar, grabar, producir, transmitir o editar, es decir, todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándoles directa o indirectamente, a excepción del verbo rector transmitir, que considero fue un error del legislador, ya que el mismo verbo rector se tipifica en el artículo 104.

En tanto que el artículo 104 establece como verbos rectores el publicitar, comprar, poseer, portar, transmitir, descargar,

almacenar, importar, exportar o vender pornografía de niños, niñas y adolescentes, es decir, en este caso el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado.

Existe un gran debate en cuanto a la inclusión del verbo rector “poseer”, cuyas ideas expondré cuando se analice el bien jurídico protegido.

Sobre el término *soporte*, por material pornográfico infantil se debe entender tanto al material fotográfico como el de video, pero no se incluye las grabaciones de audio con conversaciones sexualmente explícitas. El artículo 103 es bastante claro en ese sentido al establecer la frase “representación visual” es decir cualquier otro tipo de representación, incluida el audio, no son parte del tipo penal.

Varios instrumentos internacionales, especialmente en Europa, son más abarcativos en este tema, incluyendo dentro de la conducta cualquier tipo de representación. Considero que sería muy difícil si no imposible, a efectos de la prueba, distinguir en otro tipo de representación si efectivamente se trata de niños, niñas o adolescentes, o personas adultas simulando ser menores, dejando intacto el bien jurídico protegido de esta clase de delitos.

Por último, el artículo 103 del Código Orgánico Integral Penal sanciona la representación visual real o simulada de niñas, niños y/o adolescentes por lo que es necesario explicar qué significado tiene la pornografía infantil simulada y el porqué de su inclusión en el tipo penal y para aquello

describiremos algunos ejemplos de instrumentos internacionales que acogen esta conducta dentro del delito.

Por pornografía simulada se entiende aquella creación de una representación visual de una conducta sexualmente explícita en la que no participa una niña, niño o adolescente, bien por ser una persona mayor de edad, pese a que de la representación pudiera concluirse lo contrario, o bien porque es un producto de la tecnología y por tanto, no se trata de un individuo real.

La doctrina<sup>24</sup> ha clasificado a la pornografía simulada en: a) pornografía técnica; b) pornografía virtual; y, c) pseudo pornografía infantil.

- a) Pornografía Técnica. Es aquella protagonizada por personas adultas, que a través de varios procedimientos o medios, aparentan ser niñas, niños o adolescentes.
- b) Pornografía Virtual. Consiste en la creación de imágenes no reales (dibujos, animaciones, etc.) de niñas, niños o adolescentes involucrados en actos sexuales. En este caso no existen ni las personas ni las situaciones producidas.
- c) Pseudo pornografía infantil. Consiste en un intermedio entre la pornografía técnica y virtual, ya que consiste en la representación ficticia de pornografía partiendo de imágenes reales de niñas, niños o adolescentes.

<sup>24</sup> Fermín Morales Prats, *op. cit.*, pp. 101-102.

En este caso no se utiliza realmente al menor, sino que se abusa de su imagen o voz manipulada con artificios técnicos.

La pseudo pornografía infantil ha sido clasificada en tres tipos: **1.** Imágenes de cuerpos digitalmente alteradas y sexualizadas, como la imagen de un niño en terno de baño al que se le quita dicha prenda como programas computarizados; **2.** Imágenes separadas en una fotografía, como la mano de un niño sobreimpuesta a un pene de un adulto; **3.** Montaje de fotos, alguna de las cuales representa a un menor y otras tienen contenido sexual<sup>25</sup>.

El legislador ecuatoriano evidentemente tomó como parámetros las definiciones dadas por los instrumentos internacionales para la tipificación e inclusión de la pornografía infantil simulada dentro de este tipo penal.

La Convención de Budapest conceptúa a la pornografía infantil como todo material pornográfico que contenga la representación visual de: a) un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; b) una persona que parezca un menor comportándose de una forma sexualmente explícita; c) imágenes realistas que representen a un menor comportándose de una forma sexualmente explícita. (Art. 9.2).

La Decisión Marco 2004/68/JAI aún va más lejos, definiendo a la pornografía infantil como cualquier material porno-

<sup>25</sup> José Miguel de la Rosa Cortina, *op. cit.*, p. 106.



gráfico que describa o represente de manera visual: i) a un niño real practicando o participando en una conducta sexualmente explícita, incluida la exhibición lasciva de los genitales o la zona púbica de un niño; ii) una persona real que parezca ser un niño practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i); iii) imágenes realistas de un niño inexistente practicando o participando en la conducta mencionada en el inciso i)<sup>26</sup>.

El Convenio de Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, en su Art. 20.2 establece que por pornografía infantil se entenderá todo material que represente de forma visual a un niño manteniendo una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o toda representación de los órganos sexuales de un niño con fines principalmente sexuales.

#### **4.2. Sujetos del delito**

El delito de pornografía infantil tipificado en el Código Orgánico Integral Penal no requiere de un sujeto activo calificado, es decir, puede ser cometido por cualquier persona. El tipo penal no exige ninguna calificación especial de quien comete este delito, basta que adecue su accionar a la conducta típica específica.

No obstante en el tercer inciso del artículo 103 se establece una sanción fuertemente agravada cuando quien comete el

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p. 35.

delito es el padre, la madre, o cualquier persona que tenga una posición de protección frente a la niña, niño o adolescente, imponiéndose una sanción de hasta veintiséis años.

Cuando la persona infractora sea el padre, la madre, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tutor, representante legal, curador o pertenezca al entorno íntimo de la familia; ministro de culto, profesor, maestro, o persona que por su profesión o actividad haya abusado de la víctima, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

En referencia al sujeto pasivo, debe entenderse que la única característica que exige el tipo penal es la edad. Son víctimas de este delito todas las personas menores de 18 años de edad.

En la incorporación de este delito en el año 2005 se distinguían rangos de edad (mayores de 14 y menores de 18; mayores de 12 y menores de 18; menor de 12 o discapacitado). Esta diferencia, en cuanto a las sanciones, basada en rangos de edad, no era consistente ya que la lesividad por el cometimiento de este delito es igual indistintamente de la edad del sujeto pasivo. Es por esto que en el Código Orgánico Integral Penal se la eliminó y actualmente se protege por igual a todos los menores de 18 años. (Es niño o niña, el menor de 12 años y adolescente las personas entre 12 y 18. Art. 4 Código de la Niñez y adolescencia).

Desde una perspectiva de derecho comparado, no ha resultado pacífica la fijación de una concreta edad a partir de la cual entender penalmente relevante el material pornográfico. En

Australia, la legislación sobre pornografía infantil solo se refiere a edades inferiores a 16 años; en Estados Unidos no hay postura uniforme, variando las edades relevantes de un Estado a otro, si bien la legislación federal la cifra en los 18 años<sup>27</sup>.

La Convención de Budapest pese a considerar menor a toda persona de menos de 18 años, deja en libertad a los Estados para que puedan establecer el límite en 16 años. Sobre el aspecto probatorio queda a criterio de los operadores de justicia en identificar los rasgos evolutivos o de desarrollo del menor.

Ahora bien, en los últimos años ha sido de conocimiento público varios casos en los cuales adolescentes comparten fotografías y videos con material relativo a conductas sexuales explícitas tomadas a sí mismos y de manera consensuada con su pareja interviniendo así los dos en el material (“sexting”). En este sentido, ¿Podemos afirmar que se trata de una acción penalmente relevante? ¿Existe lesión a algún bien jurídico protegido? ¿Podemos decir que existe un sujeto activo y un sujeto pasivo perfectamente determinado? ¿Se puede afirmar que hay víctima en esta conducta?, en definitiva, ¿Se configuraría el delito de pornografía infantil?

La Constitución de la República garantiza a todas las personas el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, luego, si dos jóvenes toman la decisión de mantener una relación sexual libre y voluntaria y bajo los mismos parámetros aceptan filmarse o

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 47.

fotografiarse con el solo propósito de mantener esas imágenes para ellos, resultaría claro que no existe una transgresión a un bien jurídico, ya que tanto su libertad como su indemnidad sexual no se verían afectadas por esta práctica que fue mutuamente consentida; no habrían sujetos del delito; razón por la cual, es claro que estamos frente a un conducta sin víctima y por tanto no se configuraría el delito.

Desde un punto de vista eminentemente penal es indudable que quien realiza estas acciones adecúa su conducta al delito de pornografía infantil y podría ser procesado y sancionado, debido a que de la simple lectura del tipo penal se desprende que solamente se requiere la producción del material, sin importar que se trate de una conducta entre adolescentes, que dicha conducta haya sido consentida por ambos y ni siquiera que el material sea objeto de transmisión o difusión a otras personas; basta con filmar o producir un material de esta naturaleza para ser sancionado por el delito de pornografía infantil.

Por último, un problema que puede suscitarse en el proceso penal, es la acreditación de la edad de la víctima, ya que abogados defensores podrían plantear que al no haberse acreditado la edad de la víctima, no existe un elemento que permita declarar la culpabilidad de su cliente y por tanto, al existir duda sobre la culpabilidad, debe ratificarse su estado jurídico de inocencia.

Este hecho no sería un problema cuando la víctima de este delito es notoriamente inferior a los 18 años de edad, por lo que bastaría la constatación por parte del tribunal de las

imágenes para concluir que se trata de un menor y por tanto estaría perfectamente adecuada la conducta al tipo penal. Recordemos que el Código Orgánico Integral Penal establece claramente que los hechos notorios no deben probarse.

Cuando el material se refiere a personas cercanas a cumplir los 18 años de edad y no se puede, por cualquier motivo, identificar a la víctima, se presentaría un problema, ya que se generaría una duda al tribunal, y por tanto, de acuerdo a lo establecido en los principios procesales del Código Orgánico Integral Penal, se debe ratificar el estado de inocencia del procesado.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal se reformó el Código de la Niñez y Adolescencia y entre sus modificaciones se incluyó un artículo que permite la determinación de la edad del adolescente a través de una prueba científica. Si bien no se establece con claridad la experticia para determinar la edad de los adolescentes, las pruebas más aceptadas en la legislación comparada, son los estudios de los huesos (a través de la osificación y el desgaste óseo) y de la dentadura (a través del estudio de la mineralización de los dientes y, también, de su desgaste).

Resulta imprescindible que la Fiscalía General del Estado, a través del Sistema Nacional de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses, emita los diferentes protocolos estandarizados y manuales para la práctica de estas diligencias, ya que revisten una gran importancia a la hora de investigar estos delitos con el único fin de que ninguno de ellos quede en la impunidad.

### 4.3. Bien jurídico

Anteriormente se analizó el debate doctrinario que existe alrededor de cuál es el bien jurídico que se protege con la tipificación del delito de pornografía infantil, concluyendo que se está consolidando el criterio de que es la indemnidad sexual el bien jurídico protegido y diferenciándolo de la libertad sexual en que ésta se basa en la protección del derecho a decidir sobre la propia sexualidad y aquel, en la protección del derecho a formar en libertad tal capacidad de decisión<sup>28</sup>.

La legislación ecuatoriana integra a la pornografía infantil dentro de la categoría de las graves violaciones a los Derechos Humanos y Delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, específicamente en su sección tercera referente a las diferentes formas de explotación; en su redacción reconoce como bienes jurídicos la libertad e indemnidad sexual, puesto de lo que se trata es de proteger penalmente a las personas que carecen de la madurez necesaria para decidir sobre la orientación de su vida sexual. No obstante, debe recordarse que el hecho de que estos tipos penales protejan esencialmente la indemnidad sexual, no se deja de lado otros bienes jurídicos protegidos, especialmente los inherentes a la dignidad de la persona humana.

El artículo 103 sanciona las conductas que afectan directamente a las niñas, niños y/o adolescentes, es decir, aquellas

<sup>28</sup> Fernández Teruelo, Javier, *La sanción penal en la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma de 15/2003*, en José Luis Guzmán Dálbora, Alfonso Serrano Maillo, edit., *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal*, Estudios homenaje al profesor Alonso Serrano Gómez., Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 256.

que se realizan sobre ellos, verbigracia, el fotografiar, filmar o producir. Al realizarse la conducta directamente sobre el menor podemos afirmar categóricamente que el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual.

Las conductas que se tipifican en el artículo 104 se realizan sobre un material ya creado o producido, por lo que la indemnidad sexual, como tipo de daño, no sería el bien jurídico que se protege. En estos casos se protege la indemnidad sexual pero como tipo de peligro, ya que lo que se pretende al sancionar estas conductas es impedir que se siga utilizando a menores y especialmente evitar el peligro de acciones imitadoras por parte de los usuarios de estos materiales.

Por otro lado, no comparto la posición del legislador al incluir en la tipificación del artículo 103 la pornografía infantil simulada. Fernández Teruelo considera que salvando las distancias, sería como castigar el consumo o tráfico de sustancias lícitas e inocuas para la salud por el hecho de que las mismas puedan parecer o simular droga. Sin embargo, este autor considera probable que exista una lesión de la intimidad personal en la medida que se divulgan aspectos relacionados a la imagen o intimidad sexual de los menores<sup>29</sup>.

Boldova Pasamar plantea que este delito puede llegar a constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen, que es susceptible de protección civil, en la medida en que por tal se entiende, entre otras, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen

<sup>29</sup> *Ibíd.*, p. 64

de una persona (sin su consentimiento) para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Por lo tanto, desde el punto de vista de la protección penal sólo puede considerarse estamos ante un peligro abstracto para los bienes jurídicos de los delitos sexuales<sup>30</sup>.

Personalmente considero que al no utilizarse un menor de edad real en la creación de estas imágenes, no se estaría transgrediendo ningún bien jurídico protegido, no existiría lesividad, y por tanto no existe el delito.

Por último, el artículo 104 tipifica como conducta el poseer pornografía infantil. La posesión de pornografía infantil ha generado un extenso debate doctrinario y jurisprudencial, cuyo centro es la ausencia de un bien jurídico protegido y que puede suponer un intento de proteger penalmente una concepción de moral sexual colectiva; también se defiende su atipicidad sobre la teoría del coste menor, por cuanto la posesión de este material supondría un freno en el ciclo sexual de los pedófilos, pues en la medida que se vean satisfechas por esta vías sus necesidades sexuales, se evitarán o reducirán otras conductas de mayor gravedad<sup>31</sup>.

En contraposición a lo descrito, se ha podido definir la gravedad de la posesión de pornografía infantil, en base a un

<sup>30</sup> Boldova Pasamar, Miguel Angel, "Artículo 189", en Díez Ripollés y otros, *Comentarios al Código Penal*, Parte Especial, tomo II, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 531.

<sup>31</sup> Guisado Moreno, Ángela, *El consumo pornográfico infantil en internet, el lado oscuro de la red*, RCE número 81-2007, pp. 3-45, citado por José Miguel de la Rosa Cortina, *Los Delitos de Pornografía Infantil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 90.

Disponible en: [www.unh.edu/.../N-JOV2\\_methodology\\_report.pdf](http://www.unh.edu/.../N-JOV2_methodology_report.pdf), visitada el 24 de junio de 2014.



estudio realizado por la National Juvenile On line Victimization<sup>32</sup>, del cual se desprende que más del 80% de los arrestados por posesión tenían imágenes de menores penetrados sexualmente. Aproximadamente el 21% de los detenidos tenían imágenes de niños soportando esclavitud, actos de sexo sádico y otros tipos de violencia sexual. Más del 39% tenían videos de niños con imagen y sonido. Aunque lo normal es que no llegue a conocerse la identidad de los menores explotados, muchas de esas imágenes son de niños víctima de abusos. Quienes poseen esos archivos, sea para gratificación sexual, curiosidad, como medio para lucrarse o por otras razones, están añadiendo a las penurias de la víctima el trauma de saber que sus imágenes están circulando globalmente en internet sin esperanzas de que pueda ponerse fin a tal circulación<sup>33</sup>.

Independientemente de la posición que se tome en este tema, es importante señalar que para que se constituya el verbo rector poseer debe cumplirse con tres elementos: 1. Una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, dentro de un escenario sexual; 2. Que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, pudiendo excluir cualquier actividad que suponga producción o difusión; 3. Un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente al mantener en sus archivos material pornográfico infantil<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> De la Rosa Cortina, *op. cit.*, p. 96.

<sup>34</sup> *Ibíd.*, p. 102.

#### 4.4. Tipo subjetivo

La pornografía infantil es evidentemente un delito doloso ya que exige, en sus distintas modalidades, que el sujeto activo conozca que los intervinientes son menores de edad. Bajo ningún concepto esta infracción puede ser cometida de manera culposa (imprudencia) ya que el artículo 27 del Código Orgánico Integral Penal señala expresamente que una conducta culposa es punible sólo cuando se encuentre tipificada como infracción en el Código, y en el delito de pornografía infantil no se contempla tal posibilidad.

En cuanto al artículo 103 del Código no se evidenciaría mayor problema, ya que resulta claro que las personas que fotografíen, filmen o produzcan pornografía con estas características conocen la edad de las personas que intervienen y en ese sentido, esta conducta siempre será dolosa.

Para el caso del artículo 104, por el contrario, se debe tener claro que el sujeto activo debe conocer que lo que está publicitando, comprando, poseyendo, transmitiendo, descargando etc., es pornografía en la cual actúan personas menores de 18 años de edad. En este sentido puede darse, en no pocos casos, que una persona procesada por este delito alegue que desconocía el contenido de los videos (encuadrándose en una circunstancia de error de tipo) por lo que el juzgador deberá evaluar las pruebas en su conjunto para determinar si es probable que desconociera el contenido de los archivos o la edad de las personas que intervinieron en las imágenes.

Es importante que se recaben la mayor cantidad de elementos para demostrar el dolo con que actuó la persona procesada, ya que en caso de que se tenga por probable que el autor desconocía que se trataba de menores de edad, la conducta sería atípica y por tanto impune.

Si bien nuestro Código Orgánico Integral Penal no determina una clasificación de dolo, es importante que a través de la jurisprudencia se la establezca, ya que para el caso de varios delitos, incluyendo el de pornografía infantil, basta con que el sujeto activo haya aceptado como probable que se trataba de pornografía infantil para que se configure el delito a través del dolo eventual.

#### **4.5. Punibilidad**

El Código Orgánico Integral Penal presenta una mayor rigurosidad, que el Código Penal derogado, al momento de sancionar estas conductas; así, quien incurre en el delito sancionado en el artículo 103 se le impondrá una pena privativa de libertad de 13 a 16 años (en el 2005 la pena era de seis a nueve años).

Si la víctima sufre algún tipo de discapacidad la sanción es de 16 a 19 años; y la pena se agrava aún más, si quien comete el delito es el padre, la madre, pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, representante legal, curador o pertenezca al entorno íntimo de la familia, el ministro de culto, profesor, maestro, o persona que por su profesión o actividad haya abusado de la víctima, quien tiene el deber de protección para con el menor, en cuyo caso la sanción será de 22 a 26 años.

Para el caso del delito tipificado en el artículo 104 la pena privativa de libertad será de 10 a 13 años. La sanción es inferior a la determinada en el artículo 103 en razón de que, como se manifestó en líneas anteriores, la lesividad es menor ya que no existe una transgresión directa a la indemnidad sexual del menor, porque aquella conducta se la realizó al momento de la creación de la representación y ya no cuando se la importe, exporte, compre, venda, etc.

Adicional a la pena privativa de libertad señalada anteriormente, el sujeto activo del delito de pornografía infantil tendrá una sanción de multa que va desde cuarenta a sesenta salarios básicos unificados al trabajador en general (para el caso del artículo 104) hasta ochocientos a mil salarios básicos unificados del trabajador en general (para el caso en que el sujeto activo es quien el deber de protección frente al menor).

Finalmente es importante resaltar que el artículo 48 del Código Orgánico Integral Penal, determina nueve circunstancias agravantes para aquellos delitos que afecten la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal.

1. Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción, al cuidado o atención en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación u otros similares;
2. Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción en establecimientos de turismo, distracción o esparcimiento, lugares en los que se realicen programas o espectáculos públicos, medios de transporte, culto, investigación, asistencia o refugio, en centros de privación de libertad o en recintos policiales, militares u

otros similares; **3.** Haber contagiado a la víctima con una enfermedad grave, incurable o mortal; **4.** Si la víctima está o resulta embarazada, se halla en la etapa de puerperio o si aborta como consecuencia de la comisión de la infracción; **5.** Compartir o ser parte del núcleo familiar de la víctima; **6.** Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad, de extrema necesidad económica o de abandono; **7.** Si la infracción sexual ha sido cometida como forma de tortura, o con fines de intimidación, explotación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo; **8.** Tener la infractora o el infractor algún tipo de relación de poder o autoridad sobre la víctima, tal como ser: funcionaria o funcionario público, docente, ministras o ministros de algún culto, funcionarios o funcionarias de la salud o personas responsables en la atención del cuidado del paciente; por cualquier otra clase de profesional o persona que haya abusado de su posición, función o cargo para cometer la infracción; **9.** Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión de la infracción.

## 5. Conclusión

Son indiscutibles los avances que ha tenido la legislación ecuatoriana en cuanto a tipificación del delito de pornografía infantil; no obstante, las distintas aristas que convergen en su estructura todavía no han sido lo suficientemente analizadas, imposibilitando así una proyección político criminal del tratamiento de este delito, lo cual a todas luces es un tema imprescindible en la administración de justicia del país.

Estoy convencido, de que es necesario un marco de cooperación interinstitucional interno así como de regulación internacional que favorezca y potencie la colaboración y cooperación entre los países, puesto que por la falta de regulación uniforme, la delincuencia organizada salta de una latitud a otra, recurriendo a la difuminación de la identidad de las personas, permitiendo así una aberrante impunidad.

## 6. Bibliografía

- Boldova, M. A. (2004). *Artículo 189, Comentarios al Código Penal, Parte Especial, tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- De la Rosa, J. M. (2011). *Los Delitos de Pornografía Infantil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fernández, J. (2006). *La sanción penal en la llamada distribución de pornografía infantil a través de Internet y otras modalidades afines tras la reforma de 15/2003*, en Guzmán, J. L. (2006). *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal, Estudios homenaje al profesor Alonso Serrano Gómez.*, Madrid: Dykinson.
- Morales, F. (2008). *El Derecho penal ante la pornografía infantil en Internet*. Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal, No 8, Navarra: Aranzadi.
- Morillas, D. (2005). *Análisis Dogmático y Criminológico de los Delitos de Pornografía Infantil*. Madrid: Dykinson.

- Orts, E. (2004). *Delitos contra la indemnidad sexual, en VVAA, Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Parra, A. V. (2011). *La Pornografía Infantil en la Red, especial referencia a la posesión simple*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Tamarit, J. M. (2002). *La Protección Penal del Menor frente al Abuso y la Explotación Sexual, Análisis de las Reformas Penales en Materia de Abusos Sexuales, Prostitución y Pornografía Infantil*. Navarra: Aranzadi.





# **Algunas consideraciones sobre los delitos de quiebra e insolvencia fraudulenta**

***Randall Moya Valverde***

*Juez del Tribunal Penal de Juicio de San José,  
Costa Rica*

## **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** Descripción de las conductas subsumibles en los tipos penales de Quiebra e insolvencia fraudulenta en el Código Penal de Costa Rica; **3.** Constitución objetiva de los tipos penales de quiebra e insolvencia en Costa Rica y Ecuador; **4.** Consecuencias de las consideraciones penales acerca de la declaratoria de quiebra o concurso civil de acreedores; **5.** Conclusión; **6.** Bibliografía.



## 1. Introducción

En el presente trabajo se analizará la situación actual de los tipos penales de Quiebra e Insolvencia Fraudulenta incluidos dentro del Título VIII denominado Delitos contra la Buena Fe de los Negocios del Código Penal de la República de Costa Rica. Dicho análisis permitirá contar con un fundamento de fondo acerca de las delincuencias tratadas al analizar los aspectos procesales e igualmente nos permitirá observar una serie de situaciones de relevancia en los tipos penales considerados. Los supuestos de hechos de las normas en cuestión cargadas de una gran cantidad de elementos normativos –elementos de interpretación– permitirán fijar una serie de conclusiones de importancia. La exégesis de los delitos indicados relaciona el fundamento doctrinal que será intercalado con resoluciones de las Cámaras más importantes en materia penal en nuestro país.

En igual sentido se hace referencia a la situación de dicha delincuencia en Ecuador fijando algunos aspectos reflexivos sobre la tipología indicada que podrían nutrir el análisis y desarrollo de las figuras mencionadas.

El desarrollo del presente análisis no pretende ser exhaustivo de las figuras en cuestión sino un acercamiento crítico a la realidad costarricense en relación con los tipos penales considerados. En éste orden de cosas en una sección única se analizaran los aspectos comunes de las figuras de quiebra e insolvencia fraudulenta. Con el fin de contar con un panorama claro acerca de las figuras indicadas se establecerán seguidamente una serie de particularidades de este tipo de delitos,

las cuales son compartidas por ambas delincuencias previstas en el Código Penal. Dichos aspectos además servirán para realizar un acercamiento –como se verá– en si estos pueden ser ubicados dentro de lo que se ha denominado como delincuencia económica.

## **2. Descripción de las conductas subsumibles en los tipos penales de Quiebra e insolvencia fraudulenta en el Código Penal de Costa Rica**

Como punto de partida para abordar el estudio ordenado de las delincuencias mencionadas anteriormente debe fijarse cual es su redacción actual. Lo anterior no resulta ocioso. En su lugar partir de lo anterior permite contar –en el desarrollo de la monografía– con una premisa básica y clara que imposibilita –o al menos reduce– los vacíos en las abstracciones que de por sí suelen plantear las fórmulas típicas de los delitos incluidos en los Códigos sustantivos.

En el caso de Costa Rica el delito de Quiebra Fraudulenta y el de Insolvencia fraudulenta se encuentran previstos en el título VIII intitulado Delitos contra la Buena Fe de los Negocios, específicamente en los artículos 238 y 241 del Código Penal respectivamente. Su literalidad es la siguiente:

Artículo 238: Quiebra fraudulenta.

Se impondrá prisión de dos a seis años e inhabilitación para el ejercicio del comercio, de tres a diez años al comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

- 1) Simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos, pérdidas o créditos;
- 2) Sustraer u ocultar bienes que correspondieren a la masa o no justificar su salida o su enajenación;
- 3) Conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor; y
- 4) Haber sustraído, destruido o falsificado en todo o en parte los libros u otros documentos contables, o los hubiere llevado de modo que se hiciera imposible la reconstrucción del patrimonio o el movimiento de los negocios.

Por su parte, el tipo penal de Insolvencia fraudulenta se preceptúa en el artículo 241 cuyo tenor indica:

Artículo 241.-

Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos referidos en el artículo 231.

La indicación de las descripciones típicas de ambos delitos –supuesto de hecho y consecuencia jurídica– en la parte inicial del presente trabajo cumple varios fines entre los que destaca la facilidad para relacionar los planteamientos que de seguido se realizan –en esta primera parte– de aspectos comunes a ambas delincuencias. De seguido ahondamos en lo indicado.

## 2.1. Bien jurídico tutelado

El delito, sea esa infracción grave del orden social, es constituido –siguiendo los postulados de la teoría del delito– a partir de tres estadios distintos cuales son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Sin entrar a analizar cada uno de manera minuciosa, por exceder la presente monografía, es importante indicar que la tipicidad consagra el hecho de que solo las conductas previamente consideradas como contrarias al orden jurídico penal, que se encuentren debidamente descritas en una norma conformada de acuerdo a un procedimiento determinado en el marco del Poder Legislativo –válidas–, serán consideradas a efecto de establecer una pena. El aforismo *nulle crimen nulle pena sine previa lege*, constituye un principio constitucional que se dispone en las leyes penales como el principio de tipicidad. Esto conlleva que solo aquellas conductas que sean subsumibles en una norma penal, específicamente en un tipo penal serán consideradas eventualmente como merecedoras de una pena, luego del recorrido de los estadios de antijuricidad y culpabilidad. Es decir cumplido el supuesto de hecho de una norma su consecuencia jurídica será aplicable, lo cual en el derecho penal se traduce en una pena.

La tipicidad se constituye de elementos objetivos, sea aquellos que constituyen la descripción de la conducta, los cuales señalan cual es la conducta prohibida, así como de elementos subjetivos que son el dolo, es decir el conocimiento y voluntad de realizar un hecho delictivo y la culpa la cual es la infracción a un deber de cuidado que en forma directa causa un resultado que resultaba evitable y previsible. Además de

lo anterior se debe analizar a nivel de tipicidad la lesión a un bien jurídico. Por bien jurídico debemos entender aquel juicio de valor que se realiza sobre una determinada situación de la convivencia social.

Indica Diez Ripolles: “Esas situaciones o relaciones de la realidad social son el sustrato del bien jurídico, sustrato que, cuando se habla en términos globales de bien jurídico en un precepto, sufre un proceso de abstracción o generalización que lo desvincula de sus concretas formas de manifestación; la materialidad ahora no aparece en primer plano por razones meramente lógicas, y no como antes por realizarse su componente valorativo<sup>1</sup>.”

Es posible sostener, sin ánimo de polemizar, que existen una serie de situaciones, bienes, los cuales son previos al Derecho Penal, es decir que ya existían con anterioridad, frente a lo cual el ordenamiento jurídico simplemente se ha encargado de reconocer. Entre ellos se encuentran algunos como la vida la salud, la administración de justicia la propiedad o la fe pública, frente a los cuales el Estado y particularmente el derecho penal debe garantizar.

Dependiendo de la teoría de la pena que se siga, esta garantía puede ser de muy diversa índole: los defensores de la prevención especial quieren evitar que el autor lleve a cabo ulteriores hechos; los representantes de la prevención negativa persiguen la intimidación de otros autores potenciales y la

<sup>1</sup> Diez Ripolles, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, En Revista de ciencias penales, 1998.

versión que es hoy la habitual, la prevención general positiva, considera que lo decisivo es que una constante punición de los hechos en cuestión produce el efecto de fortalecer en la población la convicción de que los bienes son intangibles, o al menos, el efecto de que esta convicción no se erosione<sup>2</sup>.

Partiendo de lo anterior debemos considerar la efectiva causación de manera importante de una lesión o daño a un bien jurídico con el fin de establecer si dicha conducta es eventualmente merecedora de una pena, ya que en caso contrario no debe ponerse en marcha el aparato represivo por la falta de lesividad de la conducta.

Delimitada la importancia de la consideración del bien jurídico en todo delito al momento en que se realiza el análisis correspondiente es necesario establecer de manera previa cual es el bien jurídico en los delitos de quiebra e insolvencia fraudulenta en Costa Rica.

Una parte de la doctrina, entre ellos Bajo Fernández, Bacigalupo Saggese<sup>3</sup> consideran que el bien jurídico tutelado en dichos delitos lo es el derecho de los acreedores a la satisfacción de su crédito. “No se trata, pues, del derecho que tiene el acreedor al cumplimiento de la obligación, sino del derecho a satisfacerse en el patrimonio del deudor por las obligaciones incumplidas”.

<sup>2</sup> Jakobs, Günter, *Que protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma*, Ediciones jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2002. Pp. 9,10.

<sup>3</sup> Bajo Fernández, M, Bacigalupo Saggese S, *Derecho Penal Económico*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2001.



Beneytez en relación con lo anterior considera que el bien jurídico tutelado es de carácter patrimonial y de manera específica lo que considera las legítimas expectativas de un acreedor respecto del cumplimiento de una obligación por el deudor. Indica de manera precisa que:

Hay delitos como el hurto, robo o la usurpación, que se configuran en la descripción típica como privación de esa situación de disponibilidad ( acción de despojo ) que constituye el contenido de determinados derechos de naturaleza real, como el dominio o la posesión. En cambio, hay otros delitos de naturaleza patrimonial en que el núcleo esencial de la conducta típica está constituido por la frustración de las legítimas expectativas de un acreedor respecto del cumplimiento de una obligación por el deudor. Entre éstos últimos deben situarse las distintas formas de la insolvencia punible. La protección y garantía del derecho de crédito tiene su sede natural en el Derecho Privado – con su correlato procesal; el Código Penal se limita, de modo residual y fragmentario, a sancionar aquellas conductas que están dirigidas a hacer ineficaces los medios de protección por el Derecho Privado<sup>4</sup>.

Analizando brevemente la situación en Ecuador el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano incluye los delitos de Insolvencia fraudulenta, Quiebra y Quiebra fraudulenta de persona jurídica –artículos 205, 206, 207– dentro de la Sección Novena, denominada Delitos contra el derecho a la propiedad. En este sentido, se opta por ubicar sistemáticamente

<sup>4</sup> Beneytez, Luis, *Las Insolvencias punibles*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

en una misma Sección sin mayor discriminación criminalidades que atentan contra las dos estructuras básicas del Derecho privado patrimonial, cuales son el derecho real y el derecho de crédito.

Lo anterior por cuanto delitos como el de extorsión, estafa, abuso de confianza, robo, hurto, usurpación o receptación se configuran en su descripción típica como privación de una situación de disponibilidad, sea una acción de despojo, lo cual es el aspecto medular de determinados derechos de naturaleza real como el dominio o la posesión<sup>5</sup>. Ello es claro en el delito de hurto o robo en los que la acción sancionada es el despojo, el desapoderamiento del bien propio por parte de la víctima, o su correlativo apoderamiento ilegítimo de un bien ajeno por parte del imputado, lo cual implica que éste lleve adelante actos de disposición, lo cual determinará a fin de cuentas si nos encontramos frente a un delito tentado o consumado.

En el caso de los delitos de insolvencia o quiebra fraudulentas el elemento esencial de la acción disvaliosa lo es la frustración de las legítimas expectativas de un acreedor respecto del cumplimiento de la obligación del deudor, es decir nos desplazamos al marco de los derechos de crédito.

Es importante mencionar que la ubicación sistemática en el Código sustantivo tiene –como se conoce– un carácter ordenador y no definidor per se del bien jurídico que se tutele en una determinada delincuencia, esto por la existencia en prácticamente todos los hechos delictivos de condiciones

<sup>5</sup> Ibidem.

de pluriofensividad, sea lesión de varios bienes jurídicos. En apoyo de lo anterior Soler<sup>6</sup> sostiene que la inclusión de un delito en un determinado título del Código penal no es más que un medio que el legislador suministra para la interpretación de la figura, ello sin perjuicio del contenido manifiesto de la figura misma. De lo anterior no escapan los delitos en exégesis.

Siguiendo con las consideraciones doctrinarias comparadas sobre el Bien Jurídico, se considera también que el bien jurídico en dichas delincuencias lo es la Economía pública, señalándose en palabras de Bajo Fernández que “la complejidad de las relaciones crediticias y las estrechas vinculaciones al mundo del comercio, especialmente idóneas para producir reacciones en cadena, lo que se trata de proteger al castigar al quebrado es el Orden económico violentado por las conductas contra la buena fe mercantil<sup>7</sup>.”

Tiedemann ha sostenido una postura similar para el caso alemán mencionando que “éste tipo de delitos guardan una estrecha relación con el conjunto del sistema crediticio, pues ahí donde no existe un crédito es difícil imaginarse un concurso, de manera que los delitos regulados en el 283 y ss protegen la economía crediticia como también el interés patrimonial de los acreedores, es decir, un interés en la satisfacción de sus derechos económicos.”

<sup>6</sup> Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973

<sup>7</sup> Bajo Fernández, Op. Cit.

El Código Penal de Argentina regula la Quiebra y la Insolvencia fraudulenta en el Título VI denominado Delitos contra la Propiedad guardando gran similitud como se indicó previamente con la regulación en Costa Rica.

El caso de España resulta interesante toda vez que el régimen de las insolvencias punibles a partir del año 1995 se diferenció en un capítulo aparte dejando de lado la anterior vinculación con formas de defraudación. Lo anterior resulta de importancia para efectos sistemáticos. Sin embargo de la revisión dogmática de los tipos penales se constata que el bien jurídico que se tutela lo es el derecho de crédito igualmente el cual se relaciona con el patrimonio el que constituye la última garantía de derecho indicado. Se diferencia en un aspecto no menor cual es que ahora –a partir de la fecha indicada– nos encontramos frente a modalidades delictivas de peligro y no de resultado como acaecía cuando se encontraban dentro de los delitos de defraudación citados.

De lo dicho se desprende que la forma de administrar el propio patrimonio puede constituir un riesgo para los eventuales acreedores que tienen un legítimo interés en que no se produzca una desintegración del patrimonio que de al traste con su expectativa de que en caso de incumplimiento de la prestación, la misma o su sustitutivo sean ejecutadas mediante el correspondiente proceso judicial<sup>8</sup>.

En Costa Rica dichos delitos se encuentran regulados en el Código Penal dentro del acápite de delitos contra la Buena

<sup>8</sup> Beneytez, Op. Cit.

Fe de los negocios, lo cual es un resabio de doctrina antigua, incluida dentro del proyecto de Código Penal argentino de 1960. El bien jurídico Buena fe de los negocios hace referencia a principios derivados de la buena fe en las relaciones mercantiles, lo cual trae aparejado una actitud de respeto y lealtad entre las partes en relación con una específica situación obligacional.

Indica el Tribunal Segundo Civil Sección Segunda de Costa Rica en la sentencia 00039 de las 16:10 del 28 de febrero de 2006 que:

Al entrar en el estudio de un concepto tan frecuentemente utilizado en el Derecho positivo, conviene distinguir lo que representa el término buena fe, del principio que ésta viene a inspirar. En efecto, mientras aquél no es más que un concepto técnico utilizado por el legislador en la descripción de los más variados supuestos de hecho normativos, éste, el principio general, obliga a todos a observar una determinada actitud de respeto y lealtad, de honradez en el tráfico jurídico, y esto, tanto cuando nos encontramos en el ejercicio de un derecho como en el cumplimiento de un deber<sup>9</sup>.”

Dicho principio establece que el hombre medio cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso en particular sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales.

<sup>9</sup> Diccionario Jurídico Espasa, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 2001, pág 245.

Se habla de buena fe en el entorno de una relación contractual para indicar que el acreedor no debe pretender más de lo que es debido, en atención a los que las cláusulas pre-disponen.

Este principio debe ser parte integrante del mismo proceso de conformación del contrato al no descuidar los actores dar una declaración de voluntad, sin inducir a error a la otra parte por medio de una expresión que no permita percibir su verdadero contenido.

Sin embargo el concepto de buena fe en los negocios tiene una determinación de un carácter macrosocial, ya que desde ésta perspectiva los delitos considerados se relacionan con acciones que desembocan en una reacción en cadena que da lugar a una situación de insolvencia en el entorno económico, lo cual implica un quebrantamiento del sistema crediticio en su totalidad. Lo interesante de esta ubicación sistemática es la falta de consecuencia con algunos de sus postulados, por cuanto de tener dicha delincuencia tal envergadura y superar la simple insatisfacción de los derechos de crédito de los acreedores, debería darse, siguiendo las ideas expresadas por Muñoz Conde<sup>10</sup>, la supresión de una serie de obstáculos de procedibilidad que dificultan la persecución directa de algunos de éstos delitos.

En ésta misma línea Nieto Marin señala que “la existencia del crédito presupone que los agentes económicos que lo

<sup>10</sup> Muñoz Conde, Francisco, Derecho Penal, Parte especial, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010

conceden confieren en que el acreedor va a comportarse de un modo mínimamente sensato, y éste estandar de comportamiento es imprescindible para que pueda funcionar correctamente el sistema crediticio.”

En efecto, para una concepción macrosocial no puede tener mucho sentido que unos hechos de tanta importancia para la economía en su conjunto, queden supeditados en sus persecución penal a una previa declaración civil de la quiebra o concurso obtenida en un procedimiento ejecutivo universal en el que prácticamente solo se ventilan intereses patrimoniales individuales. De todos es sabido, hasta que punto estas previas actuaciones jurisdiccionales obligatorias en la vía civil condicionan la persecución penal de éstos hechos y a veces sirven de obstáculo para la persecución de otros delitos que frecuentemente se dan relacionados con la insolvencia (estafas, apropiaciones indebidas, falsedades documentales, etc ).

Igualmente, un planteamiento macrosocial debería exigir para la consumación de éstos delitos la simple puesta en peligro del bien jurídico institucional “ sistema crediticio “ aunque no se llegara a producir el perjuicio real de los derechos de crédito de los concretos acreedores o no llegara por las razones que sean a ser muy importante.

...A favor de una consideración supraindividual del bien jurídico protegido en estos delitos, habla, sin embargo, el que el crédito no es simplemente la suma de los derechos de los acreedores concretos, sino un instrumento de la economía en su conjunto. Pero no se debe confundir los intereses concretos de los acreedores con el interés en el funcionamiento de la economía

crediticia. Ciertamente el perjuicio de los primeros pone en peligro el interés colectivo, pero lo decisivo en la creación del tipo sigue siendo el interés concreto individualizado, aunque lógicamente con ello se pretende también asegurar el funcionamiento de la economía crediticia en su conjunto<sup>11</sup>.

Con base en lo anterior debemos concluir que si bien en la doctrina de manera mayoritaria el bien jurídico protegido lo es en particular la satisfacción del derecho de crédito de los acreedores, sea un delito contra el patrimonio o contra la propiedad como el caso ecuatoriano, en el caso de Costa Rica dicha protección debe acompañarse necesariamente de una consideración sistemática macrosocial en la cual se consideren la situación general de la buena en las negociaciones en el tráfico mercantil, como punto esencial para lograr un adecuado orden económico crediticio.

En este punto cabe precisar lo que se ha venido delineando previamente; i. La ubicación sistemática que el legislador de a un determinado delito en un Código sustantivo preve un acercamiento acerca del bien jurídico que se tutela efectivamente. Es un primer aspecto a considerar. Sin embargo no es el mismo por sí mismo el único elemento de interpretación sobre dicho punto. Lo anterior por cuanto con la realización del hecho criminal suelen presentarse ofensas a otros bienes jurídicos de importancia, ante lo cual cabe sostener que en todos o en la mayoría de las acciones disvaliosas habrá una lesión a varios bienes jurídicos, sea hablamos de una pluriofensividad

<sup>11</sup> Muñoz Conde, Op Cit. pp.326, 327



delictiva. ii. El caso de los delitos de Insolvencia y Quiebra fraudulenta son un caso claro de ello, en virtud que además de la lesión al patrimonio o la propiedad –protección directa de los acreedores en atención a los alcances del *pars conditio creditorum*– se vulneran otros bienes jurídicos de importancia como lo son el orden socioeconómico, el cual puede verse vulnerado cuando en palabras de Feijoo<sup>12</sup> los efectos lesivos de una quiebra trascienden los intereses patrimoniales de un grupo de acreedores y llega a afectar de manera negativa el Orden de la Economía. Ello será tratado con mayor detalle mas adelante cuando se conteste una interrogante de importancia cual es si esta tipología penal puede ser considerada o no parte de la delincuencia económica.

### **3. Constitución objetiva de los tipos penales de quiebra e insolvencia en Costa Rica y Ecuador**

Conforme se ha indicado, el tipo penal es aquella norma que contiene un supuesto de hecho, precisamente una descripción de una conducta considerada por el Ordenamiento jurídico-penal como disvaliosa, sea contraria al mismo, la cual se conforma de elementos descriptivos y elementos normativos. Los elementos descriptivos son aquellos que cualquiera puede apreciar o conocer en su significación sin mayor esfuerzo. Estos que se ha indicado son susceptibles de captarse por medio de los sentidos, son lo más comunes en las construcciones de las diferentes normas jurídicas penales. Por su

<sup>12</sup> Feijoo Sanchez, Bernardo, *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Editorial BdF, Montevideo- Buenos Aires, 2009.

parte los elementos normativos, son aquellos que al describir la conducta prohibida, para entenderla implican el remitirse a una valoración, a un significado externo, el cual puede encontrarse en una ley o en una consideración particular de un gremio o grupo social, lo cual introduce un elemento de subjetivismo, que es conveniente evitar.

Los delitos considerados por parte de la doctrina como Insolvencias punibles, a excepción de una gran mayoría de otras delincuencias se encuentran basados en elementos normativos. Lo anterior es justificable –en alguna medida– en virtud de ser hechos delictivos que tienen como fundamento una relación cercana con situaciones propias de procesos concursales, lo cual obliga a remitirse a las definiciones establecidas en dichos procesos. En este sentido, según se analizará posteriormente, elementos como comerciante, declaratoria de quiebra, acreedores implican una necesaria valoración con base en lo que al efecto se establece en la normativa comercial o civil. Sin embargo, por otro lado, el exceso en elementos de interpretación o elementos normativos constituye una limitación directa al principio de legalidad penal y el subprincipio de tipicidad, que propugna por una descripción simple –en la medida de lo posible– de las conductas consideradas disvaliosas, de acuerdo con principios de igual importancia como el carácter fragmentario del Derecho Penal o el principio de *Ultima ratio*.

En igual forma, si bien la tutela del patrimonio o la propiedad es un aspecto central en dichas delincuencias, no nos encontramos frente a delincuencias comunes o convencionales sino que las mismas presentan una complejidad importante, por la manera en que las conductas delictivas suceden

en medio del abuso de instrumentos modernos de la vida económica actual, o por la utilización de la empresa para la realización de los hechos delictivos. No en vano los delitos de Quiebra e Insolvencia fraudulenta plantean una serie de vicisitudes en relación con la responsabilidad penal de la persona jurídica así como el representante, administrador o gerente de dichas empresas o sociedades empresariales.

En los artículos referentes a la quiebra fraudulenta así como el delito de insolvencia fraudulenta en el caso de Costa Rica se enumeran una serie de conductas distintas, lo cual permite que el deudor en una sola y misma quiebra o insolvencia ejecute varias de ellas. Por ejemplo, en el delito de quiebra fraudulenta, éste se dará si se simulan o suponen deudas, enajenaciones, gastos, pérdidas o créditos, todo lo cual constituye el inciso 1. del artículo 238 del Código Penal, situación que acaece de igual forma si el encartado además realiza alguna de las conductas del inciso 2. referente a la sustracción u ocultación de bienes o si de igual forma lo que realiza es una concesión de ventajitas indebidas a un acreedor en particular.

Por supuesto que con solamente la realización de una de las conductas indicadas se realiza el tipo penal de comentario sin que haya necesidad alguna en que se realicen varias de las acciones mencionadas para la configuración de alguno de los tipos penales de comentario.

Igual acaece en el caso de que se realicen diferentes acciones en el tiempo, toda vez que una vez establecida la declaratoria de quiebra se acreditará en todo caso un solo delito de quiebra o insolvencia fraudulenta de ser el caso.

Fontan Balestra señala en relación con dicho aspecto que:

La enumeración de conductas distintas hecha por la ley para la quiebra fraudulenta, admite la posibilidad de que el deudor en una sola y misma quiebra, ejecute varias de ellas. Esta pluralidad de hechos queda absorbida por la unidad del delito de quiebra fraudulenta. El artículo 176 se refiere al quebrado que hubiere incurrido en algunos de los hechos que enumera. Ello no significa que para que el delito se configure, se requiera que se incurra en mas de uno; pero si sirve para señalar el carácter de este delito, que absorbe en una unidad delictiva las distintas acciones previstas<sup>13</sup>.

En esta línea de análisis llama la atención la composición de los tipos penales en el Código Orgánico Integral Penal de Ecuador. En el caso del delito de Insolvencia fraudulenta –el cual resulta el tipo penal mas completo de los tres citados, si bien igualmente cuenta con varios elementos normativos o de interpretación, el núcleo típico se constituye a partir de dos conductas que incluyen dos verbos; en una primera situación nos encontramos frente a la simulación de un estado de insolvencia o quiebra el cual tiene un fin ulterior –elemento subjetivo distinto del dolo– eludir sus obligaciones frente a sus acreedores. En una segunda acción la acción típica se constituye con el acordar, decidir o permitir que una empresa –persona jurídica– emita valores de oferta pública o haga oferta pública de los mismos.

<sup>13</sup> Fontan Balestra, Carlos, *Derecho Penal, parte especial*, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1999.

La primera de las conductas indicadas es la que doctrinalmente se acerca más a la acción típica incluida en los delitos de insolvencia o quiebra fraudulenta. Se resalta en este sentido, la utilización de un único verbo que engloba la manera en que podría darse la acción en fraude de acreedores. La misma sin embargo presenta limitaciones que deben ser valoradas con detenimiento, al dejar por fuera una serie de acciones que van más allá de la simulación como lo son la sustracción u ocultamiento de bienes por ejemplo o la concesión de ventajas a cualquier acreedor en detrimento de los demás y en contravención del principio de *pars conditio creditorum* o principio de responsabilidad patrimonial universal. En este sentido si bien es positiva la simpleza en la construcción del tipo penal en un primer acercamiento, debe tenerse el cuidado de, so pretexto de lo anterior, no crear espacios o vacíos de punibilidad como los que se indican. Ello, máxime que analizando las otras dos conductas delictivas, denominada Quiebra y Quiebra fraudulenta las mismas muestran limitaciones de tipología aun de mayor severidad.

En dicho supuesto sería de mayor provecho utilizar un verbo típico que englobe una cantidad mayor de conductas delictivas posibles, como a manera de ejemplo se podría citar el de “alzamiento” previsto en el artículo 257.1.1 del Código Penal español de 1995 o la acción típica de “provocación dolosa de la situación de insolvencia del artículo 260 del mismo cuerpo normativo.

### **3.1. Objeto material de los tipos penales**

Tal y como se denota de los tipos penales de quiebra e insolvencia el objeto material lo constituyen los mismos bienes

del deudor, y mas aun el patrimonio, sea del encartado, del investigado. Este es un aspecto importante de indicar por cuanto según se verá en un momento posterior a diferencia de otras delincuencias en las cuales el hecho delictivo se presenta por la indebida administración de un patrimonio ajeno en el caso presente el hecho punible se da al administrarse de manera fraudulenta el patrimonio propio en perjuicio de sus acreedores.

...la forma de administrar el propio patrimonio puede constituir un riesgo para los eventuales acreedores que tienen un legítimo interés en que no se produzca una desintegración del patrimonio que dé al traste con su expectativa de que, en caso de incumplimiento de la prestación, la misma o su sustituto sean ejecutadas mediante le correspondiente proceso judicial. Las acciones incriminadas en este capítulo son acciones de gestión patrimonial, unas materiales, como la ocultación, y otras jurídicas, como la realización de actos de disposición, que aminoran o desintegran el patrimonio, frustrando su función de garantía<sup>14</sup>.

El patrimonio es prenda común de sus acreedores, según se indica en el artículo 981 del Código Civil de Costa Rica, situación en virtud de la cual todos los bienes responden a excepción de la situación particular de las clausulas de inembargabilidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 292 del mismo Código Civil. El patrimonio desde ésta perspectiva engloba una serie de situaciones activas y pasivas

<sup>14</sup> Beneytez, Op cit.

que tiene un sujeto en un momento dado, lo cual involucra una situación de variables, circunstancial de conformidad con lo preceptuado en el artículo 984 del Código Civil. En este orden de cosas la parte activa responde por los pasivos del patrimonio.

Es de relevancia mencionar que la Sala Tercera –Sala de Casación Penal– de la República de Costa Rica aplica en los delitos de contenido patrimonial la concepción jurídico económica del patrimonio, señalando entre otros en el voto 751 de las 10:54 del 25 de junio de 2004, que “No cabe duda que la concepción jurídico económica del patrimonio es la correcta. Ella permite, por un lado, tener como parte del patrimonio, todas aquellas posiciones económicas de una persona que tengan un valor monetario y por otro lado, excluir del concepto de patrimonio aquellas relaciones patrimoniales sobre las cuales el agente carece de una poder dispositivo jurídicamente tutelado, debido al carácter ilícito o ilegal del negocio jurídico que le dio base.”

En particular la declaratoria de quiebra o del concurso civil de acreedores implica la responsabilidad del deudor por la mala gestión de su propio patrimonio y establece en el proceso penal y a nivel sustantivo las resultas de una máxima propia de los procesos concursales cual es el principio de responsabilidad patrimonial universal o *pars conditio creditorum*. En cita del Tribunal Primero Civil de Costa Rica, en el voto 00151 de las 07:55 minutos del 01 de marzo de 2006 éste indicó que “conforme al mismo todos tienen la misma condición frente al deudor común. Ello impide realizar ejecuciones de manera individual y beneficiarse de los efectos de un embargo particular,

en tanto que el patrimonio del deudor queda sujeto, en virtud del citado principio, a la ejecución colectiva.”

En relación con dicho aspecto se ha analizado si en el caso de las delincuencias en análisis podríamos encontrarnos ante una situación de prisión por deudas, lo cual debe desecharse. Simplemente lo que está acaeciendo en este caso es un afianzamiento de un derecho de crédito con que cuentan los acreedores que lo han visto desmejorado en virtud de la acción del deudor.

Parafraseando la postura de la Sala de Casación Penal de Costa Rica sobre este punto, –en el voto 1495-1997– se concluye que la disponibilidad de los bienes de una persona no resulta ser de carácter irrestricto, maxime en determinadas situaciones. Aun en casos en que no se haya dado un bien determinado en garantía de una obligación o deuda específica en aplicación del principio de responsabilidad patrimonial universal éste responde por las deudas de su titular. Al patrimonio se le asigna la función de constituir la última garantía del derecho de crédito y si el mismo es disminuido intencionalmente se está a su vez –en casos como los de análisis– defraudando la expectativa, la potencialidad de pago al acreedor.

El alzamiento de bienes, la quiebra y el concurso, en sus diversas modalidades son, pues, los tipos delictivos que el Código Penal contiene para, en casos límite, afianzar el derecho de crédito y con ello el cumplimiento de la obligación. No tiene, pues, otra finalidad que culminar el dispositivo de garantías que el Ordenamiento jurídico privado prevé para asegurar el intercambio de bienes y servicios entre particulares



a través de una estructura jurídica que es la relación jurídica obligacional<sup>15</sup>.

Lo anterior resulta importante de determinar con el fin de fijar el panorama de los tipos penales en análisis, debiendo considerarse la relación que en el caso particular existe entre el objeto material y la necesaria satisfacción de los derechos del acreedor, concluyéndose una correlación entre el proceso concursal liquidatorio y el carácter fragmentario del derecho penal en este caso en particular.

### **3.2. Acerca de la autoría en los delitos de quiebra e insolvencia**

En relación con la autoría nos encontramos frente a un delito especial propio, por cuanto solo podrá ser sujeto activo de los delitos de insolvencia y quiebra fraudulenta un sujeto con características particulares, es decir el deudor. Si bien de la nomenclatura de los tipos penales no se indica de manera expresa la palabra deudor, detrás de los conceptos de comerciante declarado en quiebra o no comerciante concursado civilmente referente a los delitos de quiebra e insolvencia respectivamente, se encuentra la figura de un deudor que realiza gestiones o acciones indebidas con su patrimonio con el fin de no responder a las deudas que tiene con sus acreedores.

Con lo anterior se concluye que solo podrá ser autor de las delincuencias indicadas el sujeto que además de ser

<sup>15</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, Revista Penal, Barcelona, enero 1998.

considerado deudor ha sido declarado en quiebra o concurso civilmente.

En el análisis de cada uno de los tipos penales se deberán definir las particularidades de deudor en caso de que nos encontremos ante una quiebra o un concurso civil de acreedores, resultando importante conocer la especificidad de la condición del sujeto activo.

Lo anterior ya que la diferencia en Costa Rica, y sobre lo cual existe acuerdo doctrinal, entre la aplicación de la quiebra o el concurso civil de acreedores será que el imputado sea comerciante o no. En este sentido, si la situación de insolvencia o cesación de pagos sucede en el caso de un comerciante el instituto comercial aplicable lo será la quiebra. En el caso que esto acaezca con un sujeto no comerciante nos encontraremos frente al concurso civil de acreedores

Ello conlleva la necesidad de establecer que se entiende por comerciante. El concepto de comerciante se encuentra preceptuado en el artículo 5 inciso a. Del Código de Comercio de Costa Rica, el cual indica que: “Son comerciantes: Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual”.

Se dice que comerciante será el que ejerza actos de comercio, lo cual nos lleva a la teoría de los actos de comercio del Código de Comercio y a la discusión acerca de la posible analogía en la interpretación de lo que debe entenderse por acto de comercio. En todo caso siguiendo lo que indica Mora Rojas tenemos que:

Hay algunas reglas de derecho comercial que se aplican por accesoriedad, se parte de un concepto subjetivo de comerciante y una vez que se ha establecido este concepto subjetivo hay ciertos actos que son comerciales precisamente por que son realizados por comerciantes: es mas, hemos visto que el criterio de accesoriedad en cuanto a los actos de comercio en último término dice que "los actos entre comerciante se presumen comerciales"<sup>16</sup>.

De ésta forma, a manera de conclusión el concepto de comerciante se adquiere por la realización de actividades que en la mayoría de los casos tiene un referente de lucro de intermediación para obtener algun beneficio patrimonial.

Un aspecto de mucha importancia en las delincuencias en análisis lo es la posibilidad de que el sujeto activo sea una persona jurídica. No es alejado pensar que en muchos de los casos en que se presenta una situación de quiebra o concurso civil de acreedores el deudor es una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, en síntesis una persona moral o jurídica.

Lo anterior trae como consecuencia una serie de posibles inconvenientes al momento de establecer la responsabilidad penal. En primer término por la reticencia en muchos de los Códigos sustantivos latinoamericanos principalmente a incluir sanciones penales para las personas jurídicas.

<sup>16</sup> Mora Rojas, Fernando, *Introducción al derecho comercial*, Editorial Juritexto, San José, 2003.

Tradicionalmente, se considera que tampoco pueden ser sujeto de una acción penalmente relevante, aunque si pueden serlo en otras ramas del ordenamiento jurídico, las personas jurídicas, (“societas delinquere non potest”). Desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de culpabilidad y de pena exige la presencia de la voluntad, entendida como facultad síquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho le atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales.

En este sentido la responsabilidad penal se dirige hacia el mandatario, administrador, gerente de la entidad societaria que haya causado el hecho delictivo. Lo anterior implica una valoración minuciosa para responsabilizar penalmente a la persona física solo en aquellos casos en que se pueda determinar el nexo causal en la realización del hecho delictivo y no simplemente por detentar la representación o administración en una persona jurídica.

En un segundo aspecto porque a partir del principio de tipicidad y en atención al carácter especial de la autoría - delito especial propio - en estas delincuencias, el carácter de comerciante deberá existir igualmente en el caso de la persona física, tratándose del delito de quiebra fraudulenta. Si ello no se establece en su caso en específico faltaría un elemento objetivo de tipicidad que imposibilitaría la responsabilidad penal citada.

En algunos casos, e independientemente del problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no es posible, sin embargo, directamente castigar a las personas físicas

que actúan en nombre de las personas jurídicas, porque algunos tipos de delitos exigen determinadas cualidades personales (deudor, obligado a pagar impuestos), que no se dan en tales personas físicas, sino en las jurídicas en cuyo nombre actúan.

Indica Muñoz Conde que para evitar estas indeseables lagunas de punibilidad, el legislador puede optar por una doble vía: o sancionar expresamente en los tipos delictivos donde más se den estos casos a las persona físicas que actúan a nombre de las jurídicas (gerentes, administradores, etc) o crear un precepto general que permita esta sanción en todos los casos donde ocurran problemas de este tipo<sup>17</sup>.

En el caso de Costa Rica, analizando las delincuencias de reiterada cita en relación con éste ultimo punto, el artículo 240 del Código penal salda el tema recurriendo a la existencia de un precepto general permitiendo así la imposición de una sanción penal a aquellos que se desempeñen como directores, administradores, gerentes, apoderados, o liquidadores de una sociedad mercantil declarada en quiebra, ampliando el espectro punitivo inclusive a aquellos que sean tutores o curadores que ejerzan el comercio en nombre de menores o incapacitados.

Por su parte en el caso de Ecuador el artículo 207 referente a lo intitulado Quiebra fraudulenta de persona jurídica incluye como sujetos activos en dicho caso al director, administrador, gerente, contador o tenedor de libros. Desde ésta perspectiva

<sup>17</sup> Ibidem.

cubra el vacío de punibilidad que podría presentarse ante los supuestos que los mismos no sean comerciantes o deudores.

Si es de mencionar que la estructura típica es confusa en cuanto a la inclusión del verbo típico “cooperar” con el elemento accesorio “en su ejecución”. La cooperación en la ejecución de que aspecto en concreto? Cooperación o ejecución de la quiebra de una sociedad acaso? Este aspecto plantea problemas en su redacción. Un primer acercamiento a un tipo penal es su lectura y consideración como lo que es, una frase, una oración. El carácter coercitivo en virtud de los alcances de validez y eficacia de la norma es un aspecto que se suma y del cual deriva todo el desarrollo de los principios de legalidad criminal y demás. Sin embargo la interpretación del precepto penal debe partir de lo más simple, de su lectura, de lo que de la misma se pueda colegir. Lo anterior de previo a la realización de una interpretación que pueda ser auténtica, etimológica, sistemática o similar.

En este sentido, la norma indicada, prevista en el artículo 207 del Código orgánico integral penal ecuatoriano presenta limitaciones serias. La cooperación en la ejecución de una quiebra no debería ser considerada delictiva. Nótese que se habla de quiebra de una sociedad o de una persona jurídica. Sin embargo en su supuesto de hecho no hay alguna indicación que precise que dicha colaboración o cooperación no es en atención a una quiebra en fraude de sus acreedores, no se hace mención de una quiebra fraudulenta. El instituto de la quiebra tiene un fundamento jurídico comercial lícito por sí mismo que busca garantizar una distribución lo más equitativa posible en relación con las acreencias del deudor, que lejos

de defraudatorio mas bien tiene un carácter de cumplimiento de los alcances del *pars conditio creditorum*.

Podría acaecer que la redacción del artículo 207 al hablar de quiebra lo haga en referencia al tipo penal que le antecede así intitulado como “quiebra” en el artículo 206 del mismo Código sustantivo. Sin embargo de ser así estaría ello obedeciendo a una mala técnica legislativa. Además tratándose el término quiebra de un elemento normativo o de interpretación la fuente primigenia del mismo deberá ser la normativa comercial en primer término, del cual deriva.

#### **4. Consecuencias de las consideraciones penales acerca de la declaratoria de quiebra o concurso civil de acreedores**

Un aspecto de necesario análisis lo es la declaratoria de quiebra en el caso del tipo penal de quiebra fraudulenta o el concurso civil de acreedores en el caso de la insolvencia fraudulenta en Costa Rica.

La declaratoria de quiebra o concurso civil tiene incidencia directa en la calificación particular del autor de cada una de las delincuencias al requerir éste ser en el primero de los casos comerciante declarado en quiebra y en el segundo no comerciante concursado civilmente.

El tipo penal de quiebra fraudulenta indica en el artículo 238 del Código Penal que la pena de prisión e inhabilitación ahí consideradas se impondrá al comerciante declarado en

quiebra que, en fraude de sus acreedores, realice algunas de las acciones que se describen en la norma. Asimismo en el caso de la insolvencia fraudulenta se indica de igual manera que la sanción se impondrá al no comerciante concursado civilmente.

La declaratoria de quiebra se encuentra prevista en el artículo 851 al 863 del Código de Comercio, siendo precisamente en este último en el cual se determina los requisitos que dicha resolución deberá contener.

La declaratoria de quiebra atiende a la culminación de un proceso previo de verificación de una serie de requisitos necesarios para su decreto. Lo anterior en virtud de que en dicha declaración conlleva una serie de repercusiones a nivel social y económico. Importante es establecer que en nuestro país se sigue el sistema denominado materialista según el cual con solo la cesación de pagos de una obligación se puede solicitar la declaratoria de quiebra. En atención a un fin de conservación de la empresa sin embargo se denota una atenuación de dicho principio establecido mediante el requerimiento de pago al deudor una vez presentada la solicitud de quiebra del acreedor.

En este sentido el Tribunal Segundo Civil , Sección Segunda señala en el voto 00102 de las 9:45 del 20 abril de 2004 que:

VII. Este presupuesto de fondo hace referencia a la situación patrimonial del sujeto que podría dar lugar a un proceso concursal liquidatorio y en la quiebra está determinado por lo que en doctrina se conoce como la



cesación de pagos. En relación con este punto la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en la resolución número 92 de las 9:05 horas del 7 de mayo de 1993, dijo: “...Al respecto, la antigua Sala II Civil, en la resolución N° 569 de las 14:40 horas del 11 de noviembre de 1971, expresó: “El Código de Comercio se inspira en la simple cesación de pagos para la declaratoria de quiebra, pues el artículo 851 párrafo b), dispone que aquélla procede cuando el deudor deje de pagar una o varias obligaciones vencidas. No hace pues, ninguna distinción entre la cesación de pagos aparente y la que responde a una insolvencia, esto es, a la cesación de pagos real...”. VIII. En el mismo sentido este Tribunal y Sección, en voto número 63 de 9:30 horas del 5 de marzo de 1996, expresó: “...Al menos así ocurre en nuestra legislación mercantil, que ha adoptado el sistema llamado materialista, que es rígido y en donde basta incumplir una sola obligación para que se considere que hay cesación de pagos...”. En cuanto a este aspecto de la teoría materialista del concepto de cesación de pagos, la doctrina ha dicho que “...los teorizantes materialistas han identificado el concepto “cesación de pagos” con el “incumplimiento”, de donde resulta: quien incumple el pago de obligaciones está en “cesación de pagos”. Esta es la manifestación externa de su situación financiera, es el único hecho revelador notorio, que importa, para que la vida del comercio se desarrolle normalmente, sin sobresaltos. (Sobre el punto consúltese SANGUINO SÁNCHEZ, Jesús María. Cesación de Pagos en los Procesos Concursales. Primera Edición, 1982, Ediciones Librería del Profesional, Colombia, pág. 67) IX. El requerimiento es la figura utilizada por el juzgador en la averiguación previa a la apertura del concurso civil de acreedores o declaratoria de quiebra,

a fin de determinar si el deudor se encuentra en estado de insolvencia patrimonial, o bien, ha cesado en sus pagos según corresponda. X. Nuestra legislación no tiene previsto la realización del requerimiento de pago, en la quiebra, como sí lo contempla para el concurso civil de acreedores en el numeral 760 del Código Procesal Civil, sin embargo se ha establecido jurisprudencialmente que atendiendo a las consecuencias económicas y sociales que depara el instituto de la quiebra y siendo la cesación de pagos uno de los presupuestos de fondo del mismo, resulta necesario requerir de pago al deudor, no así prevenirle la presentación de bienes, por lo que la aplicación del citado artículo 760 se hace en cuanto a la posibilidad de efectuar el requerimiento mas no en cuanto a la forma de hacerlo.

No debe dejarse de lado que aunque dicha posición jurisprudencial sea la mayoritaria en la actualidad, es importante analizar hasta que punto el no pago de una obligación debería implicar la quiebra de una empresa, ya que mas bien deberíamos hablar, de manera similar al caso del concurso civil de acreedores de un “estado permanente” que impide hacer frente a las obligaciones crediticias. Lo anterior en virtud de que el hecho de que se haya dado el no pago de una obligación no constituye por su mismo un estado permanente de insolvencia, y en este sentido al ser transitorio, debería superarse mediante otros mecanismos, de tratamiento de la empresa.

Centrándonos nuevamente en el tema tratado, precisamente el artículo 851 del Código de Comercio indica cuales son los casos cualquiera de ellos en que procede la quiebra, mencionándose casos de cesación de pagos como se ha indicado, cuando lo pida el deudor, cuando el deudor se oculte o

se ausente sin dejar a nadie al frente de su empresa, cuando haga cesión total de sus bienes a favor de uno o varios de sus acreedores o cuando recurra a expediente ruinosas, fraudulentos o ficticios para dejar de cumplir sus obligaciones entre otras.

Lo relevante para efectos penales de la declaratoria de quiebra es el establecimiento de un requisito objetivo para considerar una conducta realizada por un comerciante.

Constituye dos aspectos esenciales; por un lado que el delito de quiebra fraudulenta necesaria la declaratoria de que existe una quiebra y por otro lado que el imputado es efectivamente el deudor comerciante que ha sido declarado en dicha condición.

Similar situación acaece en el caso del delito de Insolvencia fraudulenta, previsto en el artículo 241 del Código Penal, en el cual se requiere que el deudor no comerciante esté concursado civilmente por sus acreedores.

En este tipo penal igualmente se debe decretar el concurso civil de acreedores para considerar eventualmente la existencia del delito de insolvencia fraudulenta y de igual forma el autor no debe ser comerciante y ser quien fue concursado civilmente.

La diferencia entre la quiebra es que el concepto de insolvencia que se maneja a nivel civil hace referencia a una situación conjunta no pago de varias obligaciones lo cual excede el ámbito material de la cesación de pagos considerado

en nuestro país. Se indica que debe establecerse un estado permanente y no transitoria de cesación de pagos en virtud de lo cual el deudor no pueda hacer frente con sus activos a sus deudas o pasivos. En atención a lo anterior la situación del concursado civil es mas benévola que la del comerciante declarado en quiebra por cuanto para dicha declaratoria se requiere la comprobación de una incapacidad para afrontar sus obligaciones que va mucho mas allá de la falta de liquidez. Indica Vives Anton en este sentido que “la insolvencia, entonces, equivale a una desproporción entre las deudas u obligaciones exigibles y los bienes y derechos realizables, desequilibrio que se traduce en una insuficiencia patrimonial para afrontar satisfactoriamente el cumplimiento de las obligaciones contraídas y que desemboca generalmente en una imposibilidad de pago de las deudas pendientes<sup>18</sup>.”

La anterior exégesis somera acerca de la declaratoria de quiebra y concurso civil no está de mas, sino que por el contrario busca dejar las bases de un aspecto de mucha importancia, cual es la consideración acerca de si la declaratoria de quiebra es una condición objetiva de punibilidad o un elemento objetivo del tipo penal, respuesta que lleva a diferentes soluciones, sea que se adopte una u otra posición.

Al efecto menciona Marull:

...que las posiciones en principio son dos, quienes sostienen que la declaración de quiebra es una condición

<sup>18</sup> Vives Anton, Tomás, *Los delitos de alzamiento de bienes*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

objetiva de punibilidad ( entre los que se encontraban Jiménez de Asua y Soler y actualmente es mantenida por Tozzini ) sin la cual no puede haber proceso por falta de sujeto procesal legalmente definido y quienes afirman que la declaración de quiebra es un elemento integrante del tipo objetivo<sup>19</sup>.

#### **4.1. La declaratoria de quiebra o concurso civil de acreedores como condición objetiva de punibilidad**

Los que propugnan por esta posición indican que dicha declaratoria es el estado mediante el cual se adquiere la condición jurídica de quiebra, lo cual conlleva a establecer que sin la misma no hay quiebra, adquiriendo la misma efectos constitutivos.

Con base en lo anterior, solamente podría iniciarse un proceso cuando se cumpla con dicho requisito de manera previa. Lo anterior podría llevar al absurdo de no considerar las acciones previas a la declaratoria de la quiebra como eventualmente constitutivas del tipo penal de quiebra o insolvencia fraudulenta. Esto no resulta conteste con la normativa nacional por cuanto no se observa ninguna imposibilidad para presentar una denuncia por el delito de quiebra fraudulenta sin que se haya declarado la quiebra.

Un caso de dicha situación sería aquel en que el ofendido, acreedor insatisfecho con su crédito por parte del deudor

<sup>19</sup> Marull, G, *Punibilidad de la quiebra fraudulenta, ¿ Confirmación de la selectividad del sistema?*, recuperado en: [www.derechopenalonline.com/index .php](http://www.derechopenalonline.com/index.php).

a quien denuncia, haya presentado previamente la solicitud para la declaratoria de quiebra sin que haya declaratoria aun. Igualmente el caso en que si bien se ha declarado la quiebra la misma aun no se encuentra firme.

#### **4.2. La declaratoria de quiebra o concurso de acreedores como elemento objetivo del tipo**

La declaratoria de quiebra constituye un elemento objetivo del tipo penal, necesario para determinar la tipicidad de la conducta desde el punto de vista objetivo. En este sentido si una vez diligenciada la causa penal no se acredita que exista una declaratoria de quiebra el hecho es atípico. Lo anterior podría generar un problema a nivel práctico en nuestro país. El artículo 297 inciso a. Del Código Procesal Penal establece que el fiscal en su valoración inicial podrá desestimar la causa penal si consideran que los hechos son atípicos. Si se presenta una denuncia por parte de un acreedor insatisfecho, pero al momento de su presentación aun no consta la declaratoria de quiebra, la cual constituye un elemento objetivo del tipo penal podría optarse por la desestimación de la causa penal, lo cual si bien no cierra el proceso de manera permanente si archiva de manera momentánea la continuación de la investigación.

Desde esta perspectiva si bien es claro que la denuncia por el delito de quiebra fraudulenta podría presentarse, la posibilidad de desestimar la causa podría tornar en nugatoria al menos de manera temporal la situación particular del acreedor. Con base en lo anterior la determinación establecida en el artículo 871 del Código de Comercio que señala que es

hasta después de que se declare la quiebra que se ordenará poner tal situación en conocimiento del Ministerio Público a efecto de que inicie la investigación, resulta congruente entre el ordenamiento civil y el penal, lo cual trae aparejado dos situaciones importantes: 1. Si es hasta la declaratoria de quiebra que se remite los autos a la Fiscalía, habiéndose cumplido con el elemento objetivo del comerciante declarado en quiebra se asegura que al menos de plano no se archive la causa penal mediante la desestimación preceptuada en el artículo 282 del Código Procesal Penal en relación con el artículo 297 del mismo cuerpo instrumental y 2. Dentro del proceso concursal liquidatorio es posible que luego de presentada la solicitud de quiebra se haga requerimiento de pago al deudor, y de cumplir con los extremos de las obligaciones cesadas no se decretaría la quiebra, por lo cual no tendría sentido presentar una proceso penal en el cual no se haya decretado la quiebra, a espera de la misma, si esta por diversas razones, como la mencionada no se va a decretar.

El considerar que la declaratoria de quiebra es un elemento objetivo del tipo nos lleva a una nueva discusión doctrinal en el sentido de si es elemento objetivo del autor o del hecho. Se ha indicado que si es del autor entonces solo podrán perseguirse aquellas acciones en la cuales participe un comerciante declarado en quiebra, lo cual nos lleva a establecer que será hasta que se de dicha declaratoria y no ningún acto anterior a la misma la que pueda ser sancionada. En nuestro caso, dicha situación implicaría que solo aquellos hechos posteriores a la declaratoria de quiebra o a la insolvencia fraudulenta podrán ser subsumibles en el tipo penal de comentario, ya sea la quiebra o la insolvencia fraudulenta.

Sin embargo analizando el tipo penal del artículo 238 y 241 del Código Penal en Costa Rica se debe establecer de manera clara que la declaratoria de quiebra es un elemento objetivo del tipo referente al hecho lo cual nos permitirá considerar conductas delictivas establecidas en los artículos indicados tanto anteriores como posteriores a dicha declaratoria.

Siguiendo lo señalado por Marull:

Los autores que han expresado ésta última postura sostienen que la calidad de declarado en quiebra es un elemento integrante del tipo objetivo referido al hecho en palabras de Rafecas, o es un elemento integrante del tipo circunstancial del tipo que determina el sector antijuricidad penalizado por él, en palabras de Creus, coincidiendo todos en que esta categorización no impediría la imputación y persecución de los hechos fraudulentos anteriores a la declaración de quiebra<sup>20</sup>.

Dicha posición es mantenida por la Sala Tercera en el voto 476 de las 8:35 del 16 de octubre de 1992 indicando que:

Ahora bien, del estudio del fallo se aprecia que se demostró que con anterioridad a la declaratoria de quiebra, los encartados [...] en su condición de representantes y administradores de la sociedad [...], así como [...] en calidad de cómplice [...], realizaron actos fraudulentos tendientes a perjudicar a sus acreedores, ignorándose el destino de sumas millonarias que culminaron con la quiebra de la empresa. Al respecto, Carlos Creus

<sup>20</sup> *Ibidem*.



estima, que "la quiebra fraudulenta constituye una verdadera defraudación a los acreedores, porque las acciones típicas que constituyen el delito están destinadas a disminuir ficticia o realmente el patrimonio del deudor con respecto a la masa de acreedores...los hechos deben ser realizados por el agente en fraude de cualquiera de sus acreedores...la expresión fraude está tomada en su sentido original de engaño; el engaño se determina aquí por la simulación del pasivo o la simulación del activo o por la disminución subrepticia del acervo patrimonial a espaldas de los acreedores o de alguno de ellos. Lo cierto es que, a raíz de los hechos, los acreedores deben encontrarse, en un momento dado, con que el patrimonio que es su garantía común, no posee la capacidad de solvencia que se podría haber esperado" (Creus, Carlos. Derecho Penal, parte especial. Buenos Aires, Editorial Astrea, tomo I, 1983, páginas 547 a 549). Para concluir, debe resaltarse que los actos fraudulentos con el objeto de disminuir el patrimonio, pueden ser anteriores o posteriores a la declaratoria de quiebra, ya que dicha declaratoria lo que viene a hacer, es a completar el tipo penal.

A dicha fundamentación debe aunarse un argumento importante cual es la redacción de la norma como elemento objetivo de interpretación de ésta. En la misma, según se observa, tanto en el artículo 238 como en el 241 se establece que el verbo lo es en pasado al indicar el que "hubiere", lo cual nos permite concluir que hace referencia a los hechos en los que incurre antes de la declaración formal de quiebra. A esto se debe sumar una observación del sentido común que indica que en la generalidad de los casos las maniobras tendientes a defraudar a los acreedores en una proceso falencial se realizan antes de la declaración formal de la quiebra.

De ésta manera se han considerado una serie de aspectos de importancia en los tipos penales de quiebra e insolvencia fraudulenta. Los alcances del desarrollo del presente estudio se han delimitado para cumplir con las exigencias prefijadas y no exceder de forma alguna en su cometido.

## 5. Conclusión

A manera de conclusión, es importante tener claro la importancia de dicha delincuencia de cara a la protección del patrimonio o la propiedad del acreedor que espera no ver deteriorado su crédito por la acción deliberada del acreedor. Los alcances de lo anterior exceden dicha protección individual de un deudor en concreto y mas bien se nutren de la protección directa o indirecta de otros bienes jurídicos como lo son aquellos que tutelan intereses supraindividuales como el orden socioeconómico. Lo anterior va de la mano de una concepción amplia del delito económico, el cual mas alla de la sola tutela de intereses supraindividuales mas bien se dirige hace la protección de bienes o intereses patrimoniales en un primer lugar y en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación del mercado.

## 6. Bibliografía

- Bajo Fernández, M, Bacigalupo Saggese S, *Derecho Penal Económico*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2001.

- Beneytez, Luis, *Las Insolvencias punibles*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000.
- Diez Ripolles, José Luis, *La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista*, En Revista de ciencias penales, 1998.
- Feijoo Sanchez, Bernardo, *Cuestiones actuales del derecho penal económico*, Editorial BdF, Montevideo- Buenos Aires, 2009.
- Fontan Balestra, Carlos, *Derecho Penal, parte especial*, Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1999.
- Jakobs, Günter, *Que protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma*, Ediciones jurídicas Cuyo, Buenos Aires, 2002.
- Marull, G, *Punibilidad de la quiebra fraudulenta, ¿ Confirmación de la selectividad del sistema?*, recuperado en: [www.derechopenalonline.com/index .php](http://www.derechopenalonline.com/index.php).
- Muñoz Conde, Francisco, *Cuestiones dogmáticas básicas en los delitos económicos*, Revista Penal, Barcelona, enero 1998.
- Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal, Parte especial*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010
- Mora Rojas, Fernando, *Introducción al derecho comercial*, Editorial Juritexto, San José, 2003.

- Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1973
- Vives Anton, Tomás, *Los delitos de alzamiento de bienes*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

# **Delitos contra el honor y su colisión con la libertad de expresión**

**(Especial mención a la calumnia)**

***Felipe Rodríguez Moreno***

*Docente en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*

*Abogado en libre ejercicio*

## **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** La calumnia; **3.** Libertad de información y expresión; **4.** Exceptio veritatis en el delito de calumnia; **5.** Causa de justificación en el delito de calumnia; **6.** Conclusión; **7.** Bibliografía.



## 1. Introducción

Los delitos contra el honor son seguramente los delitos más difíciles de analizar por lo discrecional y sublime de su bien jurídico protegido, pero además, porque al ser un derecho humano constitucionalmente reconocido por el Ecuador, es un derecho que cuando se vulnera es casi siempre a causa del ejercicio de la libertad de expresión o de información de un tercero, lo que conlleva a una colisión de derechos constitucionales que el Juez se ve obligado a resolver y que con este análisis pretendo darle al juzgador las mínimas herramientas para la resolución de este conflicto.

Para esto, empezaré por desentrañar los elementos constitutivos del delito de calumnia, analizando su complejo bien jurídico protegido, pero sobre todo, el espinoso tema de la *exceptio veritatis* y finalmente la existencia innegable, para determinados casos, de una causa de justificación, que adelanto, es el legítimo ejercicio de un derecho.

## 2. La calumnia

El delito de calumnia toma recién este nombre -pese a que en el resto de países este siempre fue el nombre- con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal. Previo a la norma vigente, cuando estaba vigente el código penal de 1971, la calumnia se denominaba *injuria calumniosa* y su alter ego era la *injuria no calumniosa*<sup>1</sup>. Ahora, la *injuria calumniosa* es

<sup>1</sup> Código Penal de 1971. Derogado. Ecuador. Art. 489.- La injuria es: Calumniosa,

delito y se denomina calumnia y la injuria no calumniosa es contravención y se denomina injuria.

Así, el delito de calumnia está tipificado en el Art. 182 del Código Orgánico Integral Penal con el siguiente tenor literal:

Art. 182.- Calumnia.- La persona que, por cualquier medio, realice una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

No constituyen calumnia los pronunciamientos vertidos ante autoridades, jueces y tribunales, cuando las imputaciones se hubieren hecho en razón de la defensa de la causa.

No será responsable de calumnias quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de un delito que hubiere sido objeto de una sentencia ratificatoria de la inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo.

No habrá lugar a responsabilidad penal si el autor de calumnias, se retractare voluntariamente antes de proferirse sentencia ejecutoriada, siempre que la publicación de la retractación se haga a costa del responsable, se cumpla en el mismo medio y con las mismas características en que se difundió la imputación. La retractación no constituye una forma de aceptación de culpabilidad.

cuando consiste en la falsa imputación de un delito; y, No calumniosa, cuando consiste en toda otra expresión proferida en descrédito, deshonra o menosprecio de otra persona, o en cualquier acción ejecutada con el mismo objeto.



### a. Bien jurídico protegido

Las relaciones jurídicas originan derechos subjetivos a favor de las personas que en ellas intervienen. Dado que el honor, la intimidad y la propia imagen son derechos subjetivos, su titular puede reclamar su respeto general hacia los mismos y, además, recabar la tutela jurídica que resulte adecuada cuando sufra cualquier tipo de lesión a sus intereses dignos de protección<sup>2</sup>. Es por esto que resulta imprescindible entender el concepto del «honor».

Esta clase de derechos, entre los que se encuentra el honor, en palabras de O´Callaghan son el “poder que el ordenamiento jurídico concede a la persona para la autoprotección de los intereses más inherentes a la misma, en su aspecto tanto material como moral”<sup>3</sup>. En esta misma línea Domínguez Guillén los delimita como aquellos derechos “que protegen civilmente la esencia física y moral de las personas. Estos permiten que el sujeto de derecho despliegue la plenitud de valores que reclama su status y por sí mismos conforman la máxima garantía que supone la condición plena de ser persona [...]”<sup>4</sup>.

En el orden axiológico el ordenamiento jurídico ha optado por configurar el honor como atributo inseparable de toda

<sup>2</sup> Lorente López, María Cristina, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, Thomson Reuters, Arazandi, Pamplona, 2015, págs. 38 y 39.

<sup>3</sup> O´Callaghan Muñoz, Xavier, *Compendio de Derecho Civil. Parte General*, Tomo I, 5ta edición, Editorial de Derecho Reunidas, Madrid, 2004, pág. 249. Así también en Lorente López, Op. cit. pág. 40.

<sup>4</sup> Domínguez Guillén, M.C., *Sobre los derechos de la personalidad*, Vol. 17, No. 12, Dikaion, Colombia, 2003, citado así por Lorente López, Op. cit. pág. 40.

persona, corolario de una dignidad, excluyendo cualquier otra valoración discriminatoria (subjetiva, social, coyuntural, etc.) fruto de prejuicios aristocráticos<sup>5</sup>. Por esto es que el honor es un derecho extramatrimonial indisponible, inexpropiable, inembargable, irrenunciable parcialmente, e imprescriptible<sup>6</sup>.

El recorrido por las principales concepciones sobre el honor como bien jurídico protegido de las injurias y calumnias (principalmente) arroja como resultado un estado de cosas marcado por el reconocimiento casi unánime del honor como emanación directa de la dignidad, con la consecuente superación de las tesis meritocráticas que lo vinculaban al prestigio y estatus social de los ciudadanos<sup>7</sup>, incluso al honor caballeresco del que tan profundamente nos habla Schopenhauer<sup>8</sup>.

Digna de honor es toda persona, por el simple hecho de ser humano, y no sólo las que gocen de estima social (merecida o inmerecida) o las que tengan una elevada autoestima de sí mismas<sup>9</sup>.

Actualmente se defiende un concepto de honor fundado en las cualidades morales o éticas de las personas o en cualquier otra que tenga vinculación con el comportamiento o actividad que el individuo desempeñe en el marco de sus relaciones

<sup>5</sup> Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra el honor*, Astrea, Buenos Aires, 2010, pág. 14.

<sup>6</sup> Lorente López, Op. cit. págs. 41 y 42.

<sup>7</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *Contra el delito de difamación*. En *Ensayos Penales*, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 73 y 74. Así también en Laurenzo Copello, Patricia, *Los delitos contra el honor*, pág. 36.

<sup>8</sup> Schopenhauer, Arthur, *El arte de hacerse respetar*, op. cit., pág. 54 y sigs.

<sup>9</sup> Buompadre, Op Cit., pág. 14.

sociales, como por ejemplo las calidades o aptitudes profesionales, jurídicas, familiares, culturales, físicas, psíquicas<sup>10</sup>.

La protección del derecho al honor como bien jurídico protegido se trata de liberar a su titular del obstáculo que representan los juicios de valor sobre su conducta, susceptibles de originar una valoración negativa por parte de la sociedad o de transmitirle a él un sentimiento de humillación o desprecio<sup>11</sup>.

El derecho al honor se entronca con el libre desarrollo de la personalidad, concretándose en un espacio de libertad que posibilita al individuo ejercitar sus propias opciones sin perder el autoestima ni aprecio de la comunidad<sup>12</sup>.

No se trata de proteger la fama de la que realmente goza cada persona, ni tampoco de la que merece por la adecuación de su comportamiento a un determinado catálogo de deberes jurídicos, éticos o sociales, sino de garantizar a todo ciudadano el derecho a preservar ese respeto o consideración social con independencia de cuáles sean sus opciones vitales<sup>13</sup>. Fama

<sup>10</sup> Ibidem, Op Cit., pág. 15.

<sup>11</sup> Vives Antón, Tomás, *La libertad de expresión y derecho al honor*, op. cit. pág. 247. En esta misma línea: Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Tomo XVIII, 1995, pág. 23; Álvarez García, Francisco J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, págs. 43 y 44; Fernández Palma, María Rosa, *Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor*, en *El nuevo Derecho Penal Español*, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Arazandi, Pamplona, 2001, nota al pie 142; Laurenzo Copello, op. cit. pág. 38.

<sup>12</sup> Vives Antón, Tomás, op. cit. pág. 247. En esta misma línea: Carbonell Mateu, op. cit., pág. 23; Álvarez García, op. cit., págs. 43 y 44; Fernández Palma, op. cit., nota al pie 142; Laurenzo Copello, op. cit. pág. 38.

<sup>13</sup> Ibidem. pág. 40.

y autoestima se presentan como elementos normativos destinados a circunscribir el ámbito de la conducta típica y no el resultado de estos delitos<sup>14</sup>.

Se trata de asegurar el respeto comunitario a toda persona, por lo que es claro que la tutela frente a comportamientos capaces de despertar desprecio o descrédito social ha de extenderse por igual a todos, incluso a quienes optan por una conducta de vida distinta y distante de los parámetros ético-sociales mayoritarios. Por eso lo verdaderamente importante para subsumir una conducta en un tipo penal cuyo bien jurídico protegido es el honor es su idoneidad objetiva para suscitar el desprecio de los demás (siempre aplicado a un caso concreto), resultando irrelevante, a veces, el carácter de verdadero o falso de las expresiones<sup>15</sup>.

También se debe comprender que el honor es contexto; es sabido por todos que en realidad todo es contexto, incluso el uso de las palabras que utilizamos todos los días, como ejemplo una palabra puede ser considerada una afrenta en un contexto, o ella misma puede ser un desahogo o incluso un piropo.

Como mero ejercicio léxico podemos partir de la definición de honor que nos trae la Real Academia Española: “Cualidad moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo; Gloria o buena

<sup>14</sup> *Ibidem*, op. cit. pág. 40.

<sup>15</sup> Bajo Fernández, Miguel, *Causas de justificación en los delitos contra el honor*, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, Tomo I, U.N.E.D., 1989, pág. 97; así también en Laurenzo Copello, op. cit. pág. 42.

reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, la cual trasciende a las familias, personas y acciones mismas de quien se la granjea; Obsequio, aplauso o agasajo que se tributa a alguien.<sup>16</sup>”

Existen principalmente dos tipos de honor, el subjetivo y el objetivo; en el aspecto subjetivo, el honor estriba en la personal apreciación que de sí mismo tiene el individuo<sup>17</sup>, “*como la valoración propia de cualidades personales, el concepto que uno tiene de su propia valía*”<sup>18</sup>. Es decir, estamos frente a un plano interno psicológico<sup>19</sup>, lo cual es un honor basado en la «autoestima»<sup>20</sup>. Este honor subjetivo (inmanencia) está entonces vinculado a la valoración social que el individuo se auto-confiere<sup>21</sup>.

Desde el plano objetivo, el contenido del honor se basa en la consideración que tengan las demás personas respecto al individuo<sup>22</sup>, que es, entonces, una “*valoración social de cualidades que se atribuyen a una persona, a modo de fama, crédito*”

<sup>16</sup> Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario, “Honor”.

<sup>17</sup> Rodríguez Sanabria, Vladimir, *Estudios acerca del honor como objeto de protección penal*, pág. 66.

<sup>18</sup> Vargas P., Tatiana, *Del Honor*, en BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene. De la obra maestra a los becarios*, pág. 114.

<sup>19</sup> Rodríguez Sanabria, op. cit., pág. 66.

<sup>20</sup> Carmona Salgado, Concepción, *Calumnias, injurias y otros atentados contra el honor. Perspectiva doctrinal y jurisprudencial*, op. cit. pág. 31.

<sup>21</sup> Así la jurisprudencia española: Sentencia del Tribunal Supremo 86/2010 de 16 de febrero de 2010 (RJ 2010, 1782); : Sentencia del Tribunal Supremo 742/2012, de 04 de diciembre (RJ 2013, 195); Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona 435/2012, de 03 de octubre (RJ 2013, 12592); Así también en Lorente López, María Cristina, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, op. cit. pág. 48.

<sup>22</sup> Rodríguez Sanabria, op. cit., pág. 66.

*o buen nombre*<sup>23</sup>. Es decir, estamos frente a un plano externo social<sup>24</sup>. Esto es un honor basado en la «heteroestima»<sup>25</sup>, que es lo mismo que la concreta consideración o estima de la que goza una persona en la vida social, esto es, su reputación social, dato sociológico que se funda en la posición social y en otras variables dependientes o no de su titular<sup>26</sup>.

Al Derecho Penal única y exclusivamente le importa el honor objetivo, no el subjetivo, por cuanto solo el honor objetivo se considera que nos permite ejercer otros derechos, principalmente el del libre desarrollo de la personalidad; en una sociedad en la que uno goza de estima y apreciación uno puede vivir y progresar; en el caso contrario, el ser humano se ve limitado por la barrera del desprecio social, y es por esto que solo se considera que hay lesividad en el campo penal cuando la honra de una persona se afecta objetivamente.

Lo anterior además está apegado a que una persona puede tener un honor subjetivo irreal o extremadamente sensible. Es posible que un hombre que golpea salvajemente a su esposa e hijos y que trafica droga sea despreciado por la sociedad pero que su autoestima le diga que nadie tiene más honra y buen nombre que él. Con esto quiero decir que no se puede proteger el honor subjetivo precisamente por lo subjetivo que resulta. Incluso puede ocurrir lo contrario, que alguien que goza de gran aprecio social tenga muy baja autoestima y se sienta sin honra.

<sup>23</sup> Vargas P., op. cit. pág. 114.

<sup>24</sup> Rodríguez Sanabria, op. cit., pág. 66.

<sup>25</sup> Carmona Salgado, op. cit. pág. 31.

<sup>26</sup> Lorenzo Copello op. cit. pág. 16.

Ahora, en e plano normativo, la Constitución del Ecuador en Art. 66 numeral 18 incluye entre los derechos fundamentales de las personas<sup>27</sup> el derecho al honor y al buen nombre, pero además establece en el Art. 66 numeral 7 el derecho de toda persona agraviada por información sin pruebas o inexactas transmitida por medios de comunicación, a que tales medios hagan la rectificación correspondiente.

Existe unanimidad en admitir que se trata de un bien jurídico íntimamente ligado a la personalidad del individuo y al mismo tiempo muy afectado por las valoraciones sociales y culturales, lo que hace especialmente difícil la delimitación de sus contornos por lo relativismo que presenta y por la interpretación de factores personales, temporales y espaciales<sup>28</sup>.

Queda definido, *a priori*, que el «honor» es el bien jurídico protegido<sup>29</sup>, no obstante, al Derecho Penal le interesa y

<sup>27</sup> Personas naturales y jurídicas como vimos en el segundo capítulo.

<sup>28</sup> Benítez Ortúzar, Ignacio, F., *Delitos contra el Honor*, en Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.); Benítez Ortúzar, Ignacio, F.; Del Rosal Blasco, Bernardo; Morillas Cueva, Lorenzo; Olmedo Cardente, Miguel; Peris Riera, Jaime; y, E Sáinz-Cantero Caparrós, José, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial, 2da edición*, págs. 337 y 338.

<sup>29</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dir.); Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Bolea Bardón, Carolina; Cardenal Montraveta, Sergi; Gallego Soler, José Ignacio; Gómez Martín, Víctor; Santana Vega, Dulce; Hortal Ibarra, Juan Carlos; Fernández Bautista, Silvia; Carpio Briz, David; Besio Hernández, Martín; Y, Salvadori, Iván, *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Tomo 1., pág. 297. Vázquez González, Carlos explica que “El bien jurídico protegido es el honor, entendido como el derecho a nuestra fama, reconocimiento y respeto personal y social. El honor es un derecho fundamental que ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o manifestaciones que los hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas” Vázquez González, Carlos en Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maíllo, Alfonso; Serrano Tárraga, María Dolores; Y, Vázquez González, Carlos, *Curso de Derecho Penal. Parte Especial*, Dykinson S.L., Madrid, 2012, pág. 198.

resulta reprochable únicamente el «honor objetivo»<sup>30</sup> u «honor externo», que es la opinión que los miembros del grupo social tienen sobre la persona y sobre sus cualidades (el juicio que de una persona tienen los demás<sup>31</sup>), abarcando el «honor interno» que es el valor o mérito inherente a la persona; y el «honor externo» que es la fama o reputación de una persona frente a los demás, todo lo cual expresa una valoración ajena sobre la persona que puede o no coincidir con el sentimiento subjetivo de ésta<sup>32</sup>.

Justamente le importa al Derecho Penal únicamente el honor objetivo porque este es derivación directa de la vida

<sup>30</sup> Benítez Ortúzar lo explica así: “De un lado, una concepción objetiva del honor, que giraría exclusivamente en torno a la reputación social del sujeto. El criterio “objetivo” de determinación de la lesividad al honor podría variar atendiendo a las circunstancias sociales y culturales imperantes. Así, por ejemplo la pertenencia del individuo a una determinada “clase social” llevaría implícita una mayor o menor reputación social, o bien, la “acomodación” a las pautas de conducta políticamente correctas en un determinado momento conllevaría una mayor protección que en aquellos casos en los que el sujeto actúa de forma disconforme con el código ético imperante. Según esta concepción fáctica objetiva del honor, su proyección jurídica penal podría incluso cesar cuando el sujeto carezca de reputación social al ser muy baja la estimación pública de sus valores.” Benítez Ortúzar, op. cit. pág. 338.

<sup>31</sup> Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte Especial*, 18va edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 296. En este sentido Vázquez González nos dice que “[...] en sentido objetivo el honor sería el resultado de la valoración que los demás hacen de nuestras cualidades, es decir, el aprecio o estima que una persona recibe en la sociedad en la que vive, la reputación y fama que la persona tiene en sociedad, en cuanto determinado por la dignidad personal, reflejada en la consideración de los demás”. Vázquez González, Carlos op. cit. pág. 198.

<sup>32</sup> Polaino Navarrete, Miguel, *Injuria y calumnia*, en Polaino Navarrete, Miguel (Dir.); Martos Núñez, Juan Antonio; Herrera Moreno, Myriam; Blanco Lozano, Carlos; Monge Fernández, Antonia; Requejo Conde, Carmen; y, Polaino-Orts, Miguel, *Leciones de Derecho Penal. Parte especial*, pág. 268. En este sentido Benítez Ortúzar: “[...] por tanto, la elaboración de una concepción estrictamente jurídica de honor tiene que tener presente la noción de dignidad de la persona [...], ya que se expresa el propio CP y teniendo en cuenta que es un concepto normativo-valorativo, que



social, esto es, el honor es una construcción social distinta al autoestima ante los ojos del poder punitivo, al punto que solo los seres humanos y ninguna otra especie pueden tener honor. Es por esto que podemos decir que el «honor subjetivo» se concreta y expresa finalmente en el «honor objetivo»<sup>33</sup> (el honor subjetivo deriva del honor objetivo)<sup>34</sup>, que finalmente se transforma en un «honor legal» cuya lesión es la única que puede acarrear un reproche penal.

Se lo debe comprender desde el Contrato Social de Rousseau, es decir, debe plantearse la interrogante: ¿La vulneración a qué bienes jurídicos deben ser sancionados por el Derecho Penal como una estrategia de control social que permita que el Contrato Social mantenga su vigencia? Así, será indispensable proteger la vida, para que no nos matemos con libertad los unos a los otros; y no será importante proteger el derecho al tiempo libre, por cuanto con o sin éste el Derecho en el Contrato Social persistiría. Dentro de este parámetro y como vimos en el primer capítulo, si le privamos de honor a un ser humano éste no puede desarrollarse libremente en sociedad,

en la determinación empírica del caso concreto necesita una integración fáctica de los hechos. En este sentido, se afirma que el honor tiene dos aspectos complementarios: Uno interno (ideal e intangible) identificado con la dignidad de la persona (la conexión del honor a la dignidad de la persona conlleva la democratización del mismo se protege el honor como la pretensión de respeto vinculada al valor interno del sujeto, por su condición de persona) y otro extremo, que se materializa en la fama o reputación que proyecta socialmente el individuo, que debe partir en todo caso del respeto al libre desarrollo de la personalidad y al pluralismo en una sociedad democrática." Benítez Ortúzar, op. cit. pág. 339.

<sup>33</sup> Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (Coord.); Judel Prieto, Ángel; Piñol Rodríguez, José Ramón, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, 6ta edición, Tratados y Manuales, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pág. 211.

<sup>34</sup> Muñoz Conde, Francisco, op. cit., pág. 297.

se convierte en un paria y su desenvolvimiento se limita por completo. El honor así tiene tal relevancia social que sin él no hay ser humano completo, y sin seres humanos completos no hay contrato social.

Es por esto que la injuria contempla la esencia misma del honor, referida a la fama, estima social, buen nombre, esto es, el honor objetivo en estado puro, mientras el bien jurídico en el delito de calumnia es «el honor legal», entendido como el honor que jurídicamente es reconocido a quien sin haber realizado un delito tiene de no ser imputado falsamente de la comisión del mismo<sup>35</sup>.

Así, podemos concluir que la calumnia constituye la más grave figura de delitos contra el honor incriminados en el Código Orgánico Integral Penal y que a diferencia de la injuria, selecciona un particular dimensión valorativa del honor como bien jurídico protegido, integrada por el denominado «honor legal», entendiendo por tal aquella perspectiva del honor integrada por el derecho de toda persona a no ser falsamente imputado de autor de un delito ni ser tratado como delincuente cuando no ha cometido delito alguno<sup>36</sup>.

Basta la concurrencia de la no comisión de un delito y la correlativa falsedad de la imputación para que se produzca la incidencia lesiva en esta singular esfera de dignidad de la persona, designada como «honor legal», que expresa el derecho de

<sup>35</sup> Polaino Navarrete, Miguel, op cit. pág. 268.

<sup>36</sup> Polaino-Orts, op cit. págs. 273 y 274. Así también define Polaino Navarrete al «honor legal» como “la facultad que corresponde a todo sujeto a no ser imputado ante la opinión pública como autor de un delito que no ha cometido”.

respeto de toda persona a ser estimada como «no-delincuente» por cuanto el hecho de ser delincuente es considerado por el sistema legal como causa de imputación del delito cometido<sup>37</sup>.

### b. Verbo rector

Sin perjuicio de lo doctrinariamente debería ser un verbo rector, resulta que el verbo recto en el delito de calumnia es bastante amplio y anti-técnico por cuanto es «**realizar**» conforme se lo resalta en el tenor literal a continuación: “Art. 182.- Calumnia.- La persona que, por cualquier medio, **realice** una falsa imputación de un delito en contra de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.”

Dicha amplitud que el verbo «realizar» *per se* se magnifica cuando se complementa a verbo diciendo que dicha realización puede ser hecha por “cualquier medio”. Así, se puede realizar un calumnia de forma activa (por escrito, por imagen, por voz).

Considero que el verbo «proferir» hubiese sido un verbo con mayor contenido y delimitación, pero al tener el verbo «realizar» como único verbo rector, veremos cuando analicemos el elemento objetivo del tipo, la exagerada amplitud que el verbo produce.

Ahora, no se puede evitar mencionar que el verbo rector de este tipo tiene un verbo auxiliar, y ese verbo auxiliar es «imputar», por lo que, para ser totalmente certeros, el verbo rector final será «realizar imputación».

<sup>37</sup> Polaino Navarrete, Miguel, Injuria y calumnia, en Polaino Navarrete, op cit. pág. 274

La definición lingüística de «realizar» es: “Efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción”<sup>38</sup>; y de «imputar» es: “Atribuir a alguien la responsabilidad de un hecho reprobable”<sup>39</sup>.

El Juez, para condenar, deberá verificar si el querellado realizó un acto u omisión (casos de omisión son sólo teóricos y poco prácticos) a través del cual se emitió un signo lingüístico de cualquier tipo que conlleve (nexo causal) a la lesión del bien jurídico honor a través de una imputación.

### c. Tipo objetivo

El verbo rector como elemento del tipo es un elemento vacío de contenido sin el elemento objetivo, es decir, el verbo es lingüísticamente una acción, pero esa acción debe estar dirigida a un qué o a un resultado, así, «realizar» qué es la pregunta, y la respuesta es el elemento objetivo del tipo.

Así, tenemos que el elemento objetivo del tipo es “falsa imputación de un delito en contra de otra”, es decir, que si unimos al verbo rector con el elemento objetivo del tipo tenemos en contenido del delito: «realizar» una “falsa imputación de un delito en contra de otra”.

Y aunque parece simple la conjugación lograda, en realidad está revestida de amplia complejidad. Debemos empezar preguntándonos ¿qué es una falsa imputación de delito? Y

<sup>38</sup> Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario.

<sup>39</sup> Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, Edición del Tricentenario.

antes de responder debemos dividir el análisis en explicar lo que es «falso» y qué es «imputar delito».

El tipo penal se refiere a que se impute a alguien un delito<sup>40</sup> para lo cual deberemos hacer la primera delimitación: el Art. 19 del Código Orgánico Integral Penal establece que “Las infracciones se clasifican en delitos y contravenciones.” Lo cual quiere decir que quien imputa a alguien el cometimiento de una contravención no comete el delito de calumnia, por cuanto no se cumple el elemento objetivo del tipo, sino que, en su defecto, se estaría ejecutando una injuria, que de hecho es también una contravención (finalmente la calumnia es un supuesto agravado de injuria<sup>41</sup> porque no existe mayor agravación que el reproche social de un delito).

Debe quedar muy claro que la conducta típica consiste en la imputación falsa de un hecho constitutivo de delito, sin que sea relevante para su consumación la gravedad de la infracción penal imputada<sup>42</sup> (da lo mismo que se impute un asesinato o un simple hurto).

Igualmente la imputación puede ser tanto de un hecho consumado como de una mera tentativa (siempre y cuando para dicho delito quepa la tentativa), incluso de un acto

<sup>40</sup> Benítez Ortúzar, op. cit. pág. 349. Así también Muñoz Conde, op. cit. pág. 305. Así también Vázquez González, Carlos con Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maíllo, Alfonso; Serrano Tárraga, María Dolores; y, Vázquez González, op. cit. pág. 200.

<sup>41</sup> Muñoz Conde, Francisco, op. cit., pág. 305. Igual opinión tiene Vázquez González. Vázquez González, Carlos en Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maíllo, Alfonso; Serrano Tárraga, María Dolores; Y, Vázquez González, Carlos, op. cit. pág. 200.

<sup>42</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dir.); op. cit. pág. 308.

preparatorio punible. También podemos decir, sin temor a equivocarnos, que es irrelevante si se atribuye responsabilidad a título de autor o de partícipe del hecho delictivo<sup>43</sup>.

Ahora bien, esa imputación de delito debe ser falsa. El tipo penal es claro: dice «falsa», lo que se entiende que si es verdadera entonces estaríamos frente a un caso de atipicidad, aun cuando pudieran existir errores en detalles secundarios<sup>44</sup>.

La característica de la falsedad de la imputación de delito comprende una doble dimensión: la «perspectiva objetiva» según la cual el imputado ha de no haber cometido el delito y la «falsedad subjetiva» conforme a la cual quien realiza la imputación falsa ha de poseer conocimiento de que el delito no ha sido cometido<sup>45</sup>. Así, podemos decir que calumnia es atribuir a otra persona la realización de un delito, efectuando esa imputación con conocimiento certero de su contradicción con la realidad<sup>46</sup>.

La imputación ha de ser objetivamente falsa, de modo que si los hechos que imputa son verdaderos la conducta será atípica aun cuando el sujeto atribuya el delito creyendo que es una imputación falsa. La falsedad objetiva de la imputación constituye el eje central sobre el que gira la conducta típica, si no existe el hecho es atípico respecto del delito de calumnia<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> Ibidem. pág. 309.

<sup>44</sup> Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte Especial*, 2da edición, op. cit. pág. 357. Así también Polaino Navarrete, Miguel, op. cit. pág. 274.

<sup>45</sup> Ibidem. pág. 274.

<sup>46</sup> Suárez-Mira Rodríguez, op. cit. pág. 211. Así también Luzón Cuesta, José María, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 18va edición, pág. 125.

<sup>47</sup> Benítez Ortúzar, Ignacio, F., op. cit. pág. 350.

Existen requisitos de idoneidad que hacen que la conducta de calumniar sea perfectamente típica y son los que se explicarán a continuación.

El ataque debe ser público<sup>48</sup>, esto es, al menos ante una o más personas. Con esto se deja claro que no existen las calumnias privadas por cuanto el honor si bien tiene su grado subjetivo, es penalmente relevante cuando se lesiona el honor objetivo, esto es, cuando se ha mancillado la honra social de la persona.

Así, si yo envié una carta privada a una persona acusándola de haber cometido delitos, por no llegar ésta al público que es ante quien únicamente se puede mancillar el honor objetivo, entonces, no habrá lugar al delito de calumnias.

Igualmente, si yo imputo un delito a alguien en privado, sin testigos, éste no podrá decir que he dañado su honra por cuanto, al nadie haber oído, su honor objetivo y más específicamente su «honor legal» se mantiene intacta.

Si se realizan las calumnias ante un tercero distinto al sujeto pasivo suele entenderse que ya están consumadas (aun cuando el ofendido no haya tenido conocimiento)<sup>49</sup>, no obstante, se trataría de una consumación irrelevante procesalmente por cuanto el único que puede querellar al calumniador es el calumniado y para aquello será indispensable que llegue a tener conocimiento de dicha consumación.

<sup>48</sup> Ibidem, pág. 355.

<sup>49</sup> Ibidem, pág. 356.

Por otro lado, el delito imputado debe concretarse en un hecho perfilado, no constituyendo calumnia aquella atribución vaga equívoca o excesivamente genérica<sup>50</sup>; además, debe hallarse dirigida la calumnia a persona determinada o más o menos determinable<sup>51</sup>.

Este es un punto esencial de la calumnia pues erradamente nuestros jueces han llegado a creer que basta con decirle “ladrón” o “asesino” a una persona para considerar que hubo calumnia, cuando en realidad dicha imputación debe ser precisa y determinada. Así, si yo digo a alguien “ladrón”, no necesariamente me refiero a que sustrajo patrimonio ajeno, sino quizá me refiero a que roba ideas poéticas, lo cual no es delito y por lo mismo no estaríamos frente a una calumnia. Así, el Juez no puede adivinar o arbitrariamente meterse en la cabeza del sujeto activo para decidir a qué se refería.

Justamente, para eliminar discrecionalidad en el Juez, la calumnia debe ser clara, esto es, la imputación debe ser determinada<sup>52</sup>. No habrá lugar a calumnias si le dijo a alguien: “asesino”, sino que tendré que decirle “asesino de Karina Pérez”, y si se verifica que de hecho alguien llamada Karina Piedra fue asesinada, la atribución del delito fue claramente determinada.

<sup>50</sup> Vázquez González, Carlos con Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maílo, Alfonso; Serrano Tárraga, María Dolores; y, Vázquez González, Carlos, op. cit. pág. 202.

<sup>51</sup> Suárez-Mira Rodríguez, op. cit. pág. 211. En este mismo sentido Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dir.); op. cit. pág. 308.

<sup>52</sup> Benítez Ortúzar, op. cit. pág. 345. Así también Vázquez González, Carlos con Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maílo, Alfonso; Serrano Tárraga, María Dolores; y, Vázquez González, Carlos, Curso de Derecho Penal. Parte Especial, op. cit. pág. 202.



¿Pero qué sucede ser le imputo a alguien un delito sin determinar la menos lugar, tiempo o circunstancias? Entonces estaríamos frente a una injuria y no frente a una calumnia.

Otro de los puntos para que la calumnia sea idónea es que esté dirigida a persona determinada o al menos determinable, lo que se refiere a que no habrá lugar a calumnias por imputaciones indeterminadas<sup>53</sup>, tal como decir: “la compañía tiene socios que son famosos por ser corruptos y haber hecho negociados con el Estado”, o decir que “algunos médicos de ese hospital están inmersos en el tráfico ilegal de órganos”.

En el Derecho comparado tenemos un claro ejemplo de esto, así la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 27 de mayo de 1996 y de 17 de noviembre de 1995:

Para la existencia del delito de calumnia no basta con achacar genéticamente a otra persona hechos constitutivos de la infracción penal, sino que es necesario que esa imputación se haga de modo específico y en todo caso individualizando de modo evidente las características genéricas del tipo delictivo que se achaca al presuntamente calumniado. Es decir, no bastan atribuciones inconcretas, vagas o ambiguas, que es lo que aquí acontece, sino que la acusación ha de recaer sobre hechos inequívocos, concretos y determinados, precisos en su significación pues la falsa atribución ha de contener los elementos definidores del delito atribuido

<sup>53</sup> Vázquez González, Carlos con Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maíllo, Alfonso; Serrano Tárraga, María Dolores; Y, Vázquez González, Carlos, op. cit. pág. 200.

aunque sin necesidad, naturalmente, de una calificación jurídica<sup>54</sup>.

En estos casos ejemplificados no se sabe a quién exactamente se está imputando la comisión de delitos y ningún juzgador puede arbitrariamente y a dedo decidir a quién se calumnió. Por el contrario, lo ideal es que se determine con nombre y apellido a quien se imputa el delito o, en su defecto, que se dé una referencia clara e inequívoca de a quien se refiere. Utilizando los ejemplos anteriores sí habría lugar a calumnia determinada cuando se dice “cierto socio de la tercera edad de esa compañía es famoso por ser corrupto y haber hecho negociados con el Estado dando coimas por contratos petroleros”; o, “hay médicos cardiólogos de ese hospital que están inmersos en tráfico ilegal de órganos”. En los casos anteriores, imaginemos que la compañía tiene solo un socio de la tercera edad y que el hospital tiene solo un cardiólogo. En dicho caso es obvio a quien se refiere quien imputa el delito.

<sup>54</sup> Así también la Sentencia del Tribunal Supremo Español de 14 de junio de 1997: “[...] lejos de la simple sospecha o débil conjetura, debe contener la falsa asignación los elementos requeridos para la definición del delito atribuido, según su descripción típica, aunque sin necesidad de una calificación jurídica por parte del autor. Por lo que no se dará el tipo de calumnia si no se imputa “un delito en concreto sino tan sólo se realizan una serie de afirmaciones genéricas en las que no se atribuye una conducta delictiva [...] No existe imputación de un hecho concreto y determinado sino una serie de reproches o imputaciones genéricas, deliberadamente imprecisas, utilizando formulas abiertas incompatibles con la imputación de un delito. Dicho de otra manera y en lenguaje claro, decir que una persona es un ladrón no es calumnia, que se ha llevado tal cantidad de dinero de un cargo sí puede ser este delito, y en el mismo sentido decir que se ha apropiado de bienes o que ha podido extorsionar no es en sí mismo delito de calumnias, y que se ha llevado una cosa para hacerla propia que tenía en su poder o que chantajea en tal forma describiendo la conducta con detalle, sí puede ser calumnia”.

Por esto, aunque todos los socios o médicos se sientan ultrajados con la imputación, no basta su sentimiento propio, sino que deben haber sido perfectamente determinados para tener derecho a presentar querrela. Caso contrario para el querrellado su defensa será muy simple: acogerse al derecho al silencio o negar expresamente haberse referido a ellos, para que el Juez, sin poder entrar en la mente del querrellado, tenga que ratificar su estado constitucional de inocencia.

Así, podemos concluir que debe haber una imputación, es decir, que se atribuya a una persona concreta e inconfundible la perpetración de un delito, imputación que no ha de ser meramente imprecativa, que podría calificarse de injuria, sin que basten atribuciones genéricas vagas o ambiguas, sino que han de recaer sobre un hecho inequívoco, concreto y determinado, preciso en su significación y catalogable criminalmente<sup>55</sup>.

Por otro lado pero no de menor relevancia, por delito hay que entender cualquier hecho subsumible en un tipo legal de injusto. Es irrelevante la calificación que el sujeto activo dé a los hechos que imputa o el grado de ejecución o participación criminal que afirme<sup>56</sup>.

Esto resulta de extrema relevancia por cuanto quien calumnia no necesariamente es abogado –y mucho menos penalista– por lo que no se exige que impute un delito de forma precisa, normativa o dogmáticamente hablando. Nos

<sup>55</sup> Luzón Cuesta, op. cit. págs. 124 y 125.

<sup>56</sup> Muñoz Conde, op. cit. pág. 306.

referimos a que no es necesario que el calumniador sea un tratadista al imputar o que necesariamente deba mencionar de forma expresa el tipo penal que imputa, pudiendo incluso errar en el tipo penal pero no en la conducta.

Así, tenemos dos posibilidades: primero, que no impute delito expreso pero sí una conducta. Así, no será necesario que le diga a alguien “tu cometiste estafa masiva al ofrecer un proyecto inmobiliario fantasma a más de 600 inversionistas”, sino que basta con que impute una conducta tal como “hiciste creer a más de 600 personas en un proyecto inmobiliario fantasma, en una quimera, y te quedaste con su dinero sin dar nada a cambio”.

Como se ve en el ejemplo anterior, es posible que o bien se enuncie el tipo penal que se impute o que se lo haga solo mencionando la conducta típica. En ambos casos es válida la calumnia pues el sujeto activo no tiene la obligación de conocer vocabulario penal técnico, si no basta con que impute una conducta que esté subsumida en un tipo penal.

Segundo, puede ser que el calumniador se equivoque en el tipo penal imputado pero que la conducta sí sea típica, así, si le imputa a alguien un robo cuando en realidad la conducta atribuida corresponde a un hurto, sí se configura el delito de calumnia.

#### d. Tipo subjetivo

El delito es doloso. La fórmula con conocimiento de su falsedad exige un dolo directo<sup>57</sup> en que el sujeto activo sabe fielmente la inexactitud con la realidad de la imputación realizada<sup>58</sup>, pero además, la intención de que ese sea el medio de menoscabar la honra del sujeto pasivo, esto es, el ánimo de calumniar<sup>59</sup>.

Por esto se considera que para que se configure el tipo subjetivo del tipo debe haber «ánimo de calumniar» o intención específica de vituperar o agraviar al destinatario de esta especie delictiva; voluntad de perjudicar el honor de una persona, un *animus infamandi* revelador del malicioso propósito de atribuir a otro la comisión de un delito, con finalidad de descrédito o pérdida de estimación pública<sup>60</sup>.

El sujeto activo debe conocer la falsedad de la imputación y proferirla con el ánimo de perjudicar el honor de un tercero<sup>61</sup>. La exigencia del elemento subjetivo del injusto de falsedad subjetiva incluye al presente tipo delictivo en el grupo de los «delitos de expresión», dentro de los delitos subjetivamente

<sup>57</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dir.); op. cit. pág. 309. Así también Vázquez González, Carlos con Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maíllo, Alfonso; Serrano Tárraga, María Dolores; Y, Vázquez González, Carlos, Curso de Derecho Penal. Parte Especial, op. cit. pág. 200.

<sup>58</sup> Benítez Ortúzar, op. cit. pág. 350. Así también Vázquez González, Carlos con Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maíllo, Alfonso; Serrano Tárraga, María Dolores; Y, Vázquez González, Carlos, Curso de Derecho Penal. Parte Especial, op. cit. pág. 200.

<sup>59</sup> Así también Vázquez González, Carlos con Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maíllo, Alfonso; Serrano Tárraga, María Dolores; Y, Vázquez González, Carlos, op. cit. pág. 202.

<sup>60</sup> Ibidem. pág. 202.

<sup>61</sup> Albán Gómez, Ernesto, op. cit. pág. 358.

configurados de singular forma de manifestación del conocimiento, que se caracteriza por la discordancia entre lo que el sujeto conoce (verdad subjetiva del conocimiento que el sujeto posee) y lo que manifiesta (expresión externa de lo que dice conocer)<sup>62</sup>.

En todo caso, el dolo debe abarcar la conciencia de la falsedad de la imputación adicionado al *animus injuriandi*, esto es, la asunción de las consecuencias dañosas para el honor que resulte de la falsa imputación<sup>63</sup>.

### 3. Libertad de información y expresión

Ahora bien, cuando una calumnia lo hace a través de expresiones o de transmisión de información, y resulta que estas conductas son derechos humanos de igual jerarquía que el honor, motivo por el cual es indispensable analizar el juicio de ponderación contextual que todo Juez debe hacer a la hora de resolver.

Empecemos por conceptos para entender cuáles son los derechos en colisión, y así debemos iniciar con el análisis del Derecho Padre: la libertad de expresión, el cual conlleva la libertad de expresarse libremente, porque comunicar opiniones e ideas es un derecho humano fundamental y uno de los pilares sobre los que se sustenta la democracia<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Polaino Navarrete, op cit. pág. 274.

<sup>63</sup> Muñoz Conde, op. cit. pág. 307.

<sup>64</sup> Páez, Tomás, *Libertad de expresión, democracia y propiedad*, Derecom, ISSN-e 1988-2629, N°. 12 (dic-feb), 2013, pág. 33. Así también en Lorente López, op. cit. pág. 69.

La libertad de expresión confiere al individuo la posibilidad de emitir juicios de valor, tanto positivos como negativos, ideas, pensamientos, opiniones, críticas en general, aun cuando las mismas sean desabridas y puedan molestar, inquietar o disgustar a su destinatario<sup>65</sup>.

Por lo que hace su fundamentación, la libertad de expresión es presentada como la plataforma necesaria para que el individuo pueda alcanzar la verdad, sirviendo entonces como cauce pacífico para manifestar las discrepancias de los individuos propios de toda sociedad plural<sup>66</sup>.

Se debe igualmente considerar sin libertad de expresión no existe la libertad de prensa (escrita, radial, audiovisual y digital) y por esta razón está indisolublemente ligada a la libertad de información, a la libertad académica y a la democracia<sup>67</sup>. La libertad de expresión es entonces, el origen de otros derechos, por lo que, pese a tener un grado jerárquico igualitario, fácticamente su respeto es indispensable para que se respeten otros derechos, lo que le da una preeminencia innegable.

Este derecho está reconocido por los Arts. 21, 23, 39, 45, 57, 66, 96, 378, 384 de la Constitución, Art. 19 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, Art. 13 Declaración Americana de Derecho Humanos, entre otros.

<sup>65</sup> Ibidem. pág. 70.

<sup>66</sup> Regueiro García en Pérez Álvarez, S.; Burguera Ameave, L.; y, Larrañaga, K. P. (Directores), *Menores en Internet*, Thomson

<sup>67</sup> Páez, op. cit. pág. 33.

Ahora, en cuanto al derecho a la libertad de información podemos decir lo siguiente: este derecho comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos; tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo<sup>68</sup>. El objeto de esta libertad consiste, entonces, en el derecho a comunicar información veraz por cualquier medio de comunicación y el derecho recíproco a recibir dicha información<sup>69</sup>, por lo que el soporte no importa pero sí el contenido<sup>70</sup>.

La distinción básica entre libertad de expresión y libertad de información reside en el objeto de cada una: así, mientras el contenido de la libertad de expresión son los pensamientos, ideas y opiniones (juicios de valor), el objeto del derecho a la libertad de información son los hechos que puedan considerarse noticiables<sup>71</sup>.

Se puede decir que la libertad de expresión su límite se encuentra en la «necesidad» de las expresiones, opiniones, o ideas injuriosas, o dicho de otro modo, serán ilegítimas las expresiones que carezcan de interés público y, por tanto, resulten

<sup>68</sup> Lorente López, op. cit. pág. 72.

<sup>69</sup> Sanjurjo Rebollo, B., *Manual de Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 67.

<sup>70</sup> Lorente López, op. cit. pág. 72.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pág. 71. En este mismo lineamiento Luzón Cuesta: "Como regla general se impone el criterio de que la libertad den juego será la de expresión cuando su ejercicio haya supuesto la exteriorización de pensamientos, ideas u opiniones, con inclusión de las creencias y de los juicios de valor; se tratará en cambio, de libertad de información cuando lo publicado verse sobre hechos que puedan considerarse noticiables." en Luzón Cuesta, José María, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 18va edición, Dykinson S. L., Madrid, 2001, pág. 122.



innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa o sea innecesariamente hirientes para la dignidad y el honor de terceros<sup>72</sup>.

“Sin información no hay opinión”<sup>73</sup> y en este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional Alemán: “La libertad de información es, precisamente, el derecho a informarse. Por otra parte, este derecho de libertad es el presupuesto de la formación de la opinión que precede a la expresión de ésta. Pues sólo la información completa posibilita una libre información y expresión de la opinión tanto para el individuo como para la sociedad.”<sup>74</sup>

Ahora bien, este derecho tiene sus límites, esto es, el honor ajeno, pero como veremos, ese límite se extiende cuando el titular del honor es una personalidad pública y es lo que veremos a continuación.

#### **a. Especial tratamiento al honor de personajes públicos**

Si bien la norma penal ecuatoriana (calumnias e injurias) no hace excepciones sobre el honor según la persona, la doctrina y jurisprudencia si han sido enfáticas en este punto. Tanto así que se ha comprendido que dentro de un marco democrático, quien libremente ha decidido ser figura pública (cargo público se engloba a los funcionarios y empleados públicos de todo tipo, desvinculando el grado de notoriedad de

<sup>72</sup> Lorenzo Copello, op. cit., págs. 72.

<sup>73</sup> Álvarez García, op. cit. pág. 88.

<sup>74</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, Verg, t 27, pág. 71.

estas personas<sup>75</sup>), como artistas pero principalmente políticos, voluntariamente someten su vida al público, esto es, aceptan estar bajo la lupa de la crítica social, bajo un verdadero y tenaz escrutinio público.

No sería posible de entender que, por ejemplo, un Presidente Constitucional, no tolere críticas sobre su mandato por parte de sus electores, y en todo caso, de sus representados. Desde el otro lado, los ciudadanos tiene derecho a criticar a sus representantes, aunque critiquen sin razón, y a decir así sus opiniones frente a las actuaciones de estos.

Esto puede ir desde las críticas más leves hasta las más groseras, como por ejemplo, si están haciendo ampliaciones en las vías públicas cerca de mi casa y se supone que debían durar seis meses pero van dos años y no terminan, tengo derecho a decir “este gobierno es mentiroso, irresponsable, incumple su palabra” o por ejemplo “el Alcalde es inútil, incapaz de cumplir una promesa, es un payaso que ni una carretera puede construir”.

Ahora, hay un punto de especial relevancia y es si es que además de que estos personajes están sometidos a un

<sup>75</sup> Castilla Barea, M., *La intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen. Estudio de las circunstancias que legitiman la intromisión en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Arazandi, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pág. 257; La Sentencia del Tribunal Supremo Español de 17 de diciembre de 1997 define que personaje público como concepto no se limita a los individuos que, como los políticos, ejercitan una función pública, sino que abarca a todas aquellas personas con «proyección pública» por su actividad política, por su profesión, por su relación con un importante suceso, por su trascendencia económica, por sus relaciones sociales, etc.

escrutinio de su vida pública, también lo están de su vida privada. ¿Tienen derecho a que se respete su vida privada los personajes públicos? La respuesta a la pregunta anterior es: tienen derecho a que se respete su vida privada, siempre y cuando esta no influya de modo alguno en su vida pública.

Hay casos clarísimos sobre asuntos privados de estos personajes que con todo derecho pueden ser objeto de las más duras críticas públicas. Por ejemplo, todos recordarán que el Obispo Católico, Fernando Lugo, llegó a la presidencia de Paraguay (2008-2012), quien sin duda fue electo, entre otras cosas, por ser un hombre de fe, a quien se creía probo, transparente e intachable por su alto cargo religioso, no obstante, es conocido por todos que tuvo que reconocer a cuatro hijos los cuales habría procreado mientras era clérigo. Esto evidentemente es una violación flagrante a su voto de castidad. Cualquier paraguayo o persona está en la libertad de criticarlo fuertemente, porque se entiende que ese “pecado” es inadmisibles en quien creían tan puro.

Lo mismo sucedió, por ejemplo con Bill Clinton y Mónica Lewinsky. Lo que haga o deje de hacer una persona con su vida sexual no puede salir a la luz, y si sale no puede ser objeto de críticas porque sería un abuso de la libertad de expresión. Incluso me atrevo a decir que la infidelidad (adulterio) es un asunto privado y no le incumbe a la sociedad, pero cuando dicha vida sexual tachable pertenece a un funcionario público, todo cambia. El pueblo espera de su presidente una vida intachable, honrosa, esto es, esperan que sea un ejemplo a seguir de los valores sociales y familiares que se intenta inculcar en la sociedad, pero si ese presidente mantiene relaciones

sexuales con su secretaria pierde calidad moral para hablar precisamente de moral a sus ciudadanos.

En estos casos ejemplificativos queda claro que todos tenemos derecho a escribir e incluso criticar y denunciar públicamente los actos privados de funcionarios públicos, porque ellos, al libremente decidir ser funcionarios públicos, conocían que se sometían a las cámaras, a los ojos de todos. El funcionario público acepta, de entrada, que sus actos estén a la vista de todos y así renuncia, irrefutablemente, a gran parte de su intimidad personal y familiar y así lo ha establecido la jurisprudencia nacional e internacional<sup>76</sup>.

Por esto el Tribunal Constitucional Español afirma contundentemente que cuando los titulares del honor “son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública” las libertades de expresión e información adquieren “máximo nivel de eficacia justificado-

<sup>76</sup> Sin perjuicio de que veremos las sentencias más relevantes de carácter internacional, es importante mencionar en este punto los precedentes españoles al respecto, para quienes quieran ahondar en el tema: entre la jurisprudencia más reciente aluden al citado conflicto y a los criterios de ponderación y solución del mismo, tenemos las siguientes resoluciones: STC de 26 de octubre de 2009 (Tol 1445207); y SSAP de Palencia, de 29 de julio de 2002 (Tol 201718); Sevilla, de 31 de julio de 2003 (Tol 313258); Barcelona, de 10 de mayo (Tol 1175948) y 26 de octubre de 2007 (Tol 1236257); STC de 20 de septiembre de 2004 (Tol 500191); y STS de 2 de octubre de 2003 (Tol 117698); Alicante, de 22 de enero de 2004 (Tol 339708); Ciudad Real, de 21 de noviembre de 2005 (Tol 778826); Madrid, de 17 de enero de 2005 (Tol 784083); Granada, de 9 marzo de 2005 (Tol 666921); Guipúzcoa, de 22 de diciembre de 2006 (Tol 1077009); Barcelona, de 3 de septiembre de 2007 (Tol 1213255); Málaga, de 19 de noviembre de 2007 (Tol 1270685); Huelva, de 3 de marzo de 2008 (Tol 1376215); Navarra, de 4 de marzo de 2008 (Tol 1362741); y Madrid, de 7 de mayo de 2008 (Tol 1367205). Vid. También al respecto las SSJP n° 2 de Valencia, de 3 de junio de 2009 (Tol 156493).

ra frente al derecho al honor, el cual se debilita proporcionalmente como límite externo”<sup>77</sup>.

Por ejemplo la Corte Suprema de Justicia de Argentina determinó en el caso “Patitó” que tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieren intervenido en asuntos de relevancia pública, cuando la noticia tuviere expresiones falsas o inexactas, los que se consideren afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y que obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad<sup>78</sup>.

La investigación periodística o de colectivos ciudadanos sobre los asuntos públicos desempeña un rol de suma importancia en la transparencia que exige un sistema republicano<sup>79</sup> y democrático. El excesivo rigor y la intolerancia al error llevarían a la autocensura, lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes<sup>80</sup>.

Ahora bien, para que la libre expresión sobre un personaje público tenga mayor peso que el derecho al honor de éste, es importante que exista interés público de los pensamientos,

<sup>77</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 8-6-88, No. 107/1988. En este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia Español 3-6-88, RJ 1988/4430.

<sup>78</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) de 10 de agosto de 2010 en el caso “Locles, Roberto J. c/Arte Gráfico Editorial S.A., Ernestina Herrera de Noble y Rogelio J. García Lupo”, L. 858, XLII.

<sup>79</sup> Buompadre, op. cit. pág. 27.

<sup>80</sup> Ibidem. pág. 27.

ideas u opiniones que se emiten<sup>81</sup>. Es por esto que tenemos, por ejemplo, estos precedentes jurisprudenciales:

Quedarán amparadas en el derecho fundamental a la libertad de expresión aquellas manifestaciones que, aunque afecten al honor ajeno, se revelen como necesarias para la exposición de ideas u opiniones de interés público, en la medida en que no que no sean absolutamente vejatorias o formalmente injuriosas<sup>82</sup>.

La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública [...] En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado<sup>83</sup>.

Se debe dejar completamente claro que la sola evidencia de un daño real al honor no puede hacer presumir la existencia del elemento subjetivo en la responsabilidad del colectivo ciudadano que denuncia casos de corrupción. No es necesario crear otro estándar para juzgar delitos contra el honor por meras opiniones<sup>84</sup>, sin que solo serán ilícitas las

<sup>81</sup> De Verda Y Beamonte, José Ramón; Vidal Alonso, Javier, *Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión*, en De Verda Y Beamonte, José Ramón (Coord.), *Derecho al Honor: Tutela Constitucional. Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*. pág. 153.

<sup>82</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español 9/2007, de 15 de enero.

<sup>83</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 23 de febrero de 2013.

<sup>84</sup> Buompadre, op. cit. pág. 29.

expresiones absolutamente vejatorias a la honra que resulten innecesarias<sup>85</sup>.

Estas conclusiones a las que se llegan con facilidad denotan la consideración de un marco de debate público sobre temas de interés general, que admiten ser clasificados como opiniones *per se*, y que no dan lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de estas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente por medio de la difusión maliciosa de información falsa<sup>86</sup>.

Es así que los jueces, al administrar justicia, deben entender que no puede haber responsabilidad alguna por la crítica, la denuncia o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, dado que toda sociedad que sea pluralista y diversa, necesita del debate democrático que se nutre de las opiniones, teniendo como meta la paz social<sup>87</sup>.

Esta línea de pensamiento ha sido ratificada judicialmente por la Corte Suprema de la Nación de Argentina en el caso “Costa”, en cuya sentencia se estableció que la protección del honor de personalidades públicas debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público, en comparación al a

<sup>85</sup> De Verda Y Beamonte, op. cit. pág. 155.

<sup>86</sup> Buompadre, op. cit. pág. 29. En este mismo sentido De Verda Y Beamonte, José Ramón; Vidal Alonso, Javier, op. cit. pág. 158, establecen que “Al igual que sucede con la libertad de información, en el ámbito que nos ocupa, los personajes públicos, en particular los políticos, deben sufrir un mayor riesgo de lesión de sus derechos de la personalidad.”

<sup>87</sup> Buompadre, op. cit. pág. 29.

protección que se brinda a simples particulares. Este principio se funda –para el máximo órgano de Administración de Justicia de Argentina– en que las personalidades públicas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones, pero además, que los personajes públicos voluntariamente se exponen a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias. En este mismo sentido la Corte Suprema Argentina es contundente al señalar que, por el contrario, deberá prevalecer el derecho al honor sobre a la libertad de expresión cuando se trate de acciones privadas, esto es, cuando se trate de cuestiones entre particulares que no tengan vinculación con asuntos de interés general<sup>88</sup>.

Incluso el Tribunal de Estrasburgo (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), en los casos *Jerusalem*<sup>89</sup> vs. Austria y *Delfi vs. Estonia*<sup>90</sup>, ha sido enfático en que “los límites aceptables de la crítica son más amplios en el caso de un político en el ejercicio de su actividad pública, que en el caso de individuos particulares, puesto que los primeros inevitables y conscientemente se someten al examen de palabra y de hechos que realizan tanto periodistas como público en general.”

Ahora bien, todo esto nos obliga a plantearnos una nueva pregunta: ¿qué acarrea o significa «interés público»? Con mucha frecuencia se acude a la condición pública de la persona

<sup>88</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) 310:508 en el caso Costa.

<sup>89</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de febrero de 2001, caso: *Jerusalem vs. Austria*.

<sup>90</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2013, caso: *Delfi vs. Estonia*.



implicada, respecto de la cual se justifica el debilitamiento de su derecho al honor en la medida en que “todos los personajes públicos aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas”, sin embargo, no es la condición de «personaje público» la que constituye el «interés público», sino la naturaleza y coyuntura de los hechos u opiniones transmitidas<sup>91</sup>.

Pongamos un ejemplo de lo anterior: la palabra “ignorante” *per se* significa desconocer algo, por lo cual, fríamente, podemos decir que todos somos ignorantes. Así, el arquitecto es ignorante en asuntos jurídicos y el jurista es ignorante de sistemas e infraestructuras de represas eléctricas, no obstante, llamar “ignorante” públicamente a una persona siempre resulta ofensivo, por lo que se podría afectar el honor de dicha persona, sin embargo, llamar “ignorante” al Ministro de Cultura porque por ejemplo desconoce el número de grupos étnicos que tiene su país, no puede afectar su honor, aun cuanto más es el primer llamado a conocerlo y si lo desconoce e ignora entonces ese dato es de trascendencia pública y deberá soportar ser llamado “ignorante” reiteradamente.

Las figuras públicas deben tener esto muy claro y se los digo frontalmente: usted decidió, sin presiones, de forma

<sup>91</sup> Es importante mencionar la Sentencia del Tribunal Constitucional Español 336/1993, de 15 de noviembre, que establece que “[...] cuando se ejercita la libertad de expresión [...] los límites permisibles de la crítica son más amplios si ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades políticas, están expuestas a un más riguroso control de sus actitudes y manifestaciones que si se tratase de particulares sub proyección pública.”

libre, voluntaria y consciente, someterse a un escrutinio público, someterse a la crítica social, renunciar a la privacidad de su vida para abrirse a toda la población. Usted aceptó, como figura pública permanente o coyuntural, ser criticado, ser analizado, ser observado. Usted aceptó rendir cuentas, usted aceptó que incluso se hagan comentarios injustos sobre usted. Si esto no le gusta, huya a un país comunista, pero si quiere vivir en un país democrático en el que usted también exige poder opinar con libertad sobre sus congéneres, entonces soporte el rol que decidió jugar.

Situado el conflicto en el plano de la antijuridicidad, corresponde preguntarse qué solución darle y qué pautas utilizar, o como utilizar dichas pautas, para que un derecho se imponga sobre el otro en un caso concreto, y para ello se deberá hacer una ponderación de intereses en concreto, analizándolo casuística y legalmente conforme los conceptos y posiciones jurídico-dogmáticas establecidas en este capítulo.

Para esto debe tomarse en especial consideración:

- a) El contexto en que se producen las expresiones. Tiene especial importancia para la calificación de las mismas el medio en que se vierten y las circunstancias que la rodean<sup>92</sup>.
- b) La proyección pública de la persona que se siente ofendida, que la haber optado libremente por tal condición, debe soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos a la personalidad<sup>93</sup>.

<sup>92</sup> Lorente López, op. cit. pág. 80.

<sup>93</sup> *Ibidem*, pág. 80.

- c) La gravedad de las expresiones objetivamente consideradas, que no deben llegar al tipo penal por un lado, ni tampoco ser meramente intrascendentes, por otro. Esto quiere decir que también debe existir cierto grado de tolerancia (de todos) a la crítica<sup>94</sup>.

Existen dos tipos de valoración a la hora de ponderar derechos frente a una colisión entre la libertad de información y el derecho al honor. En primer lugar, se debe abalizar el «peso en abstracto»; en segundo lugar, el «peso relativo» de cada uno de estos derechos<sup>95</sup>, lo cual se explica mejor a continuación:

1º La técnica de ponderación exige valorar en «peso en abstracto» de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige todo principio democrático<sup>96</sup>.

2º La técnica de valoración exige valorar, en segundo término, el «peso relativo» de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión<sup>97</sup>, y desde esta perspectiva se debe seguir los siguientes criterios:

<sup>94</sup> *Ibidem*, pág. 80.

<sup>95</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Español de 6 de marzo de 2013 (JUR 2013, 123617).

<sup>96</sup> De Verda y Beamonte, *op cit.* pág. 86.

<sup>97</sup> *Ibidem*. 86.

- a) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general; o, si la noticia se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. De ser este el caso entonces el peso de la libertad de información es mayor que el peso del derecho al honor<sup>98</sup>.
- b) Para que pueda prevalecer la libertad de información sobre el derecho al honor se exige que la información cumpla el requisito de veracidad (que vimos en el anterior subcapítulo), a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege únicamente la emisión de opiniones<sup>99</sup>.
- c) La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado<sup>100</sup>.

Pero para no quedarnos solo en doctrina jurídica y en jurisprudencia comparada, pasemos a ver que dice la jurisprudencia obligatoria para el Ecuador:

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de cumplimiento obligatorio para el Ecuador por la ratificación del artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la competencia de la Corte IDH. El 24 de julio de 1984 Ecuador reconoció la vigencia de los artículos 45 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mediante Decreto No. 2768, de

<sup>98</sup> Ibidem, págs. 86 y 87.

<sup>99</sup> Ibidem, pág. 87.

<sup>100</sup> Ibidem, pág. 87.

24 de julio de 1984, publicado en el Registro Oficial No. 795 del 27 del mismo mes y año.

Veamos entonces, sobre este aspecto, que dice la jurisprudencia obligatoria para el Ecuador, principalmente enunciaré los 5 puntos principales que establecen las siguientes sentencias: Baruch Ivcher Bronstein *versus* Perú; Herrera Ulloa *versus* Costa Rica; Kimel *versus* Argentina; y “La última tentación De Cristo” (Olmedo Bustos *versus* Chile), y Caso Ricardo Canese *versus* Paraguay.

En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. Estas dos dimensiones deben garantizarse en forma simultánea<sup>101</sup>.

[...] los límites de críticas aceptables son más amplios con respecto al gobierno que en relación a un ciudadano privado o inclusive a un político. En un sistema democrático las acciones u omisiones del gobierno deben

<sup>101</sup> Baruch Ivcher Bronstein *versus* Perú. Párrafo 146.

estar sujetas a exámenes rigurosos, no sólo por las autoridades legislativas y judiciales, sino también por la opinión pública<sup>102</sup>.

[...] las disposiciones penales sobre difamación, calumnias e injurias tienen por objeto un fin legítimo en Costa Rica, pero cuando se sancionan penalmente las conductas que involucran expresiones sobre cuestiones de interés público, se está ante la vulneración del artículo 13 de la Convención, pues no existe interés social imperativo que justifique la sanción penal. La aplicación de las leyes de privacidad dentro del derecho interno debe ajustarse a los estándares internacionales que exigen un adecuado balance entre la protección de la privacidad y la honra y el resguardo de la libertad de expresión<sup>103</sup>.

[...] el Estado debe abstenerse de censurar la información respecto de actos de interés público llevados a cabo por funcionarios públicos o por particulares involucrados voluntariamente en asuntos públicos, dado que éstos deben demostrar mayor tolerancia a las críticas, lo cual implica una protección de la privacidad y la reputación diferente que la que se otorga a un particular<sup>104</sup>.

[...] la libertad de expresión e información [...] debe extenderse no solo a la información e ideas favorables, consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que ofenden, resulten chocantes o perturben. [...] Los límites de críticas aceptables son

<sup>102</sup> *Sürek and Özdemir versus Turkey* citado por *Baruch Ivcher Bronstein versus Perú*.

<sup>103</sup> *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Párrafo 101.2.b

<sup>104</sup> *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Párrafo 101.2.c

más amplios con respecto al Estado que en relación a un ciudadano privado e inclusive a un político. En un sistema democrático, las acciones u omisiones del Estado deben estar sujetas a un escrutinio riguroso, no sólo por parte de las autoridades legislativas y judiciales, sino también por parte de la prensa y de la opinión pública<sup>105</sup>.

Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público<sup>106</sup>.

En el presente caso, las declaraciones por las que el señor Canese fue querellado, efectuadas en el marco de la contienda electoral y publicadas en dos diarios paraguayos, permitían el ejercicio de la libertad de expresión en sus dos dimensiones. Por un lado permitían al señor Canese difundir la información con que contaba respecto de uno de los candidatos adversarios y, por otra parte, fomentaban el intercambio de información con los electores, brindándoles mayores elementos para la formación de su criterio y la toma de decisiones en relación con la elección del futuro Presidente de la República<sup>107</sup>.

<sup>105</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 1992 en el caso de *Castells v Spain*. Párrafos 42 y 46. Citado por *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*.

<sup>106</sup> *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Párrafo 129.

<sup>107</sup> *Ricardo Canese vs. Paraguay*. Párrafo 81.

En fin, en todas estas sentencias se condenó a los Estados que permitieron que a través del Poder Judicial se sancionara penal e incluso civilmente a quienes criticaron o denunciaron a funcionarios públicos, y se sentó así este innegable precedente: ningún juez puede condenar a quien denuncia un caso de corrupción (siempre y cuando lo haga en legítimo y honesto derecho a la libertad de expresión), por lo mismo, me atrevo a decir que el político que se atreva a denunciar, querellar o demandar a sus críticos debe ser sancionado judicialmente, porque no puede censurar con el poder punitivo del Estado la crítica y fiscalización a la que voluntaria y constitucionalmente se sometió.

#### 4. **Exceptio veritatis en el delito de calumnia**

La exigencia de que la imputación sea falsa hace que sea claramente aceptable la prueba de la verdad o *exceptio veritatis*. Esto significa que el querellado puede probar la veracidad de su afirmación, lo cual sin duda es un camino procesal que invierte la carga de la prueba<sup>108</sup>. Y es así como se lee la disposición de *exceptio veritatis* del Art. 182 del COIP:

No será responsable de calumnias quien probare la veracidad de las imputaciones. Sin embargo, en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de un delito que hubiere sido objeto de una sentencia ratificatoria de la inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo.

<sup>108</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dir.); op. cit. pág. 309.



El artículo de hecho es bastante claro: si yo demuestro le veracidad de la imputación, no respondo por calumnia. Ahora bien, el propio texto de la ley nos pone una excepción bastante lógica: “[...]en ningún caso se admitirá prueba sobre la imputación de un delito que hubiere sido objeto de una sentencia ratificatoria de la inocencia del procesado, de sobreseimiento o archivo.” Esto se refiere a que el que-rellado no puede defenderse diciendo que le dijo violador a una persona precisamente porque fue procesado por ese delito, si parte de ese proceso concluye con sentencia absoluta, sobreseimiento o archivo, lo que *a priori* nos dice que si no se cuenta con una sentencia condenatoria o con un proceso penal en curso, no se puede probar la veracidad de la imputación.

La *exceptio veritatis* es reconocida como excusa legal absoluta, esto es, como causa eximente de responsabilidad penal<sup>109</sup>. En consecuencia, sin la imputación es verdadera no puede subsumirse la conducta en un delito de calumnia, independientemente de la forma en que se verificó la información<sup>110</sup>.

Realmente esta cláusula de la *exceptio veritatis* podría considerarse como una verdadera excusa legal absoluta si se mantiene una concepción subjetiva de la falsedad, lo que hace reforzar la atipicidad en todo caso en el que el hecho imputado es objetivamente verdadero (al margen de la intencionalidad del autor de la imputación). De otra forma estaríamos ante un delito imposible, en tanto que no se puede imputar

<sup>109</sup> Polaino Navarrete, op cit. pág. 275.

<sup>110</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dir.); op. cit. pág. 308.

falsamente con conocimiento de la falsedad lo que objetivamente es verdad<sup>111</sup>.

Lo que no es falso no puede ser falsamente imputado. Los hechos que objetivamente son verdaderos pueden ser imputados sin el debido deber de comprobación y contraste exigido, pero si el hecho a pesar de todo resulta ser cierto, lo imputado queda extramuros del Derecho Penal: la simple mala intención no puede ser relevante penalmente<sup>112</sup>.

Ahora bien, profundizando en este tema encuentro un solo caso en el cual la verdad puede lesionar y que todo Juez debe reprochar jurisdiccionalmente: que se impute un delito verdadero, a quien sí lo cometió, pero cuya pena por haberlo cometido ya la cumplió.

Esto de desprender del Art. 11 de la Constitución, que en su numeral segundo establece, entre otras cosas, que nadie podrá ser discriminado por su pasado judicial. Es decir, que si en realidad asesiné a alguien y cumplí mi pena, me rehabilité, resocialicé y me reinserté en la sociedad, tengo pleno derecho a desarrollarme en sociedad limpiamente y nadie tiene derecho a recordarles a todos que soy un asesino y así mancillar mi honor, un honor recién recuperado.

Ahora, por otro lado, la protección de un honor real implica que todas la imputaciones de hechos que sean objetivamente verdaderos no lesionan el honor y, por lo tanto, son atípicas.

<sup>111</sup> Benítez Ortúzar, op. cit. págs. 357 y 358.

<sup>112</sup> Ibidem, pág. 358

Para esta postura, el honor sólo merece protección cuando se halla basado en hechos que son objetivamente ciertos, esto es, que sólo nos encontramos ante una lesión del honor cuando el hecho imputado sea objetivamente falso<sup>113</sup>.

Este es justamente el tipo de honor que protege la *exceptio veritatis*, es decir, que quien sí cometió el delito que se le imputa, no tiene un «honor» en ese contexto y por lo mismo éste no es lesionado y al no ser lesionado, por aplicación del principio de lesividad, no puede exigir sanción alguna a quien se lo imputó.

Ya veremos que sólo se protege el honor aparente cuando estamos frente a injurias, pero como queda señalado, en el campo de las calumnias estamos exclusivamente ante el campo del honor real.

¿Como se prueba la veracidad de una imputación? Esa es la pregunta de mayor relevancia y para responder a la pregunta se debe responder con otra pregunta que nos permita concluir con una regla general: ¿Cuál es la única prueba que demuestra en Derecho que una imputación delictiva es verdadera? Y aquí se establece la regla: únicamente una sentencia condenatoria, ejecutoriada, dictada por juez competente, prueba que alguien cometió un delito, por cuanto mientras dicha sentencia ejecutoriada no exista, el estado constitucional de inocencia se mantiene intacto.

<sup>113</sup> Vázquez González, Carlos Con Serrano Gómez, Alfonso; Serrano Maíllo, Alfonso; Serrano Tárraga, María Dolores; y, Vázquez González, op. cit. pág. 200.

Esta regla nos permite tener un marco general: la veracidad de las imputaciones se prueban con sentencias. Ahora bien, esta regla general tiene una única excepción y es cuando lo imputado se encuentra en un contexto de carácter de relevancia pública o funcionario públicos.

Cuando se trata de personas privadas, dentro de un contexto personal y cuando la información transmitida no es de relevancia pública, la única forma de probar la veracidad de lo imputado es mediante sentencia ejecutoriada, pues todo ciudadano es inocente hasta que se demuestre lo contrario, e inclusive podría tener un proceso penal abierto por tal o cual delito, pero mientras no sea condenado su «honor» sigue intacto y nadie puede pisotearlo, precisamente porque su inocencia se presume.

Para que se cumpla esta forma de probar la *exceptio veritatis* la imputación que se hace no debe ser de aquellas donde prima la libertad de información (donde el derecho no es solo de informar sino también de todos a ser informados), pero además el “calumniado” no debe ser personaje público.

Pero toda regla tiene su excepción y ésta específicamente surge cuando estamos frente a un caso de ponderación de derechos.

Cuando se trata de una imputación de relevancia pública y sobre un personaje público, la *exceptio veritatis* se simplifica a que la mujer del Cesar no solo debe ser, sino también parecer. ¿A qué me refiero? A que puedo criticar, fiscalizar e incluso denunciar públicamente un funcionario público cuando lo

hago en legítimo ejercicio de mi derecho a la libertad de expresión y o de información.

Así, si por una hidroeléctrica el Estado pagó cuatro veces su precio normal y verifica que hubo sobreprecio, los ciudadanos estamos legitimados a decir: “El Ministro de Energía deberá responder por peculado”, y conforme a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos citadas en el tercer capítulo, éste no podrá querellar por calumnias a quien transmite esa noticia, precisamente porque como vimos, los personajes públicos están sometidos al escrutinio público y deben ser más tolerantes a las críticas e imputaciones que se les haga en razón de su cargo.

Esto nos lleva a concluir que cuando se imputa un delito a un funcionario público y se lo hace sin el ánimo de mancillar su honor sino en ejercicio de la libertad de información, no se requiere de sentencia condenatoria ejecutoriada como prueba de la verdad o *exceptio veritatis*, sino que el simple ejercicio de la libertad de información se impone sobre el derecho al honor y ningún Juez puede, en estos casos particulares, condenar por calumnia a quien ejerció su derecho a la libertad de información.

El Juez que ose a condenar por calumnias en estos casos estaría contraviniendo, pisoteando y desconociendo de forma directa los precedentes jurisprudenciales que le obligan a absolver, esto es, estaría inaplicado dolosamente las siguientes Sentencias: de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: 1. Baruch Ivcher Bronstein *versus* Perú; 2. Herrera Ulloa *versus* Costa Rica; 3. Kimel *versus* Argentina; 4. “La última tentación De Cristo” (Olmedo Bustos *versus* Chile).

Cabe recordar a los abogados ecuatorianos y latinoamericanos que en estos casos, bajo ningún concepto, pueden condenar por calumnias, pues nuestros en el caso específico de Ecuador éste se encuentra obligado a aplicar y respetar como ley los precedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derecho Humanos por cuanto Ecuador ratificó de los artículos 45 y 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 24 de julio de 1984, mediante Decreto No. 2768, de 24 de julio de 1984, publicado en el Registro Oficial No. 795 del 27 del mismo mes y año.

## 5. Causa de justificación en el delito de calumnia

No habrá lugar al delito de calumnias cuando exista una causa que elimine la antijuridicidad del acto, por lo que la mayoría de la doctrina parece mantenerse fiel a la clásica tesis del «ejercicio legítimo de un derecho»<sup>114</sup> y el «consentimiento»<sup>115</sup> como causa de justificación, es decir, que la solución de este conflicto se sitúa en el terreno de la antijuridicidad<sup>116</sup>.

El punto de partida de la tesis de la «adecuación social» consiste en que las acciones realizadas en el legítimo ejercicio

<sup>114</sup> Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (Coord.); op. cit. pág. 212. Así también Benítez Ortúzar, op. cit. pág. 353.

<sup>115</sup> Benítez Ortúzar, op. cit. pág. 352.

<sup>116</sup> Álvarez García, op. cit. pág. 117; Bacigalupo, Enrique, *Delitos contra el honor*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 48 a 50; Bajo Fernández, op. cit. págs. 87 y 88; Carbonell Mateu, op. cit. págs. 28 y 29; Carmona Salgado, op. cit. pág. 328; García-Pablos De Molina, op. cit. pág. 400; Rodríguez Mourullo, op. cit. pág. 614; Muñoz Conde, op. cit. pág. 273; y, Laurenzo Copello, op. cit. pág. 56.

de un derecho fundamental son acordes con el orden político y social establecido por la propia Constitución, motivo por el cual han de reputarse adecuadas al sistema social y por lo mismo ajenas la prohibición penal<sup>117</sup>.

Esto nos permite afirmar que el Derecho la libertad de información como garantía del pluralismo político en una sociedad democrática, es específica la doctrina constitucional consistente en el derecho a transmitir y recibir libremente información, lo cual prevalece frente al derecho al honor siempre y cuando la información adquiera relevancia pública y la veracidad<sup>118</sup> de la misma haya sido suficientemente contrastada y comprobada<sup>119</sup>.

Igualmente, la libertad de expresión requiere un juicio de ponderación y necesidad, atendiendo a la relevancia e interés público de la persona o asunto que se difunda. Si tras el juicio de ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor que pudiera verse lesionado por el ejercicio legítimo del primer derecho, se comprueba que la libertad de expresión fue proporcionar y versó principalmente sobre un asunto de interés social pero además en el que se vio inmiscuido

<sup>117</sup> Morales Prats, Fermín, *Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora*, en CPC No. 36, 1988, págs. 672 y 690; Así también en, Laurenzo Copello, op. cit. pág. 57.

<sup>118</sup> "Según el criterio de la veracidad, para apelar al derecho a la libertad de información es suficiente con que se haya observado una adecuada diligencia en la comprobación de la veracidad de la noticia, de manera que lo transmitido como tan no sean simples rumores, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, sino que se trate de una información contrastada." en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.); op. cit. pág. 298.

<sup>119</sup> Benítez Ortúzar, op. cit. pág. 354.

un personaje público, no habrá lugar a la acción de calumnias pues estamos frente a una causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho<sup>120</sup>.

Entonces es irrefutable que cuando las expresiones controvertidas surgen en el curso de un acto público, versan sobre asuntos de interés público y atañen a personas con relevancia pública, se amplían los límites de la crítica permisible<sup>121</sup>.

Todo esto nos lleva a poder concluir que entendido el problema, resultará que el bien jurídico «honor» se halla dotado de un contenido que es por entero dependiente del que se otorgue no a otros derechos, sino al correcto ejercicio de esos otros derechos<sup>122</sup>.

Por eso se dice que el valor preferente de la libertad de información declina a favor del derecho al honor cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública, sino a través de cauces tan anómalos e irregulares como es la difusión de hojas clandestinas. La misma inversión se produce a favor del derecho al honor cuando la información no se refiere a personalidades públicas, sino a personas privadas<sup>123</sup>.

<sup>120</sup> Benítez Ortúzar, op. cit. pág. 354.

<sup>121</sup> Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dir.); op. cit. págs. 297 y 198. Para ponderar "[E]ntre dichos criterios destacan el interés social, el de la necesidad y el de la veracidad. Según el primero, cuando la expresión o información contribuya a formar la opinión pública en asuntos de Estado, la comunidad social o de interés público en general debe prevalecer la libertad de expresión."

<sup>122</sup> Álvarez García, op. cit. pág. 69.

<sup>123</sup> Luzón Cuesta, op. cit. pág. 123.



Igualmente, la libertad de expresión está delimitada por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con la ideas u opiniones que se expongan, y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas, es decir que la libertad de expresión es un derecho en extremo amplio pero que su única prohibición son las expresiones intrínsecamente vejatorias que resulten impertinentes e innecesarias para su exposición<sup>124</sup>.

Lo que quiero decir con el párrafo anterior es que el ejercicio de ese derecho (por ejemplo a la información) va a dotar, caso por caso, de contenido al derecho al honor, y por lo tanto la conducta será atípica cuando haya existido corrección en el ejercicio de la libertad de expresión; si existirá, en cambio, tipicidad cuando ese ejercicio no haya sido ejercido correctamente<sup>125</sup>, por lo que se trata finalmente de procurar un concepto de honor «constitucionalmente adecuado»<sup>126</sup>.

Todo esto conlleva a que las críticas o informaciones que se transmitan públicamente en referencia a un funcionario público o figura pública y que estén enmarcadas en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión o de información, no son conductas antijurídicas y por lo mismo ningún Juez podrá, so pena de fallar en contra de la jurisprudencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fallar en contra de quien se expresa por el delito de calumnia.

<sup>124</sup> Luzón Cuesta, op. cit. pág. 123.

<sup>125</sup> Álvarez García, op. cit. pág. 70.

<sup>126</sup> Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Trad. Requejo Pagés, Juan Luis, Baden-Baden, 1993.

## 6. Conclusión

Quedó claro aquello que siempre debió serlo: el delito de calumnia es un delito que no puede ser analizado ni imputado sin una previa ponderación constitucional contextual. Estos parámetros deben utilizados por los jueces antes de emitir algún criterio, pero además son conceptos que deben ser dominados por los abogados litigantes quienes antes de lanzarse al ruedo, deben saber la compleja institucionalidad que una querrela representa.

## 7. Bibliografía

- Lorente López, María Cristina, *Los Derechos al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen del Menor*, Thomson Reuters, Arazandi, Pamplona, 2015
- Buompadre, Jorge Eduardo, *Delitos contra el honor*, Astrea, Buenos Aires, 2010,
- Gimbernat Ordeig, Enrique, *Contra el delito de difamación. En Ensayos Penales*, Tecnos, Madrid, 1999
- Carbonell Mateu, Juan Carlos, *Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal, en Estudios Penales y Criminológicos*, Tomo XVIII, 1995.

- Fernández Palma, María Rosa, *Reflexiones sobre el contenido constitucional del honor*, en *El nuevo Derecho Penal Español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Arazandi, Pamplona, 2001.
- Bajo Fernández, Miguel, *Causas de justificación en los delitos contra el honor*, en *Estudios de Derecho Penal y Criminología, Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, Tomo I, U.N.E.D., 1989.
- Benítez Ortúzar, Ignacio, F., *Delitos contra El Honor*, En Morillas Cueva, Lorenzo (Dir.); Benítez Ortúzar, Ignacio, F.; Del Rosal Blasco, Bernardo; Morillas Cueva, Lorenzo; Olmedo Cardente, Miguel; Peris Riera, Jaime; Y, E Sáinz-Cantero Caparrós, José, *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2da edición.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu (Dir.); Corcoy Bidasolo, Mirentxu; Bolea Bardón, Carolina; Cardenal Montraveta, Sergi; Gallego Soler, José Ignacio; Gómez Martín, Víctor; Santana Vega, Dulce; Hortal Ibarra, Juan Carlos; Fernández Bautista, Silvia; Carpio Briz, David; Besio Hernández, Martín; Y, Salvadori, Iván, *Derecho Penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*.
- Polaino Navarrete, Miguel, *Injuria y calumnia*, en Polaino Navarrete, Miguel (Dir.); Martos Núñez, Juan Antonio; Herrera Moreno, Myriam; Blanco Lozano, Carlos; Monge Fernández, Antonia; Requejo Conde, Carmen; Y, Polaino-Orts, Miguel, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*.

- Suárez-Mira Rodríguez, Carlos (Coord.); JUDEL Prieto, Ángel; Piñol Rodríguez, José Ramón, *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, Tomo II, 6ta edición, Tratados y Manuales, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2011
- Luzón Cuesta, José María, *Compendio de Derecho Penal. Parte Especial*, 18va edición, Dykinson S. L., Madrid, 2001
- Böckenförde, E. W., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Trad. Requejo Pagés, Juan Luis, Baden-Baden, 1993.

Temas Penales 2

**Segunda Parte:**  
**El Proceso Penal**



# **El rol del juez en la audiencia de juicio en el nuevo sistema penal ecuatoriano**

***Fabricio Roalino Jarrín***

*Juez de la Sala Penal  
de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha*

## **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** Sobre el garantismo penal; **3.** Los principios constitucionales y el proceso penal; **4.** El juez y el proceso penal oral acusatorio y garantista; **5.** El rol del juez en la audiencia de juicio; **6.** Bibliografía





## 1. Introducción

Hace menos de dos décadas los procesos penales se tramitaban por escrito y su resolución se efectuaba en mérito de los autos; es decir, en atención a lo que constaba en el expediente escrito. El trámite investigativo y la resolución intermedia se centraba en una persona que se convertía en Juez y parte, era el denominado “Juez Instructor”. La tramitación de un proceso penal podía superar en tiempo a la prescripción y muchas personas permanecían privadas de la libertad bajo medida cautelar, cumpliendo una pena anticipada o permanecían detenidas por varios años y su sentencia incluía una pena de meses de prisión; es decir, el tiempo de su condena superaba a aquel por el cual podía ser condenado de acuerdo con la ley.

La reacción que esto causó en la legislación, determinó la limitación del tiempo de caducidad de la prisión preventiva, primer avance de lo que luego sería la aplicación de un nuevo sistema procesal.

La falta de celeridad era el denominador común en los procesos judiciales, cuyo principal efecto fue generar inseguridad, irrespeto a los derechos humanos y garantías constitucionales, impunidad, sanción a inocentes e injusticia, palabras que en forma frecuente se usaban para publicar artículos de prensa relacionados con el tema. La necesidad histórica de cambio frente a la lentitud en la resolución de controversias, el continuo reclamo social frente a la impunidad, prescripción de procesos penales, imposibilidad de acceder a la administración de justicia y de ser escuchado por quien finalmente resolvería su situación jurídica, en la que está en juego

la libertad y al fin vida de las personas, forjaron la necesidad de superar estas graves distorsiones e inconsistencias, dando inicio a un proceso de reforma que ha conseguido significativos avances en el ejercicio de los derechos fundamentales y especialmente en el proceso penal, ligado al debido proceso y defensa.

En la Constitución de 1998, encontramos el primer peldaño hacia este cambio, en ella se incluyen una serie de garantías constitucionales y procesales, que involucran un incipiente surgimiento del nuevo sistema procesal, pues combinan la oralidad del trámite y conservan rezagos del sistema inquisitivo escrito (sistema mixto), incorporado en el Código de Procedimiento Penal de 2001 (reformado en el 2009) que impulsó el sistema de audiencias orales vía apelación y casación.

Es a partir de la Constitución de 2008, que se introducen cambios esenciales, relacionados en primer lugar a la organización estatal y específicamente al sistema de administración de justicia. Sobre la organización del Estado, se define al Ecuador como “un Estado constitucional de derechos y justicia” (artículo 1 CRE); esta definición pretende que los enunciados constitucionales dejen de ser meras formalidades y se conviertan en garantías de vigencia de los derechos inviolables de los ciudadanos. Tal concepción responde a la tendencia universal que persigue la garantía de derechos constitucionales y su aplicación directa e inmediata. El respeto y garantía de las libertades fundamentales, constituyen condición de validez y respaldo de las actuaciones del Estado y sus integrantes, entre ellos los partícipes de la administración de justicia y por ende los juzgadores, cuyo rol también varía ante

la consagración del procedimiento oral, acusatorio y garantista, en especial durante la audiencia de juzgamiento, que es el motivo de este análisis.

A la sombra de esta moderna Constitución, que ha sido internacionalmente reconocida como un avance en materia de derechos y garantías, la aplicación del denominado “garantismo”, se amplía a todas las ramas del derecho, ya no es exclusiva del Derecho Penal, pues se considera indispensable la vigencia y respeto irrestricto de las garantías y derechos fundamentales.

El Estado ha dejado de ser un opresor y controlador de los ciudadanos y se ha convertido en un medio para la realización de los derechos fundamentales; ha dejado de ser inquisidor, asumiendo la función de garante y ejecutor de derechos fundamentales; para ello se incorpora este propósito como una obligación de todos sus integrantes, entre los que se encuentra incluida la Función Judicial, que de igual manera se ha convertido en el sistema-medio para la realización de la justicia, cuyo compromiso es el respeto y dignidad de las personas.

Entonces, el poder Estatal se aleja del ejercicio punitivo excesivo, con el fin de equilibrar la diferencia existente entre el común de la población y el aparataje estatal; para ello dirige su composición normativa constitucional al reconocimiento, respeto y efectiva vigencia de los derechos fundamentales. Esto es en términos sencillos un Estado de derechos y justicia; entre las normas que rigen a este Estado, tenemos aquellas que se vinculan al Derecho Penal, que ha direccionado

toda su amplitud (proceso penal, pena, delito e incluso política criminal) hacia la consecución del respeto de garantías y derechos constitucionales, es decir al cumplimiento de los fines del Estado Constitucional de derechos y justicia.

En este contexto, el juzgador abandona la forma automática de aplicación de la norma y se convierte en parte integrante y ejecutora de la nueva concepción de Estado constitucional de derechos y justicia; asumiendo el papel de garante de derechos y libertades individuales en la tramitación procesal.

Para cumplir estos fines, en la Constitución de 2008 se impone el procedimiento oral en todas las materias e instancias; dando origen a la implementación del sistema penal acusatorio, cuyo objetivo primordial, como se ha dicho, es asegurar las libertades y derechos de las partes sometidas a enjuiciamiento, es decir proteger a los intervinientes de los excesos del poder punitivo del Estado; ahí se encuentra la esencia e importancia del juzgador y su actuación como promotor y ejecutor de dicho fin. En el proceso oral, garantista y acusatorio, el juez asume varios roles prácticos, de ejecución y dirección, y además, se constituye en el garante natural de los fines constitucionales.

Es evidente que este nuevo sistema oral acusatorio, coadyuva a afianzar la democracia, la libertad, la dignidad, la tolerancia e igualdad, incorporando estos objetivos al quehacer de los administradores de justicia, que cooperan para alcanzarlos con sustento en la garantía de derechos y la correcta aplicación de la normativa vigente; ello se consigue con la participación de jueces probos y concedores del derecho, cuya

colaboración es indispensable en la realización de los objetivos de la justicia.

## 2. Sobre el Garantismo Penal

El padre del garantismo, Luigi Ferrajoli, en su obra “Derecho y Razón”, afirma que esta ideología “se dirige a la aplicación y reconocimiento irrestricto de los derechos y garantías consagrados en las Constituciones”. Tradicionalmente los derechos y garantías eran visualizados como meras declaraciones prosaicas, pero actualmente, el garantismo ha impuesto, sobre todo al juzgador la obligación de verificar su cumplimiento irrestricto.

En el Ecuador, por disposición constitucional, los tratados y convenios internacionales adquieren rango normativo constitucional e incluso superior en caso de que protejan derechos humanos; entonces la cubierta garantista incluye a la normativa que dichas disposiciones internacionales reconocen, con la única condición de que hubieran sido suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano.

A la sazón, el garantismo penal se aplica en toda sustanciación de causas, verificar este aserto resulta fácil, basta con mencionar, a manera de ejemplo, que el juzgador debe verificar si la privación de libertad a una persona, se halla precedida de orden judicial; de no existir esta formalidad, se habría efectuado una detención arbitraria, ilegal e ilegítima, por atentar contra el derecho a la libertad constitucionalmente consagrado, violación cuya consecuencia implica la nulidad

de la aprehensión y la liberación inmediata del detenido. Es decir, la privación en tales condiciones se considera una violación insubsanable de garantía constitucional. De la misma manera no es legítima y se considera prueba indebidamente actuada aquella obtenida sin respeto a los derechos y garantías constitucionales; por ejemplo, el allanamiento de domicilio, que implica una vulneración del derecho a su inviolabilidad, procede exclusivamente en los casos y formas determinados por la norma, justificación de necesidad y con orden judicial legalmente emitida por autoridad competente; la omisión de estos requisitos, es causa de nulidad del procedimiento aplicado; y, la prueba obtenida, aun cuando pudiera ser contundente, resulta carente de validez por ser ilegal e ilegítimamente actuada.

Estos condicionamientos garantistas obligan al juzgador a verificar la autenticidad y legalidad de la prueba aportada y la legislación penal le faculta a declarar la nulidad o invalidez procesal, si el caso amerita, ejerciendo así su rol garantista de derechos y rompiendo su otrora labor de mero aplicador literal de la norma, que le impedía apartarse de su texto (estricto legalismo), bajo el viejo aforismo de que el juez se limita a ser la boca de la ley.

Es incuestionable la relación existente entre el garantismo y el Derecho Penal, pues es en éste último donde se ventilan las cuestiones más sensibles inherentes a los derechos y garantías de los seres humanos y sus libertades; incluso cuestiones relacionadas con la protección de bienes como la vida, propiedad, libertad, etc.

El garantismo no implica una suerte de ponderación de principios procesales, sino que por el contrario incorpora y adapta los principios del proceso penal a la correcta administración de justicia en base a las normas constitucionales; entonces, el texto de la ley debe ser respetado, especialmente en la determinación punitiva y en el establecimiento de los presupuestos de la sanción; por ello se impide al juez considerar como delito aquello no tipificado o imponer una sanción no contemplada en la ley (principio de legalidad), en tanto en cuanto estos principios procesales constituyen un modo de cumplir garantías; por lo que deben ser respetados y considerados.

Luigi Ferrajoli (Obra citada), diseña un listón analítico de principios ligados entre sí, que como parte del Derecho Penal propenden a que no haya pena sin delito (principio de retributividad); no haya delito sin ley previa (principio de legalidad); no haya ley sin necesidad (principio de necesidad); no haya necesidad sin daño (principio de lesividad); no haya daño sin acción o sin culpa (principio de culpabilidad); no haya juicio sin acusación (principio acusatorio); no haya acusación sin prueba (principio de carga probatoria); y, que no haya prueba sin defensa (principio contradictorio).

El garantismo consigue este acoplamiento entre la norma penal y los principios constitucionales antes señalados, imponiendo el respeto de derechos y garantías en general. Gracias a esta adecuación, ya no se acude al Derecho Penal ante cualquier falta o acto atentatorio a la moral, sino como último recurso (*ultima ratio*) y siempre que dicho acto esté considerado como delito; además no se puede determinar la existencia

de una infracción penal si no le precede una afectación a un bien jurídicamente protegido, ni se castigan meros pensamientos. En este momento se genera otra ruptura con el sistema inquisitivo, pues ya no se permite realizar acusaciones a base de conjeturas, sospechas o subjetivismos individuales, ni se valora como prueba irrefutable la confesión (a confesión de parte relevo de prueba), por lo tanto, queda totalmente excluida la posibilidad de castigar sin pruebas o impedir el acceso del procesado a éstas.

El respeto por las libertades personales, forja una menor opresión y por ende disminuye el autoritarismo estatal; por ello, la tendencia universal se dirige a la eliminación de sus limitaciones y conductas atentatorias, que puedan conservarse en las diversas legislaciones, por ejemplo, la determinación de penas inhumanas o degradantes, como la pena de muerte, la tortura, la utilización de cámaras de gas, etc. Tendencia que se va generalizando y en ella se incluye como beneficiarios a los grupos de atención prioritaria y a las minorías, hecho que conlleva un desarrollo de la sociedad en general y de sus normas por ser inclusivas. El Derecho Penal también evoluciona en forma positiva, e incluye en su progreso a todos los que participan en la administración de justicia; sin embargo, debido a prácticas negativas relacionadas con ideologías, formación educacional, tradiciones y costumbres, aún hay mucho por hacer respecto al respeto de las garantías y libertades individuales.

El garantismo limita el poder Estatal al cumplimiento de derechos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales; separa el derecho de la moral y el delito del pecado;



rompe la clásica consideración del procesado como un ente aislado de derechos, sobre el cual se debía imponer la fuerza de la justicia y le atribuye garantías y derechos que deben ser respetados por quienes se encargan de su judicialización.

En una forma dura “El Proceso” de Franz Kafka, denota la tradicional posición del procesado frente al juzgador en un sistema inquisitivo, cuando dice:

Hará aproximadamente unos diez días fui arrestado. Para mí el hecho reviste caracteres cómicos, pero ésa no es la cuestión. Fui sorprendido una mañana, muy temprano, mientras estaba aún en la cama. Probablemente tenían una orden de arresto, lo cual me parece muy probable, a tenor de lo que acaba de expresar el señor juez, expedida contra algún pintor de brocha gorda tan carente de culpa como yo, pero el hecho es que es a mí a quien eligieron. Los agentes, bastante groseros, se instalaron en la habitación de al lado. Las medidas de precaución que adoptaron fueron quizá más aparatosas que si se hubiese tratado de un peligroso delincuente. Eran individuos de tan escasa moralidad, que me insinuaron que podían ser sobornados y que intentaron apropiarse de mis trajes y mi ropa blanca. Todo esto, además de haberse comido, sin rastros de vergüenza, mi desayuno ante mis propios ojos, y tuvieron la osadía de pedirme algún dinero para ir a buscarme otro.

En el nuevo sistema, el respeto a los derechos subjetivos y garantías es imprescindible, ya no se puede detener a una persona sin orden; allanar su domicilio y privarle de la libertad son actos absolutamente limitados y dependientes de la verificación de solemnidades; a diferencia de lo sucedido

en “El Proceso” de Kafka, hoy en día es fundamental poner en conocimiento de la persona involucrada sus derechos; en otras palabras el nuevo sistema oral acusatorio propende a la verificación de una rigidez constitucional, que se evidencia en la aplicación de dichas limitaciones al actuar del juzgador y la observancia estricta de la Constitución. Se determina con claridad qué debe hacer o abstenerse en un proceso penal y específicamente en la audiencia de juzgamiento, en la cual a más de controlar con rigor la intervención de las partes procesales que implica un accionar directivo, debe verificar con rigurosidad la aplicación de derechos constitucionales, como aquel dirigido a informar al procesado sobre las razones de su enjuiciamiento, difiriendo del sistema inquisitivo tan atacado en el texto literario antes transcrito; el juzgador debe abstenerse de ejercer acciones que puedan vulnerar derechos fundamentales.

Por otro lado, el garantismo se relaciona con el derecho penal mínimo, cuyo fin es restringir al máximo el poder punitivo del Estado, reservándolo para aquellos casos que por su relevancia o importancia lo requieran, de él surgen varias garantías contenidas en diversos principios como los de juez natural y competente, legalidad, taxatividad, lesividad, materialidad, culpabilidad, contradicción, igualdad de armas, imparcialidad, presunción de inocencia, obligación probatoria, oralidad, publicidad e incluso los de independencia interna y externa de la Función Judicial, todos dirigidos a alcanzar la verdad procesal.

### 3. Los principios constitucionales y el proceso penal

Como se indicó en líneas anteriores, antes de la imposición del sistema oral, en nuestro país existía un procedimiento penal en el cual el juez era también parte procesal; se encargaba de realizar la investigación pre procesal y procesal, obtenía pruebas para el juzgamiento y las valoraba previo a emitir la decisión del caso. Este ambiente procesal se desarrollaba por escrito, incluso en secreto, pues en ciertos procesos no era necesario poner en conocimiento del investigado los resultados paulatinos de la investigación. El trámite investigativo reducido íntegramente a escrito, por el juez instructor, pasaba a un tribunal, encargado de analizar la prueba aportada por el mismo juez instructor; se realizaba una audiencia, en la cual se permitía incluso la confesión como prueba suficiente de responsabilidad y la remisión de preguntas en sobre cerrado, con la consideración de suficiencia de dos testimonios para generar prueba plena, se conservaba la veda respecto del testimonio de los menores, aun cuando fueran la víctima de la infracción, ocasionando impunidad en infracciones como las de carácter sexual. Es decir, como parte del sistema mixto, el lado inquisitivo del proceso permitía sentenciar o absolver en base a testimonios referenciales; el fin de éstas prácticas y actuaciones judiciales, se ha conseguido gracias a la vigencia constitucional garantista del nuevo sistema procesal oral y acusatorio.

Un claro ejemplo de ello es la exclusión de culpabilidad en el caso de los consumidores de drogas, pues se considera que el abuso y la compulsión por dicho consumo, en forma periódica y repetida (adicción), tiene consecuencias exclusivas en la salud del consumidor; consideración que ha permitido

cambiar la tradicional formal de estimar a fármaco dependientes como viciosos o inmorales, por un nuevo criterio que los convierte en grupo con salud vulnerable y de atención prioritaria; en este sentido, el artículo 364 de la Constitución, determina que las adicciones son un problema de salud pública, cuya criminalización está prohibida, so pena de incurrir en vulneración de derechos constitucionales. Bajo estos parámetros y en aplicación del garantismo penal, resulta evidente que la adicción al consumo de drogas, de ninguna manera puede considerarse como una acción u omisión punible, por ende no podría generar una responsabilidad penal y mucho menos la imposición de sanciones punitivas, sino por el contrario, quienes padecen esta enfermedad, deben someterse a tratamientos para la rehabilitación y no a medidas coercitivas.

Como consecuencia de la ruptura con el tradicional sistema inquisitivo, se produce un avance significativo e histórico en materia penal, que es la imposición del sistema oral (Constitución 1998), que posteriormente, se extenderá a todos los procedimientos (Constitución de 2008).

La principal diferencia con el tradicional procedimiento escrito radica en el rol del juzgador, que antaño fundamentaba su decisión en el expediente (en mérito de los autos), que le servían de base incluso para determinar el tiempo de duración del trámite; hoy, en el proceso oral, la decisión o resolución judicial se fundamenta en lo expresado por las partes en cada audiencia y se emite de forma oral en el mismo acto; es decir el papel del juez jamás podría limitarse a realizar la audiencia, sino que debe escuchar, analizar y dirigir. Este es un cambio sustancial en la legislación nacional cuya implementación, si

bien se basa en una imposición constitucional, requiere además, del empeño tesorero de los administradores de justicia, que efectivamente lo han cumplido, alcanzando una serie de logros en la materia, especialmente respecto a tiempos y plazos de resolución, calidad de fallos, razonabilidad de decisiones, pero sobre todo respeto y control de garantías y libertades individuales. Por ello se puede afirmar que la conducción del proceso implica una responsabilidad social, que no se limita a la garantía de cumplimiento y supervisión de derechos, sino a la necesidad social de una administración de justicia real.

Igualmente, la ruptura con el sistema escrito y la implementación del nuevo sistema oral, ha permitido que en forma paulatina se cumplan los principios de celeridad y eficiencia en la administración de justicia penal, logros que ya no son un simple enunciado y que pueden verificarse prácticamente al observar el histórico desempeño de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, dependencia judicial de alzada que, en base al nuevo modelo de gestión y la implementación del sistema oral garantista, por primera vez en la historia verifica una carga laboral pendiente (juicios represados) de cero; es decir, hoy día las causas se resuelven inmediatamente, gracias al apoyo y trabajo arduo de todos quienes integran la administración de justicia y cuyos logros se espera alcancen frutos a nivel nacional.

A partir de la aprobación de la nueva Constitución y la implementación del sistema oral acusatorio y garantista, el país ha sido testigo de la disminución de caducidades de la orden de prisión preventiva, la existencia de procesos penales que culminan con sentencia a los 30 días de iniciados (ya no en

años de tramitación); y se verifica un aumento en el sometimiento a medios alternativos para la solución de conflictos; es decir, se está cumpliendo los postulados constitucionales que incluyen la gratuidad, accesibilidad y prontitud. Por primera vez en la historia el compromiso de los jueces consigue un verdadero equilibrio entre agilidad y justicia, permitiendo un significativo avance hacia el paradigma de su realización. Compromiso que además ha sido asumido por todos quienes forman parte de la administración de justicia (que incluye Fiscalía y Defensoría Pública), constituyendo un ejemplo, incluso regional respecto al éxito del sistema oral y la garantía de derechos fundamentales, pues se está coadyuvando a una verdadera evolución jurisdiccional en nuestro país.

Pero, a pesar de todos estos avances, aún existen puntos de tensión procesal que deben ser erradicados; todavía se pueden observar resoluciones judiciales que no consideran la realidad social y cultural de nuestro país, que sin lugar a dudas, es multiétnico y en el cual existe pobreza, desempleo, marginación y migración, con el efecto de conservar la visualización de los derechos constitucionales como simples enunciados. Para coadyuvar a fortalecer la justicia, libertad e igualdad, como ejes del Estado, es imprescindible, que a la luz de nuestra moderna Constitución, internacionalmente considerada un verdadero paradigma respecto al reconocimiento de derechos fundamentales, tales criterios sean eliminados al menos en las resoluciones judiciales.

Aún existen casos de detenciones ilegales, invasión de ámbitos privados y otros rezagos de sistemas caducos; pero la tendencia universal es su eliminación y la propensión al respeto

irrestringido de las libertades individuales. Se puede afirmar que dichos rezagos no son responsabilidad exclusiva de la administración de justicia, sino que responden a la imposibilidad de perfección social, que impide la realización de las normas superiores o las convierte en irrealizables. Todo ordenamiento constitucional contiene disposiciones cuya realización queda en el papel, frente a la realidad de la sociedad, tendencia que se pretende reducir con la consagración del Estado de derechos y justicia y la aplicación del garantismo.

A pesar de ello, no se puede desconocer la verificación de una verdadera ruptura de ciertas fronteras y barreras que antaño se observaban en los procedimientos judiciales, a ello ha aportado incluso el apareamiento de innovaciones tecnológicas como el internet, que permiten acceder a la información en el momento mismo en que se genera; hoy se puede ver en directo a un procesado que se encuentra en un lugar distante, permitiendo la incorporación al quehacer procesal de la realización de “audiencia telemáticas”, que ha futuro permitirán aceptar declaraciones o testimonios incluso en otros países. Tema que merece ser analizado detenidamente, especialmente ante el surgimiento de nuevas formas de delincuencia que tienen efectos transnacionales, por las cuales, a futuro se deberán homologar penas y procedimientos en las diversas legislaciones penales.

Como se ha dicho, en el sistema penal acusatorio y garantista, el objetivo primordial es asegurar las libertades y derechos de las partes sometidas a enjuiciamiento y limitar el poder punitivo del Estado; la consecuencia de su aplicación, radica en el hecho de que el juzgador asume un papel

de garante de derechos, cuyo ejercicio, promoción y exigencia puede efectuarse ante cualquier autoridad, en igualdad de condiciones y de forma directa e inmediata, pudiendo aplicarse aún de oficio, sin requisitos que no sean los expresamente establecidos en la Constitución o las leyes; es decir, se eliminan las restricciones y formalidades, cuya limitación se verifica exclusivamente para el cumplimiento de garantías; como por ejemplo, para la no imposición de una pena no establecida previamente.

Los derechos constitucionales cuya garantía y real vigencia forma parte del quehacer del juez, se encuentran enunciados en los artículos 11, 66, 76 y 77 y otros, de la Carta Fundamental del Ecuador, que en relación al proceso penal descartan la pena de muerte, consagran la integridad personal; la igualdad formal y material; y, no discriminación, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad de expresión, el derecho a la honra, la libertad de culto y asociación política, la libertad de decidir sobre su sexualidad y salud reproductiva, la prohibición de autoincriminación, la objeción de conciencia, la libre asociación, trabajo lícito y tránsito, la protección de datos, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio (salvo con orden judicial) entre otras libertades, incluyendo los derechos de protección, por los cuales se consagra el acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, con sujeción a los principios de intermediación y celeridad; en ningún caso un justiciable quedará en indefensión; pero sobre todo se garantiza el derecho al debido proceso (artículo 76), que incluye el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, la presunción de inocencia mientras no se declare la responsabilidad en sentencia



ejecutoriada, la prohibición de sanción por un acto u omisión que, al momento de cometerse no esté tipificado en la ley como infracción penal (legalidad), la garantía de no valoración de la prueba obtenida o actuada con violación de la Constitución, el principio de favorabilidad y la aplicación de la duda a favor del reo, la verificación de la proporcionalidad entre la infracción y la sanción, el derecho a la defensa, que implica el tiempo y medios adecuados para su preparación, ser escuchado con oportunidad e igualdad, la publicidad de los procesos, la presencia del defensor en todas las actuaciones (público o particular), la contradicción, la prohibición de doble enjuiciamiento penal (*non bis in ídem*), la inmediación, el juzgamiento por un juez independiente, imparcial y competente, el derecho a recurrir (doble conforme); y, la motivación de las resoluciones judiciales.

Además, el artículo 168 de la Constitución dispone a todos los habitantes de la República la obligación de respetar y verificar el cumplimiento de los principios de independencia interna y externa de la administración de justicia, la gratuidad, publicidad y oralidad, que incluye los principios de concentración, contradicción, dispositivo, de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal y debido proceso (artículo 169 *ibídem*).

Otra innovación garantista en la Constitución es el contenido de su artículo 78, que incorpora las garantías especiales que deben observarse y respetarse en relación a la víctima de la infracción penal, consagrando la no revictimización y protección frente a amenazas u otras formas de intimidación, pero sobre todo la creación de mecanismos para asegurar una

reparación integral y asistencia, incluso a los testigos y otros participantes procesales.

#### **4. El juez y el proceso penal oral, acusatorio y garantista**

Las facultades del juez no se limitan a la resolución de la controversia, debe dirigir la audiencia, valorar pruebas, acción que incluye verificar su procedencia, legalidad y legitimidad; pero además, debe verificar y garantizar el cumplimiento de los derechos constitucionales y la estricta observancia de las garantías fundamentales de los procesados.

La palabra del juez es la representación de la ley; por ello, para que esté revestida de credibilidad, a más de conocimientos y experiencia suficientes, el juez requiere de probidad que le permita contar con el aval suficiente, no solo en su resolución, sino también en el control de excesos y abusos del derecho y cualquier forma de actuación inadecuada que pretenda alterar el orden en el desarrollo de las diligencias judiciales.

El juez es la máxima autoridad en el desarrollo del juicio oral, se le ha concedido facultad sancionadora frente a abusos, excesos o conductas impropias, cuya verificación podría concluir incluso con la privación de libertad al infractor, en caso de que su actuar pueda atentar contra la autoridad o la administración de justicia, por inobservar órdenes o incurrir en obstaculización u obstrucción procesal.

Para comprender el rol del juez, es imprescindible recordar que el artículo 167 de la Constitución determina que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”, por ello la labor de administrar justicia es un servicio eminentemente social, concedido al juez previo el cumplimiento de requisitos y sometimiento a procesos de selección que incluyen concursos públicos de méritos, oposición, impugnación ciudadana y control social, como aquellos verificados a partir de la reforma Constitucional aprobada en referéndum y consulta popular, en la cual la ciudadanía dispuso la reestructuración de la administración de justicia (artículos 170 y 176 CRE).

Queda claro que la potestad de administrar justicia, está sujeta a los límites impuestos por el garantismo constitucional, así lo determina expresamente el artículo 172 de la norma suprema, cuando dispone la obligación de administrar justicia con sujeción a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley; aplicando además, la debida diligencia, sin retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento (artículo 174) y promoviendo la buena fe y lealtad procesal de las partes.

El juez debe mantenerse imparcial, alejado de opiniones o prejuicios respecto al tema que será tratado en audiencia, durante ella y aún después de ella, mientras reduce a escrito su decisión; a más de mantener el orden en la sala de audiencias, evitando actitudes que propendan a la interferencia indebida, prolongación inadecuada u obstaculización de la justicia, deberá asumir una actitud que demande respeto de las partes;

para lograrlo se dirigirá y referirá a los intervinientes con respeto, pero con rectitud, en forma enérgica pero sin llegar a ofensas y especialmente considerando a todos como iguales.

No se puede negar que las facultades legalmente otorgadas al juez, repercuten en la sociedad, cuya voluntad expresada en consulta popular, dispuso la restructuración de la justicia en aras de su efectiva y expedita aplicación; de ahí surge la elaboración y aprobación de un nuevo sistema adjetivo penal, plasmado en el Código Orgánico Integral Penal, normativa que acoge los principios del garantismo constitucional, determinando como su finalidad la de “normar el poder punitivo del Estado”; además, incorpora los principios constitucionales al Derecho Penal (artículo 2) y consagra la mínima intervención penal (artículo 3). Entre los principios y garantías que rigen el proceso penal el Código Orgánico Integral Penal resalta al respeto por la dignidad humana y su titularidad de derechos (artículo 4); y, a las normas del debido proceso (artículo 5), al que incorpora los principios de legalidad, favorabilidad, duda a favor del reo, presunción de inocencia, igualdad, impugnación, prohibición de empeorar la situación del procesado (*non reformatio in pejus*), prohibición de autoincriminación, prohibición de doble juzgamiento (*non bis in ídem*), intimidad, oralidad, concentración, contradicción, dirección judicial del proceso, principio dispositivo (impulso procesal corresponde a las partes), publicidad, inmediación, motivación, imparcialidad, privacidad, confidencialidad (especialmente de las víctimas de delitos contra la integridad sexual, niñas, niños o adolescentes y su familia); quedando todos ellos, sometidos a la verificación de su cumplimiento por parte del juzgador (tribunal o juez unipersonal según el caso concreto).

Además, se consagran por primera vez los derechos de la víctima (artículo 11), se le garantiza la posibilidad de proponer acusación particular, de participar activamente en el proceso, o a dejar de hacerlo en cualquier momento; se prohíbe al juzgador obligarle a comparecer; y, se impone la obligación jurisdiccional de adoptar mecanismos de reparación integral de daños, protección especial, resguardo de su intimidad y seguridad, a la víctima y sus familiares, e incluso a los testigos, propendiendo por la no revictimización, especialmente ante la obtención y valoración de pruebas. Además se le otorga asistencia defensorial, se le garantiza el ingreso, si es necesario, al sistema nacional de protección a víctimas, la asistencia integral de profesionales, la información sobre la investigación y la igualdad de armas o de elementos de defensa.

Sobre toda esta amplia gama de principios el juez ejerce control, limitando las intervenciones de las partes, vigilando la legalidad y oportunidad de las pruebas, impidiendo comportamientos amenazantes, desleales, inmorales o ilegales. Como parte de sus facultades, califica la legalidad, pertinencia y procedencia de la prueba aportada; impide cualquier intento por evacuar pruebas contrarias a la ley o a las solemnidades procesales, dispone la participación con buena fe y lealtad procesal, so pena de sanciones.

Por el principio de independencia los jueces se someten a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley (artículo 123 Código Orgánico de la Función Judicial); el Código Orgánico de la Función Judicial determina las facultades y roles que cumple el juez en las audiencias (artículo 124), en primer lugar le otorga la faculta

de supervisar la actuación jurisdiccional (artículo 129), se le asignan los roles de garantista, director, vigilante, controlador, resolutorio y motivador; pero además se le concede facultad para procurar o dirigir a las partes a la adopción de medios alternativos para la solución de controversias. La sustanciación y resolución de la etapa de juicio es competencia de los Tribunales Penales, incluso en el procedimiento penal abreviado, si se lo ha propuesto.

La norma penal, desde el artículo 439 al 452, menciona, define y delimita las funciones y actuaciones de quienes se considera sujetos procesales; es decir de aquellos sobre quienes ejercerá control el juzgador, y que son: la persona procesada, la víctima, el o la fiscal y la defensa (pública o privada).

Como se mencionó, el tradicional sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal, determinaba la necesidad de incorporar por escrito las pruebas; hoy, por disposición legal, se hace constar un resumen de las principales actuaciones y alegaciones de las partes y de las pruebas aportadas oralmente o de los documentos incorporados, para ello, el Consejo de la Judicatura ha elaborado un formato de "Acta Resumen", en la cual, se hace constar un sustrato de la decisión del juez; de la misma manera, por disposición normativa, se conserva por escrito la sentencia, por resultar necesario, frente a la posibilidad de impugnar las decisiones que ella contiene, como su constancia y motivación suficiente.

No se puede confundir esta reducción a escrito de la sentencia, con un atentado a la oralidad; pues su existencia no impide que el proceso y resolución se realicen verbalmente,

lo que se pretende es permitir la constatación y verificación de la motivación adecuada en la decisión judicial; se puede afirmar que la sentencia por escrito es la redacción en extenso de los argumentos planteados y el análisis realizado en forma detallada por el juez, respecto al acervo probatorio incorporado en la audiencia.

La oralidad adquiere mayor énfasis en la etapa de juicio que en la investigación instructiva, en la que se mantienen los formatos escritos de informes, versiones e incluso órdenes judiciales, con el único objeto de garantizar la legalidad de la prueba que será aportada en la audiencia; sin embargo de ello, resulta errado considerar al sistema procesal penal ecuatoriano como mixto (oral y escrito), pues tal apreciación se rompe en el momento en que solo la prueba evacuada en la audiencia tiene validez, los testimonios se rinden en forma oral ante el juzgador, los peritajes se incorporan como prueba, solo si quien los efectuó rinde su declaración testimonial; incluso la prueba documental se incorpora previa lectura y anuncio; es decir, no hay incorporación de prueba escrita, que era la característica esencial del sistema inquisitivo tradicional, en el cual no había una resolución oral en base a lo expuesto por las partes en audiencia, sino que, ella se adoptaba en mérito de los autos; y por ende no había posibilidad de contradicción e inmediatez en la práctica de la prueba, con la participación activa de las partes, elementos propios del procedimiento oral.

El sistema oral constituye un verdadero desarrollo en la actividad procesal e implica avances en cuanto a celeridad y despacho ágil; el juez ya no aporta e impulsa la prueba, sino exclusivamente las partes procesales (acusador, acusado, fiscal);

por lo tanto, asume su rol de verdadero juzgador, dejando de ser investigador y sancionador (juez y parte). Este cambio de espectro en su rol, implica un claro aumento de actividades y facultades, convirtiéndolo en el eje del proceso penal, a cuyo alrededor giran las adecuadas actuaciones de las partes y cuyo fin último es el establecimiento de la verdad procesal.

Ya no hay un expediente judicial, ni pruebas a él incorporadas, incluso la decisión intermedia que se plasma en un auto interlocutorio (sobreseimiento o llamamiento a juicio) se adopta en forma verbal y consta en un acta resumen, sin perjuicio de su reducción a escrito, pues son las únicas piezas que se remitirán al tribunal de juzgamiento. Esto responde al hecho de que en la audiencia de juzgamiento, se expondrá la prueba en forma oral y contradictoria (interrogatorio y contrainterrogatorio).

La tarea de valoración probatoria y resolución que se asigna al juzgador, es impulsada y apoyada por las intervenciones de las partes, tanto en sus alegatos de apertura como de cierre, para ello, el juez debe tener la capacidad analítica suficiente, que le permitirá relacionar el hecho con el derecho y determinar el nexo causal entre lo probado y los responsables.

El rol del juzgador (Tribunal Penal), en la audiencia de juzgamiento, es sin duda el más importante en el proceso penal, pues será quien finalmente resuelva la situación jurídica del procesado, para ello debe asegurar que las partes procesales formulen sus pretensiones y realicen sus argumentaciones en cumplimiento estricto de los principios constitucionales, especialmente los de economía procesal, buena fe y prácticas



de lealtad; es decir, bajo condiciones éticas, de competencia y contradicción adecuadas y todo ello sin descuidar el cumplimiento de las garantías constitucionales.

De todas las actuaciones en la audiencia, la de mayor relevancia procesal es la que implica el control sobre la evacuación y posterior valoración del acervo probatorio, que constituye y marca el eje central de la audiencia de juicio; pues, alrededor de ella se presentan los alegatos (intervenciones) de apertura (teoría del caso) y de cierre (exposición respecto a lo que se ha probado o no en la audiencia), e incluso los incidentes. Es importante recordar que la finalidad de la prueba es “llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada” (artículo 453 COIP); por ello su anuncio y practica debe regirse por principios propios de oportunidad (anuncio en la evaluación de juicio y practica en audiencia de juicio), inmediación (presencia de las partes); contradicción (conocer oportunamente y controvertir las pruebas), libertad probatoria (empleo de cualquier medio acorde a la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos y demás normas jurídicas); pertinencia (relacionadas o relativas a la comisión de la infracción y la responsabilidad del procesado); exclusión (no tiene validez la prueba obtenida violación a los derechos constitucionales); e igualdad de oportunidades para la prueba (material y formal).

La consideración especial en cuanto al reconocimiento de derechos y garantías alrededor de la prueba, es resultado de que a partir de ella se determina el nexo causal entre la infracción y la persona procesada (artículo 455 COIP), entonces

resulta necesario que su valoración se sustente en hechos reales y no en presunciones o subjetividades; y, la verificación de que su obtención se haya realizado en estricta observancia de las solemnidades legales; por ejemplo, que se haya sometido a cadena de custodia (artículo 456 COIP). Además, debe asegurarse que la valoración probatoria se realice de acuerdo a su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales (artículo 457 COIP).

Es por demás evidente, pero necesario recalcar que, no solo en la audiencia de juicio, sino en todas las etapas procesales, el control sobre el respeto a las garantías fundamentales es obligación del juzgador. Durante el proceso investigativo, que está a cargo de Fiscalía debe verificarse el cumplimiento de solemnidades que inciden en la validez probatoria; por ejemplo, para que sean consideradas válidas, ciertas actuaciones de investigación requieren de orden judicial, entre ellas, la obtención de muestras, retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones o datos informáticos, reconocimiento de grabaciones, registros (de personas, vehículos) y el allanamiento; éste último, considerando que el domicilio es constitucionalmente considerado como inviolable, no puede verificarse sin autorización, pues esta omisión conlleva su invalidez; aun cuando en él se obtengan evidencias, que no podrán constituir prueba y eventualmente causarían impunidad. Entonces, de la dirección adecuada de estas diligencias, depende la obtención de resultados exitosos en el proceso penal y en definitiva en la administración de justicia.

Una novedad implementada por el Código Orgánico Integral Penal, es la legalización de la información y datos proporcionados por los denominados agentes encubiertos, que si bien están sometidos a control de Fiscalía, intervienen previa autorización judicial; sin la cual, no tendría validez la prueba que ellos podrían recopilar.

Esta facultad de autorización del juez, no influye en la de decisión, pues no se relaciona con su convicción y convencimiento, debido a que el Código Orgánico Integral Penal se la otorga al juez que controla la instrucción fiscal (denominado juez de primer nivel) y las investigaciones propiamente dichas, están a cargo de la Fiscalía; es decir, el cumplimiento de garantías básicas en el desarrollo de la etapa de investigación y de instrucción corresponde a Fiscalía; sin perjuicio de que su estricta observancia sea evaluada por el juzgador en la audiencia de juicio.

Hay que comprender que la concepción garantista de supervigilancia del cumplimiento de las libertades individuales, en materia penal se direcciona a asegurar el debido proceso, no a entorpecer la actividad investigativa y mucho menos a proteger a los investigados frente a las consecuencias punibles de su accionar.

Es en la audiencia preparatoria de juicio, donde se reciben las solicitudes de exclusión de pruebas inadmisibles y se realizan los acuerdos probatorios; en ella se dilucidará si existe prueba referencial, si es auténtica, si es legal, si ha sido sometida a cadena de custodia, proporcionando a las partes la oportunidad de anticipar las oposiciones que de todas maneras

podrían haberse presentado en juicio, al momento mismo de practicar las pruebas; pues esto, de ninguna manera obsta la presentación de oposiciones y su calificación por parte del juzgador en la audiencia de juicio; por ejemplo, la calificación de preguntas y repreguntas, previa objeción de las partes y la determinación de su procedencia. Esta calificación permite al juzgador determinar si la obtención de prueba testimonial implica la realización de preguntas capciosas, perniciosas, ilegales o inconstitucionales.

La realización de una audiencia previa a la de juicio, que es la preparatoria, responde a criterios de celeridad y economía procesal; pues, su realización implica que a juicio se lleven y evacúen solo las pruebas que no han sido objeto de impugnación o aquellas sobre las cuales la impugnación ha sido resuelta positivamente; considerando además, que el actuante de la prueba tiene derecho a su réplica y fundamentación de objeciones.

Si la obtención de prueba implica la vulneración de derechos del procesado, ésta será ilícita y resulta ilegal aquella cuya ejecución contradice o vulnera el ordenamiento penal; la omisión de solemnidades en su obtención, la invalida y obliga a su exclusión del acervo probatorio; por ello es importante que el juzgador aleccione a las partes sobre la posibilidad de solicitar su análisis excluyente, planteando y sometiendo a su decisión las objeciones que ante la prueba y su obtención pudieran tener.

Por necesidad procesal, se permite y resulta plenamente válida la recepción de prueba anticipada, previo cumplimiento

de las solemnidades legales inherentes; esta es una forma previa de participación del juzgador, quien es el encargado de su recepción; especialmente, nuestra legislación prevé la recepción de testimonios urgentes, que son receptados a personas que por sus condiciones físicas, mentales o de vulnerabilidad no pueden comparecer a juicio o como una forma de evitar la revictimización. Esta prueba se practica antes de la audiencia y se incorpora directamente al proceso en la audiencia de juicio, constituyendo prueba plena. Es muy común la recepción del testimonio anticipado de la víctima en delitos sexuales y de violencia intrafamiliar; especialmente en caso de víctimas menores de edad, cuya condición les convierte en un grupo de atención prioritaria y doblemente vulnerable, sometidos a consecuencias psicológicas que les afectan de por vida, razones por las cuales la legislación nacional ha dispuesto la obligación legal de mantenerles alejados del autor del delito y evitar su revictimización; en este tipo de infracciones, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia, el testimonio urgente tiene valor de prueba suficiente y trascendental, atado al resto de pruebas a ser valoradas en su integridad, respecto a la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del procesado.

La evacuación de prueba anticipada se realiza en una audiencia similar a la de juicio, con las mismas reglas, especialmente en lo referente a la contradicción e intermediación, que se verifican en la realización del interrogatorio al que se impone el uso de espejos con visión externa, en cuyo lado posterior se encuentran el juez, el acusador, el defensor y la fiscalía. Además, para el testimonio anticipado de menores, se requiere la colaboración de profesionales en psicología y

otros con especialización en el análisis de su conducta y comportamiento (por ejemplo trabajadoras sociales, médicos pediatras, psicólogos, etc.).

La legislación faculta la práctica de estas actuaciones anticipadas, en lugares diversos de aquellos determinados para el efecto; por ejemplo, en caso de un testigo enfermo, puede practicarse en un hospital, siempre que su realización se encuentre fundamentada por la necesidad; o, cuando un testigo presenta una enfermedad incurable, una condición médica que le imposibilita comparecer a juicio, en caso de testigos extranjeros o de aquellos que por su tiempo de ausencia del país se ven imposibilitados de permanecer hasta el desarrollo de la audiencia.

## **5. El rol del juez en la audiencia de juicio**

Con la aprobación del Código Orgánico Integral Penal y la consagración del procedimiento oral, el rol del juzgador sufre una bifurcación extensa y compleja, en primer lugar como garantista de derechos y luego como director de la audiencia; sobre este rol, el artículo 560 de dicha norma integral (adjetiva, sustantiva, ejecutiva,) determina que el proceso penal se desarrolla en audiencias; sin embargo, se conserva la reducción a escrito de ciertas piezas procesales consideradas imprescindibles para la correcta administración de justicia, como la denuncia, la acusación particular, las actuaciones investigativas, los partes o informes policiales, informes periciales, las versiones, testimonios anticipados, testimonios con juramento y actas de otras diligencias, las actas de audiencias,

los autos definitivos siempre que no se dicten en audiencias, las sentencias; y, el escrito por el cual se interponen recursos.

De acuerdo con esta norma, el origen de la audiencia de juicio se retrotrae a la presentación de la acusación fiscal (sin acusación no puede existir enjuiciamiento penal) y en ella se sustenta el auto de llamamiento, que se dicta en una audiencia preparatoria; esto evidencia que estamos frente a un proceso penal netamente acusatorio; por lo tanto, en cada audiencia se debe verificar el cumplimiento irrestricto de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración.

Las audiencias se celebran en los casos y formas previstos en el Código, son públicas (que no es lo mismo que publicitadas), excepto en los casos expresamente determinados por la ley, en los que se realizan en forma reservada; y, son totalmente contradictorias.

En la audiencia de juicio, el tribunal juzgador, por intermedio de su juez ponente (quien la dirige, artículo 564 del COIP), dispondrá la verificación de la presencia de las partes procesales, incluyendo a testigos, peritos y demás personas cuya presencia ha sido anunciada como parte de la práctica probatoria; pero especialmente la presencia del procesado cuya ausencia impide realizar la audiencia. Esta constatación será el antecedente para la instalación de la diligencia; acto seguido, se concede la palabra a las partes en estricto orden, abriendo el debate sobre los temas inherentes (alegato de apertura), se procede a la evacuación y práctica de pruebas, luego de las cuales se realizarán los alegatos de cierre y finalmente

la emisión de la resolución debidamente motivada y en forma oral. Cabe indicar que ante la necesidad e imposición legal de reducir a escrito la resolución, resulta evidente que el plazo para impugnar de ella corra a partir de su notificación también por escrito.

En el desarrollo de la audiencia es obligación del tribunal controlar la disciplina, que incluye la limitación del ingreso de público, el establecimiento del tiempo para las intervenciones de los sujetos procesales (que no siempre es acatada por los abogados intervinientes, quienes suelen excederlo, caso en el cual, el juez ponente, sin afectar el derecho a la defensa, deberá conceder tiempo extra, luego del cual podrá interrumpir la intervención), impedir las dilaciones o intervenciones repetitivas e impertinentes, interrumpir a las partes en busca de aclaraciones o en aras de encaminar el debate; y, finalmente la adopción de la decisión en forma verbal y en el mismo acto de la audiencia.

El juez tiene además facultades restrictivas (artículo 566), como la de disponer la realización de audiencias cerradas al público y a la prensa, disponer a las partes guardar reserva, imponer medidas de restricción (artículo 567), especialmente para evitar daño psicológico a las niñas, niños o adolescentes, amenazas al juzgador, víctimas, testigos, peritos u otros participantes.

Se indicó anteriormente, que las partes procesales pueden objetar las actuaciones tendientes a vulnerar principios constitucionales, tales como la presentación de pruebas declaradas ilegales, testigos improvisados, comentarios relacionados con



el silencio del procesado, la realización de preguntas auto incriminatorias, capciosas, compuestas, impertinentes, repetitivas, irrespetuosas, vagas o ambiguas, aquellas que están fuera de la esfera de percepción del testigo, sugestivas excepto en el contrainterrogatorio; opiniones, conclusiones y elucubraciones (salvo a los peritos en el área de su experticia); y, cualquier comentario relacionado con el comportamiento anterior de la víctima (artículo 569 COIP); objeciones que, deben ser calificadas por el juzgador, quien determinará su pertinencia o improcedencia.

A más de verificar el cumplimiento de libertades fundamentales, el juzgador debe dirigir los alegatos de apertura y debates, que realizaran el fiscal, la víctima y el defensor del procesado (en ese orden) y la presentación y práctica de pruebas en el mismo orden. Si la prueba a evacuarse implica testimonios, el juez ponente receptorá el juramento del deponente y lo someterá al interrogatorio de los demás intervinientes. Además, el tribunal puede formularles preguntas aclaratorias, que también se someterán a iguales condiciones de dirección y control.

En la incorporación probatoria de documentos, el juzgador dispondrá su lectura y la acreditación de origen por parte de quien los presenta; igual procedimiento se verifica en caso de incorporación de objetos, videos, grabaciones, etc., que se reproducirán, exhibirán y examinarán por las partes previa acreditación de origen, respeto irrestricto a la cadena de custodia y bajo la vigilancia y dirección del juzgador.

La prueba no anunciada oportunamente, puede incorporarse previa resolución del juzgador, siempre que ante él se

justifiquen tanto el desconocimiento de su existencia anterior, como su relevancia procesal.

Para concluir la fase probatoria, el juez ponente dirigirá las intervenciones de las partes en los alegatos de cierre (determinando su tiempo de duración) y verificando que se relacionen con la existencia de la infracción, la responsabilidad penal y la pena aplicable, además garantizará el ejercicio del derecho a la réplica; luego suspenderá la diligencia para proceder a la deliberación del tribunal.

Concluida la deliberación que es reservada, el juez ponente procederá al anuncio de la decisión adoptada por el tribunal, haciendo una relación oral de los hechos y su relación con el derecho aplicable, determinando la forma en que la prueba ha demostrado la existencia de la infracción y la culpabilidad del procesado o su inocencia según el caso; y, estableciendo la pena a imponerse por la infracción verificada, en la cual debe incluir la multa, la indemnización por el daño causado y la reparación integral.

Por disposición del artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal, el juez ponente debe reducir a escrito la decisión oral, en la que se realizará una motivación completa y suficiente de la decisión; verificará además, que este documento sea notificado, dando origen a la posibilidad de ejercer el derecho a la impugnación.

Se evidencia que el juzgador realiza múltiples roles, sin descuidar aquel que implica asegurar la no vulneración de los derechos y libertades fundamentales de los intervinientes en

el procedimiento, incluidas las víctimas, testigos e imputados (rol garantista); sin embargo, a más de estas facultades, requiere de ciertas cualidades personales, como la probidad, honestidad, respeto, imparcialidad, etc., y otras que a manera de normas de comportamiento y buenas practicas le permiten la aplicación de una correcta actuación procesal, entre ellas la capacidad de análisis y síntesis, el conocimiento de las normas legales, la doctrina y la jurisprudencia, una adecuada redacción y aplicación de reglas gramaticales; además, cualidades como la paciencia, capacidad de comprensión, retención y sustracción de la parte esencial de lo expresado por las partes.

A más del rol garantista, el juez realiza un sin fin de actuaciones en la audiencia de juzgamiento, mismas que pueden resumirse en tres actividades o roles específicos, estos son: autorización, dirección y decisión, cada uno de las cuales implica un complejo grupo de facultades y potestades, que incluyen vastos conocimientos del sistema procesal y del derecho penal, así como de los principios y normas constitucionales que se deben respetar en su aplicación.

En cada audiencia se presentarán situaciones especiales, que requerirán la aplicación de conocimientos, motivación y fundamentación de lo que se resuelve, el respeto, la imparcialidad, evitar debates personales, adoptar medidas disciplinarias, promover el trato igualitario, actuar con transparencia, limitar el tiempo de las intervenciones, impedir que se repitan argumentos, que se redunde en peticiones o se realicen planteamientos tendientes a alargar innecesariamente la audiencia; se controlará el debate entre las partes sobre aspectos poco claros, velando por la legalidad y la igualdad de

actuaciones, recordando siempre, que de su actuación dependerá el éxito de la audiencia, del proceso penal y por ende del sistema acusatorio.

En definitiva, el rol del juzgador en la audiencia de juicio, está vinculado al garantismo penal, a la necesidad de superar el proceso inquisitivo tradicional y de otorgar un instrumento ágil, expedito, oportuno y propio de las naciones civilizadas, que se verifica en el juicio oral, público y contradictorio.

Como colofón, es pertinente referir que el principal paso hacia el cumplimiento de la garantía constitucional de oralidad en todos los procedimientos e instancias, ha sido dado, pues se ha aprobado y publicado el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), en el cual, a más de establecer un procedimiento general oral y garantista, se otorgan nuevas facultades al juzgador, para establecer la pertinencia de los asuntos a debatir, moderar las intervenciones, ordenar la práctica de pruebas, controlar que las partes guarden respeto, silencio y acaten sus disposiciones, la potestad de interrumpir a quien haga uso manifiestamente abusivo o ilegal del tiempo, ejercer facultades disciplinarias destinadas a mantener dicho orden y rechazar de oficio las peticiones de prueba impertinentes, inútiles e inconducentes. Con este nuevo ordenamiento oral y garantista, los logros alcanzados en el proceso penal acusatorio, se multiplicarán y reproducirán hacia nuevos campos, en los cuales se conocerán por primera vez las ventajas y beneficios indiscutibles del nuevo sistema procesal.

## 5. Bibliografía

- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. Madrid, 1995.
- Kafka, Franz. *El proceso*. Colección Literatura y Justicia. Proyecto Editorial del Consejo de la Judicatura. Ecuador, 2014.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Publicación de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2005
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Manual de Práctica Procesal Penal*. ARA Editores. Lima, 2009.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías*. Publicación de la Corte Constitucional para el Período de Transición. Ecuador, Quito, 2012
- Bacigalupo, Enrique. *Principios Constitucionales del Derecho Penal*. Editorial Hammurabi. S.R.L. Buenos Aires-Argentina.
- Ferrajoli, Moresco, Atienza. *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid, 2009.
- Cafferata Nores, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Centro de Estudios Legales y Sociales. Buenos Aires, 2002.

- Carocca Pérez, Alex. *El Nuevo Sistema Procesal Penal*. Tercera Edición. Editorial LexisNexis. Santiago, 2004
- Pabón Parra, Pedro Alfonso. *La Oralidad en el Proceso Penal*. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín, 2005.

**Nulidad de las decisiones judiciales  
por falta de motivación.  
Su aplicación por parte del máximo órgano  
de justicia ordinaria en materia penal**

***Marco Tello S.***

*Subdirector de Asesoría Jurídica de la Corte Nacional de Justicia*

**Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** La Constitución como norma jurídica; **3.** La Corte Nacional de Justicia. Funciones en el Estado Constitucional; **4.** La aplicación directa de la Constitución en la justicia ordinaria; **5.** La nulidad constitucional de las decisiones por falta de motivación y su diferencia con la nulidad procesal; **6.** Conclusión; **7.** Bibliografía.





## 1. Introducción

Por imperativo constitucional, todos los actos administrativos, las resoluciones o fallos deben ser motivados, so pena de ser considerados nulos. Las y los magistrados de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, al momento de conocer en audiencia la fundamentación del recurso extraordinario de casación, en su decisión, de ser pertinente, han venido declarando la nulidad constitucional del fallo recurrido por falta de motivación. Esta práctica jurisdiccional, que para nuestro entender nace de una obligación constitucional, -de ahí que no es novedosa-, sí ha resultado llamativa para varios administradores de justicia de instancia, y, de hecho, para cierta parte de la comunidad jurídica. Necesario resulta entonces abordar la temática desde nuestra modesta experiencia. Para ello, trataremos muy brevemente sobre el valor normativo de la Constitución de la República; las funciones de la Corte Nacional de Justicia y de su Sala Especializada en materia Penal; la aplicación directa de los preceptos constitucionales; y, finalmente acerca de la nulidad constitucional por falta de motivación frente a la nulidad procesal determinada en la ley penal.

## 2. La Constitución como norma jurídica

Desde un punto de vista encontramos que el artículo 424 de la Constitución de la República, manda: “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia

jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.” Este precepto inviste a la Constitución de valor jurídico, y la posiciona como norma; entendemos entonces que nuestro texto constitucional no es un enunciado de valores o principios o un recaudo de índole política, sino una norma jurídica, pero no una norma cualquiera, sino la de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico; por ende, es rígida. Ello trae a su vez algunas consecuencias, entre éstas, que al ser norma suprema, la Constitución es de aplicación directa por parte de juezas y jueces.

Igualmente, el artículo 172 de la Constitución de la República determina: “Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”. Claramente notamos que el Constituyente ha otorgado a la Constitución el carácter de fuente normativa; de ahí que para las decisiones judiciales no basta la sujeción a la ley, sino a las normas jurídicas básicas recogidas en el texto constitucional.

Subjetivamente, tenemos que el artículo 82 de la norma suprema, preceptúa al derecho a la seguridad jurídica: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a

la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Esto quiere decir que, para nuestro análisis, las juezas y los jueces tienen la obligación de respetar y hacer respetar todo el ordenamiento jurídico, del cual la Constitución de la República es la norma suprema. De este modo para que una decisión sea investida de legalidad y legitimidad, debe ser Constitucional.

Como observamos, tanto el artículo 424 como el 172 y 82, de la Constitución de la República, no resultan ser excluyentes, sino que más bien, traen un mandato para juezas y jueces, más aún para aquellos que integran el más alto tribunal de justicia ordinaria, pues la Corte Nacional de Justicia, debido a su estatus, tiene funciones especiales y trascendentales para el quehacer jurídico.

### **3. La Corte Nacional de Justicia. Funciones en el Estado Constitucional**

La Constitución de la República establece la Función Judicial, e instituye los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, determinando la exclusividad de éstos en la administración de justicia ordinaria<sup>1</sup>. La Corte

<sup>1</sup> Art. 167 de la Constitución de la República: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.”

Art. 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

Nacional de Justicia, por imperativo constitucional, tiene el estatus de máximo órgano de administración de justicia ordinaria en el Ecuador, ejerce sus atribuciones, funciones y facultades conforme lo dispuesto por el constituyente y el legislador<sup>2</sup>; su Presidente es el representante de la Función

con la ley. 2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera. 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

<sup>2</sup> Art. 184 de la Constitución de la República.- Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración. 3. Conocer las causas que se inicien contra las servidoras y servidores públicos que gocen de fuero. 4. Presentar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia.

Art. 185 *ibídem*.- 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 sí ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria. La jueza o juez ponente para cada sentencia será designado mediante sorteo y deberá observar la jurisprudencia obligatoria establecida de manera precedente. Para cambiar el criterio jurisprudencial obligatorio la jueza o juez ponente se sustentará en razones jurídicas motivadas que justifiquen el cambio, y su fallo deberá ser aprobado de forma unánime por la sala.

Art. 180 del Código Orgánico de la Función Judicial.- FUNCIONES.- Al Pleno de la Corte Nacional de Justicia le corresponde: 1. Juzgar a los miembros de la Corte Constitucional por responsabilidad penal de acción pública, de conformidad con lo que dispone el artículo 431 inciso segundo de la Constitución; 2. Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración; 3. Dirimir los conflictos de competencia entre salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia; 4. Discutir y aprobar proyectos de ley relacionados con el sistema de administración de justicia; y presentarlos por medio de su Presidente o Presidente a la Asamblea Nacional; 5. Conceder licencia entre nueve y sesenta días a los jueces que la integran, y declararles en comisión de servicio cuando fuere del caso; 6. Expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generales y obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial; 7. Designar, en los casos

Judicial del país<sup>3</sup>. Desde una perspectiva general, las funciones de la Corte Nacional de Justicia, tienen como objetivo esencial garantizar la seguridad jurídica y la tutela efectiva, tal como a continuación brevemente expondremos.

Los ejes sobre los que gira la Administración de Justicia son el derecho al debido proceso; a la seguridad jurídica; y, a la tutela judicial efectiva<sup>4</sup>, pues solamente reconociendo y cumpliendo lo estatuido en la Constitución de la República y las leyes, se pone límite al *iuspunendi*, se excluye la arbitrariedad; y, a su vez se materializa el acceso eficaz y expedito a la justicia, entendida como el conjunto de medios y mecanismos de protección, en aras de la justicia como valor constitucional, fin último de los procesos judiciales. Con ella procuramos una sociedad libre, pacífica y democrática.

Con relación a la seguridad jurídica, en una de sus facetas, conforme así lo ha expuesto la doctrina y la jurisprudencia supranacional y lo ha reiterado también el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, todos los integrantes de la sociedad deben, entre otras cosas, tener certeza de que las consecuencias jurídicas de sus actos, han de ser juzgadas por juezas y jueces competentes e imparciales, quienes aplicarán e interpretarán el ordenamiento jurídico de forma uniforme, resultando así que los fallos sean previsibles, sin que las juezas y los jueces

previstos por la ley, los representantes de la Función Judicial ante las entidades y organismos del sector público, y ante organismos internacionales; y, 8. Ejercer las demás atribuciones que establecen la Constitución, la ley y los reglamentos.

<sup>3</sup> Art. 182 de la Constitución de la República.

<sup>4</sup> A más del contenido de los arts. 75, 76, 77 y 82 de la Constitución de la República, el COFJ desarrolla los preceptos constitucionales en los arts. 7, 23, y 25.

puedan sorprender a las partes con resoluciones contradictorias, peor aún atentatorias con el ordenamiento jurídico<sup>5</sup>.

En pro de la unificación de los criterios de interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia, a fin de garantizar la confianza del ciudadano en las decisiones que los poderes públicos adoptan para resolver las controversias, así como la plenitud en el respeto de las garantías procesales, es que el Asambleísta Constituyente y el legislador, han otorgado algunas funciones y facultades a la Corte Nacional de Justicia, como la de conocer y resolver los recursos, tanto de casación y revisión en el ámbito jurisdiccional a través de sus Salas Especializadas; el valor de la jurisprudencia de las Salas de Casación mediante la institucionalización, en nuestro sistema de fuentes, del precedente jurisprudencial obligatorio; incluso se ha establecido la facultad del Pleno de la Corte Nacional de Justicia para la expedición de resoluciones generales y obligatorias sobre aplicación de las normas en caso de duda u oscuridad de las leyes. La Corte Nacional de Justicia, además, tiene las funciones de juzgar a los miembros de la Corte Constitucional por responsabilidad penal de acción pública y también conocer las causas que se inicien contra servidoras y servidores públicos que gocen de fuero. Estos son los escenarios en que la Corte Nacional de Justicia ejerce jurisdicción originaria<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Exposición de motivos de la Resolución 04-2016, dictada el 10 de agosto de 2016, por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia., a más de lo expuesto, las magistradas y magistrados han dicho: "En coherencia con esta noción de necesidad de uniformidad en las decisiones judiciales, como sustento de la seguridad jurídica, es que el Asambleísta Constituyente determinó como una de las funciones de la Corte Nacional de Justicia, como máximo órgano de administración de justicia ordinaria en el país, el de desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales fundamentado en los fallos de triple reiteración."

<sup>6</sup> Artículos 184.3 CRE y 180.1 COFJ.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, a su vez, tiene algunas funciones, expresamente determinadas en la ley; así, que el artículo 186 del Código Orgánico de la Función Judicial dispone:

Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá:

1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera;
2. Los recursos de apelación de las sentencias en procesos penales por delitos de acción privada, que se sigan a personas sujetas a fuero de Corte Nacional, y, de la sentencia en juicio verbal sumario de liquidación de daños y perjuicios, reconocidos en causas penales en que hubieran sido imputados o acusados funcionarías o funcionarios sujetos al antes mencionado fuero.

Se hallan sujetos a fuero de Corte Nacional en materia penal únicamente las autoridades, funcionarías y funcionarios que señalen la Constitución y la ley;

3. Los recursos de apelación en toda causa penal que se promueva contra las personas sujetas a fuero de Corte Nacional;
4. Los recursos de casación y de revisión en los procesos penales por delitos de función cometidos por los miembros de las Fuerzas Armadas en ejercicio de su misión específica;
5. Los recursos de casación y de revisión en los procesos penales por delitos de función cometidos por los

miembros de la Policía Nacional en ejercicio de su misión específica;

6. Los recursos de casación y de revisión por infracciones en materia de tránsito;
7. Las contravenciones de tránsito como de policía cometidas por personas que gozan de fuero de Corte Nacional;
8. Los demás asuntos que establezca la Ley.

En síntesis, reiteramos que todas las juezas y los jueces, por imperativo constitucional, deben administrar justicia; y tienen la obligación de aplicar y hacer aplicar lo estatuido en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en la ley. Este mandato es más determinante entre las magistradas y magistrados que ejercen sus funciones en el más alto tribunal de justicia ordinaria, esto es, la Corte Nacional de Justicia, pues, debido a su naturaleza, la Constitución de la República, despliega sus efectos sobre todos los ámbitos de la actividad pública. Esto significa que la aplicación de las normas constitucionales ni es exclusiva de un tipo de procesos, ni es excluyente en el sentido de que corresponde sólo a un órgano. Otorga especiales funciones y facultades que, en esencia, como hemos dicho, tratan de garantizar el derecho a la tutela judicial y a la seguridad jurídica.



#### 4. La aplicación directa de la Constitución en la justicia ordinaria

Hemos manifestado que una de las consecuencias de la supremacía de las normas constitucionales es que su contenido es de directa aplicación por parte de juezas y jueces, y que al ser la Corte Nacional de Justicia el órgano máximo de administración de justicia ordinaria en el Ecuador, es deber de quienes la conforman ceñirse de forma irrestricta a los preceptos constitucionales, con el fin de respetar y hacer respetar los derechos y garantías que les son atribuibles a todas y todos.

La aplicación directa de la Constitución en la justicia ordinaria ha sido motivo de amplio debate. Más creemos que para efectos de definición es necesario determinar claramente su naturaleza para de ahí dejar sentada la diferenciación entre la aplicación directa de la Constitución por parte del juez ordinario en el ámbito de la sustanciación y resolución del caso concreto, del control concentrado de constitucionalidad de las leyes y de las decisiones judiciales. Para esta tarea, creemos suficiente hacer hincapié en lo ya determinado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en la exposición de motivos de la resolución 07-2017, que a continuación transcribimos:

La aplicación de la Constitución por los «jueces ordinarios» es consecuencia tanto de la supremacía como de su calidad de norma jurídica. Señala la doctrina señala que “el principio de la supremacía de la Constitución constituye el más eficiente instrumento técnico hasta hoy conocido para la garantía de la libertad, al imponer a los poderes constituidos la obligación de encuadrar sus actos en las reglas que prescribe la ley

fundamental”; y, es jurídica, porque como ha señalado García de Enterría “[e]n todos esos contenidos la Constitución se presenta como un sistema preceptivo que emana del pueblo como titular de la soberanía, en su función constituyente, preceptos dirigidos a los diversos órganos del poder por la propia Constitución establecidos como a los ciudadanos”. De lo anotado se deriva, que la Constitución no sólo es norma, sino precisamente la norma fundamental del ordenamiento jurídico. Ello resulta claro en nuestro país, pues se ha determinado que la Constitución tiene carácter de «norma suprema» y, por lo tanto, «prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico»<sup>65</sup> (Art. 424 CRE). De ahí que, si la Constitución de la República es la norma suprema del ordenamiento jurídico ecuatoriano, las normas infraconstitucionales deben aplicarse respetando el contenido de las normas constitucionales; pues, el propio constituyente ha dispuesto que «las normas y actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica» (Art. 424 CRE)...

Ahora bien, resulta oportuna una precisión. Una cosa es la aplicación de la Constitución por parte del juez ordinario en el ámbito de la sustanciación y decisión del proceso concreto; y, otra muy diferente el control de constitucionalidad de las leyes, así como el control de las decisiones dimanadas la justicia ordinaria que, en forma clara, se atribuye a la justicia constitucional. De manera que, si bien cabe aceptar que el control de constitucionalidad está reservada a la justicia constitucional; esa reserva no incluye cualquier forma de aplicación de la Constitución, pues las normas constitucionales no sólo vinculan a los integrantes de la justicia constitu-

cional sino a todos: tribunales, autoridades, en definitiva, sujetos públicos y privados.

La aplicación de la Constitución por parte de los jueces ordinarios no implica control de constitucionalidad, sino dotarle de eficacia jurídica a sus disposiciones, conforme las exigencias del caso concreto. Después de todo, es el juez ordinario quien tiene contacto primario con los hechos y normas que determinan las decisiones que se deben tomar en respuesta a las pretensiones que se presentan ante los órganos de la justicia ordinaria. Incluso, lo que en distintos ordenamientos jurídicos se conoce como la necesidad de agotar la vía previa, para acceder a la justicia constitucional, tiene sentido sólo si se entiende que la Constitución encomienda primariamente a la justicia ordinaria la tutela de los derechos, así como la aplicación de sus normas. En tal perspectiva, el juez ordinario no sólo está sujeto a la ley, sino sobre todo a la Constitución; por tanto, su función no debe limitarse a plantear la cuestión de constitucionalidad, sino que también debe aplicar la Constitución. Ello resulta claro en nuestro ordenamiento jurídico. La Constitución prescribe que juezas y jueces «aplicarán directamente las normas constitucionales» (Art. 426 inc. 1 CRE), así como el constituyente sitúa a la Constitución en la máxima escala del orden jerárquico de las normas (Art. 425 CRE), disponiendo la sujeción de personas, autoridades e instituciones a sus contenidos (Art. 426 inc. 1 CRE). La aplicación directa de la Constitución es concordante con la concepción que el constituyente atribuye al juez ordinario. En el informe para primer debate de los textos correspondientes a la justicia ordinaria, se señala: “[...] en el presente articulado se recogen varias normas generales que son parte de la tradición constitucional ecuatoriana y que

están encaminadas a fortalecer la independencia de los jueces; su dedicación a tiempo completo a juzgar, la sujeción absoluta a sus sentencias a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley”...

En tal perspectiva, el juez al resolver el caso concreto no sólo debe observar el texto de la ley aprobada por el legislador democrático sino, sobre todo, respetar el contenido de lo previsto en la Constitución, incluso interpretar la ley de forma que mantenga concordancia con las normas constitucionales, esencialmente respetando los derechos; pues, si a la Constitución se le atribuye un estatus superior, y sus normas tienen carácter jurídico, no deben considerarse únicamente como parámetro de validez de la ley sino como normas básicas para cada una de las decisiones.

## **5. La nulidad constitucional de las decisiones por falta de motivación y su diferencia con la nulidad procesal**

En nuestro ordenamiento jurídico, se garantiza el debido proceso, siendo uno de sus componentes el derecho a la defensa, dentro del cual encontramos la garantía de la motivación. Tenemos así que el artículo 76, numeral 7, literal l) de la Constitución de la República determina que, de no cumplirse con esta garantía, toda resolución o fallo judicial será nulo. La disposición aludida manda 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:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:
  - 1) 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. (negritas y subrayado es nuestro)

Al desarrollar el contenido de los preceptos constitucionales, el COIP, dispone<sup>7</sup>:

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:

18. Motivación: la o el juzgador fundamentará sus decisiones, en particular, se pronunciará sobre los

<sup>7</sup> Artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República: “El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.”

argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso.”

Artículo 621, inciso primero: “Sentencia.- Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos.”

El contenido de la norma constitucional resulta ser coherente con la jurisprudencia supranacional. Acerca de la motivación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que el deber de motivar es una garantía fundamental que salvaguarda al debido proceso, en ese sentido ha dejado sentado lo siguiente:

El Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión<sup>8</sup>.

Respecto al deber de motivación (...), la Corte reitera que la motivación es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 107.

Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso<sup>9</sup>.

Siguiendo en esta línea, la Corte Constitucional del Ecuador ha expresado que:

Una de las tareas primordiales de fundamentar toda sentencia o acto administrativo es la de proporcionar un razonamiento lógico y, de cómo las normas y entidades normativas del ordenamiento jurídico encajan en las expectativas de solucionar los problemas o conflictos presentados, conformando de esta forma un derecho inherente al debido proceso, por el cual el Estado pone a disposición las razones de su decisión<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso López Mendoza Vs. Venezuela Sentencia de 1 de Septiembre de 2011, párrafo 141.

<sup>10</sup> Corte Constitucional del Ecuador, para el período de transición, sentencia N. 0 025-09-SEP-CC, casos acumulados 0023-09-EP, 0024-09-EP y 0025-09-EP.

Para que determinada resolución se halle correctamente motivada es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga la razones que el derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecuar a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre ésta y la decisión. Una decisión comprensible, por último debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto<sup>11</sup>.

Igualmente, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, ha dicho sobre la motivación:

La motivación de la sentencias constituye una de las garantías primordiales del derecho de defensa del procesado y del principio de presunción de inocencia, considerados como expresiones del debido proceso que permiten a los sujetos procesales intervinientes en la causa, controvertir las conclusiones de carácter fáctico y jurídico a las que arribe el órgano juzgador (...) el fin endoprocesal de la motivación es precisamente el que las partes puedan objetivamente valorar y criticar la sentencia emitida, pues es en ella en donde encontrarán, ya sea el convencimiento de que la decisión del

<sup>11</sup> Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N. 0 076-13-SEP-CC, y caso N. 0 1242-10-EP.



juzgador es la correcta, o los mecanismos adecuados para fundamentar su propia impugnación mediante la gama de recursos que la ley le provea para tal fin (...)<sup>12</sup>

La obligación de motivar se articula plenamente con el derecho de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, de manera que, las ciudadanas y ciudadanos no queden en indefensión y confíen en el sistema jurídico ecuatoriano, por lo tanto la motivación, importante como hemos anotado, debe cumplir ciertos requisitos mínimos, atendiendo a su naturaleza y finalidades: a) concreción; b) suficiencia; c) claridad; d) coherencia; y, e) congruencia... la motivación en derecho tendrá que dejar constancia de los criterios seguidos en materia de interpretación, explicando el porqué de subsumir la acción contemplada en una determinada previsión legal<sup>13</sup>.

Volviendo por sobre el tema ya analizado, y con el fin de contextualizar nuestro análisis, debemos reafirmar que la Constitución obliga a los administradores de justicia a aplicar directamente las normas constitucionales y los derechos que de ellas emanen; entiéndase entre ellos el de la motivación, sin que pueda alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas o se exija el cumplimiento de requisitos para justificar su vulneración. Al respecto, es menester enunciar las siguientes disposiciones contenidas en la Carta Magna:

<sup>12</sup> Sentencia, resolución No. 46-2013, Juicio No 186-2012, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia. Jueza Nacional Ponente: Dra. Gladys Terán Sierra.

<sup>13</sup> Sentencia, resolución No. 90-2014, Juicio No. 996-2012, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, Juez Nacional Ponente: Dr. Vicente Robalino Villafuerte.

Artículo 424: La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. (negrillas es nuestro)

Inciso primero del artículo 425: El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. (negrillas es nuestro)

Artículo 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan

derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Preceptos que hacen relación a lo determinado en el artículo 11 numerales 3, 5 y 9 de la Constitución de la República. Creemos pertinente exponerlos para sustentar aún más lo sustancial que resulta el principio de aplicación directa en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia como el nuestro:

Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia.

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

Ahora bien, al tratar sobre las nulidades procesales, el COIP, en el numeral 10 del artículo 652, determina la obligación que tiene el juez que esté en conocimiento de un recurso, de declarar la nulidad del proceso si encontrare algún vicio en el procedimiento de la causa que está en sus manos.

La impugnación se regirá por las siguientes reglas:

10. Si al momento de resolver un recurso, la o el juzgador **observa que existe alguna causa que vicie el procedimiento, estará obligado a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso** desde el momento en que se produce la nulidad a costa del servidor o parte que lo provoque. Habrá lugar a esta declaratoria de nulidad, únicamente si la causa que la provoca tiene influencia en la decisión del proceso.

Para los efectos de este numeral, serán causas que vicien el procedimiento: **a) La falta de competencia de la o el juzgador, cuando no pueda subsanarse con la inhibición. b) Cuando la sentencia no reúna los requisitos establecidos en este Código. c) Cuando exista violación de trámite, siempre que conlleve una violación al derecho a la defensa.** (negrillas y subrayado es nuestro)

El artículo 622 del cuerpo de leyes citado, nos trae los requisitos que debe contener una sentencia, sin que encontremos a la motivación como un requisito procesal expresamente determinado en la mentada disposición jurídica, por ende su carencia no vicia el fallo desde el punto de vista procedimental, pues como hemos visto el incumplimiento de esta exigencia está por encima de ello y tiene como consecuencia una expresa nulidad de índole constitucional. Entonces al no

tener motivación una sentencia, no es procedente se la declare nula por tener un vicio en el procedimiento, ya que no nos encontramos frente a ese caso. El artículo expresa:

Requisitos de la sentencia.- La sentencia escrita, deberá contener:

1. La mención del tribunal, el lugar, la fecha y hora en que se dicta; el nombre y el apellido de la o el sentenciado y los demás datos que sirvan para identificarlo.
2. La relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos de la o el sentenciado que el tribunal considera probados en relación a las pruebas practicadas.
3. Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad.
4. La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas.
5. La determinación individual de la participación de la o las personas juzgadas en relación con las pruebas practicadas y la pena por imponerse, de ser el caso.
6. La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda.

7. Cuando se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica, la o el juzgador deberá verificar los daños a los terceros para poder imponer la pena.
8. Las costas y el comiso o la restitución de bienes o el producto de su enajenación, valores o rendimientos que hayan generado a las personas que les corresponde.
9. La orden de destruir las muestras de las sustancias por delitos de producción o tráfico ilícitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.
10. La suspensión condicional de la pena y señalamiento del plazo dentro del cual se pagará la multa, cuando corresponda.
11. La firma de las o los juzgadores que conforman el tribunal.

En materia penal, es competente para conocer el recurso de casación la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, recurso que procede en los casos expresamente expuestos en el artículo 656 del COIP:

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.

A más de estar vedado por mandato legal, la jurisprudencia y la doctrina han sentado que en casación penal no es pertinente volver a valorar la prueba, de ahí que la Sala de Casación solamente puede pronunciarse sobre posibles errores *in iure* de la sentencia impugnada, sin que, para indicar que es procedente el recurso pueda entrar a justificar por qué se otorga mayor o menor mérito a una prueba que a otra o construya una decisión fundamentándose en asuntos de mera legalidad que se entienden fueron ya analizados y dilucidados por los señores jueces de instancia. En este sentido, la Corte Constitucional ha planteado:

El caso sub iudice nace de un juicio penal, por lo tanto se remite a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal, en el cual se determina que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea por contravención expresa de su texto, o por indebida aplicación o errónea interpretación. Además el pedido no puede fundarse en volver a valorar la prueba, conforme lo determina el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal de esta forma, se evidencia, una norma que restringe la competencia de los jueces de casación en materia penal, limitándolos únicamente hacia el análisis de la sentencia en referencia a estas tres circunstancias... Por lo tanto, al momento de resolver el recurso se debe analizar únicamente la sentencia objetada por el recurrente, sin que los jueces tengan competencia para analizar temas de mera legalidad, que ya fueron resueltos y discutidos en las instancias inferiores, como por ejemplo el análisis de informes periciales o la procedencia y valoración de pruebas, ya que si esto fuera así se desconocería la independencia interna de los jueces y tribunales de

garantías penales garantizada en la Constitución de la República en el artículo 168 numeral 1 que reza: “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” y específicamente prevista en el Código de Procedimiento Penal en los artículos 28 y 29 los que se les dota de llevar a cabo la sustanciación del juicio... Ya en la etapa de impugnación, dentro de la cual de ser el caso se presente un recurso de casación, se debe analizar la violación de la ley dentro de la sentencia, más no otros asuntos cuya competencia como ya se dijo radica en los jueces de garantías penales<sup>14</sup>.

Sobre la casación penal, Claus Roxin dice:

...la casación es un recurso limitado y permite únicamente el control *in iure*. **Esto significa que la situación de hecho fijada en la sentencia es tomada como ya establecida y solo se investiga si el tribunal inferior ha incurrido en una lesión al derecho material o formal (...)**<sup>15</sup> (negritas es nuestro)

De todo lo anotado, encontramos que la motivación es una garantía instrumental del debido proceso, y es un pilar fundamental sobre el cual se asienta la tutela judicial efectiva y, por ende, la seguridad jurídica, tal como hemos fundamentado *up supra*; de ahí que toda decisión judicial, para el caso que nos

<sup>14</sup> Sentencia No. 001-13-SEP-CC, caso No. 1647-11-EP, Corte Constitucional del Ecuador.

<sup>15</sup> Roxin, Claus, “*Derecho Procesal Penal*” Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires 2003, pg. 187.



ocupa, una sentencia, debe estar motivada; caso contrario, por imperativo **constitucional**, resulta ser **nula**<sup>16</sup>.

En materia penal, dista mucho la nulidad de un fallo por falta de motivación de la nulidad de la sentencia por no haber cumplido esta los requisitos que el COIP trae, lo que es considerado como un vicio en el procedimiento, conforme así lo establece el artículo 652 numeral 10 en relación al artículo 622 del cuerpo de leyes citado. El deber de motivar va más allá de ser un requisito procesal, es una garantía que se exige para la validez de la decisión, cuyo incumplimiento provoca que aquella sea nula. Una sentencia puede contener todos los requisitos que la ley trae, pero esto no implica que necesariamente esté motivada; no es lo mismo una motivación equivocada, que falta de motivación. De ahí que la nulidad de una sentencia por falta de motivación no pueda ser declarada vía auto, pues aquella falta no representa un vicio en el procedimiento; a tal punto que, con absoluta razón jurídica, el legislador no la ha catalogado expresamente como causa de nulidad en el COIP, pues para el caso que nos ocupa no se trata de ejercer un control procedimental, sino de aplicar directa e inmediatamente la Constitución, declarando un fallo nulo por carecer la decisión de la exigencia fundamental de la motivación.

<sup>16</sup> Insistamos en el contenido del Art. 76.7.1) de la Constitución de la República: 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.

## 6. Conclusión

Es obligación de todo juez y de toda jueza aplicar directamente las normas constitucionales así como los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, al momento de resolver una causa que ha subido a su conocimiento vía recurso de casación, está declarando en sentencia la nulidad del fallo del Tribunal *ad quem*, por carecer éste de motivación, lo que resulta ineludible, pues para ello acertadamente se aplica directamente el precepto constitucional, más aún cuando en materia penal no existe otro mecanismo posible con el fin de restablecer aquel derecho vulnerado, sin que tampoco la Sala de Casación en materia penal sea competente para suplir esa carencia de motivación del fallo recurrido. Es evidente que, con este accionar, las y los magistrados de la Corte Nacional de Justicia no están atribuyéndose funciones que le corresponden al órgano concentrado de control constitucional, sino, como ya se ha reiterado en este análisis, se está ejecutando un mandato dado a las y los jueces ordinarios, devenido de entender a la Constitución como norma jurídica.

## 7. Bibliografía

- Blanco Valdés, Roberto. La construcción de la libertad, Alianza Editorial, Madrid, 2010.
- Díez Picazo Luis. “Constitución, ley y juez”, en Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, Año 5, No. 15, septiembre/diciembre 1985.
- Linares Quintana, Segundo, Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, Tomo I, 3ra edición, 1981
- López, Manuel Aparicio, “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del amparo constitucional”, en Revista del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid, 1989.
- Chamba, Manuel, “El Juez ordinario y la aplicación de la Constitución”, en *Instituciones Jurídicas en perspectiva comparada*, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2017.
- Diálogos Judiciales 4, Corte Nacional de Justicia, Quito, 2017.
- Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2014
- Código Orgánico de la Función Judicial, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2016

- Código Orgánico Integral Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2015.

Temas Penales 2

**Tercera Parte:**  
**Constitucionalización  
del proceso penal**



# **Garantías Constitucionales y justicia penal internacional**

- **Los delitos económicos y la justicia penal internacional**
- **Los crímenes económicos internacionales como atentados a los derechos humanos**

***Ricardo Rodríguez Fernández***

*Magistrado. Ex Letrado del Tribunal Supremo Español*

## **Sumario:**

**1. Introducción; 2. Desarrollo; 3. Conclusión.**





## 1. Introducción

Las prácticas de las empresas transnacionales o de aquellas personas que actúen en su nombre, así como de los Estados y de las instituciones internacionales económico-financieras -y de las personas físicas responsables de las mismas- que cometan actos o actúen como cómplices, colaboradores, instigadores, inductores o encubridores, que violen gravemente los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y medioambientales podrán ser tipificadas como crímenes internacionales de carácter económico o ecológico.

## 2. Desarrollo

El elemento internacional se configura cuando la conducta delictiva afecta a los intereses de la seguridad colectiva de la comunidad mundial o vulnera bienes jurídicos reconocidos como fundamentales por la comunidad internacional. Veamos unos ejemplos para ilustrar esta cuestión:

- En Europa, la extinta *troika* –compuesta por la Comisión Europea, el Banco Central Europeo y el Fondo Monetario Internacional– aprobó planes de ajuste vinculados a medidas de austeridad que han destruido la vida de miles de personas y han generado auténticas crisis humanitarias. El caso de Grecia es paradigmático: aumento de la pobreza y del número de familias sin hogar; desmantelamiento de las estructuras de salud pública y mercantilización de la misma, provocando la disminución de la esperanza de vida en dos años, que haya tres millones

de personas sin cobertura de seguridad social, miles de mujeres sin derecho a la prevención de cánceres de mama y la eliminación de la salud reproductiva; aumento de la mortalidad de los recién nacidos y ausencia de vacunas para quien no puede pagarlas; incremento de la cifra de suicidios; empobrecimiento generalizado de la población...

- En Iberoamérica, en Ecuador, la petrolera *Chevron-Texaco* se dedicó a la extracción de crudo en la Amazonía durante tres décadas. En ese periodo, entre 1964 y 1992, vertió 80.000 toneladas de residuos petrolíferos, una cantidad 85 veces superior a la vertida por *British Petroleum* (BP) en el Golfo de México. Después de salir del país, la multinacional dejó tras de sí unos daños ambientales que, según peritos internacionales, han provocado la muerte de más de mil personas, todas ellas afectadas de cáncer. Y, a pesar de que los tribunales ecuatorianos han condenado a la compañía estadounidense a indemnizar a las víctimas de sus prácticas, *Chevron-Texaco* no acepta la sentencia ni los procedimientos judiciales, no asume sus responsabilidades y ha puesto en marcha todos los resortes de la *lex mercatoria* para favorecer sus propios intereses. Dicho de otro modo, la empresa no acepta la soberanía nacional del país y se aprovecha de un sistema jurídico internacional completamente asimétrico.
- En Asia, el colapso de un edificio, conocido como *Rana Plaza*, que se produjo el 24 de abril de 2013 cuando un bloque de ocho pisos se derrumbó en *Savar*, un distrito de *Daca*, capital de Bangladés. Al menos 1.127 personas

murieron y otras 2.437 resultaron heridas. El edificio, que contenía fábricas de ropa, un banco y varias tiendas, se derrumbó durante la hora punta de la mañana.. Se ignoraron las advertencias para evitar el uso del edificio después de las grietas que aparecieron el día anterior<sup>1</sup>.

Estos hechos no son casos aislados, sino todo lo contrario: son apenas un par de ejemplos para mostrar cómo funciona la arquitectura jurídica de la impunidad, ese nuevo *Derecho Corporativo Global* del que se sirven las grandes empresas para asegurar sus negocios por todo el planeta y que debe ser neutralizado con propuestas jurídicas alternativas. Ante hechos similares, Naciones Unidas llegó a fijar entre sus prioridades la elaboración de un código de conducta internacional para las grandes corporaciones, a la vez que puso en marcha la Comisión y el Centro de Empresas Transnacionales. Pero la oposición de las grandes potencias y de los *lobbies* empresariales hizo que, años más tarde, ambas instancias fueran desmanteladas y que esa normativa nunca llegara a concretarse. En su lugar, a finales de los noventa, aparecieron la *Responsabilidad Social Corporativa* (RSC) y el *Global Compact*, símbolos de cómo el discurso oficial de la ONU fue evolucionando desde la lógica de la obligatoriedad hacia la filosofía de la voluntariedad.

<sup>1</sup> El edificio era propiedad de uno de los dirigentes del partido gobernante *Liga Awami*, alojaba cuatro fábricas de ropa independientes que empleó a unas 5.000 personas. Fue también sede de un gran número de tiendas y un banco. Las fábricas de ropa fabricaban para marcas como el *Grupo Benetton*, *The Children's Place*, *DressBarn*, *Mango*, *Monsoon*, *Inditex* y *Primark*, así como para empresas de distribución como *El Corte Inglés*.

En 2005, ignorando el proyecto de Normas para las Empresas Transnacionales y otras empresas comerciales adoptado por la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas dos años antes, el Secretario general de la ONU designó un representante especial sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales. El cargo fue asumido por John Ruggie, precursor del Global Compact, cuyo mandato concluyó con la publicación en 2011 de un informe en el que abogaba por poner en práctica el marco de “proteger, respetar y remediar”. Así, estos Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos promovidos por Ruggie fueron aprobados ese mismo año por el Consejo de Derechos Humanos; el informe final de la secretaría general de la ONU, publicado en 2012, asumía que de esos Principios Rectores “no se deriva ninguna nueva obligación jurídica”.

Con posterioridad se aprobó el Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales (2014) , una iniciativa impulsada por organizaciones sociales de los cinco continentes con el fin de avanzar en la regulación de los crímenes económicos y ecológicos.

El objetivo central de esta iniciativa es someter la arquitectura jurídico-política que sustenta el poder de las empresas transnacionales, a normas y reglas de protección de los derechos humanos.

Es un tratado diseñado fuera de la lógica jurídica clásica del Derecho Internacional. Son numerosas las fuentes institucionales, sociales, sindicales, de tribunales de opinión y

de las propias comunidades afectadas, que han constatado la persistencia de las sistemáticas violaciones de los derechos humanos en un régimen de permisividad, ilegalidad e impunidad generalizada en los comportamientos de las empresas transnacionales.

Las empresas transnacionales se han convertido en poderosos agentes que condicionan directa o indirectamente la producción normativa estatal e internacional, mediante acuerdos formales e informales a nivel mundial y mecanismos específicos de resolución de conflictos, al margen de los criterios y fundamentos del poder judicial. Así, mientras las compañías multinacionales protegen sus contratos e inversiones a través de una multitud de normas, convenios, tratados y acuerdos que conforman un nuevo Derecho Corporativo Global, la llamada *lex mercatoria*, no existen contrapesos suficientes ni mecanismos efectivos para controlar sus impactos sociales, laborales, culturales y ambientales. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Trabajo se ven incapaces de contrarrestar la expansión del Derecho Internacional del Comercio como fundamento de toda la arquitectura económica globalizada.

En este contexto, diferentes movimientos sociales, pueblos originarios, sindicalistas, juristas, activistas y víctimas de las prácticas de las multinacionales vienen defendiendo desde hace años la necesidad de establecer mecanismos efectivos para el control de las empresas transnacionales. Todos ellos, junto con las organizaciones que forman parte de la campaña global Desmantelando el poder corporativo, han participado en la elaboración del Tratado internacional de los pueblos

para el control de las empresas transnacionales, han realizado una propuesta alternativa para el ejercicio de un control real sobre las operaciones de las grandes corporaciones.

El Derecho Penal Económico incluye, entre otros temas, los delitos de corrupción (tanto pública -de funcionarios y políticos- como privada), pero además los delitos contra el medio ambiente, el prevaricato, la delincuencia organizada, la financiación del terrorismo, el blanqueo de capitales o lavado de dinero y similares.

Los delitos económicos están considerados “el cáncer de las democracias modernas”, que corroe al Estado mismo y le priva de miles de millones de dólares o euros –que más su denominación– que podían destinarse a fines sociales (educación, sanidad, realización de infraestructuras, justicia, etc.).

*Según el Índice de Percepción Global de la Corrupción de Naciones Unidas*, que engloba a 176 países, “dos terceras partes de la población mundial está afectada por corrupción” (Informe del año 2014). En el año 2016, según este índice, el país peor clasificado fue Venezuela desbancando, en tal dudoso honor, a Haití que lo había ocupado durante muchos años, con 16 puntos; los países Iberoamericanos tenían una media de 44 puntos y Ecuador, con 31 puntos, ocupa el número 120 de la citada lista.

Otros delitos que causan grave daño al Estado y a la sociedad en general, por los grandes recursos que mueven y manejan en dinero negro y, por tanto, fuera del alcance de la Administración tributaria, es el blanqueo de capitales o lavado de dinero, principalmente -pero no sólo- derivado del tráfico de

drogas y estupefacientes, así como el soborno o “*coima*” a los funcionarios y políticos.

Estos delitos de carácter económico se cometen tanto en el sector privado (empresarial) como en el público. Pero, quizás, donde más afecta a la sociedad son los ocasionados en el sector público, sea de políticos o funcionarios (los llamados delitos de corrupción pública). Como se ha recogido *ut supra*, miles y miles de millones de balboas.

El problema básico de estos delitos es su investigación, la cual, no es que sea complicada sino muy compleja y difícil. En efecto y frente a un “*delito tradicional*” (por ejemplo, un asesinato), no existe “*cuero del delito*”, no interviene la Policía científica para precintar el lugar del crimen, tomar huellas, restos biológicos o cualquier cosa u objeto que esté en el citado lugar y que pueda ayudar a esclarecer el crimen (casquillos, arma homicida, etc.); tampoco existe un cadáver al que pueda realizarse la autopsia (con la cantidad de datos que puede dar).

En la investigación de los delitos financieros y, más ampliamente y en lo que nos interesa, los delitos económicos, lo primero es demostrar su existencia, lo que –como hemos visto– no es fácil. ¿Y cómo demostramos su existencia si no hay cadáver, no hay lesionado, no hay un perjudicado concreto?. Se hace generalmente de varias formas:

- Investigaciones periodísticas. Recuérdese que los periodistas tiene derecho al secreto profesional de no revelar sus fuentes de información. En España, por ejemplo, de los más de cien casos de corrupción detectados en

lo últimos años (algunos de miles y otros de cientos de millones de euros), más del setenta por cien ha sido a través de la investigación de periodistas especializados, los cuales, cuando hay pruebas concretas (documentos generalmente, pero existen otras tales como declaraciones de testigos, grabaciones por una de las partes, etc.), después de publicarlo en los periódicos, lo entregan a la Fiscalía Anticorrupción –o al Juez Instructor que lleve inicialmente el caso–.

- Investigación policial, bien por propia iniciativa, bien por denuncia –anónima o no– o por agente infiltrado o encubierto (figura esencial para luchar contra la delincuencia organizada y que en España dio muy buenos resultados en la lucha contra la organización criminal ETA. Y, en definitiva,
- Por declaración de los “*pentiti*” (los arrepentidos), figura –y de ahí su nombre– que surgió en Italia para luchar contra el crimen organizado que invadía y desolaba –y sigue desolando, aunque parece que menos– el país<sup>2</sup> [recuérdese: la *Mafia* –de origen siciliano, con estructura

<sup>2</sup> *Pentito* (en Italiano arrepentido, en plural *pentiti*) designa a las personas en Italia que, habiendo formado parte previamente de organizaciones criminales o terroristas, tras su arresto deciden arrepentirse y colaborar con el sistema judicial para ayudar en la investigación. La categoría judicial de *pentiti* fue creada originalmente para combatir el terrorismo de los años 1970, durante la época de los años de plomo. El nombre técnico de esta figura jurídica en italiano es el de *collaboratori di giustizia* (“colaborador de la justicia”). Tras el conocido como Maxi Proceso, que tuvo lugar entre 1986 y 1987, y después del testimonio de Tommaso Buscetta, esta figura se ha pasado a asociar generalmente con antiguos miembros de la Mafia siciliana que tras abandonar su organización han comenzado a ayudar a la Justicia a cambio de beneficios penitenciarios e, incluso, de exclusión de la pena.



organizacional y códigos de honor estrictos (la *omertá*), pero que ha extendido sus brazos por todo el mundo—; la *Camorra* es una organización criminal mafiosa de la región de *Campania* y la ciudad italiana de Nápoles, que se centra más en el tráfico de drogas, la prostitución, la extorsión, la piratería y el contrabando; *Cosa Nostra*, que es como se denomina la organización de la Mafia de origen siciliano en los Estados Unidos; y la *'Ndrangheta*, organización criminal de Italia, cuya zona de actuación predominante es Calabria. En estos casos, como en el del agente infiltrado o encubierto, se les da máxima seguridad, adoptándose las más altas medidas de secreto y figurando en la instrucción en pieza separada y con un número, sin que nadie, salvo el Juez instructor en su caso o el Fiscal si es el investigador, conozcan su verdadero nombre; después de su declaración en el plenario se les da identidad nueva y “*desaparecen*”.

El delito económico mueve mucho dinero y no se queda en un país concreto, es internacional o transnacional y por eso es muy importante la intervención rápida cuando hay indicios o pruebas de su comisión, así como la colaboración entre Estados.

Poco a poco el legislador de todos los países democráticos, que es quien fija los tipos penales y las penas que conllevan su comisión, han ido tomando conciencia del grave perjuicio que causan a la economía del país, del Estado y, en última instancia, de los ciudadanos al sustraerse de las arcas públicas ingentes cantidades de dinero, bien directamente por la corrupción, bien indirectamente por el impago de impuestos.

La lucha eficaz contra la corrupción requiere medidas que permitan congelar, confiscar y devolver los activos a los países de los que han sido sustraídos. La recuperación de activos robados es una actividad compleja que requiere la utilización de técnicas de investigación y destrezas especiales para seguir la pista del dinero el dinero más allá de las fronteras nacionales, siendo uno de los mayores retos en este proceso obtener la evidencia que relacione los activos con la actividad delictiva y probar que son el beneficio de dicha actividad. Debe tenerse en cuenta que los activos robados de un país pueden –y de hecho se mueven– rápidamente alrededor del mundo, utilizando esquemas en los que intervienen centros financieros *offshore*, entidades corporativas y una variedad de transacciones financieras en un intento de ocultar dichos fondos e impedir que se pueda seguir su rastro. En la mayoría de los casos hay que analizar una amplia información que consume tiempo y exige múltiples habilidades técnicas que permitan conocer qué información hay que obtener, cómo analizarla para develar quién es el auténtico beneficiario de tales activos y como coordinar el proceso con las distintas autoridades extranjeras, siendo obligación de todos los países formar investigadores financieros, dotándoles de una visión integral y un conocimiento de los instrumentos necesarios para que desempeñen un papel activo en la investigación en distintos campos en que se mueven los delitos económicos: el fraude, la corrupción, el blanqueo de capitales o lavado de dinero, la financiación del terrorismo, los aspectos financieros del comercio de armas de destrucción masiva y, fundamentalmente, la recuperación de activos producto del delito.

Es muy difícil contrarrestar el enorme poder político, económico y jurídico de las empresas transnacionales y la fuerza de la *lex mercatoria*, toda esa “*arquitectura de la impunidad*” construida en los últimos cuarenta años por las grandes corporaciones y los Estados que las apoyan a través de un sinnúmero de tratados comerciales y acuerdos de protección de inversiones, miles de normas en la OMC, el FMI y el Banco Mundial, Tribunales internacionales de arbitraje y mecanismos de resolución de disputas inversor-Estado. Pero no es imposible, siendo necesario invertir la pirámide normativa y situar en el vértice los derechos de las mayorías sociales en vez de los intereses privados de la clase político-empresarial que nos gobierna.

Para concluir, estimamos que es necesario constituir una normativa internacional legalmente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales, la cual debe abordar, al menos, tres grandes cuestiones:

- Primero, establecer nuevas premisas generales relacionadas con la responsabilidad de las empresas transnacionales. Así, las normas nacionales e internacionales deben considerarse obligatorias para las personas naturales y jurídicas; las transnacionales son personas jurídicas y, en tanto tales, sujetos y objeto de Derecho. Por ello, debe regularse su responsabilidad civil y penal y la doble imputación: por un lado, es imputable la persona jurídica –la empresa– y, por otro, las personas físicas –dirigentes de la entidad– que tomaron la decisión incriminada.
- Segundo, se debe regular la responsabilidad solidaria de las empresas transnacionales por las actividades sus

filiales, de hecho o de derecho, así como de sus proveedores y subcontratistas que violen los derechos humanos. Y, por último,

- Tercero, han de regularse obligaciones específicas de las empresas transnacionales como, entre otras, la prohibición de patentar formas de vida, el pago de precios justos y razonables a los proveedores y subcontratistas, el control del personal de seguridad al servicio de las multinacionales y el respeto de todas las normas que prohíben la discriminación. Proponemos también, en tercer lugar, que se pongan en marcha instancias como un centro público para el control de las grandes corporaciones y una corte mundial sobre empresas transnacionales y derechos humanos, que se encargue de juzgar a las multinacionales y a quienes las dirigen por la violación de los derechos de las personas y la naturaleza.

Con todo ello, como dice la propuesta de *Tratado internacional de los pueblos* se aspira a “ofrecer un marco para el intercambio y la creación de alianzas entre comunidades y movimientos sociales para reclamar el espacio público, ahora ocupado por los poderes corporativos”.

### 3. Conclusión

En definitiva, estos delitos económicos realizados por multinacionales o corporaciones internacionales son verdaderos crímenes internacionales considerados como atentados a los derechos humanos siendo absolutamente necesario su

persecución, puesta a disposición de los órganos judiciales competentes y, en suma, conseguir la condena de sus autores, generalmente entidades corporativas o personas jurídicas que, conforme a lo expuesto, causan verdaderos estragos en los países donde intervienen y cuya persecución es excepcionalmente difícil, pero el Derecho Internacional, consciente de tal problema, intenta su persecución y castigo, siquiera sea muy lentamente (como siempre que intervienen diversos Estados), pero poco a poco va dando sus frutos, como es el citado Tratado internacional de los pueblos para el control de las empresas transnacionales.



# Los estudios de género como eje transversal de las decisiones judiciales

*Dra. Sylvia Sánchez Insuasti*

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

## **Sumario:**

**1.** Introducción; **2.** Sexo y Género; **3.** Los Estudios de Género; **4.** Los estudios de género en las decisiones judiciales; **5.** Conclusiones; **6.** Bibliografía.





## 1. Introducción

Comúnmente se piensa que la Teoría de Género incumbe únicamente a los estudios relacionados con el feminismo y que además, es una categoría que debe reservarse para la academia, sin que exista terreno fértil para su desarrollo práctico. Sin embargo; este divorcio entre teoría y práctica que tanto se predica de muchas otras ciencias, no tiene asidero alguno si se utilizan apropiadamente los resultados que de ellas se han obtenido, adecuándolos a las circunstancias particulares del caso que se resuelve.

De esta manera, la aplicación de la Teoría de Género constituye una herramienta útil en la administración de justicia, especialmente en materia penal, pues permite develar relaciones de poder abusivas que no únicamente derivan en la comisión de una conducta penalmente reprochable, sino que también perpetúan estereotipos socialmente aceptados, cuya estructura, es la razón misma del ejercicio de la violencia.

Justamente, lo que pretende este ensayo es aproximar una lectura seria de la evolución de los estudios de género y cómo su uso como eje transversal de las decisiones judiciales asegura, además del cumplimiento de principios legal y constitucionalmente consagrados, el acercamiento del juzgador a dictámenes que consideren, valoren y denuncien roles de género asignados que, por ejemplo, admiten la burla colectiva de un hombre víctima de violencia intrafamiliar por parte de su pareja, o, la discusión acerca de la vestimenta que usaba una mujer víctima de violación.

Si se abandona el infundado prejuicio que se cierne sobre la Teoría de Género, de la que falsamente se ha dicho que es peligrosa por ser su fin último el desmantelamiento de instituciones jurídicas como el matrimonio o la división binaria de la especie humana en hombres y mujeres, se comprende que por el contrario, lo que hace es humanizar las decisiones judiciales, de modo que no sean más una mera expresión de cuánto conoce el juez de Derecho sino de cómo el Derecho puede garantizar el goce y el ejercicio de derechos fundamentales de todos los sujetos procesales que intervienen en un juicio.

## 2. Sexo y género

*“La mujer no nace, se hace”  
Simone de Beauvoir*

En 1935, el trabajo de Margaret Mead, titulado *Sex and Temperament in Three Primitive Societies*, pionero para la época, expuso que la asignación social de roles a una persona en atención a su sexo biológico, variaba según parámetros geográficos, históricos y económicos. Así, la preconcebida fórmula de que al hombre correspondían los espacios públicos y a la mujer, el desempeño de las actividades del hogar, no se suscribía a un evento natural o espontáneo, sino a una construcción de quienes convivían en el mismo entorno. La hipótesis de Mead, sin embargo, no cobraría relevancia hasta que encontró oposición frente al trabajo de Talcott Parsons: *Family, Socialization, and Interaction Process*, que exponía, por su parte, que las conductas asociadas a hombres y mujeres tenían

una justificación según las capacidades de que gozaban cada uno, en razón de la biología de sus cuerpos<sup>1</sup>.

A partir de esta discusión académica, puede plantearse que sexo y género son conceptos distintos. Debe entenderse incorporado al sexo, todas las características genéticas, anatómicas y biológicas que nos dividen en el binarismo hombre-mujer; mientras que, el género, son las conductas socialmente esperadas de cada persona en razón de su cuerpo sexuado<sup>2</sup>. A modo de conclusión, por sexo se puede aludir a:

el conjunto de características físicas, genéticamente determinadas, que en la amplia gama de seres de una especie define a hembras y machos y diferentes estados intersexuales<sup>3</sup>; y, por género, a: “un sistema ideológico cuyos distintos procesos orientan el modelaje de la representación social diferenciada de los sexos, determinando formas específicas de conductas asignadas en función del sexo biológico<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cfr. Lamas, Martha, compiladora, *El género, la construcción cultural de la diferencia sexual*, PUEG (Programa Universitario de Estudios de Género), México, Cuarta reimpresión, 2013, pág. 21, 22

<sup>2</sup> Algunas teóricas feministas como Judith Butler, también cuestionan que el sexo biológico sea una condición natural y afirman que la posición binaria hombre-mujer también es una construcción cultural en la misma medida que lo es el género; sin embargo, en ese caso, género perdería su significación como interpretación cultural del sexo. Véase Judith Butler, *Gender Trouble, Feminism and the Subversion of Identity*, Nueva York y Londres, Routledge, 1990

<sup>3</sup> Barrios Martínez, David, et al, *Transexualidad: la paradoja del cambio*, México, Alfil, 2008, p. 9

<sup>4</sup> Flores, Fátima, *Psicología social y género. El sexo como objeto de representación social*, México, McGraw-Hill, 2001, p. 7

### 3. Los estudios de género

Actualmente, los estudios de género proponen replantearnos las dinámicas sociales que atribuyen determinados comportamientos a hombres y mujeres. ¿Qué es lo que se entiende por masculinidad y feminidad?, ¿Es posible para una persona migrar entre lo femenino y masculino?, ¿Cómo afecta la percepción social de los roles de género, el juicio que hacemos de las conductas de hombres y mujeres?, son algunas de las preguntas que giran alrededor de los estudios de género y que han recibido diferentes respuestas de grupos ubicados en distintos puntos del espectro político, entre ellos, el de feministas<sup>5</sup>.

En este punto es necesario reconocer la contribución del feminismo a los estudios de género, el que, reivindicando los derechos que históricamente nos han sido negados sistemáticamente a las mujeres, revela la violencia oculta al atribuirse-nos cualidades aparentemente innatas, que más tarde resultan en afectaciones a nuestro desarrollo en el ámbito educativo, profesional, económico, etc. Por ejemplo, dentro de lo que Gabriela Castellanos llama el generolecto femenino, que generalmente se asocia con las mujeres, se destaca como características: **(i)** Brindar prioridad la intimidad en las relaciones afectivas; **(ii)** Guardar con los otros una comunicación basada en los sentimientos, evitando con ellos los conflictos incluso si eso implica pedir disculpas aunque no las deba, o asumir responsabilidad cuando no la tiene; **(iii)** Valora las relaciones

<sup>5</sup> Cfr.: Conway, Jill K., Bourque, Susan y Scott, Joan, (eds.), *The Concept of Gender, En, Learning about Women: Gender, Politics and Power* (Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1987). Traducción de Jessica McLaughlan y Mirko Lauer

horizontales sobre las jerárquicas por lo que no compete; **(iv)** Sugerir, no ordenar<sup>6</sup>.

A la luz de la descripción *ut supra*, se han sostenido afirmaciones infundadas como las que se repiten hoy en día, señalando que las mujeres no podemos –o incluso no debemos– ocupar altos cargos públicos, puesto que nuestra emotividad nos dificulta resolver los asuntos llevados a nuestro conocimiento de forma racional. Utilizando este mismo argumento, en el campo educativo se promueve a las mujeres a incursionar en carreras afines con el cuidado de otros, como la enfermería o la enseñanza; y, por el otro lado, se desalienta su incursión en el área de las ciencias exactas, como la física o la química puras.

Sin embargo, a diferencia del feminismo, los estudios de género no se reservan únicamente a analizar críticamente cómo las asignaciones sociales de los roles, circunscrita a la morfología de los cuerpos, han afectado a las mujeres, sino también a los hombres, a quienes en cambio les es exigido: **(i)** Ser proveedores de la familia; **(ii)** Anteponer la razón a la emoción, por lo que desde niños se les repite que “solo las niñas lloran”; **(iii)** Mostrar una actitud de franca competitividad con sus congéneres; **(iv)** Resolver problemas utilizando la violencia, de creerlo necesario.

A pesar de los avances que a nivel mundial se han alcanzado para que tanto mujeres como hombres podamos acceder

<sup>6</sup> Cfr. Castellanos, Gabriela, *Sexo, género y feminismo: tres categorías en pugna*, Universidad de Valle, Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad, Cali, 2006, p. 240 y ss.

a las mismas oportunidades, partiendo de similares condiciones, permitiéndonos desarrollar plenamente nuestro plan de vida sin más limitaciones que los derechos de terceros, aún permanecen en el pensamiento colectivo erradas concepciones que impiden la materialización del principio de igualdad entre los sexos y, además, el desplazamiento de las personas sexuadas entre los generoslectos femenino y masculino. Identificar las valoraciones subjetivas que se realizan de las personas en atención a su sexo, principalmente en escenarios en los que se decide acerca de sus derechos y obligaciones.

#### **4. Los estudios de género en las decisiones judiciales**

En palabras de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas por los derechos humanos:

El derecho internacional de los derechos humanos se ocupa de los estereotipos de género y de su utilización, que afectan a derechos humanos y libertades fundamentales ampliamente reconocidos. Un estereotipo de género es una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar. Un estereotipo de género es nocivo cuando limita la capacidad de hombres y mujeres para desarrollar sus facultades personales, realizar una carrera profesional y tomar decisiones acerca de sus vidas y sus proyectos vitales. Los estereotipos nocivos pueden ser hostiles o negativos (por ejemplo, las mujeres son irracionales) o aparentemente benignos (por ejemplo, las mujeres son protectoras). Por ejemplo, sobre la base de este último

estereotipo de que las mujeres son más protectoras, las responsabilidades del cuidado de los hijos suele recaer sobre ellas de manera casi exclusiva<sup>7</sup>.

Para cumplir con este objetivo, mediante diferentes instrumentos internacionales como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), de la que Ecuador es suscriptor, se han establecido obligaciones que compelen a los Estados miembros a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, para lo que deben incluirse acciones legislativas o judiciales. El artículo 15 de la CEDAW, prescribe:

#### Artículo 15

**1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.**

2. Los Estado Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo.

<sup>7</sup> Organización de las Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, *Los estereotipos de género y su utilización*, <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx>, acceso: 02 de octubre de 2017

4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio. [Las negrillas no pertenecen al texto original]

La igualdad a la que se refiere el artículo *ejusdem*, no es meramente formal, sino material, razón por la cual hay circunstancias que un juzgador debe contemplar cuando decide en un caso concreto, verbigracia, la situación económica o de vulnerabilidad de una víctima en un juicio de naturaleza penal, para entonces valorar con objetividad qué acciones deben emprenderse para asegurar la reparación integral de los resultados producidos por el cometimiento de una infracción; y, tomar medidas de prevención que propendan a que actos que incluso podrían considerarse graves violaciones a los derechos humanos o delitos de lesa humanidad, no se cometan en el futuro.

En el caso *González y Otras* (“Campo Algodonero”) vs. México, la Corte Interamericana hace importantes reflexiones acerca de cómo los estereotipos de género pueden provocar actitudes discriminatorias por parte de las autoridades públicas frente a un caso de violencia generalizada y sistemática en contra de las mujeres:

401. En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado (*supra* párr. 398), es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas



en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer<sup>8</sup>.

En este mismo sentido y en cuanto a la relevancia de hacer hincapié en el género, como categoría crítica de análisis en las decisiones judiciales y de cualquier otra autoridad pública, dijo:

151. La Comisión y los representantes alegaron que las actitudes de las autoridades estatales frente a los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez eran notoriamente discriminatorias y dilatorias, situación que la Comisión describió como un “alarmante patrón de respuesta y concepciones estereotipadas de las mujeres desaparecidas”. **En particular, el patrón “se manifestaba en la percepción de los funcionarios estatales que la búsqueda y protección de mujeres reportadas como desaparecidas no era importante” e implicaba que en un principio las autoridades se negaban a investigar.**

152. Al respecto, el Estado señaló que la cultura de discriminación de la mujer “contribuyó a que tales

<sup>8</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González Y Otras (“Campo Algodonero”) Vs. México Sentencia de 16 de Noviembre de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 401

homicidios no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”. El Tribunal observa que aunque el Estado no señaló este reconocimiento en el trámite ante la Corte, sí remitió el documento en el que consta tal reconocimiento, siendo parte del acervo probatorio que será analizado conforme a las reglas de la sana crítica.

**153. Diversas fuentes afirman que la respuesta de funcionarios estatales frente a los crímenes fue influenciada por un contexto de discriminación basada en género.** Según el Relator Especial sobre la independencia judicial de la ONU, “al principio es indudable que estos hechos no conmovieron mucho a los agentes de la policía y a los procuradores, quienes llegaron incluso a reprochar a las mujeres su presunta falta de moralidad”.

**154. Distintas pruebas allegadas al Tribunal, señalaron, inter alia, que funcionarios del estado de Chihuahua y del Municipio de Juárez minimizaban el problema y llegaron a culpar a las propias víctimas de su suerte, fuera por su forma de vestir, por el lugar en que trabajaban, por su conducta, por andar solas o por falta de cuidado de los padres.** En este sentido, destacaron las afirmaciones de la CNDH en su Recomendación 44/1998, con respecto a que las declaraciones de funcionarios y autoridades de la Procuraduría estatal documentadas por esa institución denotaban “ausencia de interés y vocación por atender y remediar una problemática social grave, así como una forma de discriminación” y que constituían una “forma de menosprecio sexista”. [Las negrillas no pertenecen al texto original].

Las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máximo intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, son relevantes en atención al principio de convencionalidad<sup>9</sup> y a que, con la entrada en vigencia de la Constitución de 2008, el Ecuador superó la categoría de Estado social de derecho<sup>10</sup>, para adoptar la de Estado constitucional de derechos y justicia<sup>11</sup>. Esta declaración de la carta fundamental, no se limita a cobijar el contenido de las disposiciones constitucionales, sino que debe ser considerada en

<sup>9</sup> Para el jurista Jorge Mora Méndez, el control de convencionalidad es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana. Adicionalmente, la doctrina suele clasificar al control de constitucionalidad en concentrado y difuso, sostenido que es concentrado cuando lo aplica única y exclusivamente la Corte Constitucional (como control principal) y el Consejo de Estado (como control residual) mediante sentencia, la cual tiene efectos erga omnes por tratarse del máximo intérprete de la Constitución, pero que al mismo tiempo, el control de constitucionalidad también puede ser difuso, pues todos los funcionarios públicos que estén investidos con facultades jurisdiccionales. Véase, Jorge Andrés Mora Méndez, *El Control de Convencionalidad: Un Replanteamiento de Principios y Fuentes del Derecho*, Bogotá, 2012, Universidad Cooperativa de Colombia, Revista Republicana, en versión digital en: <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/El-controlde-convencionalidad.pdf>.

<sup>10</sup> Constitución Política del Ecuador, 1998, inciso primero, artículo 1.- *El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es Republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada.*

<sup>11</sup> Constitución de la República del Ecuador, inciso primero, artículo 1.- *El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.*

relación con la totalidad del ordenamiento jurídico. Para comprender los diferentes ámbitos en los que se expresa el neoconstitucionalismo, Alfonso Zambrano Pasquel, reseña lo siguiente:

En primer lugar, el constitucionalismo puede encarnar un cierto tipo de Estado de Derecho, designando por tanto el modelo institucional de una determinada forma de organización política. En segundo término, el constitucionalismo es también una teoría del derecho más concretamente aquella teoría apta para describir o explicar las características de dicho modelo. Así mismo por constitucionalismo cabe entender la ideología o filosofía política que justifica o defiende la fórmula así designada. Finalmente el constitucionalismo se proyecta en ocasiones sobre un amplio capítulo que en sentido lato podríamos llamar de filosofía jurídica y que afecta a cuestiones conceptuales y metodológicas sobre la definición del derecho, el estatus de su conocimiento o la función del jurista; esto es, cuestiones tales como la conexión, necesaria o contingente del Derecho y de la moral, la obligación de obediencia, la neutralidad del jurista o la perspectiva adecuada para emprender una ciencia jurídica<sup>12</sup>. [El subrayado no pertenece al texto]

La vinculación existente entre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador y la totalidad de normas que conforman el ordenamiento jurídico, se encuentra consagrada en los artículos 11, 424, 425 y 426 *ibídem*, que disponen:

<sup>12</sup> Zambrano Pasquel, Alfonso, *“Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo. El Sistema Interamericano de DD.HH. a través de sus sentencias”*, 1era Edición, EDILEX S.A., Guayaquil-Ecuador, p. 22

Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

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

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

Artículo 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

Artículo 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.

Artículo 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos. [El subrayado no pertenece al texto original]

A partir de las normas constitucionales citadas *ut supra* se pueden establecer las conclusiones que siguen: **a)** Los derechos y garantías consagrados en la Constitución son de directa e inmediata aplicación y deben ser acatados, incluso de oficio,

por toda autoridad pública, lo que incluye indudablemente a las juezas y jueces, en cualquier instancia del ejercicio jurisdiccional; **b)** Toda norma que integre el ordenamiento jurídico, entre las que se encuentran las resoluciones de las autoridades públicas, administrativas o jurisdiccionales, deben coincidir con los principios y derechos consagrados por la Constitución, so pena de carecer de eficacia jurídica, en caso de oponerse a alguno de sus axiomas; **c)** El bloque de constitucionalidad ubica a la Constitución como la norma suprema, prevaleciendo frente a cualquier otra, con excepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, cuando sus disposiciones sean más favorables.

El rol de los jueces en el neoconstitucionalismo, es el de ser boca y cerebro de la Constitución y la ley. La actividad jurisdiccional, sin abandonar el positivismo jurídico contemporáneo, renuncia a la creencia de que basta un proceso exegético de subsunción de los hechos a las normas para resolver el caso concreto, sin que eso signifique de forma alguna arbitrariedad en su accionar, el que por el contrario, estará orientado por el uso de la hermenéutica jurídica para resolver los casos más complejos<sup>13</sup>. Al respecto, Miguel Carbonell señala:

[...] En ese contexto, creo que es importante recordar que, como consecuencia de la expedición y entrada en vigor del mencionado modelo sustantivo de textos constitucionales la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha cambiado

<sup>13</sup> En este sentido se pronunció la Corte Constitucional para el Periodo de Transición, en sentencia No. 002-09-SAN –CC de 02 de abril del 2009, dentro del caso 0005-08-AN, Jueza Constitucional Sustanciadora: Dra. Ruth Seni Pinoargote.

de forma relevante, Los jueces constitucionales y los demás operadores jurídicos han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace mas complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través del *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera<sup>14</sup>.

En este orden de ideas, como se ha venido insistiendo desde el inicio del presente ensayo, el género como categoría transversal en el análisis de las decisiones judiciales tiene sustento en el derecho internacional de los derechos humanos y en el sistema interamericano de derechos humanos. Por su parte los jueces, cumpliendo con el principio de control de convencionalidad y de directa e inmediata aplicación de los derechos constitucionalmente consagrados y del mejor estándar de protección de los derechos, deben contemplar en sus resoluciones el género, que no en aisladas ocasiones es relevante para detectar acciones discriminatorias que favorecen a un género por sobre otro.

En Colombia, es emblemático el caso de la niña Yuliana Samboní, que fue sustanciado por la Jueza Liliana Patricia Bernal Moreno, quien dictó sentencia condenatoria en contra

<sup>14</sup> Miguel Carbonell, *Introducción el Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, en *El Principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Serie Justicia y Derechos Humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 11.



de Rafael Manuel Uribe Noguera, el 29 de marzo de 2017, por ser autor de los delitos de raptó, acceso carnal violento y femicidio. La decisión que fue premiada por *Women's Link Worldwide*, al considerarla un avance en los derechos de las niñas y las mujeres, y que hoy es estudiada en algunas universidades colombianas, en lo principal, resaltó que:

El cuerpo es por esencia el lugar en el que se reflejan, materializan y se reproducen, las interpretaciones culturales que la sociedad hace sobre los roles de ser hombre y ser mujer. Es el cuerpo del hombre el que piensa, forja, construye, lucha y resguarda. El de la mujer es el que se reproduce, cuida, abriga y ama. Dichos imaginarios alimentan desde tiempos inmemoriales la asignación de las funciones sociales: lo masculino ordena y gobierna en lo público. Lo femenino se somete y obedece en lo privado. El cuerpo es el recipiente por excelencia de la sexualidad y ella como el que más, está cometida a la corporeidad de los roles (...)

El control sobre la sexualidad femenina resignifica su cuerpo: Le niega la posibilidad de proporcionarse placer, lo convierte en objeto de satisfacción sexual masculina, y en el mejor de los casos, es solo una herramienta de reproducción. De allí que normativamente se encuentre natural y casi necesario el control del cuerpo y la sexualidad femenina: la ablación, la penalización del aborto, la normalización de la prostitución, el matrimonio forzado, los índices de impunidad frente a los hechos de violencia contra la mujer, la discriminación laboral, son ejemplos elementales de ello. El control de la sexualidad femenina alimenta fuertemente y de forma casi imperceptible, el imaginario social de ser mujer: el cuerpo de la mujer y la mujer son usables,

prescindibles, desechables, maltratables y el cuerpo del hombre es el reino del dominio, la autoridad y la supremacía.

Ese imaginario constituye la piedra angular de la discriminación y la dominación a la que ha estado históricamente sometida la mujer y la base de las múltiples violencias que sobre ellas se ejercen. En tan penoso escenario estuvo inscrito el homicidio de YASM.

Recuérdese, que la niña hacía parte de una familia de origen indígena, sin formación académica, agobiada por la escasez de recursos económicos, desarraigada de su lugar de origen y puesta por la fuerza de las circunstancias en un medio económico, social y laboral que siempre le fue hostil. **YA** era el reflejo de todo ello: con solo 7 años de edad ya estaba desarraigada, desescolarizada, hacinada, ingenua, y atenta a cualquier dádiva que pudiera mejorar su situación y la de su núcleo familiar. Mujer, niña y pobre, era el ser más débil entre los débiles y el mejor escenario para ejercer un brutal acto de dominación (...)

Es posible para el Juzgado inferir razonablemente que la violencia soportada por YASM fue el producto de perversas dinámicas de discriminación de género, que alimentan las violencias ejercidas contra la mujer. Su cuerpo fue tomado –mediante el rapto–, usado –mediante el sometimiento a actos sexuales de toda índole–, ungido como fetiche sexual–, eliminado de él todo atisbo de vida y finalmente desechado (...) Es posible inferir razonablemente que los hechos estuvieron enmarcados por una relación desigual de poder entre víctima y victimario. Ella, una niña de tan solo 7 años, con la contextura, la fuerza física y el conocimiento, propios de su edad, y él, un hombre adulto, con formación

profesional, atlético, deportista de alto rendimiento y empoderado por el consumo de estimulantes. Una correspondencia que, sabedor el victimario, siempre tuvo en el extremo más débil a su víctima.

Como puede apreciarse de la lectura del extracto que antecede, la sentencia dictada por Bernal, no se agota en el estudio de las categorías dogmáticas del delito: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y sanción. Su deber como juzgadora va más allá de la simple subsunción de los hechos a la conducta típica cometida por el procesado, y devela con fundamentos teóricos y científicos cómo los actos del sujeto activo, un hombre perteneciente a un estrato social y económico privilegiado, son más significativos cuando su víctima es una niña, pobre e indígena a la que raptó, violó y mató porque conocía que su estado vulnerable facilitaba la satisfacción de sus deseos y la impunidad de su crimen.

Siguiendo esta línea de pensamiento, Ecuador reconoce en su Constitución, la existencia de la categoría de género, diferenciándola de la de sexo. Como muestra, los artículos 11.2<sup>15</sup>, 27<sup>16</sup>,

<sup>15</sup> Art. 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.

<sup>16</sup> Art. 27.- La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz;

32<sup>17</sup>, 38<sup>18</sup>, 46.7<sup>19</sup>, 61.7<sup>20</sup>, 70<sup>21</sup>, 85.14<sup>22</sup>, y 358<sup>23</sup>, hacen mención explícita al género y a que su consideración debe ser un eje transversal en el diseño de políticas públicas de salud y educación; en la elección de autoridades públicas, de modo que las

estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar.

<sup>17</sup> Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

<sup>18</sup> Art. 38.- El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas.

<sup>19</sup> Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos.

<sup>20</sup> Art. 61.- Las ecuatorianas y ecuatorianos gozan de los siguientes derechos:

7. Desempeñar empleos y funciones públicas con base en méritos y capacidades, y en un sistema de selección y designación transparente, incluyente, equitativo, pluralista y democrático, que garantice su participación, con criterios de equidad y paridad de género, igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad y participación intergeneracional.

<sup>21</sup> Art. 70.- El Estado formulará y ejecutará políticas para alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, a través del mecanismo especializado de acuerdo con la ley, e incorporará el enfoque de género en planes y programas, y brindará asistencia técnica para su obligatoria aplicación en el sector público.

<sup>22</sup> Art. 83.- Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley:

14. Respetar y reconocer las diferencias étnicas, nacionales, sociales, generacionales, de género, y la orientación e identidad sexual.

<sup>23</sup> Art. 358.- El sistema nacional de salud tendrá por finalidad el desarrollo, protección y recuperación de las capacidades y potencialidades para una vida saludable e integral, tanto individual como colectiva, y reconocerá la diversidad social y cultural. El sistema se guiará por los principios generales del sistema nacional de inclusión y equidad social, y por los de bioética, suficiencia e interculturalidad, con enfoque de género y generacional.

cuotas de asignación de cargos públicos sean equitativas; y, en toda decisión de autoridades que resuelvan acerca de facultades y obligaciones de todos los ciudadanos.

En la administración de justicia, también empiezan a avizorarse una importante tendencia por considerar cómo las diferencias de los sexos en las relaciones de poder y los roles que se asignan a esos cuerpos, influyen en la dinámica ofensor-ofendido, razón por la cual la valoración de agravantes como “gravedad del delito”, y “situación de indefensión de la víctima”, deben considerarse a la luz del tipo de relación que mantenían los sujetos involucrados –sentimental, académica, laboral–, su situación económica, pertenencia a un grupo con protección especial debido a su condición de vulnerabilidad –niños, niñas, adolescentes, personas de la tercera edad–, etc.

Destacan en este sentido, los pronunciamientos de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en materia de delitos sexuales, en los que ahora se previene un estudio más extenso de cómo el proceso penal puede en ocasiones volverse en contra de la víctima, al utilizarla apenas como un instrumento probatorio de Fiscalía, lo que resulta en la revictimización de la persona cuyo bien jurídico fue lesionado, puesto que debe comparecer a innumerables diligencias a relatar consecutivamente lo ocurrido, lo que puede provocarle importantes daños psicológicos.

Justamente, respecto de esta situación, en la sentencia de 04 de julio de 2017, las 15h40, dictada dentro del proceso No. 1733-2015, que por delito de violación acusó Fiscalía General del Estado, al señor Juan Pablo Galarza Espinoza, se dijo:

Efectivamente, como señaló en la fundamentación del recurso la abogada Tania Vásquez Abad, en el caso de delitos sexuales, el testimonio de la víctima tiene un estándar de valoración especial, ya que por la clandestinidad con la que generalmente se cometen este tipo de infracciones penales, no es común que se presenten otras pruebas materiales del hecho. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010:

89. En primer lugar, para la Corte es evidente que la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Dada la naturaleza de esta forma de violencia, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.

Respecto a las inconsistencias que puedan existir en el relato de los hechos, que realizan las víctimas de violación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la misma sentencia mentada *ut supra*, ha establecido que:

De las diferentes declaraciones de la señora Rosendo Cantú, salvo algunas imprecisiones, se advierte consistencia en lo relatado en cuanto al hecho de la violación sexual. **La Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato.** Al respecto, el Tribunal toma en cuenta que los hechos referidos por la señora Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar

en determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos relatos, además, fueron rendidos en diferentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta en el presente caso que al momento de ocurridos los hechos la señora Rosendo Cantú era una niña. [Las negrillas no pertenecen al texto original]

En este mismo orden de ideas, la psicóloga y psicoterapeuta Susana Velázquez, explica que:

Cuando narran el acontecimiento violento, algunas mujeres se presentan, en principio, desafectivizadas y muy estructuradas haciendo un relato carente de toda emoción. El bloqueo afectivo, producto de un suceso de fuerte carga traumática, hacen que estas mujeres no muestren enojo, tristeza, ni lloren, sino que simplemente informen. Pueden comportarse como si el problema no existiera rechazando ciertos sentimientos mediante un enunciado explícito (...) Otras mujeres rechazan u olvidan algunos momentos del acto violento, la presencia de armas o las maniobras físicas del agresor (...) Otras niegan lo sucedido y actúan como si no les hubiera pasado a ellas...<sup>24</sup>.

De modo que, la prueba testimonial de la víctima de un delito sexual, tiene plena validez para establecer la existencia material de la infracción y la responsabilidad del procesado, siempre que a su relato, se sumen otras pruebas unívocas, sean estas testimoniales, documentales o materiales, lo que ha ocurrido en el caso *in examine*.

<sup>24</sup> Velázquez, Susana, *Violencias Cotidianas, Violencia de Género, Escuchar, Comprender, Ayudar*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 4ta reimpresión 2013, p. 62, 63

Otra sentencia relevante es la emitida el 17 de noviembre de 2016, las 15h25, dentro del caso No. 0001-2016, que por delito de violación con muerte, seguía Fiscalía en contra de los señores Fausto Saavedra Cuadrado e Iván Vinicio Rivadeneira Luna. En esta decisión judicial en sede de casación, el Tribunal aceptó el recurso interpuesto por Fiscalía e impuso a los procesados una pena superior, invocando principios de derecho internacional de los derechos humanos, convenios y tratados debidamente suscritos y ratificados por el Ecuador, y, finalmente el género como categoría que permite descubrir la existencia de relaciones de poder inequitativas. En lo principal, la sentencia señala lo que sigue:

El ser humano en ejercicio de sus derechos fundamentales, se encuentra amparado bajo la tutela del Estado, a efectos de garantizar el libre ejercicio de sus garantías, con el objetivo primigenio de desarrollarse en un medio ambiente adecuado y libre de violencia, tanto en el ámbito público como privado.

La violencia de género constituye una aplicación coercitiva o represiva de la fuerza, que puede ser física, psicológica y/o sexual, donde puede concurrir una superposición del ejercicio de poder de una persona hacia otra, en respuesta a una arbitraria concepción de superioridad de género.

Organismos Internacionales, así como los Estados de manera articulada, han adoptado la ejecución de acciones inmediatas tendientes a erradicar la violencia de género, que en su mayoría de veces se ha presentado en contra de la mujer, repercutiendo gravemente en su salud y entorno familiar, sin considerar el impacto económico que produce este



tipo de violencia, tanto más que se convierte en imperativa la ejecución de planes articulados de salud, sociales y judiciales.

El Ecuador ha ratificado diferentes convenios y tratados internacionales con el propósito de erradicar y combatir la violencia en contra de la mujer como son la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW-1981), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de Belém do Pará (1995), que forman parte del ordenamiento jurídico interno y pretenden brindar a la sociedad las garantías básicas de control y respeto hacia el libre desarrollo cultural, intelectual y profesional de las mujeres, que han sido víctimas de abominables vulneraciones de sus derechos, donde se ha visto afectada su dignidad, el derecho al ejercicio de una adecuada vida privada e igualdad.

Con estas resoluciones del máximo órgano de administración de justicia ordinaria, Ecuador marca una clara tendencia a incluir en sus decisiones la categoría de género, la que es además de necesaria, indispensable para resolver, por ejemplo, el delito de femicidio, previsto en el artículo 141 del Código Orgánico Integral Penal y que contempla como uno de los elementos del tipo penal, la existencia “*de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia*”. Las relaciones de poder pueden ser de diversa índole y en ellas pueden ejercer violencia tanto un hombre como una mujer, ya que el sujeto activo del delito no es calificado y bajo esta concepción, se reconoce de mejor manera la influencia de los estudios de género, aceptando le hecho de que tanto hombres como

mujeres, según el rol de género que se encuentren cumpliendo, pueden abusar de una mujer.

Así también lo ha comprendido la legislación colombiana, que en sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el 4 de marzo de 2015, con ponencia de la magistrada Patricia Salazar Cuéllar, indicó lo siguiente:

Ese elemento adicional que debe concurrir en la conducta para la configuración de la agravante punitiva del feminicidio, es decir, la discriminación y dominación de la mujer implícita en la violencia que provoca su muerte, obviamente debe probarse en el proceso penal para que pueda reprocharse al autor. En consecuencia, en ningún caso cabe deducirla de la simple circunstancia de ser el autor del delito un hombre y la víctima una mujer, sino que ha de fundarse en evidencias demostrativas de la situación de abuso de poder en que se encontraba la última<sup>25</sup>.

Si bien en el presente ensayo, se ha expuesto el uso de la categoría de género para descubrir la violencia sistemática que sufren principalmente las mujeres, no se debe olvidar que también debe ser utilizada para aquellos casos en los que los hombres son víctimas, en razón de su género, de acciones que vulneran sus derechos fundamentales. Este tipo de violencia suele presentarse más comúnmente, en estructuras de poder jerárquicamente organizadas, como en las instituciones castrenses, en las que los roles tradicionales del género

<sup>25</sup> Colombia, Corte Suprema de Justicia, sentencia disponible en versión digital en: [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j\\_20150808\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/jurisprudencia/j_20150808_02.pdf)

masculino se alientan y ensalzan. Consecuentemente, un hombre que no resiste el castigo, o el extenuante esfuerzo físico, que no obedece a cabalidad las órdenes encomendadas, que se muestra sensible ante el dolor de terceros o que no está dispuesto a ser abiertamente agresivo, puede sufrir acoso, segregación o violencia.

## 5. Conclusiones

1. El sexo y el género son categorías diferenciadas. La primera, divide a las personas por sus características genéticas, anatómicas y biológicas, en hombres y mujeres. El género, en cambio, es una interpretación de qué conductas están socialmente permitidas y prohibidas a las personas, en razón del sexo al que pertenecen, por lo que es una categoría móvil que admite variaciones dependiendo de las circunstancias históricas y geográficas. Además, el género admite expresiones diversas que no se agotan en el binarismo masculino-femenino.
2. El feminismo ha contribuido de manera importante al desarrollo de los estudios de género pero no deben confundirse estas dos teorías. Los estudios de género, procuran establecer cómo las relaciones de poder que se ejercen en el ámbito familiar, educativo, político, de salud, etc., genera escenarios en los que en ocasiones, puede existir abuso y violencia, de modo que desenmascarar esas estructuras es imperante para garantizar relaciones más equitativas y prevenir la violación de derechos fundamentales.

3. El sistema internacional de los derechos humanos así como la legislación ecuatoriana, han reconocido ampliamente el uso de la categoría de género para resolver casos en los que existe dominación de un género sobre otro, en razón de la condición privilegiada que socialmente se les ha otorgado.
4. Las decisiones judiciales que usan la categoría de género para resolver la causa llevada a su conocimiento, suelen ser más próximas al ideal de justicia, puesto que abandonan la tradicional perspectiva jurídica de la interpretación del Derecho mediante el silogismo jurídico, para profundizar sobre las relaciones sociales que crean, mantienen y promueven estructuras de poder que perpetúan la desigualdad, aprovechando ejes transversales como la pobreza, el sexo, el estado de vulnerabilidad, la nacionalidad o la orientación sexual.

## 6. Bibliografía

- Lamas, Martha compiladora, *El género, la construcción cultural de la diferencia sexual*, PUEG (Programa Universitario de Estudios de Género, México, Cuarta reimpresión, 2013
- Barrios Martínez, David et al, *Transexualidad: la paradoja del cambio*, México, Alfil, 2008
- Flores, Fatima, *Psicología social y género. El sexo como objeto de representación social*, México, McGraw-Hill, 2001

- Conway, Jill K. , Bourquem, Susan y Scott, Joan (eds.), The Concept of Gender, En, Learning about Women: Gender, Politics and Power (Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1987). Traducción de Jessica McLauchlan y Mirko Lauer
- Castellanos, Gabriela, *Sexo, género y feminismo: tres categorías en pugna*, Universidad de Valle, Centro de Estudios de Género, Mujer y Sociedad, Cali, 2006



# **Debido proceso, derecho a la defensa y recurribilidad**

*Carlos Baca Mancheno*  
*Fiscal General del Estado*

## **Sumario:**

**1.** El debido proceso como método; **2.** La garantía de la defensa procesal; **3.** Bibliografía.





## 1. El Debido Proceso como método

Desde la perspectiva de la teoría del conocimiento, en la que la realidad es el objeto, la verdad es la relación que existe entre conocimiento y realidad, y el método para estudiar al primero y verificar a la segunda son el camino iniciado en una hipótesis sujeta a comprobación, el proceso tiene por objeto la determinación razonable del derecho reclamado o de la existencia de un hecho y sus responsables, a través de un procedimiento debido que encause el conflicto judicial. En tal sentido ¿qué se debe entender por debido proceso? La respuesta reviste complejidad tanto como derecho fundamental, cuanto por su imbricación estructural, habida cuenta de que como método estatuido –y por lo tanto, reglado– para aproximarse objetivamente a la verdad fáctica de hechos jurídicos (la realidad) las partes han de exponer su grado de aproximación a la realidad (conocimiento verdadero) buscando imponerse sobre la otra en la percepción procesal del juez (convicción).

Desde el punto de vista del derecho procesal, el proceso es la herramienta institucional que el Estado de Derecho instituye para garantizar los derechos fundamentales de defensa y seguridad jurídica de los ciudadanos que en ejercicio del derecho a la jurisdicción –y a la contradicción– acuden a él para mantener tutelados los bienes jurídicos y salva guardadas las libertades individuales. En el ámbito civil, y en general en materias no penales, el proceso no puede sino cuidar que las fronteras entre el derecho a la defensa de las partes (el que pretende y el que se excepciona) se mantengan, trazando una brecha infranqueable que obliga al juez a mantener su rol de custodio tutelar de los derechos que le asisten a las partes

procesales, a partir de una base gnoseológica construida sobre los principios de verosimilitud, probabilidad y noción de verdad por correspondencia, en una relación de enunciación descriptiva en la que lo verdadero lo es, y solo si, se corresponde con un hecho: “[...] La verdad es en suma, correspondencia con un hecho”.

En cuanto al proceso penal, si bien el fiscal con su obligación acusatoria y el procesado en el ejercicio de su derecho a la defensa –en tanto operadores jurídicos– no pueden desentenderse respectivamente de la verdad de la acusación y de los descargos, el juez sí lo hace pues su responsabilidad procesal como “tercero objetivo” es cuidar que los términos del ejercicio de la acusación pública se desplieguen dentro de los límites constitucionales, y que la defensa del imputado sea eficaz; en otras palabras, el equilibrio procesal deviene como resultado de que el juzgador sepa guardar las garantías del debido proceso para que la disputa deóntica suscitada entre el estado de inocencia y los cargos de la acusación se desarrolle en los marcos constitucional y legal hasta la obtención de la sentencia como “respuesta útil”, sin espacio alguno para la parcialidad ni la arbitrariedad contra las que, a propósito, el remedio eficaz no es la obstaculización de la investigación de la verdad sino la contradicción. Al respecto, Daniel Fedel opina que:

[...] Esa respuesta útil de la justicia es un imperativo constitucional insoslayable, por cuanto en un Estado de Derecho las decisiones judiciales deben ser fundadas, razonadas y exteriorizadas válidamente. Sin una respuesta útil, no hay verdadero y auténtico acceso a la justicia, sino un mero acceso formal.

En la propuesta de Fedel, la sentencia no será necesariamente favorable para el procesado, sino correspondiente con los preceptos constitucionales del debido proceso, es decir, que puede serle adversa; lo cual implica que puede ser impugnada si del control de legalidad pertinente se establece que ha sido arbitraria, ilegal o absurda. En ese caso, la garantía procesal del principio de recurribilidad hace que el rasero del examen de razonabilidad exija que la aptitud jurisdiccional del juzgador se traduzca en un fallo que al tiempo de representar una realidad adversarial demostrativa de que al procesado se le permitió ejercer su defensa de forma eficaz, refleje que la verdad que se pruebe en el proceso haya sido producto fiel de que el objetivo acusatorio de destruir el estado de inocencia hacia un estado de culpabilidad se cumplió con la certeza probatoria y la capacidad de convencimiento judicial suficiente sobre la existencia del hecho y la culpabilidad penal del procesado, en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia.

Con estas dos visiones, se puede resumir por una parte, que el debido proceso se descompone en tres grandes aristas constitutivas: La primera, que apunta al debido proceso legal (adjetivo o formal), entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal; la segunda, que atañe al debido proceso constitucional como procedimiento judicial justo (que se traduce en la atención ineludible al principio de legalidad, la pertinencia y conducencia probatoria, el derecho a la defensa, la motivación y el derecho a recurrir); y la tercera, que atiende al desarrollo del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, en el sentido de que todas las normas jurídicas y los actos de las autoridades públicas, deben

concordar con los valores y preceptos del Derecho Constitucional. Y, por otra, que más allá del positivismo jurídico, el debido proceso vendría a ser el camino investigativo definido por el Estado a partir del ejercicio del derecho a la jurisdicción para obtener información objetiva, relevante, fidedigna e imparcial sobre hechos justiciables, o derechos disponibles, y en fin, bienes jurídicos y sus titulares responsables, dentro de un marco reglado de condiciones, procedimientos específicos y protocolos, que se inicia con el acceso a la justicia, se desarrolla en un juicio justo, y se concreta en una respuesta útil probablemente adversa.

La importancia de comprender al proceso como método se sustenta, por tanto, en una base ideológica que conciba a la administración de justicia no solamente como el poder de juzgar y ejecutar lo juzgado, sino como un servicio público que procura la paz social a través de las sentencias emitidas, en primer lugar, sin demora o a la brevedad posible (puesto que la tardanza injustificada deviene en denegación de justicia que, amén de violar los derechos humanos de los ciudadanos afectados, representaría la aceptación de que existe una justicia ineficiente y sustancialmente inútil), y en segundo, como representación práctica del Derecho, sin que sea admisible la declaración de un derecho injusto o errado, por “no ser derecho” (Blackstone) , pues, ello generaría una mayor desconfianza pública en el sistema de justicia.

Ahora bien, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, concierne tratar también sobre el derecho a la tutela judicial efectiva . Este se concreta progresivamente a partir de la activación del derecho a la jurisdicción como punto de

inicio del derecho al proceso, pues, representa el acceso a la justicia que todo ciudadano aspira a tener por parte del Estado, para obtener de este una respuesta inmediata, una sentencia eficaz e impugnabile (de conformidad con la ley), luego de un ejercicio justo del derecho a la defensa. Y con la eficacia, la eficiencia y efectividad con que se tutele al derecho al debido proceso, su alcance se traduce en su despliegue sustancial como método para llegar a la verdad, no en tanto *factum*, sino en cuanto *perceptium*, puesto que siendo un derecho autónomo que activa a los órganos jurisdiccionales en busca de tutela, es un derecho subjetivo (ya que entraña la facultad de exigir algo, o sea, un derecho, a un órgano), a la vez que es un derecho público (porque procura la activación del poder jurisdiccional del Estado). En este caso, es el derecho a la tutela judicial efectiva lo que importa proteger –como un derecho autónomo e independiente del derecho sustancial–, garantizándolo en cualquiera de sus cuatro vertientes: el derecho a acceder a la administración de justicia gratuitamente, el derecho a la defensa en el proceso, el derecho a recibir una resolución suficientemente motivada y fundada en Derecho, y el derecho a la efectividad, celeridad y recurribilidad de las resoluciones judiciales.

En un Estado constitucional de derechos y justicia, la tutela judicial efectiva como bien jurídico protegido:

[...] desde un enfoque garantista, debería asumirse que la tutela judicial efectiva como derecho constitucional, comprende el derecho de acceso a los órganos de justicia, el derecho de acción, el derecho de contradicción o derecho a la defensa, el derecho al debido proceso mediante la constitucionalización

del mismo para que guarde armonía con el tipo de Estado, y fundamentalmente el derecho a que lo decidido tenga efectividad y eficacia.

Por último, desde la perspectiva de los de los derechos humanos, instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos , en su art. 10, y la Convención Americana de Derechos Humanos , en su art. 8, consagran a la tutela judicial como una garantía de capital importancia, pues, con su concreción se realizan los derechos reconocidos en la Constitución. Al respecto la Corte Constitucional se ha pronunciado, sentenciando lo siguiente:

Tal como esta Corte se ha pronunciado en casos anteriores, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas, tiene relación con el derecho a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso imparcial que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y en la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y se diferencian tres momentos: el primero, relacionado con el acceso a la justicia; el segundo, con el desarrollo del proceso que deberá desarrollarse en un tiempo razonable y ante un juez imparcial, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia.

En todo caso, más allá de la doctrina de los derechos fundamentales, y desde una lectura basada en la clave procesal con la que se impone interpretarla, la tutela judicial efectiva es el derecho que, en su capacidad de obrar, les asiste a las personas para exigir de la institucionalidad judicial la protección jurisdiccional a través del proceso como mecanismo estatuido

para el despliegue eficiente, eficaz, así como efectivo, de las garantías mínimas para asegurar que la sentencia, como resultado judicial final, sea una resolución que fundada en derecho tenga aptitud de ejecutarse en todos sus efectos.

## **2. La garantía de la defensa procesal**

A la luz del Estado constitucional de derechos y justicia –como paradigma a través del cual concierne entender al “proceso” como instrumento mediante el cual se despliega el derecho al debido proceso–, el conocimiento judicial de los hechos se desarrolla sobre una base preceptiva que gobierna el ejercicio del derecho procesal en términos marcados por principios constitucionalmente definidos. Los principios de aplicación de los derechos , o el catálogo de los derechos de libertad , o el reconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental de enfática protección constitucional, al igual que el derecho al debido proceso , exigen que la administración de justicia se concrete dentro del esquema constitucional y se desarrolle a través de procedimientos determinados anticipadamente en normas legales instituidas en un marco de control racional y argumentativo de las resoluciones judiciales, es decir de respeto a la seguridad jurídica que subordina el ejercicio jurisdiccional de la autoridad judicial.

Precisamente, la potestad de administrar justicia emanada por el soberano popular se sustenta axiológicamente en la justicia como un valor que se realiza a través de los órganos constitucionalmente designados del sistema judicial que sujetan

sus pronunciamientos a los designios de la Constitución, los reconocimientos de los instrumentos internacionales de derechos humanos y las disposiciones de la ley (bloqueo de constitucionalidad). La impetración de la sujeción de la administración de justicia a aquellos dictados representa un mandato que asegura la defensa eficaz a lo largo del ejercicio de la acción penal pública en sus etapas pre procesal y procesal.

El derecho a la defensa procesal constituye, entonces, un derecho de especial tutela constitucional; su carácter fundamental obliga al Estado a asegurar su cumplimiento, en consideración de que los sistemas universal e interamericano de derechos humanos en especial lo valoran al ser no solo un derecho subjetivo sino una garantía cuya vulneración comporta invalidez procesal. En suma, el reconocimiento de la defensa procesal como garantía representa una de las condiciones mínimas del debido proceso, pues supone un requisito de validez procesal que asegura el balance que debe reinar a lo largo del proceso penal.

Si bien el derecho de defensa es una garantía de absoluto respeto que hace que el acceso a la justicia sea materialmente posible a las partes procesales, y del que el Estado no puede desconocer su obligación constitucional de reconocerla formalmente procurando que sea real y efectiva a lo largo del proceso, considerándola como una garantía que torna operativa a todas las demás que entrañan el derecho a la tutela judicial efectiva, la relación de equilibrio que constituye el proceso supone un esquema ético-jurídico cuya transgresión es reprochada por la misma Constitución. En efecto, el art. 174 impone a la mala fe procesal, al litigio malicioso o



temerario, a la generación de obstáculos o la dilación procesal, como conductas inobjetablemente sancionadas; y el art. 26 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) define el alcance del principio de buena fe y lealtad procesal para observarlo en contra de “todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe” realizados con el propósito de retardar el proceso sin razón jurídica suficiente y razonable. En otras palabras, si bien la responsabilidad de dirigir un proceso le es inexcusablemente reservada al juez, las partes procesales deben asumir su rol de forma que el gobierno del proceso sea correctamente ejercido. Y es en este aspecto en el que se va a tratar, preceptiva que no exhaustivamente, el contenido del derecho de defensa procesal y la regla 3 del art. 594 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el marco del debido proceso.

## **2.1. El contenido de la garantía de la defensa procesal**

El aseguramiento del debido proceso se inicia con la garantía de “poder defenderse” en todo momento o grado del procedimiento penal, en el sentido de que “nadie podrá ser privado del derecho a la defensa”, como lo consagra el art. 76, numeral 7, letra a) de la Constitución; esto significa que la defensa es consustancial al proceso, y por lo tanto cualquier ausencia de ella provoca nulidad absoluta imposible de convalidarse porque la defensa de todo justiciable lejos de ser formal, o menos todavía, simbólica, es técnica y también de alta responsabilidad ética, que resume el asesoramiento efectivo que debe prestarse, considerando que en el Estado de Derecho constituye un derecho fundamental que frente a las

puniciones arbitrarias, el individuo permanezca insuperablemente protegido, y que, como garantía, el derecho de defensa no tiene autoprotección, sino que cuando ha sido vulnerado, el efecto es la reanudación profiláctica desde el momento procesal en que su violación afectó al proceso.

La definición de la prohibición de privación del derecho de defensa constituye, pues, una declaración cuya precisión impide una interpretación fluctuante entre la descripción demasiado genérica de su concepto y una exagerada pormenorización reconducible hacia un dominio conceptual ajeno al contenido de la garantía.

El contenido de la garantía de la defensa procesal tiene dos aspectos: uno positivo y otro negativo. El primero se traduce en la posibilidad abierta y sin impedimento de que con conocimiento de la existencia de un proceso penal iniciado, las partes contradigan y prueben sus respectivas alegaciones, y tengan derecho de recibir una sentencia consecuente y recurrible. Y el segundo consiste en que la indefensión procesal es intolerable; por ello, la disposición normativa constitucional describe el mandato prohibitivo de privar de este derecho, pues, hacerlo constituye impedimento de la posibilidad material de defensa a las partes procesales (incluida la Fiscalía), y en el caso específico del procesado, de su derecho de contestar la imputación, negarla, mantenerse en silencio o allanarse a la pretensión punitiva de la Fiscalía, y en fin, de exponer sus expresiones defensivas a lo largo del proceso, fundamentalmente en las etapas instructiva y de juzgamiento, y en el ejercicio del derecho de recurribilidad procesal. Así pues, la privación es sinónimo de despojo, y si lo que se priva es el

derecho, se le arrebató la garantía de defensa denegándosele con ello su acceso a la justicia y por lo tanto a la tutela judicial efectiva del derecho de defensa. En otras palabras, al privarles del derecho material de defensa, a las partes se les quita su derecho de ejercer su propia defensa.

Ahora bien, con los principios de igualdad procesal y de contradicción, la defensa material deviene insuficiente, pues, apremia contar con la asistencia profesional de conocimiento específico que le procure al procesado las herramientas técnicas especializadas y suficientes para esgrimir su defensa. Si es el procesado quien debe responder a las imputaciones de la Fiscalía, tiene el derecho de contar con un abogado que en la arena procesal actúe en “igualdad de armas” frente al Ministerio Público, pues este cuenta con agentes fiscales especialmente capacitados para acusar. Esa defensa es la denominada defensa técnica del procesado, que vendrá a ser la:

[...] exigencia necesaria en el proceso penal; consiste en la actividad que realiza el abogado para asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes; controlar la legalidad del procedimiento; el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo; la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho; o recurrir las resoluciones judiciales.

Sin defensa técnica, la validez del proceso está comprometida en razón de que su principal labor es la promoción de garantías. En este sentido ¿en qué consiste una defensa técnica? Sustancialmente en prestarla con estándares de calidad y eficiencia en el servicio de asistencia judicial prestado

por quienes, en el ejercicio del derecho de defensa, lo ejercen profesionalmente como abogado de confianza, defensor público, o brindando asistencia jurídica gratuita; de hecho, el ejercicio de la defensa técnica implica asumir las exigencias de cumplimiento desde la etapa de la investigación previa, y de ser del caso, a partir de la instrucción fiscal en que se ha llegado a determinar elementos de convicción de cargo y descargo, para que el procesado cuente con la defensa de otros derechos fundamentales a lo largo del proceso con el fin de obtener una resolución judicial fundada en derecho.

Los estándares de calidad se definen como “normas cuyo objetivo es que los defensores públicos penales desarrollen su función según parámetros de actuación, que procuren maximizar los derechos e intereses de los usuarios, brindando servicios legales gratuitos de alta calidad”, entre los que se estaca el estándar del debido proceso que, en resumen, “tiene por objeto que el defensor público penal proteja y exija el cumplimiento permanente de los derechos y garantías de los procesados, con el fin de evitar arbitrariedades tanto de represión como de impunidad y garantizar la justicia en todas las etapas del proceso penal”.

La prohibición del despojo de la defensa técnica –tanto más si el Estado reconoce la necesidad de garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, estableciendo para ello la institución de la Defensoría Pública encargada de prestar un servicio legal técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito en todas la

materias e instancias, conforme lo establece el art. 191 de la Constitución—, representa asimismo irrenunciabilidad de la defensa procesal , que deviene de la equivalencia de conocimientos jurídicos que, por el principio de igualdad de las partes en el proceso penal, deben tener el Ministerio Público y el procesado , ya que en el Estado de Derecho, la defensa constituye un asunto de orden público, debido a que es de interés de la sociedad que a un culpable se lo sancione solamente luego de haberse realizado un proceso penal con las debidas garantías.

## **2.2. La defensa eficaz**

Ciertamente que la doctrina del sistema interamericano de derechos humanos reconoce que la defensa eficaz forma parte del contenido de la garantía de defensa en el proceso penal, y que la designación formal del defensor es una de sus expresiones materiales, en tanto es el llamado a exigir y observar las garantías procesales se cumplan para asegurar una defensa adecuada de asistencia, acompañamiento, contradicción fundamentada de los hechos imputables, intervención en todos los actos procesales y presencia activa durante todo el proceso penal ; y también se valora el hecho de que la atenta supervisión garantista del proceso por parte de quien lo dirige, hace que el juez tenga la obligación de alertar las deficiencias de la defensa. Sin embargo, ello no implica que el juez se encuentre compelido de cubrir las deficiencias de una defensa técnica desprolija, pasiva o nula al no intervenir en beneficio de su defendido impidiéndose la posibilidad de una adecuada como eficiente defensa técnica , pues esto significaría una indudable suplantación de la integridad del derecho a la defensa

con la que el juez de garantías penales asumiría un rol que no le compete, aunque le corresponda tomar recaudos para salvaguardar, en cada instancia, que no haya despojo injustificado de la voluntad recursiva del imputado, sin contrariar el principio dispositivo como uno de los preceptos rectores de sustanciación del proceso que traduce la obligación jurídica del juez de no violar el principio *ne procedat iudex ex officio*.

Este “ejercicio de control de calidad” de la defensa técnica, que le ocupa al juez hacer, se extiende a evidenciar si el abogado, de confianza u oficio, ofreció una defensa adecuada a la exigencia de la imputación, habida cuenta de que la eficacia en el ejercicio profesional de la defensa técnica no es ajena a la labor que puede realizar el defensor público cuando ocupa el lugar del abogado que abandonó en medio proceso a su defendido, o cuando sin contar con uno obró en defensa del procesado desde el inicio. En este sentido, los estándares de calidad por los cuales debe actuar el defensor público en las causas penales se enfocan a lograr la eficacia. El estándar del debido proceso, por ejemplo, tiene por objeto que el defensor público penal proteja y exija el cumplimiento permanente de los derechos y garantías de su defendido, con el propósito de evitar arbitrariedades tanto de represión como de impunidad y de garantizar la justicia en todas las etapas del proceso penal. El art. 286 del COFJ resume los enunciados de las líneas anteriores, al enlistar como función de la Defensoría Pública “2. Garantizar el derecho a una defensa de calidad, integral, ininterrumpida, técnica y competente”.

Si en su labor el defensor público es sujeto de cumplimiento de una normativa de calidad, su asignación en la defensa

procesal supone un trabajo con el mismo factor de riesgo, y probabilidad de éxito o fracaso que el que tendría el abogado designado por el procesado, por motivo de confianza. En ambos casos, les corresponde defender sus tesis sin transgredir las normas del sistema jurídico (particularmente las procesales) ni las deontológicas, sin que para aquello empleen principios del discurso racional –pues no rigen la argumentación de los abogados–, sino haciendo o pretendiendo hacer lo correcto porque aunque el abogado no tiene la obligación de decir toda la verdad –honrando el principio de sinceridad–, no puede introducir pruebas falsas en el proceso –por respeto al principio de lealtad procesal–, como tampoco cabe que exhiba los argumentos que debilitarían su versión de la realidad procesal en la defensa.

En la lógica del proceso penal, juegan un rol capital la institucionalización del conflicto y la protección del sistema de garantías como formas procesales que buscan de una parte la concreción del derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, y de otra la detección de posibles vulneraciones al derecho de defensa del procesado; asimismo, el ejercicio adecuado de la acción penal, esto es, la objetividad con que la Fiscalía lleve la investigación preprocesal y procesal penal, constituye una forma procesal de la misma importancia que las dos anteriores, y que en el caso de la defensa técnica empieza por la disposición de la regla 3 del art. 594 del COIP que dice que “la o el fiscal deberá agotar todos los medios necesarios que permitan identificar el domicilio del investigado”.

Es claro que el objeto de esta regla es asegurar la defensa técnica del investigado, sin que la obligación que tiene la

Fiscalía de ubicarlo se traduzca en cortapisas que impida el avance procesal. En los modernos ordenamientos procesales, se aprecia a la fluida marcha de las etapas como un examen demostrativo y continuo de buena fe procesal, en el que la actitud de colaboración del procesado es equivalente a la obligación que tiene el órgano titular de la acción penal pública de localizarlo. La disposición normativa que impone a la Fiscalía la labor de situar el domicilio del investigado no puede superponerse sobre la posibilidad de desconocer su domicilio y casillero judicial (de lo que el último inciso del art. 435 del COIP trata cuando norma la citación); y con estos dos elementos que son inseparables, se ejercita de buena fe el derecho de sustanciación procesal, en doble vía.

Si a la Fiscalía le concierne agotar los medios legales para emplazar el domicilio del procesado, esta obligación no puede tornarse en una tarea imposible de cumplir causada por quien no tiene la voluntad de ser ubicado o deliberadamente se oculta para constituir artificialmente una alegación de indefensión. La obligación de agotar todos los medios para lograrlo, tiene una frontera marcada por la finitud y la compleción procesal, en el entendido de que el proceso es una estructura metodológica instituida para descubrir lo posible, a través de una serie sucesiva y completa de actos procesales practicados con ese fin específico; por tanto, así como el fiscal tiene esa obligación, el investigado no puede desentenderse de la suya de ser parte del proceso, considerando que su comparecencia en el proceso penal no puede dejar de ser factible o razonable, es decir que su derecho de asistir al proceso se concrete en la medida en que él no impida su ubicación domiciliaria para notificarlo.



La regla prevé algunas situaciones cuyo escrutinio supone la aplicación de categorías lógicas apropiadas como son: la certeza, la probabilidad y la duda. En tanto la primera y la tercera son términos precisos e invariables, la segunda es un término indeciso y variable, con la que se puede llegar a una “probabilidad indefinidamente mayor o menor”. Que la Fiscalía tiene la obligación de agotar los medios necesarios para situar el domicilio del procesado, es una certeza (porque así dice el texto normativo) que, en términos de la rigurosidad de las reglas de demostración como objetivo principal de la lógica, se contradice con la falta de precisión en la que la misma disposición normativa incurre al no determinar el límite de una totalidad de elementos no descritos suficientemente. En otras palabras, sin embargo de que es obligación de la Fiscalía cumplir con una certeza: la notificación al procesado, la comparecencia procesal del investigado resulta una probabilidad dependiente de dos factores: el primero, circunscrito a encontrar “todos los medios” para que eso sea posible; y el segundo, lograr que la búsqueda de la verdad se imponga al deseo de impunidad de quien no tiene la voluntad de comparecer. Cuando el procesado no comparece a la causa penal, la probabilidad mayor –para emplear los términos de Pietro Ellero– es que el fiscal haya procedido de conformidad con la ley para notificar al investigado –pues, es obligación suya actuar en conjunción con el principio de buena fe y lealtad procesal–, y que la incomparecencia, pese a haber sido notificado, representaría una probabilidad menor (más alejada de la certeza), pues, con la misma lealtad procesal, se entendería que al conocer del aviso fiscal, el procesado debería participar en el proceso. Esto se complementa además con la fórmula legal y constitucional de la defensa técnica por medio de la Defensoría Pública.

Según el mismo Pietro Ellero, el problema probabilístico de certeza y duda se resuelve en función de su disminución o aumento inversamente proporcional: “A medida que las dudas se aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge”. En términos estrictamente descriptivo-normativos, la solución preventiva al problema la da la propia Constitución y las normas subordinadas referidas ut supra –como son el COFJ y los Estándares de calidad de defensores y defensoras públicas para el patrocinio penal–, que instituyen a la Defensoría Pública como el órgano encargado de asistir al procesado de una defensa técnica eficaz, con parámetros de cumplimiento normados previamente, de cuyo alcance aplicativo y fundamentalmente garantista se ha hecho referencia en líneas anteriores.

Empero, si la duda sobre el “agotamiento” de los esfuerzos fiscales por notificar al procesado no se desvanece a lo largo del proceso penal, la contradicción como método de discusión racional –y como sistema de debate procesal–, es el medio con el cual el ejercicio jurisdiccional de administrar justicia debe hallar una respuesta justa y motivada, obtenida a través del filtro procesal de la recurribilidad como garantía que el debido proceso establece para resolver las impugnaciones que se oponen a la sentencia en tanto “respuesta útil”, es decir que, como ya se sostuvo antes, no sea ilegal, arbitraria o parcializada. Barbosa Moreira sostiene que:

El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en erigir obstáculos a la investigación de la verdad. Consiste, sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instrutoria (sic) y la estricta

observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos.

La afirmación del procesalista brasileño refiere que la neutralidad judicial no equivale a un impedimento al juez de desear que su sentencia sea consecuencia de un proceso justo, y refleje la disputa procesal de la acusación pública y la defensa eficaz, “en igualdad de armas”. Esta proposición doctrinaria permite comprender que en una posible alegación de falta de la notificación al encartado para que comparezca en el proceso penal, es indiscutible la importancia de que la Fiscalía, mediante la contradicción procesal oral, pueda demostrarle al juez que ha empleado los medios suficientes y necesarios, para cumplir la regla 3 del art. 594 del COIP, y que en adición, ha cumplido su deber de garantizar la actuación de la defensa pública o privada en el proceso.

El art. 560.5 del COIP consagra que el sistema procesal se cimenta en la oralidad como precepto desarrollado en las audiencias, y enlista lo que excepcionalmente debe ser elevado en el proceso mediante instrumento escrito, inter alia, “5. Interposición de recursos”. Consiguientemente, los distintos recursos de impugnación de la sentencia deben formularse por escrito, pero su procesamiento debe hacerse oralmente, o sea mediante el mecanismo de audiencias. De esta forma, se cumple con lo dispuesto por la Constitución, primero por el art. 76 que establece 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: 7. El derecho de las personas incluirá las siguientes

garantías: c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”; y segundo por los arts. 168.6 y 82, que articulan los principios de concentración, contradicción y dispositivo, legalidad e irretroactividad de la ley, así como el derecho a la seguridad jurídica y la garantía de que el juzgamiento de una persona solo podrá hacerse ante un juez competente y “con observancia del trámite propio de cada procedimiento”, según el art. 76.3, que a su vez se concreta en el art. 652 del COIP que ordena que la impugnación se rige por la siguiente regla: “1. Las sentencias, resoluciones o autos definitivos serán impugnables solo en los casos y formas expresamente determinados en este Código”. Entonces, con la salvedad de las excepciones enlistadas en el art. 560, el sistema procesal penal se desarrolla con el mecanismo de audiencias, siguiendo las reglas previstas por la ley.

La formulación escrita del recurso impugnatorio de la sentencia sobre un eventual incumplimiento de la obligación de notificar al procesado, permite que la Fiscalía conozca los cargos en contra de su comportamiento procesal, ya que a través de ese elemento contradictorio, se activa, mediante el ejercicio del derecho a la jurisdicción, la respuesta estatal. Sobre la base del principio de lealtad procesal, la disputa argumentativa será, entonces, la que finalmente determine en la convicción procesal del juez de impugnación, si en el fallo de instancia, o de apelación, ha existido una lesión de derecho material o formal. En todo caso, con los rigores procedimentales que la gobiernan, la recurribilidad genera una doble conformidad judicial cuyo significado es aumentar la credibilidad del acto decisorial.

Del mismo modo que en la instancia inferior y en la de apelación los jueces acceden al conocimiento de las pruebas incorporadas en el proceso, también escrutan que los fallos sometidos a su revisión no adolezcan de nulidad procesal. Los principios que garantizan la efectividad del derecho de tutela al bien jurídico vulnerado, principalmente los de oralidad, contradicción e intermediación, tienen ese objetivo, esto es, la revisión de lo conocido y debatido en el proceso, incluido el cumplimiento de las normas que regulan el acceso a la tutela judicial efectiva, como constituye el ejercicio del derecho de defensa.

Entonces, el cumplimiento de las normas del debido proceso también debe evidenciarse cuando de supervisar judicialmente el comportamiento fiscal se trata. Y, en el examen casacional las reglas que lo configuran dirigen el escrutinio hacia un examen que exige su observancia irrestricta. El art. 656 del COIP establece tres causales únicas de casación de la sentencia por violación de la ley: “ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente”. Decir que no puede haber ninguna otra además de esas para impugnar la sentencia, sale sobrando; pero en cuanto a lo relativo al procesamiento del recurso, la Corte Nacional de Justicia (CNJ) se vio en la necesidad de actuar sobre la base de la atribución que los arts. 184.2 y 185 de la Constitución, en concordancia con los arts. 180.2 y 182 letra d) del COFJ, le confieren para desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, a fin de:

Artículo 1.- [...] resolver la obscuridad existente sobre el alcance del artículo 657.2 del Código Orgánico Integral Penal en el sentido de que:

Recibido el recurso de casación, en la Corte Nacional de Justicia, corresponde al tribunal designado por sorteo, determinar si el escrito de interposición cumple con los requisitos de admisibilidad, conforme lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, artículo 657.2, en caso de cumplirlos se convocará a audiencia de fundamentación del recurso, caso contrario, declarada la inadmisibilidad se devolverá el expediente al tribunal de origen, de esta declaratoria no habrá recurso alguno.

Con la Resolución No. 10-2015 citada *ut supra*, el Pleno de la CNJ aclaró de una buena vez que, sobre la base del principio de contradicción, cualquier impugnación que se pretenda hacer a una sentencia de apelación, debe superar primero la prueba de admisibilidad a la que se somete el escrito con el que se interpone el recurso; lo cual, sobre la base de los principios de taxatividad y de autonomía, se traduce en examinar en una fase formal y previa en la tramitación del recurso, si los cargos concretos del recurrente sobre la sentencia se adecuan a una de las causales de casación. Y, en cuanto al fondo, es decir, al contenido, este se someterá al debate que entraña la siguiente etapa de fundamentación del recurso, que es eminentemente contradictoria y en la que el recurrente lleva la carga de indicar el sustento de derecho de lo que pretende. Es, pues, en esta última etapa en la que, de haberse impugnado continuamente las sentencias de tribunales inferiores por una violación al derecho de defensa técnica por supuesta falta de notificación para comparecer en el proceso, corresponde que la Fiscalía exponga si la denuncia del recurrente carece de sustento y por el contrario evidencie que efectivamente cumplió la regla 3 del art. 594 del COIP.

### 3. Bibliografía

- Atienza Manuel, Curso de Argumentación Jurídica, Trotta, Madrid, 2013.
- Barbosa Moreira José Carlos, Breves reflexiones sobre la iniciativa oficial en materia de prueba, Revista Peruana de Derecho Procesal, v. II, Estudio Monroy Abogados, Lima, 1998.
- Binder Alberto, Introducción al Derecho Procesal Penal, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Cafferatta Nores, José, Proceso penal y derechos humanos Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- Corte Nacional de Justicia, Precedentes jurisprudenciales obligatorios 2009-2017 Gaceta Judicial, Quito, 2017.
- Fedel Daniel, El recurso de casación. Doble conforme y garantías constitucionales Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2009.
- Gozaíni Osvaldo Alfredo, El debido proceso Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012.
- Herrendorf Daniel, El Poder de los Jueces, Cómo piensan los jueces que piensan, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.
- Jauchen Eduardo, Derechos del imputado Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2005.

- Klug Ulrich, Lógica Jurídica ,Temis, Bogotá, 1990.
- Nakazaki Servigón César, El derecho penal y procesal penal desde la perspectiva del abogado penalista litigante Gaceta Jurídica, Lima, 2017.
- Rodríguez Gustavo, Curso de Derecho Probatorio Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1983.
- Roxin Claus, Derecho Procesal Penal Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- San Martín Castro César, Derecho Procesal Penal, v. 1, Grijley, Lima, 2003.
- Storini Claudia, Navas Marco, La acción de protección en Ecuador Corte Constitucional del Ecuador / CEDEC, Quito.
- Taruffo Michele, La prueba de los hechos Editorial Trotta, Milán, 2011.