

# REVISTA ENSAYOS PENALES SALA PENAL

Edición #7 diciembre 2013



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA  
Ecuador



#### FORO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

Dra. Carla Simone Lasso, Decana de la Escuela de Constitucionalismo y Derecho del IAEN; Dr. Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Juez Nacional; Dr. Francisco Muñoz Conde, reconocido Jurista Español; Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Presidente de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; Dra. Patricia Alvear, Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad SEK; Dr. Merck Benavides Benalcázar, Juez Nacional y Expositor; Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Juez Nacional; quienes el 28 de noviembre de 2013, participaron en el *Foro Internacional de Derecho Penal*.



#### JORNADA DE REFLEXION

Ab. Nestor Arbito, Vocal del Consejo de la Judicatura, Dr. Carlo Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia; Dra. Rocío Salgado, Presidenta Subrogante; Dra. Lucy Blacio Pereira, Jueza Nacional; Dra. Monserratt Galcerán, Expositora y Dr. Jorge M. Blum Carcelén, Presidente de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; el 26 de noviembre del 2013, en el auditorio de la Corte Nacional de Justicia, se realizó la jornada de reflexión y un conversatorio al conmemorarse los dieciséis días de activismo, *Por la no Violencia contra la Mujer y la Paz*, el mismo que fue transmitido a través de videoconferencia a 16 provincias del país.

#### CONSEJO EDITORIAL

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

Director Publicación: Dr. Jorge Blum Carcelén

Diagramación e impresión:

Imprenta de la Gaceta Judicial

Editor: Dr. Santiago Aráuz Ríos

Impreso en Quito, en diciembre del 2013

ISSN N° 1390-7972

[gacetajudicial@cortenacional.gob.ec](mailto:gacetajudicial@cortenacional.gob.ec)

[www.cortenacional.gob.ec](http://www.cortenacional.gob.ec)

Av. del Maestro Oe1-90 y Av. Galo Plaza

Telf.: (02) 2808663

Quito-Ecuador

Nuestra revista también la puedes encontrar en: [www.cortenacional.gob.ec](http://www.cortenacional.gob.ec)

## Presentación



Consejo Editorial Revista Ensayos Penales

Al culminar el año 2013, lo hacemos con éxito, porque nos propusimos crear una Revista especializada en materia penal, que la denominamos “*Ensayos Penales*”; y, al cabo de pocos meses, ya es una palpable realidad, publicando siete ediciones, que contiene el esfuerzo académico de todos los que integramos la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sus Conjuces penales y demás servidores judiciales del país, incluyendo también artículos de reconocidos profesores nacionales e internacionales, con lo que hemos podido exteriorizar nuestro pensamiento jurídico, sin las limitaciones propias de nuestra actividad como juzgadores; precisamente para proporcionar un instrumento serio, actualizado, responsable, de fácil acceso y de lectura rápida, para provocar el análisis, la discusión y debate de alto nivel, de temas relacionados con la materia penal.

Sin lugar a dudas, el órgano de difusión de la Sala Penal, es y seguirá siendo la *Revista Ensayos Penales*, con temas de actualidad en lo constitucional, sobre los principios que debemos aplicar en el derecho penal y procesal penal, emitiendo opiniones sobre las posibles reformas que contendrá el próximo Código Orgánico Integral Penal.

Como lo hemos expresado en cada una de las Revistas, nuestras opiniones, no necesariamente son el sentir de la Corte Nacional de Justicia, ni corresponden a casos concretos, son de exclusiva responsabilidad del autor de cada ponencia, pero transmitidos con nuestro humilde conocimiento y experiencia, de tal manera que sirvan como guía, en el cotidiano desempeño judicial.

La *Revista Ensayos Penales*, continuará con su visión participativa, desconcentrada e incluyente, publicando los aportes científicos, que en materia penal, remitan todos los compañeros y compañeras judiciales, porque consideramos que ésta es la única manera de poder trascender, constituyéndose en el cambio de la administración de justicia.

Reiteramos nuestro sincero agradecimiento, a todos los servidores que integran el *equipo de trabajo de la Gaceta Judicial* y a todos quienes con sus aportes académicos, han hecho realidad la presente publicación.

La *Revista N° 7 Ensayos Penales*, contiene ponencias que se refieren a La Usura; la Historia del Código Penal del Ecuador; El Rol del Juez o Magistrado en la administración de justicia en materia penal; Reflexiones filosóficas sobre derecho y sociedad; Las Cartas de derechos de las víctimas, escrito por el Magistrado Argentino Dr. Luis María Bunge Campos; Causalismo y Finalismo; El enriquecimiento injusto: fraude y simulación laboral.

**Dr. Jorge M. Blum Carcelén**  
*Presidente de La Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito*  
*Corte Nacional de Justicia del Ecuador*

# CONTENIDO

---

1

**Presentación**

*Dr. Jorge M. Blum Carcelén*

---

3

**Nudos críticos en el acceso a la justicia  
para las mujeres víctimas de violencia de género**

*Dra. Lucy Blacio Pereira*

---

11

**La Usura:  
¿Crisis Económica o de Valores?**

*Dr. Johnny Ayluardo Salcedo*

---

19

**Historia del  
Código Penal del Ecuador**

*Dr. Jorge M. Blum Carcelén*

---

27

**El rol del Juez o Magistrado en la  
Administración de Justicia en Materia Penal**

*Dr. Merck Benavides Benalcázar*

---

43

**Necesarias Reflexiones Filosóficas  
sobre Derecho y Sociedad**

*Prof. Dr. Wilson Merino Sánchez*

---

53

**Las Cartas de Derechos  
de las Víctimas**

*Dr. Luis María Bunge Campos*

---

60

**Causalismo y Finalismo**

*Dr. Giovanni Criollo Mayorga*

---

69

**El Enriquecimiento Injusto:  
Fraude y Simulación Laboral**

*Dr. Víctor Fernández Álvarez*

---

72

**Aplicación del artículo 528  
de la Constitución de la República**

*Dra. Jannet Coronel Barrezueta*

---

75

**Recusación a un Juez  
por recibir mensajes de texto en twitter**

---

## Nudos críticos en el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género



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

El Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer define a la violencia contra las mujeres como aquella "...dirigida contra una mujer por el solo hecho de ser mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada"<sup>1</sup>. La violencia de género está prohibida por varios instrumentos internacionales, principalmente por la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para", en la cual se establece que: *"debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer tanto en el ámbito público como en el privado"*<sup>2</sup>.

Indica además, que se entenderá que violencia contra la mujer incluye violencia física, psicológica y sexual: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica

o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea, que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra."<sup>3</sup>.

Actualmente, consta en la Constitución de la República vigente desde octubre del 2008, como un derecho de libertad<sup>4</sup>, en el cual se desarrolla que la integridad personal incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Ade-

<sup>1</sup> <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cedaw.htm>.

<sup>2</sup> <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>, artículo 1

<sup>3</sup> ibídem

<sup>4</sup> Art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

más se menciona que el Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial, la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

Este avance normativo fue el resultado de la ardua lucha del movimiento de mujeres de la época, el cual reclamaba un cambio en la normativa nacional, en el sentido de encontrarse acorde con el reconocimiento de la violencia de género, como un problema social y de salud pública, el mismo que merecía atención y protección por parte del Estado, y romper el esquema de que estos eran problemas privados, sin intervención de la administración de justicia.

La Ley contra la violencia a la Mujer y la Familia, más conocida como Ley 103 entró en vigencia con fecha 11 de diciembre de 1995<sup>5</sup>, como un instrumento jurídico que hace efectivo el derecho a la integridad personal, que se consagró como un derecho humano, en el numeral 2, del artículo 23 de Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, se establecía la prohibi-

ción de violencia física, psicológica, sexual o coacción moral.

Esta normativa, establece que los principios que deben observarse para su ejercicio e interpretación, son los de: Gratuidad, Inmediación Obligatoria, Reserva, Celeridad, Calidez, Interdisciplinariedad<sup>6</sup>. En la Constitución del 2008, se incorpora la protección especial de las víctimas de infracciones penales<sup>7</sup>, garantizándoles su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas y la protección de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Señalándose además, que se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Entre los principios de la Función Judicial<sup>8</sup> se establece que las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley.

La debida diligencia en los procesos de administración de justicia debe ser aplicada por las servidoras y servidores judiciales, que incluye a juezas y jueces, fiscales y defensores/as públicos, a lo que se les atribuye responsabilidad por el perjuicio que se

<sup>5</sup> Registro Oficial 839 del 11 de diciembre de 1995.

<sup>6</sup> Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, artículo 7.

<sup>7</sup> Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se les protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

<sup>8</sup> Artículo 4 del Código Orgánico de la Función Judicial.

cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley. Se establece la obligación de investigar en forma exhaustiva, seria e imparcial; brindando a las víctimas seguridad; información clara y completa en todo el proceso; protección; especialización; reparación y restitución de derechos. Estas garantías y principios constitucionales se encuentran en armonía con instrumentos internacionales como la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer), así como la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Convención De Belem Do Para” y que son máximas rectoras de la actividad e inclusive la actitud que tanto la Jueza o Juez, así como todo el sistema de justicia, deben observar al momento de encontrarse en frente a un caso de violencia de género; mas éstos, en muchas ocasiones, se han convertido en prerrogativas, ya que, muchas mujeres deben pasar verdaderos viacrucis al momento de acceder al sistema de justicia y afrontar el proceso judicial de sanción para el agresor.

De mi experiencia, tanto dentro como fuera del sistema de administración de justicia, he podido constatar ciertos obstáculos que tienen que sobrellevar las mujeres víctimas de delitos de violencia de género tanto en la denuncia, la investigación, el juzgamiento y la reparación, recuperación y restitución de los derechos que les corresponden como víctimas.

### Casos Emblemáticos:

Para poder ilustrar estos hechos, se detallarán dos casos los cuales permiten apreciar, de manera clara, estos obstáculos a los que me he referido en líneas anteriores.

#### ✓ Caso 061-2011<sup>9</sup>:

En este caso se conoce el atentado al pudor que ha sufrido una niña de nueve años de edad, por parte de un amigo de su padre, en este caso los juzgadores de primera instancia, sentenciaron al acusado a cuatro años de reclusión mayor extraordinaria, mientras que los juzgadores de apelación confirmaron el estado de inocencia del agresor.

La decisión de los juzgadores de instancia se basó en:

El testimonio del perito médico legista de la Fiscalía Provincial, quien en la audiencia de juicio manifestó “...logrando extraer de la exploración, como presente la vivencia de un hecho traumático que se origina en el acto de un adulto respecto de su persona que ha marcado su interioridad *bien puede tener relación con aquellos descritos en su versión, esto es los tocamientos lascivos practicados por un ser adulto, ocurridos en la época hipotetizada*, afirmando que el caso tratado es verosímil, pues si bien es verdad que una niña de esa edad es sugestionable la conducta de aquel que instiga, no puede llegar a las esferas más profundas del mundo íntimo, ello es deducible de los estados de ansiedad,

<sup>9</sup> Sentencia disponible en la página web de la Corte Nacional de Justicia [www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/consulta-de-causas/resoluciones](http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/consulta-de-causas/resoluciones).

depresión, hipotimia, etc, no son síntomas de un incidente traumático sin nexo alguno con el influjo atribuido a terceros que ejercen autoridad y predominio” (SIC).

La resolución también señala que en el testimonio de la víctima y el de su padre se desmienten que los hechos hayan sucedido, y cita para esto el testimonio del padre de la niña, del cual concluye que: “...el testimonio rendido por la menor en todo momento niega haber sido objeto de actos impúdicos realizados, pues en la audiencia contradice su propia versión rendida ante el señor Fiscal, que en síntesis señala desconocer que se hayan producido los hechos que se le imputan a su amigo Wilson”.

Finalmente, concluye que la madre de la niña realiza este tipo de actos reñidos no solo por la moral sino por la ley, utilizando a sus hijas menores de edad con el único afán de obtener beneficios económicos y al no conseguirlos causar daño, como sucede en el caso de la especie. Estableciendo una suerte de juicio de valor en contra de las niñas y su madre, conclusiones que se entiende fuera de lugar por no ser materia del proceso, más cuando el proceso judicial se inicia por un parte policial informativo que daba cuenta del auxilio que se brindó a la niña, es decir que por el principio de oficiosidad no era necesaria la denuncia para que se inicie el procesamiento judicial.

El Tribunal de Casación, enmendando los errores cometidos por el Tribunal de Apelación destaca:

La importancia de la prueba indiciaria en los delitos de violencia sexual, estableciendo que en un caso de violencia sexual y en aquellos casos en que los hechos imputados no pueden ser probados directamente, como por ejemplo, pruebas físicas, biológicas, periciales y técnicas, es posible que se acuda a la prueba indiciaria para construir una teoría a partir de indicios, capaz de explicar y conformar el nexo causal en relación con el imputado en la consumación del hecho constitutivo de violencia sexual”. Por lo que es obligación de la o el juzgador apreciar la prueba aplicando este estándar internacional de derechos humanos.

Que la prueba indiciaria, por lo general, se obtiene de la declaración de la víctima, la misma que puede variar durante el proceso, por las características propias de quien enfrenta la experiencia post traumática, porque el agresor es familiar, es amigo de la familia, existen amenazas e intimidaciones para que se retracte de su declaración inicial.

Subrayó la importancia de la garantía de no revictimización, en la declaración de la víctima de abuso sexual más si es una niña, niño o adolescente y que la repetitiva práctica de esta puede generar un daño adicional o victimización secundaria lo cual se encuentra prohibido por la garantía constitucional de protección especial de las víctimas de infracciones penales.

✓ Caso 918-2010<sup>10</sup>:

Se conoce el caso de la violación de una

<sup>10</sup> Sentencia disponible en la página web de la Corte Nacional de Justicia [www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/consulta-de-causas/resoluciones](http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/consulta-de-causas/resoluciones).

mujer, quien padece una discapacidad mental, de la cual se ha comprobado que su edad mental es de la una niña de 12 años de edad, la cual fue violentada sexualmente por varias ocasiones por su compañero de trabajo.

Los juzgadores de primera instancia basaron su decisión de ratificar el estado de inocencia del agresor en las siguientes consideraciones:

La víctima trabajaba en el Municipio como auxiliar de servicios y que el agresor era su compañero de trabajo, y que mantuvo contacto sexuales con ella, en la cama de la guardianía lo que el acusado niega, por lo que no se encuentran pruebas de los actos concomitantes o simultáneos a una violación como son: la intimidación o la amenaza que alega la ofendida, por lo que no se han justificado vestigios materiales que configuren la violación.

Menciona además que el testimonio de la víctima, por si solo, no constituye prueba alguna, que aporte, de manera suficiente para demostrar que el hecho físico de la violación se produjo.

Se basa además en el testimonio del perito acreditado por la Fiscalía el cual establece que la ofendida es una mujer mayor de 33 años y que el examen ginecológico establece que no es virgen, que tiene cabezas de espermatozoides al tiempo del examen, es decir, que mantuvo relación sexual reciente y que se encuentra embarazada, lo cual no establece que existan huellas de violencia. Quiriendo establecer que al ser una mujer adulta, que habían mantenido contacto sexual reciente no existe violación por no encontrarse golpes o lesiones, sin

tomar en cuenta los elementos de coerción e intimidación, en el caso específico la edad mental de la víctima, su condición de triple vulnerabilidad y que el consentimiento en los casos de violencia sexual y de trata de personas es irrelevante.

El juzgador de instancia menciona que lo relatado por la víctima, en el sentido de que ha sido violada por cuatro personas más, es irrelevante pues lo que ha mencionado es una referencia y aún más, la víctima no puede ser a la vez perito y testigo referencial. Cuando la víctima no ha tratado de ser ni una, ni otra, sino que como víctima del delito ha relatado las circunstancias de lo sucedido, que en este caso en particular estas circunstancias tenían que obligatoriamente ser consideradas por los juzgadores para disponer medidas de protección a la víctima así como el procesamiento judicial respectivo por los otros abusos, sin embargo se deslegitima su intervención.

Otro argumento del tribunal de instancia, es que en el testimonio del perito acreditado a la Fiscalía, que realizó el examen psicológico de la ofendida, se ha notado, a simple vista, que tenía un déficit mental, con un coeficiente intelectual de 69 CI equivalente a 12 años de edad, que es afectuosa por su condición y que es manipulable, pero que puede trabajar, socializar. Tiene conciencia donde está, que no tiene una enfermedad mental sino orgánica, que puede discernir lo que es bueno y lo que es malo; que su vida sexual es normal y que puede hacer uso de sus funciones físicas. Su testimonio adicional es irrelevante para demostrar el hecho de la violación y que la discapacidad no le impide, aunque tuviere una edad mental de doce años, repeler un ataque u ofrecer

resistencia. La Sala estima que siendo innato en el ser humano el instinto sexual, ninguna objeción puede haber para que la víctima satisfaga sus necesidades de carácter sexual. Pensar en lo contrario sería impedir vivir. La ley no ha considerado que una relación sexual con una persona con discapacidad mental leve, constituya delito.

Con lo cual se pretende de manera evidente deslegitimar el hecho de que la víctima al tener la edad mental de una niña de doce años de edad, no puede tener una vida sexual equiparable a una mujer de 33 años, sino que al ser una niña debe ser cuidado y precautelado su desarrollo integral y su integridad sexual, además que en efecto, la legislación nacional, condena el mantener contacto sexual con un niño, niña o adolescente, en el cual su consentimiento es irrelevante.

El Tribunal de Casación enmendando los errores de derecho cometidos determina que:

En materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales y la prueba testifical es fundamental en el proceso penal. En los delitos de violencia sexual, la declaración de la víctima es considerada

prueba testimonial, y en su calidad de víctima, es su derecho, como sujeto procesal, a participar en igualdad de oportunidades<sup>11</sup> al rendir su testimonio en el juicio, al igual que los demás testigos; y a que durante el proceso penal se garantice su "...protección especial, su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas..."<sup>12</sup>.

Que la garantía de no revictimización significa que es facultad de la víctima prestar o no declaración en un juicio, y que de hacerlo, su testimonio no puede ser desvalorizado y expuesto a la humillación de considerarla como participante del delito, en base a prejuicios y estereotipos<sup>13</sup>;

Por las circunstancias en las cuales se presentan los delitos de violencia y abuso sexual, cobra especial importancia la prueba indiciaria, especialmente, el testimonio de los testigos que prestaron auxilio a la víctima, que le brindaron asistencia médica, psicológica y social, que le proporcionaron protección y acompañamiento para denunciar el hecho, que si bien es cierto no presenciaron el hecho, al tener un inmediato contacto con la víctima, se constituyen en testigos directos por la percepción de los hechos a través de sus sentidos.

<sup>11</sup> Código de Procedimiento Penal, artículo (...). Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos.

<sup>12</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 78.

<sup>13</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador. OEA, 1997. "...La Comisión recomienda: ...Que el Estado tome medidas adicionales encaminadas a modificar los modelos de conducta social y cultural de hombres y mujeres, tales como el diseño y ejecución de programas de educación, a fin de contrarrestar los prejuicios y prácticas basados en la imagen de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y en las funciones estereotipadas de hombres y mujeres...".

En los delitos de violencia y abuso sexual es un estándar de valoración de la prueba la obligación de las y los juzgadores de valorar todas las pruebas que sean necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos<sup>14</sup>, sin que sea una exigencia la prueba de la existencia de resistencia física, sino que es suficiente con que haya elementos coercitivos en la conducta<sup>15</sup>.

El Tribunal de Casación establece que el tribunal de apelación no ponderó el testimonio de la víctima, pese a que este fue un testimonio anticipado, en el cual se vulneraron sus garantías como víctima de un delito de violencia sexual, en el que ella fue revictimizada al obligársele a contestar preguntas capciosas e impertinentes por parte de la defensa del procesado, cuando ella ya en la primera parte de su testimonio contestó las preguntas formuladas por Fiscalía. Además que, sin embargo, de la contundencia del relato de la víctima, el juzgador reclama que no se han justificado hechos anteriores, simultáneos y posteriores, contradiciéndose, y concluyendo que está corroborado, por los peritos, de que la víctima tiene capacidad y discernimiento, es decir, puede razonar y pensar. Que es errónea y transgrede los derechos de la víctima la afirmación de que la discapacidad no le impide, aunque tuviere una edad mental de doce años, repeler un ataque u ofrecer resistencia.

El Tribunal de Casación afirma que de la arbitraria valoración de la prueba se ha producido la violación de las garantías constitucionales de no revictimización de las víctimas de violencia sexual<sup>16</sup>; de protección especial de niñas, niños y adolescentes contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole<sup>17</sup>; de protección especial de personas con discapacidad víctimas de cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad<sup>18</sup>, ya que, estamos hablando de un delito de violación contra una niña de doce años de edad.

El Tribunal de Casación señala que los juzgadores de instancia tergiversaron el contenido de las tres condiciones de vulnerabilidad de la víctima al ser: niña, mujer y presentar una discapacidad, que conforme al mandato constitucional “recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado”, que en el caso en concreto son utilizadas para atentar contra sus derechos, para justificar el abuso y la violencia.

La valoración pericial del daño psíquico en la mujer víctima de violencia sexual va a determinar el impacto psíquico de la violencia ejercida contra la mujer, los criterios diagnósticos suelen ser los siguientes: a. La existencia de un síndrome psicopatológico,

<sup>14</sup> Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 349.

<sup>15</sup> Corte IDH. *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párr. 115.

<sup>16</sup> Constitución de la República del Ecuador, artículo 78.

<sup>17</sup> *Ibidem*, artículo 46.4

<sup>18</sup> *Ibidem*, artículo 48.7

que son los síntomas que presenta la víctima y que se encuadran en un cuadro clínico; b, el menoscabo psíquico producido por la situación denunciada, es una alteración nueva en la víctima; y c. la enfermedad psíquica que se diagnostique.

El Tribunal de Casación enmendando los errores cometidos por los jueces de apelación encontró al agresor autor responsable del delito de violación y le impuso una pena de veinticinco años de reclusión mayor especial, ya que se consideraron las circunstancias agravantes contenidas en los numerales 2, 3 y 9 del artículo 30A del Código Penal, estos son: Encontrarse la víctima, al momento del delito, en establecimientos públicos o privados; aprovecharse de que la víctima atraviesa una condición de vulnerabilidad, pues la víctima es una niña que tiene discapacidad y conocer a la víctima con anterioridad al cometimiento del delito, pues la víctima y el agresor eran compañeros de trabajo. En la resolución también se

establece el derecho de la víctima a la reparación integral.

Finalmente, a manera de conclusión, todo lo antes mencionado demuestra la realidad a la que una mujer debe enfrentar en un procesamiento judicial y de la estigmatización a la que es sujeto, por parte de quienes tienen que obligatoriamente brindarle protección, sin embargo, el sistema muchas veces pretende cambiar el rol de la víctima al de victimaria.

Las víctimas de la violencia en muchas ocasiones entienden a la denuncia y al proceso como un medio de desahogo de la dura situación que vivieron o se encuentran viviendo, pero es el tipo de atención que se brinda, la que hace la diferencia entre romper el círculo de violencia o reproducirlo, por lo tanto es obligación del sistema de justicia otorgar a la víctimas la seguridad de que la situación que vivieron no quedará impune. ❖

## La Usura: ¿Crisis Económica o de Valores?



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

*“La sed insaciable de oro y plata hace que los hombres consientan en soportar cualquier oficio, cualquier expediente noble o innoble, con tal de que enriquezca; realizar actos píos, impíos o francamente infames, sin escrúpulo alguno, con tal de que puedan suministrarles, como a las bestias, con qué hartarse en todas las formas, con toda clase de comidas, bebidas y bajas voluptuosidades.” Platón*

El vocablo usura nos viene del latín, y da cuenta del interés (valor adicional, excesivo al entregado y más allá del permitido por la ley) que el usurero (persona natural o jurídica dedicada a esta actividad con capital suficiente) cobra a título de ganancia, por el préstamo dado, usualmente en numerario (dinero), a ser devuelto en tiempo pactado (plazo) y que para su cobro eficaz cuenta con la garantía de un objeto o bien (usualmente inmueble) de propiedad del prestatario (persona necesitada de liquidez económica), o también, instrumentalizado a través de un título ejecutivo (letra, pagaré o cheque) normalmente suscrito en blanco, que sirve para judicializar y sacramentar el apropiamiento de las garantías

entregadas (casi siempre por presión o engaño) a favor del usurero.

### 1) La Usura a través de la historia

#### a) En el Código de Hammurabi:

El Código del rey Hammurabi<sup>1</sup> se considera el primer conjunto de leyes de la historia. En él Hammurabi enumera las leyes que ha recibido del dios Marduk<sup>2</sup> (cuenta el mito) para fomentar el bienestar entre las gentes.

“Si un señor, que incurre en deuda, no tiene dinero para pagarla, pero sí grano, el comerciante tomará grano por su dinero con su interés conforme al tipo fijado por el rey”

<sup>1</sup> Rey del imperio de la ciudad-estado de Babilonia y heredó el poder de su padre, Sîn-Muballit, hacia el año 1792 a. C.

<sup>2</sup> Marduk fue el nombre de un dios de la última generación de Mesopotamia y la deidad patrona de la ciudad de Babilonia.

“Si el mercader aumento el interés más allá de sesenta qu por kur (1 kur = 300 qu) de grano o un sexto de siclo, más seis se por siclo de dinero, y lo ha cobrado, perderá todo lo que prestó”

“Si un mercader presta grano o dinero con interés, y cuando lo presta con interés entrega el dinero con peso pequeño y el grano con medida pequeña, pero al cobrarlo consigue el dinero en el peso grande y el grano con la medida grande, ese mercader perderá cuanto prestó”

#### **b) En las Leyes de Manu:**

De acuerdo a varios textos, esas doctrinas fueron dictadas por el sabio Manu<sup>3</sup>.

“El interés de una suma prestada, recibido de una sola vez, y no por mes o por día, no debe sobrepasar el doble de la deuda; es decir, no debe ascender a una suma mayor que el capital que se reembolsa al mismo tiempo; y tratándose del grano, de los frutos, de la lana y de la crina, de las bestias de carga, prestados para ser pagados en objetos del mismo valor, el interés debe cuando mas elevarse hasta quintuplicar la deuda”

“Un interés que sobrepasa la tasa legal y que se aparta de la regla precedente, no es válido; los sabios lo llaman procedimiento usurario; el que presta no debe recibir, cuando más, sino cinco por ciento”

#### **c) En la Biblia:**

Se asegura que la Biblia<sup>4</sup> es el libro más leído en la historia de la humanidad, y que

fue escrita en un proceso de aproximadamente 1000 años (entre el 900 a. C. y el 100 d. C.).

Éxodo 22:25

“Cuando prestares dinero a uno de mi pueblo, al pobre que está contigo, no te portarás con él como logrero, ni le impondrás usura.”

Deuteronomio, capítulo 23 [19]

“No exigirás de tu hermano interés de dinero, ni interés de comestibles, ni de cosa alguna de que se suele exigir interés. Del extraño podrás exigir interés, mas de tu hermano no lo exigirás, para que te bendiga Jehová tu Dios en toda obra de tus manos en la tierra adonde vas para tomar posesión de ella.”

Lucas 6:35

“Amad, pues, a vuestros enemigos, y haced bien, y prestad, no esperando de ello nada; y será vuestro galardón grande, y seréis hijos del Altísimo; porque Él es benigno para con los ingratos y malos.”

#### **d) En la antigua Grecia:**

Aristóteles:

“Se aborrecerá la usura porque en ella la ganancia se obtiene del mismo dinero y no de aquello para lo que éste se inventó, pues el dinero se hizo para el cambio, y en la usura el interés por sí solo produce más dinero... de suerte que de todas clases de tráfico este es el más antinatural”

#### **e) En la Ley Genucia:**

Genucio<sup>5</sup> criminalizó la conducta del

<sup>3</sup> En la mitología hindú, Manu es el nombre del primer ser humano, el primer rey que reinó sobre la Tierra, y que fue salvado del diluvio universal, en el hinduismo es el antepasado común de toda la humanidad.

<sup>4</sup> La Biblia conformada por el Antiguo Testamento para los cristianos y el Nuevo Testamento, y ambos constituyen la Biblia cristiana.

<sup>5</sup> Genucio fue un tribuno de la plebe en el año 413 de la fundación de Roma

acrededor que prestara dinero sobre el límite de la tasa máxima de interés señalada en la ley.

**f) En la Iglesia Católica:**

Inspiró a Justiniano para señalar como interés máximo a cobrar el 6% anual

**g) En el Corán**

Capítulo 30:39

“Lo que prestáis con usura para que os produzca a costa de la hacienda ajena no os produce ante Dios. En cambio, lo que dais en caridad por deseo de agradar a Dios (...). Esos son los que recibirán el doble.”

Capítulo 4:160

Prohibimos a los judíos cosas buenas que antes les habían sido lícitas, por haber sido impíos y por haber desviado a tantos del camino de Alá.

Capítulo 4-161

Por usurear, a pesar de haberseles prohibido, y por haber devorado la hacienda ajena injustamente. A los infieles de entre ellos les hemos preparado un castigo doloroso.

Capítulo 2:275

“Quienes usurean no se levantarán (en el Día del Juicio) sino como se levanta aquél a quien el demonio ha derribado con sólo tocarle, y eso por decir que el comercio es como la usura, siendo así que Al-lâh ha autorizado el comercio y prohibido la usura. Quien, exhortado por su Señor, renuncie (a la usura), conservará lo que haya ganado. Su caso está en manos de Al-lâh. Los reincidentes, éstos serán los condenados al fuego y en él permanecerán para siempre.

Capítulo 2:276

“Alá hace que se malogre la usura, pero hace fructificar la limosna. Alá no ama a nadie que sea infiel pertinaz, pecador.”

Capítulo 2:277

“Los que hayan creído y obrado bien, los que hayan hecho la azalá y dado el azaque tendrán su recompensa junto a su Señor. No tienen que temer y no estarán tristes.”

Capítulo 2:278

¡Creyentes! ¡Temed a Alá! ¡Y renunciad a los provechos pendientes de la usura, si es que sois creyentes!

Capítulo 2:279

Si no lo hacéis así, podéis esperar guerra de Alá y Su Enviado. Pero, si os arrepentís, tendréis vuestro capital, no siendo injustos ni siendo tratados injustamente.

Capítulo 2:280

Si está en apuro, concededle un respiro hasta que se alivie su situación. Y aún sería mejor para vosotros que le condonarais la deuda. Si supierais...

Capítulo 2:281

Temed un día en que seréis devueltos a Alá. Entonces, cada uno recibirá su merecido. Y no serán tratados injustamente.

Capítulo 2:282

“¡Creyentes!. Si contraéis una deuda por un plazo determinado, ponedlo por escrito. Que un escribano tome fiel nota en vuestra presencia, sin rehusarse a escribir como Alá le dé a entender. Que escriba. Que el deudor dicte en el temor de Alá, su Señor, y que no deduzca nada. Y si el deudor fuera necio, débil o incapaz de dictar, que dicte su procurador con fidelidad. Llamad, para que sirvan de testigos, a dos de vuestros hombres; si no los hay, elegid a un hombre y a dos mujeres de entre quienes os plazcan como testigos, de tal modo que si una yerra, la otra subsane su error. Que los testigos no se sustraigan cuando se les llame. Que no os repugne subscribir una deuda, sea pequeña o grande, precisando su vencimiento. Esto

es más equitativo ante Alá, es más correcto para el testimonio y da menos lugar a dudas. A menos que se trate de una operación concluida entre vosotros sin intermediarios; entonces, no hay inconveniente en que no lo pongáis por escrito. Pero ¡tomad testigos cuando os vendáis algo! ¡Y que no se moleste al escribano ni al testigo! Si lo hacéis, cometeréis una iniquidad. ¡Temed a Alá! Alá os instruye. Alá es omnisciente.”

## 2) En las Leyes Españolas Antiguas:

### a) En el Fuero Juzgo:

El Fuero Juzgo<sup>6</sup> del año 693 se conoce al conjunto de 500 leyes, entre las que se cuentan en su mayoría -300- leyes antiguas ordenadas y traducidas del latín en León, por Fernando III en el año 1241.

Admite la inclusión del pacto de interés, al que denomina “usura”, en el contrato de préstamo, aunque limita su cuantía, limitando la usura al doce y medio por ciento anual, añadiendo que si el que tomó los dineros prometiére más de lo establecido por alguna necesidad “tal prometimiento non vala” y si el usurero le hiciere prometer más “tome sus dineros e pierda las usuras todas cuantas le prometiera.”<sup>7</sup>

### b) En el Fuero Viejo de Castilla

Fuero Viejo de Castilla o Fuero de los Fijosdalgo<sup>8</sup> es un texto de carácter nobiliario en el que los aristócratas castellanos tratan de sustraer a los fueros locales el conteni-

do de sus privilegios, compilándolos en un solo texto legal. Al texto le da valor legal el Ordenamiento de Alcalá de 1348.

En el siglo XII, el fuero Viejo de Castilla y el Fuero Real de 1255, limitan el tipo máximo de interés en el veinticinco por ciento anual, señalando que en el caso de que el acreedor recibiera más del límite legalmente establecido debería devolver el doble de lo que se había cobrado en exceso<sup>9</sup>.

### c) En el Ordenamiento de Alcalá

Según Manuel Martínez Borja, el Ordenamiento de Alcalá de 1348, en el cual, además, se concede fuerza de ley supletoria al Código Alfonsino, dando en muchas materias, completa efectividad a este ordenamiento, dando severas prohibiciones a la usura encontramos en el ordenamiento de Alcalá, tanto para los cristianos como para los judíos y moros. La Ley I, del título XXIII, de este cuerpo de leyes, impide a los cristianos el préstamo usurario. Con mayor rigor que el Código de don Alfonso “El Sabio” el Ordenamiento de Alcalá establece no solo la pérdida del interés, sino también la del capital prestado en favor del deudor y el pago, como multa de otro tanto “*como fuere la cuantía que diere a logro la tercia parte para el acusador y las dos partes para nuestra Cámara*”. En el caso de la primera reincidencia el usurero perderá la mitad de sus bienes y de segunda la totalidad, repartiéndose estos en una tercera para el acusador y las otras para la Cámara del Rey.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> El Fuero Juzgo fue el cuerpo de leyes que rigió en la península Ibérica durante la dominación visigoda y que supuso el establecimiento de una norma de justicia común para visigodos e hispanorromanos.

<sup>7</sup> Ley VII, título V, libro V.

<sup>8</sup> es una recopilación legislativa del derecho medieval castellano, obra de juristas privados. La redacción más antigua, asistemática, se data en torno al año 1248. En 1356, durante el reinado de Pedro I de Castilla, se hizo una redacción sistemática en cinco libros, que es la que se ha conservado. De todas formas, no está claro cual era el origen cierto del texto, y la atribución es anónima.

<sup>9</sup> ley VI, título II, libro IV.

<sup>10</sup> Manuel Martínez Borja, La Usura en el Código de 1870

Generalizó la prohibición de los préstamos usurarios a moros y judíos.

### 3) En la Revolución Francesa:

“La moneda no era ya solamente un instrumento de cambio sino también un medio de producción en sí misma”

Montesquieu:

“El dinero es el signo de los valores, y claro está que quien tenga necesidad de este signo se ha de ver precisado a alquilarlo, como haría en igual caso con otra cosa cualquiera... Es sin duda buena acción la de prestar dinero al que lo necesita y prestárselo sin interés; pero esto puede ser una máxima religiosa, no una ley civil. Para que el comercio viva, es necesario que el dinero tenga un precio, pero que este no sea considerable. Si es muy alto, el negociante nada emprenderá, viendo que no ganará con sus operaciones, lo que pagará por interés”

### 4) En el Derecho Canónico

“El seglar que hubiera sido legítimamente condenado por el delito... de usura... Ipso jure se le ha de considerar excluido de los actos legítimos eclesiástico y de cualquier cargo que tuviere en la Iglesia, quedando en pie la obligación de reparar los daños”

### 5) El actual Ordenamiento Jurídico del Ecuador:

#### a) Usura Civil:

##### ➤ Código Civil:

Art. 2099.- *Mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles, con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.*

Este artículo define lo que debe entenderse por mutuo o préstamo de consumo. Es importante esta definición porque hay que reconocer que la usura se origina en una relación de carácter contractual escrita o verbal.

Art. 2108.- *Se puede estipular intereses en dinero o cosas fungibles.*

Art. 2110.- *Si se estipulan en general intereses, sin determinar la cuota, se entenderán los intereses legales.*

*Interés legal es el que determine el organismo competente del Estado. (Banco Central)*

Art. 2113.- *Se prohíbe estipular intereses de intereses.*

Art. 2115.- *El acreedor que pactare o percibiere intereses superiores al máximo permitido con arreglo a la ley, aún cuando fuere en concepto de cláusula penal, perderá el veinte por ciento de su crédito que será entregado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, para el Seguro Social Campesino, aparte de las demás sanciones a que hubiere lugar, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 2111.*

Se presumirá existir usura, cuando el acreedor otorga recibos o cartas de pago de intereses, o hace anotaciones en el documento, relativas a la obligación, sin determinar concretamente el monto del valor recibido.

##### ➤ Código de

##### Procedimiento Civil:

Art. 163.- *En las controversias judiciales sobre devolución de préstamos, a falta de otras pruebas, para justificar que el préstamo ha sido usurario, establecida procesalmente la honradez*

y buena fama del prestatario, se admitirá su juramento para justificar la tasa de intereses que cobra el prestamista y el monto efectivo del capital prestado.

*Los jueces apreciarán las pruebas de abono de la honradez y buena fama y el juramento deferido conforme a las reglas de la sana crítica.*

De la verificación de las normas legales antes mencionadas se constata que el problema de la usura es, ante todo, de derecho civil y se lo ubica como un ilícito de carácter civil. Se ha intentado frenar la usura imponiendo sanciones dentro de la esfera exclusivamente civil, lastimosamente se debe reconocer sin éxito por lo que ha sido necesario la criminalización de dicha conducta.

### **b) Usura Penal como delito contra la propiedad:**

#### **➤ Código Penal:**

Art. 583.- Es usurario el préstamo en el que, directa o indirectamente, se estipula un interés mayor que el permitido por la ley, u otras ventajas usurarias.

Art. 584.- Será reprimido con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de dieciséis a trescientos once dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que se dedicare a préstamos usurarios.

Art. 586.- Será reprimido con reclusión de dos a cuatro años y multa de quinientos dólares de los Estados Unidos de América el que, hallándose dedicado a la industria de préstamos sobre prendas, sueldos o salarios, no llevare libros, asentando en ellos, sin claros ni enterrrenglonados, las cantidades prestadas, los plazos e intereses, los

nombres y domicilios de los que reciben el préstamo, la naturaleza, calidad y valor de los objetos dados en prenda y las demás circunstancias que exijan los reglamentos u ordenanzas de la materia; o fueren convictos de falsedad en los asientos de dichos libros.

Art. 587.- El prestamista que no diere resguardo de la prenda o seguridad recibida, será reprimido con una multa del duplo al quintuplo de su valor y no se podrá dejar en suspenso el cumplimiento de la pena.

### **c) La actual Constitución de la República del Ecuador:**

Art. 321.- El Estado reconoce y garantiza el derecho a la propiedad en sus formas pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa, mixta, y que deberá cumplir su función social y ambiental.

## **6) Conclusiones respecto a la Usura<sup>11</sup>**

➤ La usura es una conducta tan antigua como el ser humano. Por lo menos desde la época en que el hombre comenzó a dar los primeros pasos en aquella labor que, posteriormente, tomó el nombre de comercio.

➤ Históricamente, como se ha podido apreciar, la práctica de la usura está en la naturaleza de determinadas personas que buscan incrementar su patrimonio a costa del patrimonio de la persona angustiada, necesitada y acosada por la miseria.

➤ En el Código de Hammurabi encontramos referencias precisas sobre el control de la usura; la sanción es puramente civil.

- En las leyes de Manú también encontramos regulaciones relacionadas con el control de la usura. Así en el libro octavo podemos observar que coincide con el Código de Hammurabi en que el acto ilícito es de carácter civil.
  - El control de préstamos con intereses evidencian que en esos tiempos los mercaderes o comerciantes codiciosos proliferaban, obligando a su control para detener de alguna manera la codicia.
  - Los hebreos también conocieron la usura, por lo que tanto en el antiguo y nuevo testamento se encuentran normas de conductas tendentes a regular dicha práctica inmoral. La norma está referida exclusivamente a que no se debe actuar con usura en los préstamos de los propios hebreos, no así hacia los extranjeros a quienes se podía prestar con usura, constituyendo una franca discriminación.
  - En la antigua Grecia no se consideraba condenable el préstamo a intereses. Hubo quienes se opusieron a dicha práctica como Aristóteles.
  - Igualmente en la ley Genucia criminalizó la conducta del acreedor que prestara dinero sobre el límite de la tasa máxima de intereses.
  - La iglesia Católica prohibió la usura sobre la base de preceptos bíblicos.
  - En España, en el Fuero Juzgo se establece como máximo el 12.5% de intereses. Alfonso X y Alfonso XI en las Partidas y en el Ordenamiento de Alcalá establecieron prohibiciones concretas sobre la usura.
  - La Revolución Francesa sobre la base del principio de libertad, proclamó también la libertad absoluta para convenir los préstamos con intereses conforme lo acordaran las partes interesadas, permitiéndose con ello la libertad de usura. Montesquieu y Bentham consagran el principio de que la moneda no era solamente un instrumento de cambio sino también un medio de producción. Dentro de esta época de esplendor de la usura el derecho francés condicionó la sanción al usurero, siempre que el usurero ejerciera habitualmente esta actividad.
  - El Derecho Canónico impone sanciones a quienes siendo eclesiásticos ejecuten actos que hagan presumir la existencia de usura.
  - El hombre que codicia se aprovecha del hombre que necesita. La usura se ha mantenido a través de la historia a pesar de la intención de limitarla mediante la ley o de ciertas creencias religiosas, pero se ha fracasado pues la codicia y el lucro desmedido podemos explicarla en la naturaleza humana.
- Usura Penal como delito contra la propiedad:**
- Nuestro Código Penal vigente establece la usura como un delito que lesiona el bien jurídico de la propiedad (en este caso la del prestatario) por esa razón está ubicado en el título que trata los delitos contra la propiedad. En consecuencia no solo debe ser visto como un delito contra el comercio o contra la fe pública.
  - El art. 583 denota que esta es una norma enunciativa y no descriptiva de delito

alguno; es decir, la ley penal lo que ha tratado establecer es una regla en relación a la cual los jueces deberán juzgar las conductas que se encuentran tipificadas en los artículos 584 y 585 del cp.

- No basta que para que la usura constituya delito que se estipule un préstamo a un interés mayor que el legal o reservándose ventajas excepcionales, sino que es necesario, además que esa conducta sea habitual o que se encuentre encubierta o disfrazada bajo un contrato aparentemente legal.
- Si no se reúnen esos elementos, el préstamo con intereses desproporcionados, mayor que el legal, no constituye delito.
- La usura no solo puede consistir en el préstamo de dinero por el cual se estipula un interés mayor, sino que también existe cuando el prestamista pacta con el prestatario sobre cosas fungibles que aquel entrega a éste, y que el prestatario debe devolver las mismas cosas multiplicadas exageradamente en cantidad o en calidad, o ambas a la vez.
- El delito de usura no se podría perfeccionar sin el consentimiento del sujeto pasivo del delito. Es éste quien busca al usurero y le solicita que le haga el préstamo sometiéndose al pago de los intereses que le imponga el usurero. Todo ello por necesidad, apremio o urgencia de conseguir dinero en cualquier forma y aceptando cualquier exigencia.

- El sujeto activo o pasivo del delito puede recaer en una persona natural o jurídica, o ambas a la vez.
- Para que la usura constituya delito consumado es necesario que el sujeto activo se dedique a realizar préstamos usurarios; es decir, la habitualidad como elemento constitutivo del tipo de usura. Situación que resulta procesalmente muy dificultoso. El delito está dado por la repetición.
- Igualmente debe existir una relación civil previa, esto es un préstamo o mutuo usurario. Desde la doctrina se conoce como la típica víctima provocadora, coadyuvante y complaciente.

## 7) La ética en la transversalidad de las acciones humanas

Heidegger:

“el ser humano es un ser proyectante. O, como preferimos decirlo es, de suyo, proyectivo. Proyecto, como está dicho, significa libertad con vocación de convertirse en un acto de vida o una meta existencial a cumplirse por el ser humano. Se proyecta para vivir, para construir la cotidianidad y el futuro. Se vive proyectando en el tiempo, con los demás seres humanos y las cosas del mundo. Vivir a plenitud es cumplir un proyecto de vida en la realidad del diario existir.”

El Derecho sin contenidos morales de justicia nos puede conducir a un derecho injusto. ❖

## Historia del Código Penal del Ecuador



**Dr. Jorge M. Blum Carcelén**

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

En este momento histórico por el que atraviesa el Ecuador, con la transformación de la administración de justicia, especialmente la penal y encontrándonos próximos a la expedición del Código Orgánico Integral Penal, con el que se va a derogar los actuales códigos penal, procedimiento penal y de ejecución de penas, es pertinente centrarnos en la investigación académica de la historia penal del Ecuador, para reiterar que nuestro repertorio de delitos, tomó como fuente de inspiración el Código Belga de 1867, el que a su vez tuvo como antecedente el Código Francés de 1810, que es el Código Napoleónico, permitiéndonos pasar de la *vinganza privada*, donde imperaba la ley del talión de “diente por diente, ojo por ojo”, a la *vinganza pública*, donde las leyes las impone el Estado, para regular la convivencia social, mediante el respeto a la persona y sus bienes, aplicando sólidos enunciados como el de legalidad, concibiéndose que primero debe estar establecida la infracción, para después sancionar el acto que la transgrede, a través de un juicio previo, el que debe ser tramitado según el procedimiento previamente

delineado, respetándose el debido proceso, consagrado en la norma constitucional, que contiene principios y derechos que obligatoriamente debemos respetar, nos permitió contar con un ordenamiento penal que regule el comportamiento humano, el que actualmente, debe estar acorde con la normativa suprema, constitucionalizando el derecho penal.

Debemos tener presente, que nuestro código penal tiene dos siglos, con disposiciones caducas, que no están a la par del crecimiento mundial, ni de las innovaciones tecnológicas, aclarando que en todo momento, la facultad de penar, ha estado liderada por quienes en el momento de generación de las leyes, han tenido el poder de penar, a través del Legislativo y el Ejecutivo, quienes crearon conductas, que desde sus puntos de vista, pasaban a ser desviadas, convirtiéndolas en delito, es por ello, que para el presente análisis debemos tomar en cuenta los tres períodos por el que hemos atravesado, como el aborigen, el colonial y la era republicana; ya que del primero podemos sintetizar, que se regían por las leyes de

la costumbre, donde la delincuencia era escasa, pero duramente reprimida, por lo general con la muerte, ejecutada de diferentes maneras, o mediante penas corporales, que con la visión actual debemos considerarlas como violatorias de los derechos humanos y del principio de igualdad, ya que primero se sancionaban los delitos cometidos contra el Inca, la Religión y el Estado, luego los delitos contra las personas, los sexuales y aquellos que afectaban a la propiedad colectiva.

En el período colonial, con la conquista española se alteró el fenómeno jurídico, por un sistema escrito, con antecedente romanista y elementos del Derecho Canónico, aplicándose como leyes penales las que existían en Europa, con investigaciones y procedimientos por los mismos delitos que hemos enunciado, donde primaba la severidad de las sanciones, como la pena de muerte y corporales, poniéndose en vigencia, como novedad en aquella época, el doble sistema legislativo, mediante leyes españolas y las de indias, que se aplicaban exclusivamente en América.

Con la independencia, no se instituyó en forma inmediata el nuevo sistema penal, ya que las leyes españolas perduraron hasta 1837, fecha en la que se aprobó el primer código penal ecuatoriano, iniciándose en materia penal la nueva era republicana, habiéndose expedido hasta la presente fecha, cuatro códigos penales en los años 1837, 1872, 1906, 1938 y posteriormente tres codificaciones en 1953, 1960 y 1971, cuya numeración del articulado perdura hasta estos días; habiéndose a través del tiempo incluido y derogado varios tipos penales, hasta la última reforma que se efectuó el 29 de marzo de 2010, con la expedición

de la ley reformativa al código penal y al procedimiento penal, todo lo cual quedará derogado con la expedición del Código Orgánico Integral Penal.

Remontándonos a la historia, debemos citar el *primer código penal de 1837*, promulgado en la Presidencia de Vicente Rocafuerte, sancionado por la Legislatura el 14 de abril del mismo año, siendo Presidente del senado Juan José Flores y de la Cámara de Representantes José María de Santisteban, con ideales liberales, tenía 589 artículos, institucionalizándose los principios fundamentales de la *escuela clásica*, que trataba sobre la legalidad de los delitos, penas y la culpabilidad, aunque en dicha época todavía perduraban las viejas tradiciones penales, tipificándose a los delitos contra los particulares, como el homicidio voluntario, involuntario, casual y excusable, sancionando a los que libre, voluntariamente y a sabiendas dieran muerte a otra persona con la pena de muerte y a quienes lo hicieran involuntariamente, sin intención, se le imponía como pena trabajos en obras públicas por el lapso de 5 a 10 años y cumplida la condena, los desterraban del lugar del delito, 25 leguas en el contorno; respecto a los delitos contra la propiedad se tipificó el robo o apropiación de cosa ajena, mediante la fuerza o la violencia ejercida en las personas o las cosas, sancionándolo con reclusión menor de 3 a 6 años; también el robo o apropiación indebida de cosa ajena, pero sin fuerza ni violencia, con prisión de 1 mes a 5 años.

En 1872 se dicta el *segundo Código Penal de la República del Ecuador*, en la segunda Presidencia de Gabriel García Moreno, donde se refleja el momento histórico que vivió

la república, pero recoge la mayor parte de las disposiciones contempladas en el primer código, de corte clásico doctrinario, con inspiración del Código Penal de Bélgica de 1867, ya que muchos de su articulado son la traducción de éste, que a su vez había tomado el modelo del Código francés de 1810, pero en todo caso, se advierte una evolución, donde las infracciones se dividen en crímenes, delitos y contravenciones, con pena criminal, pena correccional y pena policial, que no existían en el primero y se atiende en alguna forma la situación del delincuente, aunque sin llegar a comprender su compleja personalidad, incluyendo el *in dubio pro reo*, manteniéndose la pena de muerte como instrumento de alta represión como medida de reacción social, para producir efectos positivos anti-criminógenos en el ámbito social, ya que *el reo condenado a muerte*, por crimen de asesinato, debía vestir sobre el cadalso o tablado de ejecución, túnica blanca ensangrentada y gorro; y, detrás del reo, pero descubierta la cabeza y atada las manos, le seguían los condenados a ver ejecutar la sentencia, como sinónimo de intimidación, para evitar que vuelvan a delinquir. Mientras que el homicidio se lo castigaba con pena de penitenciaría extraordinaria.

En el capítulo sexto del Código Penal Garciano, se tipificaba a los ilícitos contra la propiedad, como robos cometidos con violencia, amenazas o extorsiones y robos ejecutados sin violencia, ni amenazas, pero no se hizo una distinción especial en el empleo de la violencia contra las personas y la fuerza en las cosas, ni trató sobre su ausencia, con lo que no había diferencia entre robo y hurto, que si existió en los siguientes códigos penales, con lo que se mejoró el

encasillamiento delictual y la manifestación de la voluntad.

En este segundo código penal, se incluyen nuevas modalidades delictivas, como el contrabando, los fraudes en la importación y exportación, en la elaboración o venta de artículos prohibidos y también se empleaban términos en lo relativo a crímenes y delitos contra la propiedad, dando conceptos sobre lo que constituye caminos públicos, robo cometido durante la noche, casa habitada, dependencias de una casa habitada, parques móviles destinados a contener ganado, armas, violencias, amenazas, robo con fractura o cometido mediante ruptura de sellos, ganzúas, llaves maestras, llaves falsas o perdidas, cuyas definiciones son las mismas que se mantienen hasta la actualidad, como disposiciones generales del código penal, que aplicamos en estos tiempos y como observamos tuvieron origen en 1872.

En octubre de 1875, mediante decreto legislativo, se reforman las penas, siendo de muerte, reclusión mayor y reclusión menor, en las comunes a las infracciones se incluye la sujeción a la vigilancia de la autoridad, fecha en la que además los condenados a penas de reclusión y penitenciaria pasaban a cumplirla en el nuevo establecimiento penitenciario de Quito, también llamado Penal García Moreno, como se lo conoce hasta la presente.

Teniendo como antecedentes las relaciones económicas, sociales y políticas que reinaban en el país en aquella época, bajo el sistema feudal-burgués en un ambiente conservador, donde el Estado mantenía su autoridad impositiva y coercitiva, donde no se permitía el avance revolucionario

del pueblo, en la búsqueda de un cambio de estructuras que termine con el poder autoritario y de derecho divino, gobernado por una clase social llena de privilegios, que tenía sometido a la gran mayoría de ecuatorianos y en los albores del siglo XX, surgió el ideal de “*Libertad, Igualdad y Fraternidad*”, cuyos principios fueron recogidos por el liberalismo, contra el oscurantismo conservador y con una nueva estructura económica se permitió una mejor distribución de la riqueza, se dio el paso a una nueva legislación penal acorde a la realidad social del país, pasando de la escuela clásica, a las ideas de Lombroso, Ferri y Garófalo de la escuela positivista del derecho penal, expidiéndose en Ecuador, el 26 de mayo de 1906 el tercer código penal, promulgado en la segunda presidencia del General Eloy Alfaro, que pasó a ser más real y humano, dando mayor atención al sujeto activo de la infracción y es abolida la pena de muerte y los delitos contra la religión, permitiendo la graduación de las penas, pero se mantienen las infracciones, como crímenes castigados con pena criminal, los delitos con pena correccional y las contravenciones con pena de policía, sancionando no solo a los delitos consumados, sino la mera tentativa y el delito frustrado; aplicando penas de reclusión mayor de 4 a 8 y hasta 16 años; la reclusión menor de 3 a 6 y de 6 a 9 años; de prisión de 8 días a 5 años y prisión de 1 a 7 días a las contravenciones.

El tercer código penal de 1906, consideraba al homicidio simple, como el cometido con intención de dar muerte, con ausencia de circunstancias agravantes y se castigaba con reclusión mayor de 8 a 12 años y el asesinato, como el homicidio cometido con alguna de las circunstancias agravantes, san-

cionándolo con reclusión mayor extraordinaria de 16 años; y, cuando dos o más personas hubieren perpetrado un robo, crimen o delito, se consideraba como responsables a todos los concurrentes; definiéndose el robo, como la sustracción fraudulenta de cosa ajena, con ánimo de apropiarse, pero no existía en dicha definición todos los elementos constitutivos que integraban el tipo, no se consideraba la fuerza sobre las cosas, ni la violencia sobre las personas, para poderlo distinguir del delito de hurto, pero se sientan las bases del robo calificado, ya que se repiten fidedignamente todas las agravantes que contemplaba el código penal de 1872, como caminos públicos, robo cometido durante la noche, en casa habitada, violencia, etc.

El 22 de Mayo de 1938, el General Alberto Enríquez Gallo, promulgó el *cuarto y último código penal*, que rige hasta la presente fecha, con muchísimos agregados, el mismo que introdujo reformas sustanciales, en la parte dogmática y en la tipología delictual, sin cambiar la vieja estructura clásica y tradicionalista que imperaba en dicha época, inspirados sobre todo en el código penal italiano de 1930 y argentino de 1922, pero lo ordenaba de acuerdo con la responsabilidad del hechor, excluyendo a las infracciones cometidas por los menores de edad, ahora llamados niños, niñas y adolescentes, ya que a partir de 1938 se creó el Código de Menores con sus propias sanciones de reeducación para el adolescente infractor, considerando la pre-delinuencia y la delincuencia juvenil, permitiendo la prevención antes que la sanción; código que actualmente ha tomado el nombre de Código de la Niñez y Adolescencia.

En este cuarto código penal de 1938, se crean como delitos otras figuras delictivas, como la embriaguez alcohólica, intoxicación y tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el pago de cheques sin provisión de fondos, que fue destipificado mediante la ley reformativa al código penal, publicada en el R.O. 555 del 24 de marzo del 2009, eliminándolo del repertorio de delitos.

También se incluyeron en el repertorio de delitos, otras formas de conductas desviadas que constituyeron, en ese tiempo, verdaderas novedades delictivas y que actualmente se producen en forma cotidiana, como la extorsión, usura, peculado, concusión, delitos contra la actividad judicial, terrorismo y se establece la institución proreo, para proteger al delincuente, a quien lo consideran la parte más débil de la relación procesal, así como la condena condicional en beneficio del sindicado, como pena indeterminada en beneficio del reo, señalando Sergio Páez Olmedo, en su obra *Génesis y Evolución del Derecho Penal Ecuatoriano*.- Editorial Universitaria- Quito-Ecuador, 1984, que dicho código penal, contiene normas con excesiva pena y otras que son risibles.

El Dr. Carlos Aguilar Maldonado, Juez del Crimen del Azuay y catedrático universitario, en el 2003 en su obra *Meditaciones Jurídicas*, Editorial Fondo de Cultura ecuatoriana. Pág. 418, publicó sus reflexiones en materia penal, que compartimos, sosteniendo que desde 1938 que entró a regir el código penal, los dictadores y legisladores del Ecuador, han introducido copiosas reformas a este cuerpo legal, no con el espíritu de enmendar errores y salvar dificulta-

des, sino para demostrar al país que tiene mucho de equivocado y censurable, ya que con el precepto reformativo, las innovaciones han sido huérfanas de historia y carentes de explicación como de justificación de su necesidad social, que trajo la Asamblea antijurídica de 1946-1947 respecto al hurto, robo y abigeato, provocando desconcierto y confusión, cuyo resultado práctico fueron desastrosas.

Desde el último código penal de 1938, que continúa en vigencia, con la finalidad de incorporar reformas, que a través de los años se fueron introduciendo y para rectificar su articulado, como lo hemos indicado, se realizaron *tres codificaciones*, que no constituyen nuevos códigos, siendo la primera en 1953, la segunda en 1960 y la tercera en 1971, que es la numeración que actualmente citamos al referirnos al actual Código Penal del Ecuador.

La última codificación, se publicó en el Registro Oficial 147 del 22 de enero de 1971 y algunos juristas la toman o consideran como un *quinto código penal*, aunque únicamente se trata de una codificación, a la que se le realizaron nuevas incorporaciones, como también algunas derogatorias desde 1971 al 2010 produciéndose 44 reformas, como la del 4 de octubre de 1971 referente a la libertad condicional; el 5 de octubre de 1972 se agrega el delito de uso indebido de uniformes militares; en 1974 el delito de especulación con alimentos y varios artículos relativos a los delitos de terrorismo y sabotaje; mientras que el 16 de mayo de 1977 con el artículo 369 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control - LOAFYC, se reforman los artículos 257, 258 y 259 del código penal sobre

el delito de peculado; en junio de 1978 se incrementaron las penas, elevándola como máximo a 25 años, se estableció la acumulación de penas sin límite, pero éstas solo estuvieron vigentes por el lapso de un año, ya que fueron derogadas por la Cámara Nacional de Representantes; derogó también el concubinato que dejó de ser delito.

En noviembre de 1978, se hicieron agregados al código penal, sancionando a quienes invaden tierras o negocian con ellas y en 1979 se crea el título de los delitos relativos a la discriminación racial y con las reformas del 24 de marzo del 2009 al Código de Procedimiento Penal y Código Penal se creó el delito de odio.

En marzo de 1983, se agrega al artículo 575, las defraudaciones por sobrefacturación o subfacturación en el comercio exterior; mientras que el 10 de junio de 1983 cuando se dicta un nuevo Código de Procedimiento Penal, se suprime el delito de adulterio; en junio de 1984, se agrega el delito de difamación, a través de los medios de comunicación social; en 1985 se crean nuevas formas de peculado y el delito de enriquecimiento ilícito; en 1988 se estableció el delito de no depósito de impuestos percibidos y recaudados por los agentes de retención; en 1989 se reforma el numeral 1 del artículo 607 del código penal, sobre el monto de la contravención por hurto y robo, que también sufrieron cambios en marzo del 2009 y por último en marzo del 2010, donde se aumentó la pena para las contravenciones de 7 a 30 días y la reincidencia en el hurto es considerado como delito.

Régimen Monetario, se reforma el último inciso del artículo 575 del código penal, sobre la obtención de beneficios cambiarios o monetarios indebidos; en 1998 se reforman varios artículos referente a los delitos sexuales; en el 2000 los delitos contra el patrimonio cultural y el tráfico ilegal de migrantes y se incluyó las contravenciones ambientales; en el 2002, los valores de las multas que estaban fijadas en sucres pasaron a cuantificárselas en dólares; también sobre el terrorismo organizado; en el 2005 se incluyó el delito sobre la trata de personas, la extracción y tráfico ilegal de órganos; los delitos de explotación sexual y trata de personas; en el 2005 el secuestro express; en el 2007 el delito relativo a la comercialización ilícita de combustibles derivados de hidrocarburos, incluido el gas licuado de petróleo y biocombustibles; con las reformas del 24 de marzo del 2009, dejaron de ser delitos el giro de cheques sin fondos y el duelo; y, como ya hemos mencionado se incluyó el delito de odio, cambiándose la cuantificación de la contravención de cuarta clase para el hurto y robo, situándolos en montos de \$ 120 dólares.

Mediante Registro Oficial 196 del 19 de marzo de 2010, se hacen las últimas reformas al actual código penal, tipificando los delitos cometidos por miembros militares y policiales en servicio activo, cumpliéndose de esa forma con el mandato constitucional, que los delitos ejecutados por personal militar o policial, serán juzgados por la justicia ordinaria, como ocurre hasta la presente.

La Asamblea Nacional aprobó el 29 de marzo de 2010, respecto del actual Código Penal la Ley Reformatoria al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal, cuyo

sustento legislativo es el combate a la delincuencia, incluyendo por primera vez en nuestra legislación penal *la reincidencia de la contravención*, establecida en el numeral 1 del artículo 607 del código penal, que ahora es considerada delito.

En la misma reforma antes indicada, se añade al artículo 450 una agravante más al delito de asesinato, considerándolo cuando se lo cometa en contra de miembros de la Fuerzas Armadas, Policía Nacional, Fiscales o Jueces de Garantías Penales en el desempeño de sus funciones; con lo que se incrementa la agravante No 11, del referido tipo penal; la cual consideramos que no tiene mayor incidencia, ya que el homicidio cometido con alguna de las agravante del artículo 450 del código penal, ya constituía el delito de asesinato.

Luego de plantear, en síntesis, la visión histórica de la normativa penal del Ecuador, debemos señalar brevemente el futuro penal del país, ya que con el proyecto de Código Orgánico Integral Penal, se aglutinan la parte sustantiva, adjetiva y ejecutiva de la pena, se pretende poner dicha normativa acorde con la Constitución de la República de 2008, también conocida como Constitución de Montecristi, por el sitio de su promulgación, donde se reconocen múltiples derechos, incluyendo nuevos tipos penales que no constaban en las actuales disposiciones penales, como las graves violaciones a los derechos humanos, los delitos contra el derecho internacional humanitario, los derechos contra el buen vivir, los delitos contra la naturaleza o pacha mama, contra la responsabilidad ciudadana, contra la estructura del Estado Constitucional de derechos y justicia que lo contempla el primer

artículo de nuestra ley de leyes, cuya motivación fundamental, es la constitucionalización de la normativa penal, para garantizar la correcta tipificación con las nuevas modalidades delictivas, la proporcionalidad de las penas e introduciendo figuras como la reparación integral, como justicia restauradora en favor de la víctima que por muchísimos años estuvo abandonada, ya que la normativa imperante estaba únicamente dirigida a beneficiar al causante de la afectación penal.

Sosteniendo el maestro español Dr. Francisco Muñoz Conde, que nuestro ordenamiento penal es anticuado, que amerita modernizárselo y que toda transformación penal, debe estar acompañada de una profunda reforma política, la que debe estar acompañada de significativos cambios a nivel educativo, laboral y social, para convertirse en la mejor política criminal. El maestro del derecho penal Muñoz Conde, con ocasión del Foro Internacional de Derecho Penal, celebrado el pasado 28 de noviembre de 2013 en la Corte Nacional de Justicia, expresó que no es abolicionista, es decir, que su criterio no es abolir las penas, ya que el derecho penal es un medio necesario para asegurar las relaciones pacíficas de quienes integramos la sociedad, pero que la respuesta a pesar de ser enérgica, no solo debe buscar el castigo mediante la privación de la libertad individual, mediante la aplicación de penas justas y proporcionadas, acorde al impacto social causado y al bien jurídico lesionado, ya que a los ciudadanos se le debe brindar la debida protección.

Al comentar sobre sobre la expedición del Código Orgánico Integral Penal, sostuvo que no es del criterio que un solo cuerpo legal se reúnan la parte sustantiva, procesal

y la ejecutiva de la pena, porque el derecho es muy amplio, pero que en todo caso, para nuestra estructura, por lo diseminado de las normas, bien podrían estar en un solo texto. Pero lo fundamental, es que se debe legislar para lo venidero, no imponer sanciones actuales para actos cometidos en el pasado, debe primar el indubio pro reo, para que no exista afectación en quienes ya han cumplido la pena y ésta no se prolongue innecesariamente.

Sobre la parte punitiva de las sanciones, es del criterio, que la normativa penal debe por esencia ser punitiva, pero no serlo demasiado, ya que simplemente ciertas conductas deben ser sancionadas en forma administrativa, simplemente no calificarlas como delito.

Respecto a criminalizar la conducta de los adolescentes infractores, reduciendo el tiempo de la imputabilidad a 16 años, como ya existen en otras legislaciones, sostiene el

maestro Francisco Muñoz Conde, que ello constituiría un error, porque se le impediría su rehabilitación que bien podría obtenerse con tratamientos de reeducación, para permitirles su reinserción social.

Concluye el maestro Muñoz Conde, que cualquier transformación de orden penal, debe ir acompañada de la actuación de los órganos jurisdiccionales, cuyos jueces y juezas deben actuar con absoluta independencia, como única forma de aplicar las nuevas corrientes del derecho penal que contiene el proyecto, porque de lo contrario de nada servirían las reformas penales que el país pondrá en práctica.

En resumen, hemos presentado un análisis académico del pasado, presente y futuro del derecho penal, que dentro de pocos meses, se va aplicar en el país, para que sirva de insumo a la discusión académica de este trascendental tema penal. ❖

## El rol del Juez o Magistrado en la Administración de Justicia en Materia Penal



*Dr. Merck Benavides Benalcázar*  
*Juez de la Corte Nacional de Justicia*

### 1. Introducción

Los jueces tienen una función específica que nace de la jurisdicción y competencia que les otorga la Constitución de la República y la ley, razón por la cual son los llamados a resolver los problemas jurídicos puestos en su conocimiento, para lo cual deben otorgar a cada una de los sujetos procesales, lo que le corresponde en derecho; pero para ello los jueces o magistrados deben tener un conocimiento exacto tanto de las normas jurídicas internas como externas, mismas que deben ser aplicadas en cada caso sub iudice, como parte de la motivación que debe contener cada una de las resoluciones o sentencias, según dispone el artículo 76.7.1) de la Constitución de la República, aclarando que para que exista una correcta y completa motivación es necesario analizar el hecho antijurídico, las pruebas de cargo y de descargo aportada por los sujetos procesales, las normas jurídicas aplicables al caso en concreto y de manera especial se aplicará lo relacionado a la reglas de la sana crítica para valorar cada una de las pruebas que han sido solicitadas, ordenadas, practicadas incorporadas en la etapa de juicio.

Por lo anteriormente indicado es fundamental hacer referencia a lo que dispone la Constitución de la República en su artículo 76.7.1) que textualmente dice: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas [...] 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.” De esto se desprende que jueces y magistrados tiene la obligación de motivar sus decretos, autos y sentencias, ya que de no hacerlo trae como consecuencia la nulidad de los mismos; por tanto la función de juez o magistrado se la debe asumir con responsabilidad para cristalizar una correcta administración de justicia.

Por lo analizado anteriormente, es de trascendental importancia hacer un estudio de los aspectos más relevantes y

significativos que realizan los jueces o magistrados en la sagrada misión de administrar justicia y así se tiene:

## 2. Resolución de conflictos jurídicos.

La esfera de atribuciones del juez es tan universal como la del Derecho, ya que puede intervenir en cuanto esté legislado o incluso en aquello que no lo esté, pero que suscite conflicto de intereses privados o comprometa el interés público, por lo que los jueces o magistrados están obligados a conocer y resolver los casos puestos a su conocimiento, en razón de su jurisdicción y competencia, y de no tener esta última, se deben inhibir, por cuanto: *“Los jueces no pueden tomar por sí una ley o una cláusula constitucional e interpretarla en teoría, sino sólo aplicarla a las cuestiones que se suscitan, a fin de asegurar el ejercicio de derechos o el cumplimiento de obligaciones”*. (Chersi, pág. 37).

Es necesario considerar que a más de las funciones antes indicadas, el juez o magistrado tiene la obligación de resolver en justicia el litigio, para dar a cada uno de los sujetos procesales lo que realmente esté probado y establecido en las normas jurídicas. Sin embargo, además de esta difícil función cumple otras, como: ser el receptor de las partes, por ello tiene un rol pasivo o de pasividad (ser el oído del proceso) y los sujetos procesales tienen una función activa por el principio dispositivo (es la voz). Pero el juez o magistrado no tiene «una mera función pasiva», ya que a la inmovilidad exterior corresponde un intenso trabajo interno que se resume en: *“La vigilancia y atención ante las presentaciones de las partes, inteligencia despierta para comprender lo que aquellas quieren decir, para distinguir la verdad de la mentira, procurar la conciliación de los litigantes, etc.”*([www.arbil.org/](http://www.arbil.org/) (30) juez.htm).

El juez o magistrado también cumple una función inspectiva (apreciación) de las pruebas, por cuanto una vez recibidas las afirmaciones de los sujetos procesales, debe proceder a valorar toda la prueba en su conjunto, ya sea ésta de cargo o de descargo, en base a las reglas de la sana crítica, es decir, es el momento donde debe aplicar la recta razón, la inteligencia, la experiencia, la psicología, sin olvidar jamás que siempre debe actuar con independencia e imparcialidad. Entonces se puede afirmar que el juez o magistrado tiene la facultad de estudiar, analizar, valorar las pruebas y aplicar las normas jurídicas a cada caso concreto siendo su finalidad la de garantizar la seguridad jurídica, la convivencia pacífica de todas las ciudadanas y ciudadanos.

Otra función es la interpretación, ésta es una actividad idéntica a la anterior, en cuanto a su estructura; pero se diferencia en su función; mediante la apreciación se establece los hechos “exteriores” que se trata de interpretar, en tanto que la interpretación apunta al conocimiento de los hechos “internos”, es decir, al contenido en relación con el Derecho. El juzgador luego de analizar los hechos, valorará las pruebas e interpretará las normas jurídicas que debe aplicarlas en un caso específico, debe poner en conocimiento su resolución o sentencia que es la que determina cuál de los sujetos procesales tiene la razón y para ello su sentencia debe ser debidamente motivada como dispone el Art.76.7.l de la Constitución de la República; sentencia que al encontrarse motivada es entendible no solo para los litigantes sino para el resto de los miembros de la sociedad, a fin de garantizar la transparencia en su actuar diario y al encontrarse limitado para explicar sus resoluciones de manera pública y ante los medios

de comunicación, todo su accionar lo expresa y lo explica en su sentencia.

Por lo anteriormente expuesto se puede decir, que el juez o magistrado es aquel tercero imparcial que aplicando las reglas de la sana crítica, reglas que le permitirán apreciar las pruebas objetivamente para descubrir la verdad sobre la falsedad y dictaminará sobre el asunto controvertido sometido a su conocimiento, que se reflejará en la sentencia que es el acto judicial supremo, pues allí el juez o magistrado ejercerá su jurisdicción y competencia que le otorga la ley y la Constitución de la República, o lo que es lo mismo, dirá el derecho aplicable al conflicto.

### 3. Garantiza derechos de los ciudadanos.

La persona humana vive en comunidad y la relación constante entre todos, demandan el tener ciertas normas para que la convivencia sea lo más armónica posible. Sin embargo, esto ha sido un ideal que no se ha cumplido a través de la historia de la humanidad, pues las guerras, la falta de respeto al valor de las personas, la discriminación, la injusticia, han formado parte de la vida de los seres humanos.

Precisamente esta realidad, ha hecho necesario el luchar por cambios, principalmente para lograr la comprensión de que todos los seres humanos, tienen derechos por el sólo hecho de ser parte de la especie humana, es decir, *“Para tener derechos no se requiere hacer méritos, o cumplir ciertos requisitos, basta con ser personas humanas”*. (Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, pág. 19).

En este contexto, el Estado es el primer responsable de efectivizar y garantizar los

derechos humanos, así se consagra expresamente en el Art. 84 de la Constitución de la República que dice: *“La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”*. En relación con esta disposición constitucional está el Art. 11. 1 ibídem que expresa: *“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”*.

De lo expuesto se tiene que los derechos y garantías consagradas en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por el Ecuador, serán directa e inmediatamente aplicables por cualquier juez, magistrado o autoridad pública, y por lo tanto todos los derechos humanos consagrados en la Carta Magna, se sustentan en principios de exigibilidad (justiciabilidad), inmediatez y celeridad. Debiendo entenderse por justiciabilidad como: *“La posibilidad que tienen las personas de acudir a mecanismos contenciosos o administrativos para reclamar del Estado el reconocimiento, el respeto o la satisfacción de un derecho, en la forma establecida en las normas jurídicas respectivas”*, (Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, pág. 33).

Por todo lo mencionado podemos decir, que la aplicación de los derechos y garantías

está encargada a los jueces legítimamente constituidos y dotados de autoridad jurisdiccional, quienes por mandato constitucional son los encargados de evitar que se violen o desconozcan los derechos que como personas humanas se tiene, poniendo a su disposición mecanismos ágiles y eficaces que garanticen su protección inmediata.

#### 4. Genera Derecho.

Una vez que ha concluido el trámite legal respectivo, aclarando que en materia penal en el país está vigente el sistema acusatorio oral, donde deben cumplirse los principios del debido proceso, el juez o magistrado debe emitir su decisión final para poner fin al conflicto suscitado entre los sujetos procesales, es en este momento procesal que los jueces emiten su pronunciamiento así lo manifiesta el tratadista Argentino Carlos Alberto Chersi, quien dice: *“Pesa sobre los jueces, la responsabilidad política de obtener la respuesta jurídica correcta para el caso que deben decidir, a partir de una teoría omnicompreensiva de todo el derecho y de los principios presupuestos por las normas, de modo de alcanzar una justificación moral y política de la totalidad de las reglas jurídicas que rigen esta sociedad”*. (Chersi, pág. 34). Por lo tanto, la función del juez o magistrado no debe implicar recomendaciones o sugerencias a ninguno de los litigantes, por cuanto el juzgador como parte de la Función Judicial, asume fundamentalmente el rol de amparar entre las y los ciudadanos y entre el Estado y los particulares, aquellos derechos y garantías consagrados constitucionalmente y más no de ser el consejero de los sujetos procesales.

Cuando los tratadistas se refieren a la función del juez, analizan que en el Derecho hay muchas lagunas en las normas jurídicas vigentes, por lo que se afirma que el

Derecho está en manos del juez; sobre este aspecto, Gozaíni manifiesta: *“...su expresión en la idea de que no hay más Derecho que lo que los jueces dicen o lo que los jueces deciden, poniendo así de relieve el carácter creativo y creador de la actividad judicial”*. (Gozaíni, 2004, pág.334).

Por lo expuesto, el juez o magistrado, constituye el servidor público que permite transparentar la administración de justicia, a través de sus resoluciones o sentencias que cuando alcanzan la categoría de jurisprudencia, misma que es obligatoria mientras la ley no disponga lo contrario, está generando Derecho, que en el futuro puede servir como fundamento para que el legislador reforme las leyes pertinentes, según las necesidades de la sociedad y que han sido plenamente identificadas por el juzgador en todos esos fallos que tienen trascendencia jurídica. Por lo tanto, el juez es el protector en ciertas situaciones en las que el orden público y el interés general se encuentran comprometidos, por eso son los operadores o guardianes para asegurar la vigencia del ordenamiento jurídico y de la paz social.

La sentencia debe hacerse cargo del derecho aplicable al caso, así el juez o magistrado debe resolver el derecho atinente precisamente a la dilucidación de los hechos probados, en este sentido: *“La función primordial de los jueces es “decir el derecho”, lo cual no implica siempre hacer justicia, como equivocadamente se cree”*. (Vargas pág. 19). En este sentido el juez o magistrado genera Derecho cuando analiza las reglas de procedimiento y las que hacen al razonamiento judicial, por lo que debe optar por conceder credibilidad a una prueba por sobre otra, es decir, confluyen en dicha opción un

conjunto de normas jurídicas que el juez o magistrado debe aplicar. Así por ejemplo: *“Cuando aplica normas jurídicas para excluir prueba ilegítimamente obtenida, cuando resta credibilidad a una prueba por contradecir las reglas de la lógica, el conocimiento científicamente afianzado o las máximas de la experiencia, o en fin cuando estime que la prueba no ha satisfecho el estándar de prueba que requiere la convicción judicial”*. (Ortíz, pág. 294)

Por lo tanto la función de los jueces o magistrados no se trata simplemente como ha dicho tradicionalmente el obsoleto modelo del silogismo judicial en: *“La mera aplicación de un silogismo o argumento lógico para subsumir los hechos probados a una norma específica”*, (Albán, pág. 294), es decir, su función no consiste en únicamente realizar un razonamiento de los hechos y considerarlo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a norma general, por el contrario su función es: *“Aplicar la norma sustantiva integrada tanto por el texto legal como por la mejor interpretación que de dicho texto puede hacer el juez a la luz de los principios y valores del Estado de Derecho”* (Guzmán, pág. 294)

Por todo lo expuesto se puede decir que: *“La necesidad de interpretar la ley no ha reducido a los jueces a meros aplicadores de silogismos jurídicos, sino que los ha convertido en creadores del derecho”*. (Encarta 2004). En tal virtud, esta forma de concebir el Derecho modifica entonces la actividad del juez o magistrado de cara a la aplicación de las normas jurídicas, es decir, se abandona la mera aplicación literal y automática del texto de la ley a describir el contenido exigido a la sentencia definitiva, esto es, a describir las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y

sus circunstancias para fundamentar el fallo o la sentencia, pues allí el juez o magistrado ejercerá su jurisdicción y competencia, o lo que es lo mismo, dirá el Derecho aplicable al conflicto.

## 5. Genera jurisprudencia.

Según Guillermo Cabanellas, la jurisprudencia es: *“El conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del Derecho. La interpretación reiterada que el Tribunal Supremo de una nación establece en los asuntos de que conoce”*. (Cabanellas, pág.174). Entonces se tiene que la jurisprudencia es el criterio constante y uniforme de aplicar el Derecho por parte de la Corte Nacional de Justicia, como se expresa en el Código Orgánico de la Función Judicial en los Arts. 180.2 y 6 que expresamente disponen: *“2 Desarrollar el sistema de precedentes jurisprudenciales, fundamentado en los fallos de triple reiteración... 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.”* Esto tiene relación directa con lo que dispone el Art.182 que dice: *“Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria”*. Es preciso manifestar que cuando se declara un precedente jurisprudencial se debe referir estrictamente al aspecto de Derecho que la Corte Nacional de Justicia dé su aprobación por existir resoluciones de triple reiteración.

Además es de gran importancia considerar que esta disposición legal hace referencia al cambio de criterio jurisprudencial obligatorio, donde el juez ponente pondrá en consideración de la sala respectiva, para con posterioridad ponerlo en conocimiento del Pleno del máximo Organismo de la administración de justicia ordinaria, quien mediante resolución deberá decidir si deja o no sin efecto el precedente obligatorio cuyo criterio se está cambiando, o se indicará de manera expresa si se trata de una cuestión nueva que no esté constando en dicho precedente jurisprudencial.

Por lo analizado se llega a establecer que cada uno de los aspectos indicados anteriormente y que luego del procedimiento legal correspondiente se han convertido en jurisprudencia, misma que es de aplicación obligatoria mientras la ley no disponga lo contrario, se puede afirmar con certeza que los magistrados están creando Derecho y que puede ser tomado en cuenta por la Función Legislativa para reformar las leyes que tienen relación con dichas resoluciones jurisprudenciales.

En la legislación ecuatoriana, en la Codificación de la Ley de Casación publicada en el Registro Oficial Nro. 299 del 24 de marzo del 2004, en el Art. 19 inciso segundo se señala que: *“La triple reiteración de un fallo de casación constituye precedente jurisprudencial obligatorio y vinculante para la interpretación y aplicación de las leyes, excepto para la propia Corte Suprema”*; en cambio, el Art. 185, primer inciso de la Constitución de la República, señala que: *“Las sentencias emitidas por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, obligarán a remitir los fallos al Pleno*

*de la Corte a fin de que éste delibere y decida en el plazo de sesenta días sobre su conformidad. Si en dicho plazo no se pronuncia, o si ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.”* Lo que se encuentra en concordancia con el Art. 182 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por lo tanto, la jurisprudencia es el conjunto de fallos dictados en el mismo sentido por los magistrados de la Corte Nacional de Justicia relativos a un mismo punto de Derecho, y tienen fuerza obligatoria respecto de las causas en que se pronunciaren, pero siempre que haya uniformidad de criterios y reiteración en el tiempo sobre los parámetros jurisprudenciales a seguir.

En el Ecuador también genera jurisprudencia la Corte Constitucional, así lo manifiesta el Dr. Rafael Oyarte: *“Cuando el Tribunal Constitucional resuelve un asunto sometido a su conocimiento, como cualquier juez o tribunal interpreta la norma a aplicar en el caso, pero lo hace con sujeción a los cánones de interpretación constitucional”*. (Oyarte, 2007. pág. 42) Por lo tanto, la más alta magistratura en materia de control de constitucionalidad, al interpretar la norma constitucional y declarar la inconstitucionalidad de una norma legal por contradecir sus principios, genera jurisprudencia, al declarar en última instancia que pierde su vigencia y que no puede ser aplicada por jueces y autoridades en un futuro.

En consecuencia se puede decir que las resoluciones constantes y uniformes emitidas por la Corte Constitucional y la Corte Nacional de Justicia, cada una de estas instituciones en el campo determinado en la Constitución de la República y la ley, en un determinado sentido acaban consolidando un criterio firme que, en lenguaje jurídico, sienta jurisprudencia y a menudo modifica

los propios términos en que se expresa la ley vigente, de tal manera que el criterio mantenido de forma constante por la jurisprudencia en contradicción a lo que la ley determina, acaba propiciando que el propio ordenamiento jurídico se reforme y autorregule para adecuarse a la mudable y cambiante realidad de las cosas, al asignar a la ley su sentido y alcance práctico y concreto.

## 6. Controla la legalidad de la administración de justicia.

Entendida la administración de justicia como: “*El conjunto de los tribunales, magistrados, jueces y cualesquiera otras personas cuya función consiste en juzgar y hacer que se cumpla lo juzgado, o la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles, comerciales y criminales, juzgando y haciendo cumplir lo juzgado*”. (Cabanelas, Tomo I, pág. 32) y teniendo presente que una de las características de la ley, es el carácter general y abstracto que regula una serie de supuestos o relaciones indefinidas, conteniendo un efecto jurídico concreto para todos y cada uno de los supuestos a los que la propia ley se refiere; se puede decir, que los jueces y magistrados constitucionales como una de sus funciones tienen la tarea de controlar la aplicación de las leyes, por parte de los diferentes administradores de justicia que juzgan y hacen ejecutar lo juzgado en las diferentes materias del Derecho, aclarando que en materia penal si bien es cierto que una sentencia se ejecutoria con el recurso de casación que conoce y resuelve la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia; sin embargo de lo cual es necesario manifestar que existe un recurso extraordinario, como es el de revisión por las causales que determina la Ley Procesal Penal y que de ser aceptado este recurso propuesto por el sentenciado, en senten-

cia se declarará el estado de inocencia del mismo, es por esta razón que la ejecutoria en materia penal se puede considerar que tiene un carácter eminentemente relativo.

Es preciso determinar que por legalidad se entiende: “*Aquello que está prescrito por la ley y conforme a ella, perteneciente o relativo a la ley o al derecho, verídico, puntual, fiel y recto en el cumplimiento de las funciones de su cargo*”. (Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Encarta, 2004). En tal virtud, se considera que les corresponde a los jueces o magistrados, por ser su jurisdicción y competencia, controlar la discrecionalidad del activismo judicial, y pronunciarse cuando las decisiones del inferior vulneren la esencia de juzgar y puedan debilitar el sistema genérico de garantías, que reposa en la funcionalidad del proceso común de cognición.

Precisamente para equilibrar las garantías de la independencia del juez o magistrado y de su autoridad y para evitar una alteración del fallo por motivos de interés, amistad, enemistad, con los sujetos procesales, se han establecido las impugnaciones o los recursos, como dice Martha Jardí Abella: “*La labor del juez en el proceso se controla exclusivamente a través de los diversos medios de impugnación de sus resoluciones, principalmente por medio de los recursos que establece la ley, llegando inclusive a la anulación de la sentencia si se observa dolo o fraude del juez*”. (Berizonce, pág. 514). Por lo analizado, la competencia de los magistrados de la Corte Nacional de Justicia es ejercer un control sobre la legalidad de las sentencias pronunciadas por los jueces y tribunales de primera y de segunda instancia y garantizar la plena vigencia de la administración de justicia, esto es, siguiendo los principios de eficiencia, eficacia, transparencia, oportunidad, dispositivo, celeridad,

oportunidad, uniformidad, inmediación, independencia, gratuidad, imparcialidad, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica.

*“...la imparcialidad que apuntamos en esta perspectiva, supone que el juez aplique el derecho, pero que al imponer el orden y la legalidad no se desprenda del tiempo que transita, con sus adaptaciones y las angustias que lo inciden, porque “hacer justicia” es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende.”* (Gozáini, 2004, pág.254)

En consecuencia: *“Los magistrados en sus decisiones han de suscribirse a valorar los elementos fácticos y jurídicos necesarios para la solución de la causa, omitiendo consideraciones extrañas a ella o innecesarias para a decisión del caso concreto, y absteniéndose de efectuar apreciaciones que puedan afectar a personas en aspectos no relacionados con el tema sometido a su conocimiento”.* (Chersi, pág. 50). Entonces, deberán actuar con prudencia y justicia, virtudes propias de la calidad de jueces, que exige además ponderación y ajustada medida en la apreciación de las expresiones y juicios que requieren las circunstancias de cada caso, rectificando de ser procedente los errores cometidos por el juez o tribunal de instancia, que pueden ser de derecho o de hecho, a través de los recursos extraordinario de casación y revisión respectivamente, garantizando por ende la legalidad de la administración de justicia.

### **7. La función del juez o magistrado en relación con la sociedad**

El hombre es un ser social por naturaleza, por lo que para su coexistencia necesita relacionarse con el resto del conglomerado humano, y al desarrollar su propia vida y en la convivencia con sus semejantes, debe respetar el marco de normas jurídicas y leyes

de diverso orden, que constituyen los principios que regulan la vida, esas leyes son el referente de su accionar frente a sí mismo y a los demás seres con quien comparte sus vivencias intelectuales, afectivas y sociales, teniendo presente que la mujer y el hombre son seres en formación.

En la convivencia con sus semejantes, el ser humano puede tener conflictos de diferente naturaleza, llegando incluso a violar las normas jurídicas establecidas, dando origen al fenómeno criminal, delincuente-víctima. Los actores de los hechos criminales que a veces son el producto de una serie de conflictos psicológicos, en ciertas ocasiones portadores de tendencias amorales, o quizá productos de un medio social adverso, no se preocupan sino de sus actos, ocultándose de la justicia, sin siquiera enterarse de sus víctimas, quienes encuentran la actitud de los primeros como intolerable, no porque no se ajuste a la realidad sino porque no alcanzan a entender el porqué del daño ocasionado. Como consecuencia del quebrantamiento del ordenamiento jurídico, precisamente para restablecer el régimen legal, los jueces o magistrados que forman parte de la Función Judicial, tienen la sagrada misión de hacer efectivo el supremo ideal, que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo, por ello a los órganos de esta institución les corresponde el ejercicio de la potestad de administrar justicia, esto es, ejercer la jurisdicción, lo cual significa, en lo civil declarar el derecho y hacerlo efectivo venciendo la resistencia de la parte obligada, en lo penal ratificar el estado de inocencia o imponer al responsable la pena respectiva.

La víctima que es quien experimenta subjetivamente con malestar o dolor, la

lesión de sus bienes jurídicamente protegidos y que padece un daño ilegítimo por culpa propia, ajena, caso fortuito o fuerza mayor, se convierte en sujeto activo en la prosecución del proceso, al aportar prueba y pretender una reparación integral del daño causado, por lo tanto al responsable del quebrantamiento del ordenamiento jurídico no se le debe considerar víctima, por cuanto la persecución procesal es la consecuencia de sus actos, y debe ser concebido como el resultado de su actuar ilícitamente, sin desconocer que de alguna manera también sufre un daño social y humanitario al recibir una sanción impuesta por las autoridades judiciales competentes.

Desde todos los tiempos, en las normas legales siempre se ha relegado la participación de los jueces o magistrados en un proceso legal, tal es así que en el orden jurídico se establecen garantías y principios que tienden a favorecer únicamente a los jueces y tribunales de garantías penales desprotegiendo a los otros jueces que administran justicia en las otras ramas del Derecho, que sufren de manera directa los efectos de hechos ilícitos e intimidatorios de los sujetos procesales, por lo tanto la realidad del status de los jueces o magistrados depende de las reformas legislativas o textos reglamentarios complementarios, que les permitan y garanticen ejercer su derecho innato e inalienable de la seguridad e integridad personal y familiar, por lo que le corresponde al Estado tomar las medidas pertinentes para tratar de prevenir y controlar el avance de la criminalidad, pues a mayores índices de actos delictivos, mayor número de víctimas y manifestaciones conflictivas surgirán, dificultando el normal desenvolvimiento de los jueces y magistrados en la administración de justicia, vulnerando por ende la activi-

dad judicial, fenómeno jurídico-social que debe ser tratado con responsabilidad para beneficio de todo el conglomerado social.

### 8. La inseguridad jurídica.

Anteriormente se dijo que la seguridad jurídica es uno de los principios y derechos fundamentales de los sujetos procesales y debe ser entendido como exención de peligro o daño, firme convicción del libre ejercicio de los derechos públicos y privados, es decir, que es deber del Estado proveer seguridad jurídica a todos las y los ciudadanos del país, asegurando de esta manera, el disfrute de los derechos y garantías que les reconoce la Constitución de la República y las leyes que forman parte del marco jurídico vigente en el Ecuador, aspectos que se hallan inspirados en un orden jurídico superior y estable, que satisface los anhelos de una vida libre de abusos e incertidumbres, sino más bien normas jurídicas que perduren por periodos de tiempo y criterios jurídicos plasmados en las sentencias, que garanticen el ejercicio pleno de los derechos y la tutela judicial efectiva y expedita.

El Estado a través de los diversos órganos que lo componen, está obligado por mandato constitucional, a velar porque el derecho a la seguridad jurídica esté en plena vigencia en el país, lo cual garantiza a los ciudadanos la aplicación de los derechos y obligaciones, puesto que: *“Un país sin Seguridad Jurídica, es un país al cual la comunidad internacional se cierra y la eliminación de oportunidades en la comunidad internacional, implica, por sí misma, limitaciones al progreso y a las oportunidades de desarrollo de las personas, por lo tanto, no hay país respetado si no hay Seguridad Jurídica”*. (<http://www.lahora.com.ec>).

Al referirse a la seguridad jurídica el Dr. Luis Abarca Galeas dice: *“Donde no existe la*

*seguridad jurídica por haberse conculcado el derecho al debido proceso, no puede existir la verdad y consecuentemente, la sentencia no puede ser justa por no ser un fiel reflejo de la verdad y la observancia de la ley*". (Abarca, 2006, pág. 22,23). Es decir, que es determinante que una vez descubierta la verdad de un hecho histórico, llamado delito, el juzgador administre justicia aplicando las normas constitucionales y legales en el caso concreto, lo cual garantiza la seguridad jurídica de cada uno de los sujetos procesales que intervienen en un proceso penal.

Existen varios factores que producen inseguridad jurídica en la administración de justicia en materia penal y así se tiene que desde el punto de vista doctrinario se dice: "...en el ámbito judicial la inseguridad jurídica implica la falta de certeza que tiene la persona frente a las decisiones judiciales, las que deberán ser adoptadas en el marco de la aplicación objetiva de la ley y la consiguiente motivación de la resolución". (Salame, pág. 100). Es decir, que el uso de medios intimidatorios por las partes procesales, y la consecuente presión física y moral a la que se ven expuestos los jueces o magistrados, permite que en forma arbitraria se institucionalice el abuso, la arbitrariedad y la violación de la ley, de tal modo que en la práctica se convierte en un medio de victimizar al procesado, dando como resultado gravísimos errores judiciales y sentencias parcializadas beneficiando más a uno de los sujetos procesales litigantes, perjudicando los intereses del otro y por ende generando una inseguridad jurídica que afecta no solo a los intervinientes en el proceso penal, sino a toda la sociedad.

Es de gran trascendencia considerar que los sujetos procesales siempre deben actuar cumpliendo los principios de buena fe y

lealtad procesal, y a más de lo anteriormente indicado, deben observar el principio de moralidad, el cual desde el punto de vista doctrinario constituye: "...uno de los deberes esenciales de los litigantes es la observancia del principio de moralidad, que consiste en que las actuaciones desarrolladas en el proceso no resulten contrarias a Derecho, por abusivas o absurdas. Este principio no puede ser concebido como netamente procesal, pues excede el ámbito de la materia, de ahí que la aplicación de sanciones persigue una finalidad ejemplificadora o moralizadora, procurándose sancionar a quien utiliza las facultades legales con fines obstruccionistas, o más aun sabiendo su falta de razón. Categoriza al principio de moralidad como el deber de las partes de conducirse en el proceso con lealtad, buena fe, etc. apuntando de ésta manera a lo general, persiguiendo proteger la correcta administración de justicia en forma genérica..." (La Conducta en el Proceso. ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, pág. 22). Cuando los intervinientes en un proceso penal, tienen una actuación transparente en cada uno de los actos y de las pruebas que solicitan, se ordenan, se practican y se incorporan, cumpliendo siempre el debido proceso, fundamentalmente los principios de inmediación, dispositivo y contradicción, la administración de justicia brilla con luz propia, siempre que los jueces o magistrados gocen de probidad y de una personalidad íntegra.

### **9. Obstrucción de la administración de justicia.**

El derecho de defensa, acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, en nuestra legislación, se encuentra regulado en el Art. 75 de la Constitución de la República que textualmente dispone: "Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva,

*imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión...".* Lo indicado anteriormente tiene relación con lo dispuesto en el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entendido tradicionalmente como el derecho a contar con un abogado, o lo que en doctrina se denomina derecho de defensa técnica, y concebida en términos más generales o en sentido material, engloba principalmente el derecho de una persona a ser oído por los operadores del sistema judicial y a participar en el procedimiento, lo cual incluye las siguientes facultades: *"A solicitar diligencias de investigación pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos; ofrecer pruebas para sustentar su acusación o pretensión, mismas que de ser legales, serán aceptadas, rendidas y valoradas por el juzgador; y, a ser informado de actos procesales esenciales para el ejercicio de ciertos derechos, como por ejemplo para interponer los recursos que contempla la ley".* (Encarta 2004).

En conclusión, el derecho de defensa permite que al sujeto procesal que ha sido lesionado en sus intereses, pueda acudir ante el juez o tribunal competente, para poner en su conocimiento el acto lesivo (delito o contravención) del cual ha sido víctima, para obtener luego del trámite legal correspondiente la reparación del daño sufrido injustamente, es decir, el ofendido tiene: *"El derecho a un recurso justo y eficaz que implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para que su opresor sea juzgado, obteniendo su reparación".* (Guzmán, 2003, pág. 19).

En cuanto a este derecho, el tratadista Dr. Guillermo Piedrabuena manifiesta que:

*"El derecho a la defensa importa, en sentido amplio, la facultad de cualquier persona a ser oída por los tribunales de justicia para reclamar el reconocimiento de un derecho y demostrar el fundamento del reclamo...".* (Piedrabuena, 2003, pág. 34). De lo analizado se puede apreciar que como un derecho de carácter constitucional, todas las personas sin distinción de ninguna naturaleza, tienen la facultad de presentar una petición, reclamo o recurso efectivo, ante los jueces o tribunales competentes, que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley y los tratados y convenios internacionales.

En base a la definición que Guillermo Cabanellas indica sobre el significado de obstruir dice: *"Impedimento para la acción o la función. Obstáculo que impide la circulación o el curso de algo".* (Cabanellas, pág. 102). Es preciso indicar que el derecho de defensa y la justicia en materia penal, de alguna manera se ven entorpecidas, cuando los jueces o magistrados que administran justicia son víctimas de amenazas, provocaciones, coacciones físicas o psicológicas, que reciben de los sujetos procesales que se encuentran en litigio, de alguna manera estos aspectos influyen en una correcta administración de justicia, lo cual es contrario a los intereses de la ciudadanía, ya que esto también genera inseguridad jurídica.

Sobre este tema el tratadista argentino Roberto Berizonce expresa: *"Las formas operativas pasan por amenazas veladas o explícitas, publicaciones periodísticas, ofrecimientos de dádivas o sobornos".* (Berizonce. Pág. 30). Los operadores de justicia y fundamentalmente los jueces o magistrados, por la presión física o psicológica que reciben, optan por entorpecer los derechos de los sujetos procesales

litigantes a participar en igualdad de condiciones conforme lo determina la ley y por ello al verse limitados en su libre accionar, involuntariamente se inclinan a dictar sentencias parcializadas o en otras ocasiones contrarias a Derecho, creando desconfianza en el usuario de la administración de justicia y por ende conculcando el derecho de defensa y a una tutela judicial efectiva.

### 10. La vulnerabilidad de la actividad judicial.

El tratadista Luis Rodríguez Manzanera, considera que: *“Cualquier persona puede ejercer una influencia determinante sobre el inicio del proceso, sobre su desarrollo y sobre el resultado final del mismo”*. (Rodríguez, 2ª edición, 1989, pág. 316). Conforme lo manifestado por este autor, es de comprender que cualquier ciudadano como detentador de un derecho y que participa en una contienda legal de carácter penal, por estar en juego sus intereses, en cualquier momento puede ejercer sobre el juzgador medidas coercitivas que limiten su accionar, precautelando de esta manera el resultado del proceso acorde a sus pretensiones.

Partiendo de lo expuesto y por la falta de garantías legales para los jueces o magistrados, es necesario manifestar que otro de los efectos jurídicos, es precisamente la vulnerabilidad de la actividad judicial. Por vulnerabilidad se entiende: *“Que puede ser herido o recibir lesión física o moralmente. Dañar, perjudicar, transgredir, quebrantar, violar una ley o precepto”*. (Diccionario Enciclopédico Universal AULA). En tal virtud tenemos que la actividad judicial, esto es: *“La facultad de obrar del juez, prontitud en el obrar. Profesión, oficio, cargo o función que desempeña en la administración de justicia o en la judicatura”*; (Espinosa, pág. 17). Consecuentemente ve conculcada por las

interferencias sociales, económicas o políticas, mismas que impiden que exista transparencia en las resoluciones judiciales por falta de aplicación del principio de igualdad de las personas sometidas a su jurisdicción y competencia (igualdad de armas), lo cual significa que la correcta actuación del juez o magistrado es manipulada por los que tienen el poder económico o cualquier otro aspecto, cuya consecuencia es que estos funcionarios judiciales se ven impedidos de dar a cada uno lo que le corresponde, ya que dejan de ser actores directos de la justicia, incumpliendo con sus obligaciones y el mandato que nace de la Constitución de la República y de la ley, así lo manifiesta el tratadista argentino Roberto Berizonce cuando expresa: *“De esta manera podemos apreciar la influencia que pueden llegar a tener los medios de comunicación y los grupos económicos, sin embargo esta presión no sólo se le atribuye a estos órganos sociales, porque también dentro del plano político se puede vivir esta situación”* (Berizonce, pág. 563).

En conclusión podemos decir que: *“La presión constante que en algunos casos ejercen los grupos sociales ha obligado a muchos jueces a tomar decisiones menos apropiadas, obteniéndose como resultado fallos complacientes ajustados a sus intereses plasmados en la opinión pública, la cual a juicio de muchos sería la decisión socialmente aceptada. Pero no siempre ha sido así. Son casos muy aislados donde los fallos han sido impulsados por estos grupos, lo que ocurre mayormente en el ámbito del Derecho Penal, donde los casos suelen ser más publicitarios”*. (Berizonce, pág. 539). Es decir, que por las presiones, amenazas y otros actos intimidatorios, que en un momento determinado pueden ejercer en contra del juzgador los sujetos procesales o terceros, con la finalidad de restringir la voluntad del juez o tribunal, de obrar apogado a derecho, ejerciendo arbitraria-

mente una influencia decisiva en las resoluciones y sentencias del juzgador, es la causa para que se vulnere la actividad judicial, por lo que le corresponde al Estado tomar las medidas pertinentes tendientes a otorgar garantías legales para jueces o magistrados, protección que contribuirá para que la actividad judicial no sea vulnerada ni lesionada, garantizando por ende la seguridad jurídica de todo el conglomerado social.

### 11. Imparcialidad de las decisiones judiciales.

Doctrinariamente la naturaleza del derecho a un juez o magistrado imparcial ha sido conceptualizada de la siguiente manera: *“La misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional, no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, que es el titular de la potestad, es decir, el juez o magistrado. Esta no calidad de parte ha sido denominada también imparcialidad”*. (www.ilustrados.com/publicaciones). Es decir, que el juez o magistrado imparcial es aquel que carece de interés en los resultados del litigio, por cuanto es completamente independiente de los sujetos procesales, pues no se ve constreñido por ningún tipo de consideraciones a favorecer a uno en desmedro de otro.

El tratadista Osvaldo Alfredo Gozáni, al referirse al principio de imparcialidad expresamente manifiesta: *“...la imparcialidad que apuntamos en esta perspectiva, supone que el juez aplique el derecho, pero que al imponer el orden y la legalidad no se desprenda del tiempo que transita, con sus adaptaciones y las angustias que lo inciden, porque “hacer justicia” es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo*

*la realidad que se comprende.”* (Gozáni, 2004, pág.254). Por lo dicho, el juez o magistrado actúa con imparcialidad cuando no observa a los litigantes, sino que se remite a lo que consta en la realidad procesal, lo que dispone la ley y lo que su propia conciencia le dicte, dando como resultado una justicia transparente, creíble y de manera específica que garantice la seguridad jurídica determinada en el Art. 78 de la Constitución de la República.

En cuanto al derecho a un tribunal o juez imparcial, el Dr. Guillermo Piedrabuena manifiesta que: *“...el derecho a un tribunal imparcial e independiente, permite a la víctima comparecer ante un tribunal que cumpla sus funciones jurisdiccionales con autonomía y sin interferencias de ningún tipo, y que mantenga una posición de tercero desinteresado frente a la acusación y defensa”*. (Piedrabuena, 2003, pág. 20). En la legislación nacional, con la vigencia del principio de imparcialidad, se establece el derecho de toda persona a obtener una justicia transparente, expedita, oportuna e imparcial, esto es, requerir a los órganos judiciales para que resuelvan la pretensión formulada de conformidad a lo que dispone expresamente la Constitución de la República, la doctrina, la jurisprudencia, los tratados y acuerdos internacionales y la ley. Es decir, que los sujetos procesales tienen el derecho de solicitar, practicar e incorporar pruebas, a impugnarlas y, por último la facultad de solicitar la ejecución de la resolución; esto es, este derecho se traduce en la potestad de acceder a los órganos jurisdiccionales para reclamar el reconocimiento del derecho lesionado y a obtener la indemnización del daño causado, aspectos que se transparentan en la sentencia que dicta el juzgador, en base al análisis de la valoración de la prueba actuada,

aplicando los principios de la sana crítica, la experiencia y la psicología.

En lo que atañe a los ordenamientos supranacionales La Convención Americana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica, ha contemplado el derecho a un juez imparcial entre las garantías judiciales de la siguiente manera: “Art. 8.1.- *Garantías Judiciales: Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (...)*”. Así mismo el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ha precisado sobre los derechos de las personas que: “Art. 6.1.- “(...) *Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por ley*”. En observancia a estos preceptos, en casi todas las Constituciones se ha reconocido el principio de la imparcialidad, todo ello respondiendo al principio de absoluta separación entre el juzgador y los sujetos procesales intervinientes en el proceso judicial, para garantizar la seguridad jurídica y el cumplimiento de todo lo que significa debido proceso, aspectos garantizados por el Derecho Penal Sustantivo y Adjetivo, así como por los Arts. 75 al 82 de la Constitución de la República, y los Arts. 4 al 32 del Código Orgánico de la Función Judicial, donde se describe con claridad todos y cada uno de los principios del debido proceso que se deben cumplir y respetar en cada uno de los procesos penales.

La Real Academia de la Lengua Española define la imparcialidad como: “*La falta de designio anticipado o prevención a favor o en contra de personas o cosas que permite juzgar o*

*proceder con rectitud*” (Encarta 2004). En un Estado constitucional de derechos y justicia, vigente en el país, como dispone el Art. 1 de la Constitución de la República, el juez o tribunal luego de escuchar a los sujetos procesales en igualdad de condiciones, debe decidir lo que sea justo según su convicción sobre la verdad de lo alegado y probado, sin inclinarse ni hacer favoritismos en beneficio de un litigante, sin embargo, este supremo ideal no se plasma totalmente, por cuanto el juzgador al ser víctima de presiones o amenazas injustas o arbitrarias provenientes de alguna de las partes litigantes, y por proteger su integridad personal o moral, se ve en la obligación de fallar contra sus convicciones, perjudicando de esta manera los intereses de la otra parte, vulnerando la transparencia y la equidad de su resolución, por lo tanto podemos decir que este principio, no se ha efectivizado, por la presencia e influencia de fenómenos intimidatorios, así lo manifiesta el tratadista Roberto Omar Berizonce, quien dice: “*La constatación de la presencia de estos fenómenos y su interferencia en la misión de los jueces ha puesto en evidencia, también, las diversas reacciones tendientes a salvaguardar la libre convicción judicial que es garantía insustituible para los ciudadanos*” (Duque Quinceno, Pág. 54).

En definitiva se puede decir que: “*La imparcialidad exige que se haga abstracción de las preferencias personales para dilucidar objetivamente*”. (Duque Quinceno, Pág. 352). Por lo tanto, el juzgador en observancia y en cumplimiento de este principio, no debe ser objeto de ninguna influencia o presión que atente a su imparcialidad e independencia en el cumplimiento de su deber, lo cual le permitirá fallar de manera justa, por cuanto: “*Quien carece de imparcialidad no está en la capacidad intelectual de aceptar libremente*

*las razones que la inteligencia no puede dejar de mirar como convincentes tras un examen integral y sincero de la cuestión*". (Duque Quinceno, Pág. 352).

Por todo lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta que: *"La imparcialidad es la posición del juez que equidista entre dos litigantes, donde después del proceso judicial en que ambas partes harán valer sus hechos, pruebas y derechos, el juez dictará su fallo de manera congruente y fundada"*. (Sacoto, pág. 19). Por ello se hace necesario el fortalecimiento de la independencia judicial, para el rechazo de todas las formas de presión provenientes de grupos sectoriales ya sean, políticos, económicos, nacionales y multinacionales, organizaciones ilegales, cuando de modo agresivo interfieren en la administración de justicia en materia penal, con lo que se evitará que las sentencias sean parcializadas y por ende se garantizará una justicia transparente, ágil y oportuna y de manera especial transparente y creíble por parte de todo el conglomerado social.

## 12. La impunidad de ciertos delitos.

Otra de las consecuencias que produce la falta de protección física y legal de los jueces o magistrados, es la impunidad de los delitos o contravenciones, por lo que es necesario definir en primer término lo que es la impunidad: *"Por impunidad se entiende la inexistencia, de hecho o de derecho, de responsabilidad penal por parte de los autores de violaciones de los derechos humanos, así como de responsabilidad civil, administrativa o disciplinaria, porque escapan a toda investigación con miras a su inculpación, detención y procesamiento"*. ([judicial@uio.satnet.net](mailto:judicial@uio.satnet.net)). Por lo expuesto, por impunidad en materia penal, se entiende que los responsables del cometimiento de un delito o contravención, por

varias circunstancias quedan sin el castigo o sanción que contemplan las leyes penales, lo cual afecta en un primer momento a la víctima de la infracción y luego a la sociedad en general, ya que este hecho genera desconfianza en la administración de justicia y por ende viola el principio de seguridad jurídica que se encuentra establecido en el Art. 82 de la Constitución de la República, que textualmente dice: *"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"*. Es decir, que les corresponde a los jueces y magistrados que administran justicia en materia penal aplicar la Constitución de la República y las leyes penales que tipifican y sancionan un hecho antijurídico, para de esta manera cumplir con el mandato constitucional antes descrito.

La presión que ejercen ciertas personas u organizaciones y grupos sociales, en muchos casos utilizando los medios de comunicación social, buscando un protagonismo mediante la utilización de mecanismos inadecuados e ilegítimos, que afectan la libertad que tiene el juzgador para tomar las decisiones judiciales, argumentando que la Función Judicial es una de las instituciones que administra justicia de manera parcializada, utilizando entonces como una medida de presión, cuya consecuencia es que ciertos delitos en casos aislados se han quedado en la impunidad, principalmente en delitos en los cuales el fiscal encuentra algún obstáculo en la investigación y no puede llegar a descubrir la verdad, en ciertos casos por la presión ejercida por los medios de comunicación, como así lo manifiesta el tratadista Roberto Omar Berizonce quien dice: *"Es así como en casos de gran envergadura ha habido*

*presión e interferencia por parte de los medios de comunicación, que en cierta medida lograron obstaculizar e incluso influir en la decisión de los jueces en el ámbito del Derecho Penal, a pesar de la independencia atribuida por la ley al Poder Judicial”.* (Berizonce. Pág. 539).

Por la falta de garantías de variada índole, los jueces o magistrados pueden verse afectados por la falta de protección, puesto que al ser quienes van a emitir el fallo en contra del presunto responsable del cometimiento del delito, éste en algún momento puede decidir atentar contra la vida, como así lo manifiesta el Dr. Guillermo Piedrabuena, quien dice: *“Los derechos fundamentales de los jueces pueden verse afectados con ocasión del proceso, no sólo por la acción del imputado, quien puede decidir atentar contra su persona como represalia por haber iniciado la prosecución penal, con el propósito de inducirlo a que falle erróneamente o que no valore todos los elementos de prueba con los que cuenta”* (Piedrabuena, 2003, Pág. 17). Por lo indicado, el presunto responsable del cometimiento del delito puede ejercer en contra del juzgador presiones tendientes a obstaculizar la actividad judicial, con la finalidad de afectar el principio de autoridad de los jueces y consecuentemente la administración de justicia que siempre está al servicio del pueblo soberano, con el fin de garantizar la paz social.

La impunidad de ciertos delitos genera una frustración y desesperanza en la víctima y en la sociedad entera, como así lo expresa el tratadista Guzmán cuando dice: *“(…) engendra un sentimiento de frustración y desesperanza en la sociedad, la violencia y la injusticia son elevadas oficialmente a la categoría de valor supremo y la resignación es la única alternativa dejada para quienes padecieron la represión”.* (Guzmán, 2003, 1ª edición, pág. 40). La impunidad para el conjunto de la sociedad significa que quienes han quebrantado la ley, no han recibido la sanción que amerita su conducta, lo cual se deriva en la repetición de actos ilícitos que crea inseguridad en toda la sociedad, aspecto que debe ser tomado muy en cuenta por cada uno de los operadores de justicia y fundamentalmente de los juzgadores que tienen la gran responsabilidad de conocer y resolver casos concretos, haciendo brillar la majestad de la justicia en beneficio de toda la colectividad.

**“El juez o magistrado es parte del pueblo soberano, pero tiene la obligación de cumplir su rol administrando justicia con independencia e imparcialidad y así construir una Patria grande, donde se garantice los derechos fundamentales de la sociedad”. ❖**

## Necesarias Reflexiones Filosóficas sobre Derecho y Sociedad



*Prof. Dr. Wilson Merino Sánchez*  
*Juez de la Corte Nacional de Justicia*

### A manera de introducción.

Este es un trabajo que me ha costado escribir -lo confieso- y no por falta de voluntad o de gusto; sino porque han sido tantas las ideas que se han agolpado en mi mente, por las dudas que el pensarlo me generó, que resulta difícil decidir la manera de encarar el desafío; sin embargo, no soy de los que dejan guantes tirados en mi camino, y, de esa suerte empiezo.

Nací en las postrimerías del siglo anterior (si se pueden llamar postrimerías a los '70) y viví, ciertamente con intensidad las “promesas” que hacían los medios publicitarios respecto de que en el año 2000 estaríamos volando -y no en aviones- y que la tecnología nos abriría las puertas de un Edén al que accederíamos con solo sonar los dedos o dar una palmada. También vi los movimientos sociales fortalecidos al máximo con su “paz y amor” por ejemplo, recla-

mando pujantes un puesto en la ruidosa sociedad. La música, como expresión social, nos invitaba a bailar de manera diferente y a expresar al mundo que un cambio de 180 grados era inminente. Cayó el Muro de Berlín, se dio la Perestroika, vino la crisis, y en el diccionario de todos llegó la palabra mágica “Milenio” para quedarse.

Hoy, viendo en retrospectiva: no volamos; no hay Edén tecnológico; los movimientos sociales, con excepciones muy puntuales se han invisibilizado; se inventa poco (las invenciones actuales son más remozamientos de algo preexistente); la música convertida -según dicen algunos- en factor de alienación; Rusia sin socialismo, queriendo algunos sectores retornar a su pasado imperial<sup>1</sup>; el relumbrón del milenio pasó y hemos quedado -por lo menos esa es la sensación que a veces tengo- como huérfanos de lo que durante la segunda mitad del siglo pasado nos definía el futuro.

<sup>1</sup> Tuve la suerte por mi actividad judicial de visitar Moscú y, cuando quería ir a la Plaza Roja y a tomar un chocolate en el Café Pushkyn, me di cuenta que yo estaba anclado a un pasado de socialismo que los rusos ya habían olvidado y que ahora discuten sin en la URSS las cosas iban mejor o la Perestroika los salvó de la Revolución de Octubre. Plaza Roja, para ellos, ni siquiera significa comunismo, sino “hermosa” o “central”. Sin duda, los tiempos cambian.

Tal vez por eso es que una de las partes que me ha movido el tapete, de lo que leí y escuché al Profesor Del Percio en clase,<sup>2</sup> es su diálogo con el Maestro Agulla, cuando concluye el Maestro que *“El futuro ya no es lo que era, y por lo tanto hace falta pensarlo todo de nuevo”* y digo, me ha calado tanto que lo he citado en un artículo que escribí en la revista jurídica de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador en el mes de febrero del año que transcurre, es que esta idea quedó haciendo eco en mi cerebro desde que la sensopercibí... *“El futuro ya no es lo que era”* y entonces *“hay que volver a pensarlo todo de nuevo”*.<sup>3</sup>

### **Sobre la indisciplina y la falta.**

La idea de turismo cultural esbozada por el Profesor Enrique del Percio, me parece muy interesante y llama a la reflexión de lo que a veces queremos construir con nuestras algaradas de avanzar en el campo de otras ciencias, ciertamente me parece que la indisciplina es más adecuada para el efecto; pero, estimo que esta indisciplina debe tener bases metodológicas fuertes y conocimientos bien cimentados si no quiere morir en el intento.

Solo para estudiar -responsablemente desde luego- Criminología, debo indisciplinarme

porque ha necesidad de estudiar psicología, sociología, herencia, genética, endocrinología, medicina, psiquiatría, política criminal, historia, y la lista podría crecer y crecer. Si no encuentro el *“Hilo de Ariadna”* estoy perdido, simplemente no llego donde quiero, o dicho con mayor propiedad, donde debo.

Entonces, qué hacer ante las limitaciones. Una opción es seguir y seguir buscando; la otra es sentarse desconcertado y aceptar que no voy a encontrar respuestas. Aquí viene bien lo de la ventana como ese algo que falta en la pared; pero si no fuera por la ventana, no habría sol, ni salud, ni alegría dentro de la casa.

Esta resiliencia, nos sirve como sirvió a Ana Frank, para vivir, cada día, en nuestro refugio, haciendo de nuestras limitaciones, oportunidades para avanzar con éxito en el campo de otras ciencias. Debemos cuidarnos para no caer en las lamentaciones o fatalismos, pues la actitud sacrificial con la que nos formaron a veces nos hace gris el horizonte.

Hay que discutir y analizar muy bien las ideas *Lacanianas*, con los discursos que todas y todos sostenemos, de alguna manera, a lo largo de la vida, así:

<sup>2</sup> Las clases a las que me refiero son las que cursé en mi formación como PHD en la Universidad de Buenos Aires - Argentina. Se explica mejor en la nota al pie de página N° 3

<sup>3</sup> ASÍ CITO AL PROFESOR ENRIQUE DEL PERCIO EN EL EDITORIAL QUE PUBLIQUÉ: *“CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO”*. - En el mes de enero del año 2013, por motivo de mis estudios de PHD, leí a mi maestro y amigo Enrique del Percio, Filósofo argentino que, en su obra *“La Condición Social”*, incluye una frase de su amigo, el Maestro Agulla, quien, en una tertulia con Del Percio, le dijo: *“Lo que pasa es que el futuro ya no es lo que era y por lo tanto hace falta pensarlo todo de nuevo”*. Nada más acertado: *HAY QUE PENSARLO TODO DE NUEVO*. Por tanto, ha necesidad de un Constitucionalismo latinoamericano, alejándonos de los modelos europeos -los cuales no siempre responden a nuestra realidad- y que más bien nos permita explotar esta enorme riqueza que tenemos desde nuestra cultura jurídica---”. - REVISTA DE LA SALA PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ECUADOR, FEBRERO DE 2012.- [www.cortenacional.gob.ec](http://www.cortenacional.gob.ec)

1. Discurso del Universitario: me falta leer todos los tratados de derecho constitucional. En realidad cuando más lees, más crece tu campo de ignorancia. Esta es la visión neurótica, otra visión es la de la ventana. El humano de occidente en vez de sentir lo maravilloso de ignorar, siente la falta de saber. Pasa en todas las culturas, pero no todas lo manejan igual.
2. Discurso del Amo/Señor/Dueño/Máster: el Alcalde de un pueblo puede pensar que no puede resolver los asuntos de salud de su pueblo porque no tiene los poderes del Gobernador; el Gobernador piensa lo mismo por los poderes del Presidente; y, el Presidente piensa que el poder para cambiar el problema lo tiene el Banco Mundial. Cuanto más poder se tiene, más poder se necesita.
3. Discurso de la Histérica: la mujer que cree necesitar el falo dentro y cuando lo tiene dentro siente que le falta más. La falta del falo (significante), hace que sienta que como le falta, lo saque, pero al sacarlo siente más falta, entonces lo vuelve a introducir. No se refiere a la mujer en sentido estricto, el hombre también se comporta como una histérica. La mujer hermosa es la castración del hombre. La mujer siente la falta en el útero, el varón en el falo. Este juego histérico trastoca a todos.
4. Discurso del Analista: tienes que acostumbrarte a vivir con la falta, pues eso no va a cambiar. Es un conformismo fundamentado, es el discurso pequeño-burgués por excelencia y le conviene mucho al sistema.
5. Discurso del Capitalista: (este no es de

Lacán, por eso al inicio se mencionan solo cuatro discursos) El ser humano además de razón, tiene pulsiones que no se pueden explicar solamente vistas desde la razón. Este es el primer discurso de la historia de la humanidad que no va a intentar ayudarte o mencionar el hueco, sino que te dice que se va a hacer cada vez más grande y se legitima desde ahí. Nos dice constantemente: ¡eso no te alcanza! El olvido de algunos factores hace que cambie lo que entendemos por pobreza, por ejemplo: hasta hace 10 años se entendía como carencia, pero ya no es solo carencia, es también exceso (de drogas, de armas, de guerras). En general se sigue pensando a la pobreza como se pensaba hace 20 años, dando la impresión de que es la misma, que no va a cambiar. Por ejemplo, en un barrio pobre, hay muchos jóvenes usando zapatos Nike, lo cual permite inferir que él o quien provea sus cosas trabajan poniendo los Nike como prioridad y descuidando otras áreas, a lo mejor, más perentorias para el desarrollo de su personalidad. Hasta los de la corriente marxista dicen que el marxismo no alcanza para cumplir su con su cometido.

El enfoque se extiende a la maternidad de las adolescentes en los barrios pobres, quienes sienten que al tener un hijo dejan de ser el último componente en la estructura social. La vida es deseos, el momento en que dejamos de tenerlos, solo queda la muerte, por eso, si se sacan los deseos hay que poner algo trascendental en la vida del individuo para que este no vaya a la muerte. Los deseos insatisfechos y la imposibilidad de presentarnos ante la sociedad como lo que realmente somos y queremos y los deseos o antojos de la futura madre para

cubrir su inconformidad con el hecho de estar embarazada. Este enfoque social me recuerda al Tánato y Eros Freudianos, pero con un enfoque más rico, el sociológico.<sup>4</sup>

### **Sobre la sociedad y el eurocentrismo.**

No se trata de definir la sociedad, pues al hacer eso se limita su verdadero sentido, se da tres posturas de la misma, así:

1. No hay sociedad sino individuo, con las ideas de Nozick que son lo opuesto a la social democracia. En este aspecto, se señala que bien podría encargarse a una entidad privada de todos los servicios de una sociedad; pero como eso es darle demasiado poder, se lo hace con agencias públicas.<sup>5</sup>
2. La sociedad existe y el individuo es solamente un integrante de ella. En este estado de cosas, me llamó la atención, y de gran manera, el enfoque que se hizo al modelo idealizado de mujer que las sociedades han preferido: cuando era necesario que paran hijos para que vayan a la guerra (tiempos napoleónicos por ejemplo), se apreciaba en ellas las caderas anchas y los pechos grandes -para que puedan parir y amamantar-; pero ahora que la vida es ágil y de movimiento, la atención se va a las piernas. Las clases altas se fijan más en los glúteos, mientras las bajas en los pechos, sin dejar pasar
3. El Estado no debe intervenir en la vida de los asociados. Surge aquí el concepto de LIBERTAD; pero hay quienes sostienen que el sujeto no puede serlo fuera del Estado, basándose en la IGUALDAD (sobre la FRATERNIDAD prefiero referirme en párrafo aparte por las connotaciones que Del Percio da a esta categoría). Ahora si lo pensamos desde otras filosofías como las andinas, las bantú, etc., la esencia no sería lo importante, sino la relación. Especial mención -aunque breve- merecerá en mi trabajo la visita del Profesor del Percio a Otavalo, en mi andino país, y la historia de “Osito” un indígena que, en busca de su hijo va a Europa y tarda en encontrarlo un año, contando todo sin darle mayor importancia al tiempo; pero, cuando retorna, describe todo con especial interés en el lugar y en las personas. Esta cosmovisión desprendida del factor tiempo es lo que hace que nuestro hombre y mujer an-

<sup>4</sup> Freud teorizó que la dualidad de la naturaleza humana surgió de dos instintos: Eros y Thanatos. Vio en Eros el instinto de la vida, el amor y la sexualidad en su más amplio sentido y en Thanatos, el instinto de la muerte, la agresión. Eros es la impulsión hacia la atracción y reproducción; Thanatos hacia la repulsión y la muerte. Uno lleva a la reproducción de la especie, el otro hacia su propia destrucción. Fuente de inspiración para pintores y artistas a través de los siglos, este maniqueísmo continúa ofreciendo una fuerte fascinación a los artistas contemporáneos que forman parte de esta exposición, en la cual, cada uno a su manera, trayendo su propia experiencia, interpreta el ineludible significado de la condición humana.

<sup>5</sup> Se cree que el poder corrompe y que el poder absoluto corrompe absolutamente.

din@ no de importancia al reloj, dando mayor importancia a su relación con el lugar y lo que consideran suyo (esposa, animales, casa, etc.).<sup>6</sup>

En cuanto al EUROCENTRISMO, sobre eso sí que hay qué decir. Entonces, cuando empecé a pensar en esto, más que interés tenía curiosidad por ver cómo desarrollaba esto, pues vengo trabajando, dentro del Constitucionalismo, con ideas sudamericanas que rondan mi cabeza y que no se sintonizan con el asunto eurocentrista (y más que eso etnocentrista europeo).

El ciudadano concebido en Grecia como integrante de la Polis, y cuya concepción en el Medio Evo fue tenida por la tradición, siempre se resumió, en definitiva dentro de que:

- La sustancia es igual a sí misma
- Es universal
- Es inteligible

Pero, como ya se dijo en líneas anteriores, desde el punto de vista andino, entre otras concepciones filosófico-sociales, el hombre no es solo esencia, no es sustancia pura, ES RELACIÓN, y esto encierra a su tierra, a su entorno, a su familia, a sus costumbres, a sus ancestros, a sus muertos, a sus páramos, a sus ríos, a sus penas y alegrías, a su modo de ver y entender la vida.

China (Centro del mundo) aparecía

como tal en el mapa, occidente (de donde viene occiso.- *occidere* = matar o morir) ubicaba a Europa en situación de mucha desventaja. No sino hasta el Mercantilismo, cuando las colonias europeas en América y otras latitudes mandaban a Europa Oro y otras materias preciosas, es que Europa es vista como hoy, y se llega a cambiar hasta el mapa para que aparezca como cabeza del mundo y el resto de países (todos, todos, todos, como periferia). Europa adquiere aquí, hasta el nombre.

Desde luego, no se trata de denostar la cultura europea; pero creo que la idea que tuvieron: quienes no pensaban o actuaban como ellos eran inferiores, y que por tanto había que colonizarlos, civilizarlos, cristianizarlos; matando pueblos, saqueando ciudades, enterrándolas, extinguiendo su cultura, sus costumbres, sus dioses, su todo, produjo dos tipos de conquista: a) la de la fuerza y los soldados de barba en tierras americanas que hicieron sentir a los hombres el fuego y el acero de sus armas y parir a las mujeres hijos de un color diferente; y, b) un coloniaje mental, al cual hicieron el juego otros entes de dominación: la iglesia, por ejemplo, diciendo al indígena que estaba bien que sea pobre porque Dios así lo quería y que, a cambio Él le daría, en el Cielo, todo cuanto pueda desear, mientras le quitaba a ese pobre padre de familia -como diezmos y primicias- la única gallina con la cual alimentaría a su familia o la

<sup>6</sup> Sin embargo, considero que esto no es beneficioso para su desarrollo (hablo del habitante aborígen andino) porque en un mundo globalizado, donde se mezclan categorías de espacio-tiempo; tiempo-trabajo; tiempo-rendimiento, controlar y administrar bien el tiempo nos hace eficientes. Algunos servicios públicos -en el pasado por fortuna- quizá bajo esta concepción y de manera a lo mejor inconsciente, irrespetaban el tiempo de la gente, quienes a veces desde sus provincias iban a Quito a hacer un trámite y les decían “venga mañana”, esa falta de importancia por el tiempo de los otros es peligroso; pero sí miraban su reloj para salir unos minutos antes de que su jornada de trabajo se complete. (DISCULPAS POR LO CAUSÍSTICO Y COLOQUIAL DE LA NARRACIÓN)

que vendería para comprar la comida para la semana; o señores feudales con derecho de prima nocte, o sacerdotes enseñando la “catequesis” a niñas y niños a quienes no siempre lo que se enseñaba era a rezar.

Entonces, llega a nuestros días que todo lo que viene de Europa es bueno, está bien hecho, que son los constitucionalistas, los juristas, los psicólogos, los sociólogos iluminados para hacer las cosas que nosotros debemos aplicar, y más que aplicar, obedecer. ¡Esto no puede seguir, es hora de liberarse del yugo mental, en América del Sur tenemos una riqueza inconmensurable de instituciones jurídicas, nuestra propia identidad social y debemos tomarla, explotarla, empoderarnos de ella y mostrarla al mundo!

Hay un poema del gaucho Boris Elkin, que Luis Abanto Morales, ese maravilloso juglar lo hizo vals, que titula “Cholo Soy” que para el efecto de explicar la cosmovisión andina de no querer dominación europea, es muy bueno<sup>7</sup>:

*“Cholo soy ¡Y no me compadezcas!  
 que esas son monedas que no valen nada  
 y que dan los blancos como quien da plata.  
 Nosotros los cholos no pedimos nada  
 pues faltando todo, todo nos alcanza.  
 Déjame en la puna vivir a mis anchas,  
 trepar por los cerros detrás de mis cabras,  
 arando la tierra, tejiendo unos ponchos  
 pastando mis llamas... y echar a los vientos  
 la voz de mi quena... dices que soy triste  
 que quieres que haga?  
 no dicen ustedes que el cholo es sin alma  
 y que es como piedra sin voz sin palabra  
 y llora por dentro sin mostrar las lágrimas.  
 ¿Acaso no fueron los blancos venidos de España  
 que nos dieron muerte por oro y por plata?;  
 ¿No hubo un tal Pizarro que mató a Atahualpa  
 tras muchas promesas bonitas y falsas?  
 ¡Entonces, que quieres, qué quieres que haga  
 que me ponga alegre como día de fiesta  
 mientras mis hermanos doblan las espaldas  
 por cuatro centavos que el patrón les paga!  
 Quieres que me ría?  
 Mientras mis hermanos son bestias de carga  
 llevando riquezas que otros se guardan.*

<sup>7</sup> NO ME COMPADEZCAS... Esta es la versión original del poema que fue escrito por el poeta cauchesco Boris Elkin y que más tarde fuera musicalizado por Abanto Morales:

No me compadezcas ni me tengas lástima,/ qu' esas son monedas que no valen nada/ y que dan los blancos como quien dá plata./ No me compadezcas ni me tengas lástima,/ nosotros los coyas (cholos) no pedimos nada,/ pues faltando todo... todo nos alcanza./ Déjame en el valle vivir a mis anchas:/ trepar a los cerros detrás de mis cabras/ pillar un quirquincho (armadillo) tener unas llamas/ y hechar a los vientos la voz de mi flauta./ ¿Dices que soy triste? ¿Qué quieres que haga!/? ¿No dicen ustedes qu' el coya es sin alma,/ qu' es como las piedras sin voz, sin palabras,/ y llora pa'dentro sin mostrar las lágrimas?/? Y si fuera cierto... a qué tanta lástima?/? ¿No jueron los blancos venidos de España/ que nos dieron muerte por oro y por plata?/? ¿No hubo un tal Pizarro que mató a Atahualpa/ tras muchas promesas bonitas y falsas?/? ¿Qué quieres que haga?/? ¿Que me ponga alegre como día de chaya (fiesta)/ cuando mis hermanos doblan las espaldas/ por cuatro centavos que ustedes les pagan?/? ¿Quieres que la risa m' ensanche la cara/ cuando mis hermanos son bestias de carga/ llevando riquezas que ustedes se guardan?/? ¿Quieres que me alegre cuando en la montaña/ viven como topos: ¡ escarba y escarba...! / mientras se enriquecen los que no trabajan?/? ¿Quieres que me alegre cuando las muchachas van a casa ricas lo mismo que esclavas?/? No me compadezcas ni me tengas lástima./ Déjame en el valle vivir a mis anchas:/ tocando mi quena, cuidando mis cabras,/ pillando un quirquincho o hilando una manta./ Déjame tranquilo, que aquí la montaña/ me ofrece sus piedras, acaso más blandas/ que esa condolencia que tú me regalas.

*Quieres que la risa me ensanche la cara  
mientras mis hermanos viven en las montañas  
como topos: escarba y escarba,  
mientras se enriquecen los que no trabajan;  
quieres que me alegre  
mientras mis hermanas van a casas de ricos  
lo mismo que esclavas.  
Cholo soy ¡y no me compadezcas!”  
Déjame en la puna, vivir a mis anchas  
trepar por los cerros detrás de mis cabras,  
arando la tierra, tejiendo unos ponchos,  
pastando mis llamas...y echar a los vientos  
la voz de mi quena...  
déjame tranquilo que aquí la montaña  
me ofrece sus piedras, acaso más blandas  
que esas condolencias que tú me regalas.  
Cholo soy  
¡Y no me compadezcas!”*

### **Sobre la fraternidad.**

Mucho se ha escrito sobre la Libertad e Igualdad; pero muy poco sobre la Fraternidad, y esto se debe a que es no justamente lo más cómodo; la razón, probablemente es que los fraters, por considerarse iguales, reclaman un lugar que en relaciones verticales; entonces, concebida la relación entre iguales, se crea el conflicto, llegándose incluso al fratricidio, cuando surgen los celos, la envidia. Cuando ocurre algo en una comunidad, cualquier cosa, lo que solemos decir es “que alguien haga algo”, sin decir nunca “yo haré algo” o dar el nombre de quien debe hacerlo.

### **Sobre Marx, Weber y la estructura de dominación.**

Es muy interesante el diálogo que se hace mantener a Marx y a Weber sobre diferentes asuntos de la sociedad, actitud dialógica que los académicos pueden mantener aún sin haberse visto, a través de sus obras, de su producción. Singularmente interesante encuentro que Marx se queja de que sus seguidores han simplificado demasiado sus enseñanzas y que le hicieron caso al dejar de ser espectadores y convertirse en intérpretes; y, a Weber respondiendo “Ay don Karl, no se queje, vea lo que hicieron otros con mis ideas! Pero ya lo hablamos muchas veces y ahora es mejor que tratemos de guiar a nuestros amigos.” Así, se reemplaza la idea típica del enfrentamiento entre estos dos pensadores por la del diálogo fecundo entre ellos, resultante de lo cual tendríamos que quienes han provocado la antagonía, fuimos los lectores y no sus ideas per se.<sup>8</sup>

Los conceptos que se manejan de acto de poder y dominación, son muy buenos, llegando a establecer diferencias entre el empleo de la fuerza como poner un arma en la cabeza de alguien y hacerlo arrodillar (acto de poder) y cuando el súbdito se arrodilla ante su rey (dominación) para concluir, de acuerdo con Bidart Campos y Ortega y Gasset que obediencia y mandar tienen que ver con los conceptos de poder y dominación, sutilmente mixturados.

<sup>8</sup> Las diferencias que tradicionalmente se nos ha hecho ver entre Marx y Weber, son entre otras que para Weber el capitalismo no tenía sentido negativo como para Marx. Aunque creía que el capitalismo evolucionaría y muchas injusticias serían rectificadas por un socialismo moderado, su visión general no estaba dominada por el efecto negativo de las explotaciones, alienaciones y contradicciones, sino que para Weber el capitalismo era un exponente de las tendencias hacia una progresiva racionalización económica. Weber rechazó la crítica marxista de la economía capitalista por considerar que carecía de fundamento científico.

### Sobre el sistema de estratificación social.

Como elementos para definir debemos tener en cuenta lo siguiente:

- Economía: Estratificación Social
- Política: Ejercicio del Poder Público
- Cultura: Legitimación

La palabra “Estratificación” la tomamos de la geografía<sup>9</sup> imaginando a nuestra sociedad como una montaña. Marx<sup>10</sup> estableció que existen capas en la sociedad, bastante diferenciadas.

	Estratificación Social		Ejercicio del Poder Público	Legitimación	
N	(Raza) Casta		Monarquía-Feudalismo	(Tradición) Religión	1492
	(Nombre) Estamental				
\$	Clases Sociales	Acumulación (A)	Estado - Nación Moderno	(Ideología) Ley	1789
		Consumo (C)			?

<sup>9</sup> Estratificación significa separar o dividir en estratos, siendo esta palabra derivada del latín “stratus”, que alude a la cubierta de la cama, que tiene varias capas, o también indica lugar (sin embargo, al consultar en el diccionario esta palabra, no hay acuerdo en su significado, resultándome difícil poder establecer su etimología). Se usa con varios significados: En Geología designa los estratos de un terreno, que se disponen en forma de capas de masas minerales, o capas sedimentarias, donde cada capa rocosa se halla delimitada por dos superficie casi paralelas, conservando idénticas características litológicas.

SE PUEDE LEER: Concepto de estratificación - Definición en DeConceptos.com <http://deconceptos.com/ciencias-naturales/estratificacion#ixzz2YFoqzEQx>

<sup>10</sup> Para Marx la sociedad estaba basada en el conflicto de clases, el proletariado (clase trabajadora y oprimida) y la burguesía (los que detentan el capital y el poder). La situación se llama tesis, llega a su máximo desarrollo (máxima explotación de los trabajadores porque aumenta la producción y con ello la riqueza de la burguesía pero no la distribución de bienes) y se generan conflictos en su interior (antítesis) que hacen que la situación estalle (revolución) provocándose un cambio de situación (dictadura del proletariado) llamada síntesis que luego se convertirá en nueva tesis, reiniciándose el ciclo. La sociedad está formada por una infraestructura que condiciona (factores económicos) y una supraestructura condicionada. Para Weber la base de la sociología son los humanos interactuando, es decir que la sociología es la ciencia cuyo objeto es entender la acción social y explicarla en su desarrollo y efectos. Sostiene la diferencia entre juicios de valor y juicios de hecho y la neutralidad valorativa, es decir que los valores solo pueden usarse para la selección de los problemas a investigar pero luego debe hacerse un estudio objetivo-causal de los mismos. Su sociología es comprensiva.

Estudiamos cuatro tipos de estratificación, según las características raciales, apellido, dinero que se tiene o dinero que se gasta.

- a) Las Castas.- Se define por la raza (etnia) y características faciales y antropométricas.
- b) Los Estamentos.- Con influjo de la ascendencia familiar y el apellido.
- c) Las clases sociales en función de dinero que se posea.- Lo que marca la diferencia es la cuenta bancaria.
- d) Las clases sociales en función del dinero que se gaste.- Se ostenta lo que se gasta, importan muchísimo las tarjetas de crédito.

No se dan de manera pura, sino combinada y la posibilidad de movilidad entre una y otra es muy diferente, por ejemplo, en el sistema de castas, “el tiempo no tiene fin”, por lo que, sin importar lo que se haga para cambiar de estatus, esto no ocurre. En cambio en las dos últimas, la movilidad es posible; y, no solo eso, sino que se puede dar con vertiginosidad, pues la acumulación y/o el consumo es lo que determina la ubicación. Aquí me detengo por un momento en mi escritura y hablo en voz alta; pero para mí mismo: “El que no ahorra, es pobre, aunque mucho trabajo”, cuestiono la validez de mis dichos y decido seguir.

### Conclusiones.

Aunque las he venido haciendo a lo largo del trabajo, estimo necesario molestar la atención del Profesor con las siguientes reflexiones, más que conclusiones:

1. Dudo que la estructura social imperante nos conduzca a la realización de la felicidad; pero en cambio, nace en mí la necesidad de seguir trabajando por una justicia más conmutativa que distributiva.

2. Algo de lo que siempre estuve seguro; pero que tomó cuerpo, forma y definición, fue la necesidad de los pueblos sudamericanos se autodefinan, en todo sentido, no únicamente en el jurídico. No puede ser que quien hable solamente de Jürgen Habermas, Michel Foucault, Theodor Ludwig Adorno, Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, Niklas Luhmann, por citar algunos; y la lista podría enriquecerse mucho más, sea considerado como el único que sabe sociología, psicología, filosofía, derecho, ignorando las ricas y cada vez más nutritivas vertientes que existen en nuestro continente. No quisiera ser mal interpretado por quienes lean este trabajo: no digo que es malo leer a los europeos, al contrario, nos hemos nutrido de ellos, su trabajo es notable; lo que es malo es depender de esa cultura. No vivimos en Alemania, ni en Francia, ni en Italia, lo hacemos en Sudamérica. Sería bueno reflexionar -si ya no se ha hecho, desde luego- en los países sudamericanos en los que existe grandes índices de delitos cometidos por indígenas, si no será acaso porque para el sudamericano es difícil vivir bajo el imperio de leyes y constituciones paridas a la luz de pensamientos alemanes, franceses, italianos, españoles; europeos en general. ¿No será que necesitamos constituciones y leyes bajo nuestras propias costumbres de vida y cultura? ¿No será que necesitamos, al menos, interpretación constitucional que no sea basada en las clásicas Originaria y Dinámica? ¿Debe seguirse con el control de constitucionalidad concentrado propuesto por Kelsen o difuso atribuido a Marshall? ¿Son los métodos para purgar las penas impuestas por los jueces lo que nosotros requerimos para poder “reinsertar” al penado a

la sociedad? No se puede pretender involucrar en el progreso del derecho y la sociedad, ni llegar a sacrificios a los dioses, ni mucho menos, pero sí se puede empezar a pensar en que tenemos tanta riqueza jurídica y sociológica entre nosotros para desarrollar y no seguir fijándonos tan solo en lo que se nos quiere dar como insumo para que lo digiramos sin mayores preguntas ni reparos.

3. No podemos convertirnos en una especie de entomólogos de la sociedad. Pretender congelar a la sociedad y clavarla en un corcho para mirar dentro de ella, es decir que somos solamente esencia. Somos, sobre todo, relación; y la dinámica que emana de ello es lo que hace rico el estudio que debe hacerse de nuestras sociedades. Saber que la posibilidad de subir o bajar de escala social produce angustia; pero que tenemos que aprender a vivir con ella, es gratificante. Los deseos, las aspiraciones, las pulsio-

nes, juegan con nuestros “Ello” y “Súper-Yo”, como el diablito y el ángel que aparecen en las publicidades a la izquierda y a la derecha, nuestros deseos diciendo “hazlo, la vida es una sola, no te cortes” y el ángel: “piensa bien lo que vas a hacer, hay que ser responsable”, saber que somos blanco y negro, moldeado por la sociedad y producto multifactorial, es lo que hace que la vida valga vivirse,

4. Finalmente, antes de abandonar este trabajo<sup>11</sup> quiero dejar aquí mi agradecimiento al Profesor Enrique Del Percio, y a la Universidad de Buenos Aires, en cuyas aulas he recibido, en estudios de PHD, la filosofía necesaria para entender las cosas de mejor modo. Estas ideas han confirmado en mi mente que la ciencia y el derecho existen por causa del hombre, y no lo contrario. Por tanto, solamente deja de ser estéril aquello que hacemos o decimos de lo cual, al menos un ser humano pueda salir beneficiado. ❖

<sup>11</sup> Pues un trabajo científico se abandona siempre antes de concluirse; y, si no decido entregarlo al profesor ahora, seguiré haciendo correcciones, hasta el infinito.

## Las Cartas de Derechos de las Víctimas<sup>1</sup>



*Dr. Luis María Bunge Campos*  
*Profesor invitado (Argentina)*

El tema que nos convoca es el del rol de la víctima en el proceso penal y, en lo personal me referiré a las cartas de derechos de las víctimas y su incidencia en ese rol. La primera aclaración necesaria es que deberíamos hablar de “roles” y no de rol, porque la víctima tiene diversos roles posibles en el proceso penal; básicamente el de querellante y el de testigo y a ambos roles se refieren las cartas de derechos a las que me referiré, no obstante la falta de tiempo me limitará a un aspecto muy rico para trabajar que es la victimización secundaria y el derecho de defensa.

Como primera aproximación, señalaremos que la imagen del imputado como eje y protagonista del drama penal, se ha desplazado discursivamente hacia la víctima como eje central del proceso penal. Desplazamiento que se ha verificado desde una lectura política. Garland lo resume de forma magistral:

*“Si la pieza central del modelo penal del estado de bienestar era (la proyección experta) del ofensor individual y sus necesidades, el centro del discurso penal contemporáneo es (una proyección política) de la víctima individual y sus sentimientos”<sup>2</sup>.*

Garland enuncia muy correctamente la expresión “sentimientos” porque son muy tenidos en cuenta, sobre todo en el caso de víctimas particularmente vulnerables.

Este “*corsi e ricorsi*” que se narra respecto de los vaivenes de la víctima en el proceso penal y, como eje discursivo, responde a realidades históricas y políticas coyunturales que sería apasionante analizar de tener tiempo. El problema es que una situación coyuntural no puede llevarnos a correr el eje de la balanza en favor de una de las partes en el proceso y en detrimento de la otra; por ello una de las alertas que se deben señalar es la que nos dice que bajo ningún

<sup>1</sup> Exposición en las Primeras Jornadas Académicas de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 20 de septiembre de 2012.

<sup>2</sup> GARLAND, David, *The Culture of High Crime Societies*, en *The British Journal of Criminology*, Vol 40, Nro 3, 2000, p. 352.

concepto se puede menoscabar el derecho de defensa; la otra alerta necesaria es que se puede hacer peligrar el monopolio estatal de la persecución penal.

El relato del desarrollo de las diversas cartas internacionales es un claro ejemplo de esa expansión del rol de la víctima que esta adquiriendo dimensiones realmente alarmantes.

Por eso voy a detenerme sobre todo en el aspecto vinculado con la relación de los derechos de la víctima con el derecho de defensa. Delicado equilibrio que no tiene, a mi juicio, una lectura política adecuada en este momento. Garland, en el trabajo mencionado, lo resume diciendo que:

*“Se ha establecido una lógica política en la que estar ‘por’ las víctimas automáticamente significa ser duro con los ofensores. Se asume un juego político de suma cero en el que cualquier mejora del ofensor es una pérdida para la víctima”<sup>3</sup>*

### **Cuerpo normativo**

El plexo normativo al que me referiré en esta exposición esta integrado por cuerpos distintos, con diversas fuentes y alcances, pero refleja claramente el estado de la discusión en torno a la víctima en diversos momentos; veremos que el tratamiento que le dieran las Naciones Unidas en 1985 difiere del que le otorga la Cumbre Judicial Iberoamericana en abril de este año.

Digamos que discursivamente la Declaración de la ONU de 1985, responde al modelo que Nils Christie describió pocos años antes (1977) como de la expropiación

del conflicto, mientras que la Carta de este año, responde al modelo que reconoce a la víctima como eje del sistema penal.

Los cuerpos a los que me referiré son:

- 1) Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y abuso del poder. Asamblea General ONU 29/11/1985 (resolución 40/34). Esta Declaración reviste suma importancia para nosotros ya que es citada por la Corte Interamericana
- 2) El Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, Decisión marco del Consejo de la Unión Europea, 2001.

La Decisión Marco se inscribe en la necesidad de la Unión Europea de uniformar los sistemas jurídicos nacionales, el sentido que la mueve está claramente expresado en el punto 4 de los considerandos que preceden a su articulado

*(4) Conviene que los Estados miembros aproximen sus disposiciones legales y reglamentarias en la medida necesaria para realizar el objetivo de ofrecer a las víctimas de delitos un elevado nivel de protección, con independencia del Estado miembro en que se encuentren.*

Amén de estos importantes cuerpos normativos, debemos agregar un documento de contenido axiológico aprobado por la Cumbre Judicial Iberoamericana, integrada por 23 Poderes judiciales, entre los que se encuentra el nuestro.

- 3) Carta Iberoamericana de derechos de las víctimas, Buenos Aires, 2012.

### Concepto de víctima

En este punto debemos analizar si el concepto de víctima que contienen estos cuerpos normativos, resulta coincidente con el carácter procesal de “ofendido” o existen diferencias.

La Declaración de la ONU de 1985 es la que tiene un espectro más amplio, señalando el art. 1 que:

*“Se entenderá por ‘víctimas’ las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.*

El artículo siguiente, señala que el concepto de víctima es independiente de que el autor del delito sea habido o no.

Ya en este siglo, el Estatuto de la víctima de la Unión Europea precisa el concepto de otro modo al decir el art. 1

*A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por:*

a) “víctima”: *la persona física que haya sufrido un perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por un acto u omisión que infrinja la legislación penal de un Estado miembro;*

Por su parte la Carta Iberoamericana en su art. 2 define a la víctima del siguiente modo:

*Para todos los efectos de la presente CARTA, se entenderá por víctima, a toda persona física que haya sido indiciariamente afectada en sus derechos por una conducta delictiva, particularmente aquellas que hayan sufrido violencia ocasionada por una acción u omisión que constituya infracción penal o hecho ilícito, sea física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico.*

*Se considerarán víctimas los pueblos indígenas lesionados por éstas mismas conductas. También podrá incluir a la familia inmediata o las personas que están a cargo de la víctima directa.*

Como una aproximación coincidente veremos que los tres cuerpos hacen referencia a personas físicas, ésta es la primera delimitación del concepto; los derechos enunciados por estas cartas se refieren a la víctima persona física o su familia directa. Quedan por ende excluidas las corporaciones de cualquier tipo, empresas y el Estado como víctima de estos estatutos.

De donde se desprende que víctima y ofendido no son necesariamente sinónimos, el derecho procesal le otorga el carácter de ofendido a sujetos de derecho que no son personas físicas, mientras que, a los fines de estos cuerpos, para ingresar en la categoría de víctima debe ser una persona física. Extender el alcance del concepto de víctima a órganos estatales, corporaciones o empresas, implica, en este orden de ideas, forzar el lenguaje de un modo que termina desvirtuando el concepto de víctima.

Este distingo surge de la fuente de los derechos de las víctimas, que no es otra que la dignidad humana

En el proemio de la Carta Iberoamericana esto se enuncia claramente

**CONSIDERANDO** que desde el marco de los Derechos Humanos, los derechos de las víctimas deben hacerse efectivos con respeto de su dignidad, debiendo adoptarse las medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico, psicológico e intimidación para ellas y sus familias.

### Disposiciones relativas a la intervención de la víctima en el proceso

Aquí es adonde se marca un claro desarrollo progresivo en el que se tiende a otorgarle a la víctima derechos cada vez más amplios, tanto que en algunos casos se puede dudar del monopolio de la persecución penal por parte del Estado. Y, en algunos casos, veremos que este avance es realmente preocupante.

Como punto de partida, volvemos a la Declaración sobre los Principios Fundamentales de la Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder de la Organización de Naciones Unidas. De esta manera, en su artículo 6° establece que “se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

- a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;
- b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus in-

tereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;”

Incluso en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos se contempla la posibilidad de intervención de la víctima pero mucho más acotada; así el inciso 3 del art. 68 del Estatuto de la Corte Penal Internacional dice que:

“La Corte permitirá, en las fases del juicio que considere conveniente, que se presenten y tengan en cuenta las opiniones y observaciones de las víctimas si se vieren afectados sus intereses personales y de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos. Los representantes legales de las víctimas podrán presentar dichas opiniones y observaciones cuando la Corte lo considere conveniente y de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Prueba.”

De modo tal que la intervención de la víctima queda a la discrecionalidad de la Corte que permitirá su intervención en las fases del juicio que considere conveniente.

Destaco que el Estatuto de Roma alcanza con claridad los límites a la intervención de la víctima al decir que su actuación será autorizada “de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos”.

El Estatuto de la Víctima de la Unión Europea tiene dos disposiciones claves. Por un lado el art. 3 que consagra el derecho a la audición y a presentar pruebas reza

Los Estados miembros garantizarán a la

víctima la posibilidad de ser oída durante las actuaciones y de facilitar elementos de prueba.

Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que sus autoridades sólo interroguen a la víctima en la medida necesaria para el proceso penal.

El artículo siguiente enumera, bajo el acápite de derecho a la información una serie de obligaciones de los Estados Miembros como la de informar la sentencia y, de entender que existe riesgo para la víctima, informar de la puesta en libertad de la persona inculpada o condenada.

No podemos soslayar, por su enorme trascendencia, la disposición contenida en las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana en el 2006 en particular la Regla 56 que consagra los derechos de información de la víctima.

Como vemos ya ingresamos en un terreno mucho más discutible, ya que la puesta en libertad de la persona inculpada no condenada se refiere a una persona inocente por definición, por lo que ésta disposición es altamente estigmatizante. Esta norma se repite en la Carta Iberoamericana.

La Carta Iberoamericana de Derechos de las víctimas marca un punto culminante en el avance de la víctima en el proceso penal; por un lado el art. 3.2 DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO, consagra que:

*“La víctima tiene derecho a participar activamente en todas las etapas del proceso, por lo que se le debe garantizar ser escuchada, impugnar*

*ante la autoridad judicial las omisiones de la investigación de los delitos, interponer los recursos contra las resoluciones que menoscaben sus derechos, particularmente aquellas que pongan fin al proceso, participar en las audiencias de fijación y modificación de las medidas privativas de libertad, facilitar elementos de prueba, así como recibir información sobre la liberación del autor del delito.*

*Asimismo en la fase de ejecución de la sentencia, la víctima tiene derecho a ser informada de las condiciones de cumplimiento de la pena y participar en las audiencias donde se modifique la misma.”*

No es muy diferente a lo dicho por la Corte Interamericana de DD HH en el 2003 en el caso Bulacio

*que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Como podemos apreciar los derechos consagrados, a esta altura del desarrollo alcanzado, son excesivamente amplios; esta norma consagra, entre otros,

- a) el derecho a recurrir, contra resoluciones que *menoscaben sus derechos*,
- b) a participar en las audiencias de fijación y modificación de las penas y a participar en las audiencias de libertad anticipada, por ejemplo.
- c) a aportar pruebas
- d) a recibir información sobre la liberación del autor del delito
- e) a ser informada de las condiciones de cumplimiento de la pena

- f) a participar en las audiencias donde se modifique la misma en la faz ejecutiva de la pena

Realmente entiendo que nos encontramos frente a la concreción de uno de los peligros señalados, esta norma inclina exageradamente la balanza en detrimento de los derechos de defensa y de los derechos del condenado. Podemos imaginar sin ningún esfuerzo el resultado de esa intervención procesal. Por otra parte la expresión a resoluciones que “menoscaben sus derechos” en el marco de un proceso penal, nos lleva a una lógica confrontativa en la que, por definición los derechos de la víctima aparecen como contrapuestos a los derivados del derecho de defensa en juicio. Con esto se abre un abanico de posibilidades muy amplio en materia recursiva para la víctima. No puede negarse esto, señalando argumentos como que es la tónica de los tiempos o que es la “nueva ola” en materia penal el otorgarle a la víctima derechos que terminen menoscabando a la defensa en juicio.

### El artículo 3.3. consagra el **DERECHO DE EJERCER LA ACCIÓN PENAL,**

*En particular se le reconoce a la víctima el derecho de ejercer la acción penal de manera que pueda constituirse en acusadora. También podrá coadyuvar con el Ministerio Público para perseguir los delitos ante los Tribunales de Justicia, con plena capacidad de parte.*

*Asimismo se le debe reconocer el derecho de perseguir los delitos que el Ministerio Público deje de perseguir en los casos en que se haya aplicado criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, salvo casos de delincuencia organizada, siempre y cuando se le indemnice el daño.*

Aquí se ha deslizado una trampa lógica; si coadyuva con el Ministerio Público, no lo hace con plena capacidad de parte; y si tiene plena capacidad de parte, deja de ser coadyuvante para ser autónomo, quien con su sola intervención puede provocar una decisión judicial. La redacción de la última parte es confusa y realmente no se explica; ¿los casos de delincuencia organizada quedan a salvo de la persecución penal privada siempre y cuando se indemnice el daño? ¿En caso de no indemnizarse el daño surge la potestad privada de perseguir penalmente? Es una redacción confusa, pero el ámbito de aplicación que tiene es tan estrecho: casos de delincuencia organizada en el que el Ministerio Público haya aplicado criterios de oportunidad, que imaginamos que pocas veces podría plantearse esta discusión.

Por otra parte, debemos recordar el carácter axiológico que tiene esta Carta a diferencia de los cuerpos normativos mencionados. No obstante el haber sido aprobada por las cabezas de 23 Poderes Judiciales, da una pauta de que es una tendencia aceptada y, por eso mismo, preocupante.

De todos modos, es dable observar que cada cuerpo normativo va ampliando el espectro de intervención de la víctima, la pregunta es si el lógico límite que el Estatuto de Roma le puso en 1998, “*de una manera que no redunde en detrimento de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni sea incompatible con éstos*”, es viable en el presente o en un futuro cercano.

En 1977 Nils Christie enunció el concepto de la expropiación del conflicto, en un trabajo titulado “Conflicts as property” y que fuera publicado en el British Journal of Criminology; allí nos señalaba que por

siglos la víctima había sido extrañada de su propio conflicto, el que se había transformado en una pretensión estatal. Esto ocurrió con la Inquisición ya que nada hay más normativo que la idea de pecado. No se peca contra Juan o Pedro, sino contra la ley y tomado como una herramienta de concentración del poder durante el período de afianzamiento de las monarquías nacionales que le abrieron paso al absolutismo.

La víctima, por su parte, reemergió como un ícono de la cultura penal moderna; un símbolo con el que todos tendemos a identificarnos, por lo que, darle más derechos es dárnoslos a nosotros mismos. Como bien señala Maier se trata de un problema del sistema penal en su conjunto, de los fines que persigue y de las tareas que abarca, como concluye este maestro, es un problema de política criminal<sup>4</sup> Por eso mismo es inasible, sus dimensiones culturales, simbólicas y expresivas escapan al conocimiento jurídico y su entronización parece la consecuencia lógica de la era de la hipercomunicación, en la que las esferas de lo público y lo privado aparecen desdibujadas. Los símbolos nos lo transmiten permanentemente, la televisión nos muestra el interior de una casa en la que lo privado se hace público, las plazas lucen

rejas y lo público se hace privado. José María Simonetti,

*“posiblemente el tema no sea otro que el de la relación entre lo público y lo privado, el de la creación del espacio público, de manera tal que los intereses particulares de la sociedad puedan ser representados en él; un lugar y un modo públicos, con procedimientos y rituales que cumplen esa función representativa de realizar, en el sentido estricto de hacer real, de un modo visible y solo visible el manejo de la cosa pública y expresar los intereses y proyectos, de modo tal que puedan ser sometidos a la crítica de la opinión pública. Ello supone reconocer, además, que los procedimientos y rituales no son meras formalidades en las cuales nadie repara, salvo los viejos, sino que a través de ellos se cumple la función dramática, en el sentido de modo característico del conocimiento, que tiene el espacio público”<sup>5</sup>.*

Hemos dicho que la víctima se ha erigido como protagonista excluyente del drama penal, desplazando al tradicional protagonista del mismo que era el imputado en el modelo clásico. En esta lógica cultural dominante, pareciera que el temor de condenar a un inocente que subyace en todo el discurso del buen viejo derecho penal liberal, empalidece frente al miedo de que un crimen quede impune. ❖

<sup>4</sup> MAIER, Julio *Derecho Procesal Penal, II Parte General*, Sujetos procesales, Buenos Aires, del Puerto, 2003, §13, p 586

<sup>5</sup> SIMONETTI, José María, *El fin de la inocencia*, Bernal, 2002, p 273



**Dr. Giovanni Criollo Mayorga**

*Profesor invitado*

“El hecho habitual con que nos encontramos, entonces, es el de diferentes jueces decidiendo -en diferentes casos, o aún en el mismo- de modo diferente, a resultados de la diferente conjugación de principios interpretativos por el que opten en el caso concreto. La situación que se genera resulta, entonces, enormemente preocupante: el derecho empieza a aparecer como compatible con casi cualquier solución jurídica; los niveles (reales) de inseguridad jurídica aumentan; y comienza a tambalear la misma idea de contar con un estado de derecho. Ello, sobre todo, porque el derecho pasa a depender cada vez más de quién decide, y menos de otros criterios más objetivos.”

*Roberto Gargarella. UN PAPEL RENOVADO PARA LA CORTE SUPREMA. DEMOCRACIA E INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN.*

**1.-El aparecimiento de la teoría causalista de la acción. a. Las características del causalismo. b.- Críticas al causalismo. c.- Ventajas del causalismo.- 2.- La teoría finalista de la acción. a.- Las características del finalismo. b.- Críticas al finalismo. 3.- ¿Causalismo o finalismo? La teoría del delito que debe aplicarse a nuestra realidad del siglo XXI.**

**1.- El aparecimiento de la teoría causalista de la acción.**

El causalismo, en estricto sentido, es una teoría para el análisis de la con-

## Causalismo y Finalismo

ducta dentro de todo el sistema del análisis del delito, es decir que las teorías causales sólo se las utiliza para el análisis de la categoría dogmática de la tipicidad. Rubén Carrizo (2007, pág. 9) considera que en “esta corriente del pensamiento la cuestión se atomizaba sobre los movimientos físicos del sujeto que realiza la acción encauzándola hacia un resultado determinado, de allí que el sistema penal dependiera del “nexo causal” y obviamente de aquellas teorías que lo justificaran de manera racional.”

Liszt, Radbruch y Beling, fueron los representantes más abnegados del causalismo y se preocuparon de establecer y configurar el desarrollo del concepto causal de acción como eje de su construcción dogmática en la cual el delito está construido por una parte objetiva, la cual tiene como contenido la acción, la tipicidad y la antijuridicidad; y, por una parte subjetiva, en la que se contiene la culpabilidad. En resumen, en el causalismo la tipicidad consiste en la descripción de la conducta desde el punto de vista externo de la acción fundamentado en la relación de causalidad; esa acción es además antijurídica cuando no existe una causa de justificación; y, el dolo es estudiado en la categoría dogmática de la culpabilidad.

El causalismo forma parte del sistema penal clásico y neoclásico y se sustenta en el naturalismo positivista del siglo XIX mediante el cual se

... quería someter a las ciencias del espíritu al ideal de exactitud de las ciencias naturales y reconducir consiguientemente el sistema de derecho penal a componentes de la realidad mesurables y empíricamente verificables. Dichos criterios solo pueden ser, o bien factores objetivos del mundo externo o procesos subjetivos psíquicos. Internos, por lo que desde ese punto de partida lo que se ofrecía era precisamente una división del sistema de derecho penal entre elementos objetivos y subjetivos. (Roxin, 1997, pág. 200).

Ernst Beling, el creador del tipo penal y de una teoría del delito que ha cumplido ya más de cien años, consideraba a la acción

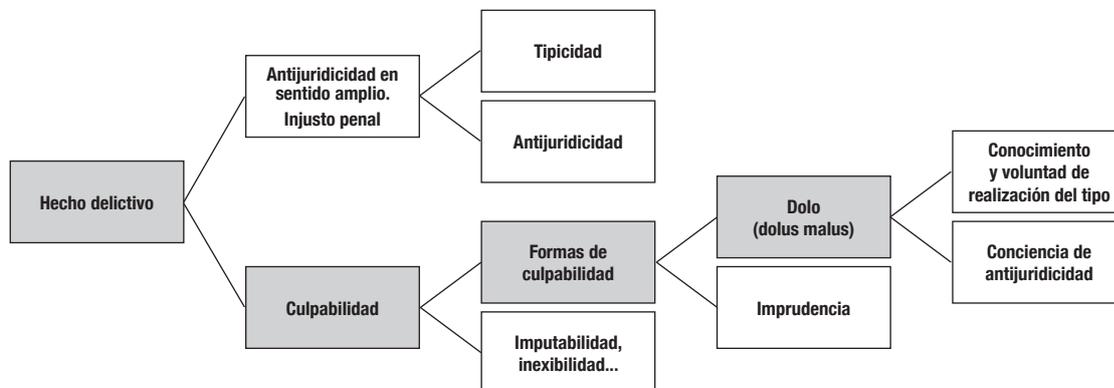
-en el sentido de una mera causalidad natural- como movimiento corporal externo capaz de percibirse por los sentidos provocada por la voluntad humana, sin tener en cuenta la finalidad (o contenido) de la voluntad; el dolo ("Vorsatz") pertenecía exclusivamente a la categoría de la culpabilidad ("Schuld"): "para comprobar que una acción ha ocurrido basta con la certeza de que el autor actuó voluntariamente o de que permaneció inactivo. Lo que el autor quiso concretamente es indiferente; el contenido de la voluntad ("Willensinhalt") sólo es relevante en sede de culpabilidad" (Ambos, 2007, pág. 6)

Según Welzel, la teoría causalista hace su ingreso en el Derecho penal apoyado de la influencia de las ciencias mecánicas, gracias a las cuales se dividió:

... la acción en dos partes constitutivas distintas: el proceso causal exterior, por un lado, y el contenido puramente subjetivo de voluntad, por el otro. Según esta teoría, el contenido de voluntad solamente el reflejo subjetivo del acontecer exterior en la psiquis del autor. Según ello, la acción es un puro proceso causal, que ha originado la voluntad en el mundo exterior (efecto de la voluntad) sin considerar si lo ha querido o solamente lo ha podido prever (contenido de voluntad). El contenido subjetivo de voluntad es para la acción "sin significación"; el problema del contenido de la conciencia "se elimina del concepto de la acción" y "es solamente de importancia para el problema de la culpa" (Welzel, 1951.pág. 25)

Para el autor Wolf (2005, p. 29) "sobre la base de este criterio naturalístico encontramos hoy descrito la 'acción' casi sin excepción como 'actuación de la voluntad más resultado'; en donde 'actuación de la voluntad' es igual a 'inervación del músculo' (sea para la actividad, sea para la inactividad) y 'resultado' es igual a cambio material del mundo exterior físico".

Gráfico No. 1: Esquema causalista de la acción



<sup>1</sup> El gráfico ha sido tomado del libro: DERECHO PENAL. INTRODUCCIÓN TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO. Materiales para su docencia y aprendizaje. De las autoras Margarita Martínez Escamilla, María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante. Universidad Complutense de Madrid. 2012.

**b.- Las características del causalismo.**

Para el maestro Nodier Agudelo Be-tancourt, existen varias características que permiten diferenciar al causalismo del resto de teorías, así tenemos las siguientes:

**Desde el punto de vista de la Acción:**

- La conducta humana es causante de un resultado en el mundo exterior.
- Psicológicamente es el mero impulso de la voluntad hacia la “innervación muscular” o movimiento corporal.
- Objetivamente es un cambio en el mundo fenomenológico, exterior, contra los derechos, perceptible por los sentidos.
- Hay nexo objetivo entre la manifestación de la voluntad y el resultado que daña el bien jurídico. Tal es el caso del homicidio: acción psicológica (subjetiva) consiente y voluntaria del sujeto al extraer su arma y disparar. Objetivamente: es el nexo causal entre ese movimiento y el resultado muerte obtenido.
- Separan acción y culpabilidad.

**Desde el punto de vista del tipo:**

- El tipo penal es modelo de conducta referido a la parte objetiva de la acción.
- El tipo es una figura objetivo - descriptiva del comportamiento externo.
- Mientras la tipicidad como categoría es un juicio que compara y ubica la conducta realizada, con el modelo de conducta que describe y prescribe el tipo en la ley.
- El tipo es el molde de la conducta.
- La tipicidad es un juicio que ubica la conducta realizada al molde de la ley.

- El tipo se separa del injusto.

- El tipo es solo indicio de lo injusto, de lo antijurídico. Esto sustenta la teoría de la ratio cognoscendi.

**Desde el punto de vista del injusto:**

- El Injusto es un juicio de valor objetivo del legislador.
- Se dice juicio objetivo - normativo porque es una relación de contradicción objetiva entre la conducta del sujeto y todo el ordenamiento jurídico del Estado.
- Juicio de valor que hace la ley en forma puramente objetiva, sin tener en cuenta elemento subjetivo alguno.
- La antijuridicidad no depende de los componentes subjetivos o síquicos del sujeto, de lo que el sujeto se proponga o piense, sino de las valoraciones que el derecho objetivo impone “ERGA OMNES”
- Beijing, Carrara: la conducta antijurídica es la que está objetivamente en contradicción con el orden jurídico del Estado.
- Agrega: antijuridicidad significa siempre “contradicción al orden jurídico.
- Antijuridicidad formal: la deducida del texto legal.
- Antijuridicidad material: hace alusión solo al hecho fáctico. La palabra material hace alusión a la conducta humana.
- Sistema clásico: prepondera la antijuridicidad formal.

**c.- Críticas al causalismo.**

Las críticas al causalismo han sido muchas, así tenemos a Roxin, quien establece que

...hasta ahora no hemos logrado aclarar qué es lo que "opera" en la causalidad y cómo sucede; y por tanto sigue habiendo muchos presupuestos no esclarecidos cuando el jurista plantea la sencilla pregunta de si la actuación de un hombre concreto es la "causa" de un resultado jurídicamente relevante. Sin embargo, ese uso habitual del lenguaje es inofensivo para la aplicación práctica del Derecho, pues cualquier juez sabe que él no tiene que verificar una "fuerza operativa" mensurable, sino sólo la conformidad a leyes, para cuya comprobación depende de los conocimientos teóricos de las ciencias naturales (Roxin, 1997, pág. 347)

El Maestro Argentino Raúl Eugenio Zaffaroni dirá en contra del causalismo que

La diferencia entre nexo causal y nexo final está en que, en el causal, de una causa sale un efecto, este a su vez es causa de un nuevo efecto y así sigue... hasta el infinito... En el nexo final, por lo contrario, se pone un determinado fin que puede hallarse muy adelante... La finalidad no se monta en la causalidad... y con ello, afirma Welzel, en su clásica expresión que "en tanto que la causalidad es ciega, la finalidad es vidente.

#### d.- Ventajas del causalismo:

Para el profesor Urs Kindhäuser, de la Universidad de Bonn, en su artículo "El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva.", algunas de las ventajas del causalismo son:

El modelo causalista tenía la ventaja de distinguir claramente entre el suceso antijurídico, por una parte, y los presupuestos que fundamentaban la responsabilidad de una persona por el suceso valorado como injusto, por otra. Este modelo pone de manifiesto, además, que el concepto de culpabilidad es uno relacional, que de este modo se encuentra referido a la realización evitable de un injusto. Este hallazgo se pierde de vista, sin embargo, con la definición tradicional de delito como una acción típica, antijurídica y culpable. Pues esta definición sugiere que tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad serían propiedades aisladas, las cuales como mucho tendrían que concurrir conjuntamente para constituir un hecho punible. Mas la culpabilidad no es una propiedad que se agregue al

injusto de modo puramente aditivo, así como una manzana puede ser roja e independientemente de ello además jugosa, sino que ella tiene como objeto, precisamente, al injusto. Y de la misma manera, la antijuridicidad no es una propiedad contingente respecto de la tipicidad, sino un predicado que presupone ya la tipicidad de un comportamiento.

Con otras palabras: la ubicación del dolo y de la imprudencia en la culpabilidad hace explícita la función adscriptiva -atributiva de responsabilidad- de estos elementos del hecho punible. La tipicidad objetiva de un comportamiento, incluidas sus consecuencias relevantes, constituye aquello que ha de conocerse, a lo cual se encuentran referidos el dolo y la imprudencia en tanto formas de conocimiento (incluidos los componentes voluntativos requeridos, según sea el caso). O dicho de otro modo: el tipo objetivo designa el objeto, el dolo y la imprudencia, en cambio, las bases de la imputación de responsabilidad jurídico-penal.

#### 2.- La teoría finalista de la acción.

Welzel, el creador de la teoría finalista de la acción, establecía que la única forma de poner en su lugar la función ético - social del Derecho penal es mediante el establecimiento de su teoría creada en el año 1928. Para la elaboración de su teoría establece como antecedentes a Santo Tomás, Hegel y la Ética Nicomaquea de Aristóteles, en donde se estableció, al respecto de la acción, lo siguiente:

Por lo demás, no deliberamos acerca de los fines a alcanzar, sino sobre los medios de alcanzar esos fines. El médico no se pregunta si se propone curar o no la enfermedad, el orador si se propone persuadir o no, o el político si se propone una buena legislación, y así en todo lo demás, en que el fin no es cosa cuestionable. Pero una vez que se ha determinado el fin, uno examina cómo y por qué medios se alcanzará; si este fin parece debe ser conseguido por medio de varios recursos, se busca el medio más fácil y mejor; si no hay más que uno, se busca alcanzar ese medio y aun otro por medio de éste, hasta llegar a la causa primera, que es lo que se halla en último lugar.

Welzel refiriéndose a la acción finalista estima que

La acción humana es el ejercicio de la actividad finalista. La acción es, por lo tanto, un acontecimiento "finalista" y no solamente causal". La "finalidad" o actividad finalista de la acción, se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos. Sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobre determina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, mientras que la pura causalidad no está dirigida desde el objetivo, sino que es la resultante de los componentes causales circunstancialmente concurrentes. Por eso, gráficamente hablando, la finalidad es "vidente", la causalidad es "ciega". (Welzel, 1951.pág. 19 - 20)

La teoría final de la acción no solamente será considerada como una nueva forma de analizar la acción sino que además es una de las manifestaciones de la "metodología ontologista en la dogmática jurídico-penal.", destinadas a superar el positivismo jurídico:

Pero es más: la doctrina final de la acción no es la única manifestación de la metodología finalista. Es éste un aspecto poco estudiado en que es preciso insistir. Junto a la finalidad de la acción, la concepción de la esencia de la culpabilidad como reprochabilidad por haber podido el autor del injusto actuar de otro modo (la célebre fórmula del Anders-Handeln-Können) constituye el segundo pilar de la teoría del delito de WELZEL 'Λ'. Pues bien: el "poder actuar de otra forma" constituye para ese autor una "estructura lógico objetiva" anclada en la esencia del hombre, como ser responsable caracterizado por la capacidad de autodeterminación final con arreglo a sentido"". En otras palabras, se trata, tanto como en la acción final, de una consecuencia de la metodología ontologista de WELZEL de importancia capital para la teoría del delito. Tanto las "leyes de la estructura de la acción" como los "principios de la culpabilidad" "son independientes de las cambiantes modalidades de acción y constituyen las componentes permanentes (die bleibenden Bestandteile) del derecho penal" (...). "Con ello nos hallamos en el auténtico núcleo de la teoría de la acción final..." (Santiago Mir Puig, 2003, pág. 227.)

En cuanto a la estructura de la acción en la teoría finalista, el Maestro Edgardo Alberto Donna, nos enseña que la misma está construida por dos fases: una interna y otra externa. En cuanto a la primera ella se compone de varios elementos: "a) El objetivo que se pretende conseguir; b) Los medios empleados para su consecución; y, c) Las posibles consecuencias secundarias que se vinculan al empleo de los medios que pueden ser relevantes o irrelevantes, desde la perspectiva jurídico penal.". En la segunda fase se establecen los siguientes componentes: "a) Es la puesta en marcha, la dinámica de los medios para realizar el objetivo principal; b) El resultado previsto y el o los resultados concomitantes, y c) El nexo o relación causal."

### b.- Críticas al finalismo

Según el Maestro Nodier Agudelo Bencourt, a quien transcribiremos textualmente, el finalismo tiene las siguientes características:

#### Desde el punto de vista del tipo penal:

- El tipo recibe importantes modificaciones frente al sistema neoclásico. Deja de ser fundamentalmente objetivo con la mera inclusión de los ánimos especiales: se considera de naturaleza mixta.
- El tipo es objetivo y subjetivo a la vez.
- Elementos objetivos son los descriptivos: referencias a objetos o fenómenos reales, mediante expresiones como inundación, nave, vehículo, arma de fuego, agua, Etc.; y los Normativos: significados que el derecho penal asigna a determinadas expresiones: traición diplomática, emblemas patrios, empleado oficial, sello oficial, marca, documento, patente, etc.

- Conducta penalmente relevante: no solo la realidad de las ciencias naturales, sino la realidad de la vida social. Una parte de esa realidad social se percibe por los sentidos que es lo natural y empírico: hombre, inmueble, árbol, etc. Cuya descripción en el tipo da lugar a los elementos descriptivos. La otra parte de esa realidad se percibe intelectualmente que es lo ideal y racional como: documento, amenidad, lascividad, etc. Y su referencia por el tipo da lugar a los elementos normativos.
- Elementos subjetivos: 1- ) El Dolo. Conciencia y voluntad del sujeto de realizar la parte objetiva del comportamiento (tipo objetivo). El error invencible sobre la parte objetiva (elementos descriptivos y normativos) excluye el tipo, y el error invencible de prohibición excluye la culpabilidad. En el homicidio: conocimiento y querer del agente de matar al otro no se incluye el conocimiento del ilícito, que se estudia en la culpabilidad). Es un dolo ajeno al conocimiento de lo des-valioso o ilícito. No obstante esa amenidad. Welzel considera que la realización del tipo mismo es un indicio de la antijuridicidad de la acción, pues el tipo es más bien la selección, entre las múltiples conductas, de aquellas que son relevantes para el derecho penal. Se adopta entonces la teoría de la Ratio Cognoscendi. 2- ) la Culpa: es la violación del cuidado necesario en el ámbito en que los sujetos actúan. 3- ) los ánimos especiales y 4- ) las particulares tendencias del sujeto.

#### **Desde el punto de vista del injusto:**

- El Injusto es la conducta voluntaria contraria a los valores y dirigida a un fin anti-jurídico.
- El Injusto, en lugar de tener preponde-

rante naturaleza objetiva como en el sistema clásico, adquiere un carácter de mayor mixtura objetivo - subjetiva.

- Al lado de los elementos objetivos del tipo que penetran en el injusto se dan los elementos subjetivos que así mismo penetran en el injusto. Por esos componentes subjetivos, al ser considerados por la ley con criterio general y como una ínter subjetividad, a la postre alcanzan una visión de objetividad ERGA OMNES.
- Igualmente, las causales de justificación requieren sus respectivos componentes subjetivos.
- Siendo mixto el injusto, es lógico y coherente que las causales de justificación también lo sean.

Y, desde el punto de vista de la acción, se caracteriza por:

- La acción es óntica y pre jurídica. Es conducta voluntariamente realizada dirigida a obtener un fin determinado. El hombre conociendo las causas, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su acción.
- SICOLOGICAMENTE: interesa averiguar cuál es el contenido de la voluntad del hombre: quiso matar. Lesionar, hurtar. El contenido de la voluntad se explica a través del dolo, la culpa, los ánimos especiales y las particulares tendencias del sujeto.

#### **• FASES DE LO ONTOLÓGICO.**

A – FASE INTERNA.

1. anticipación mental del fin.
2. escogencia de los medios que conduzcan a ese fin.

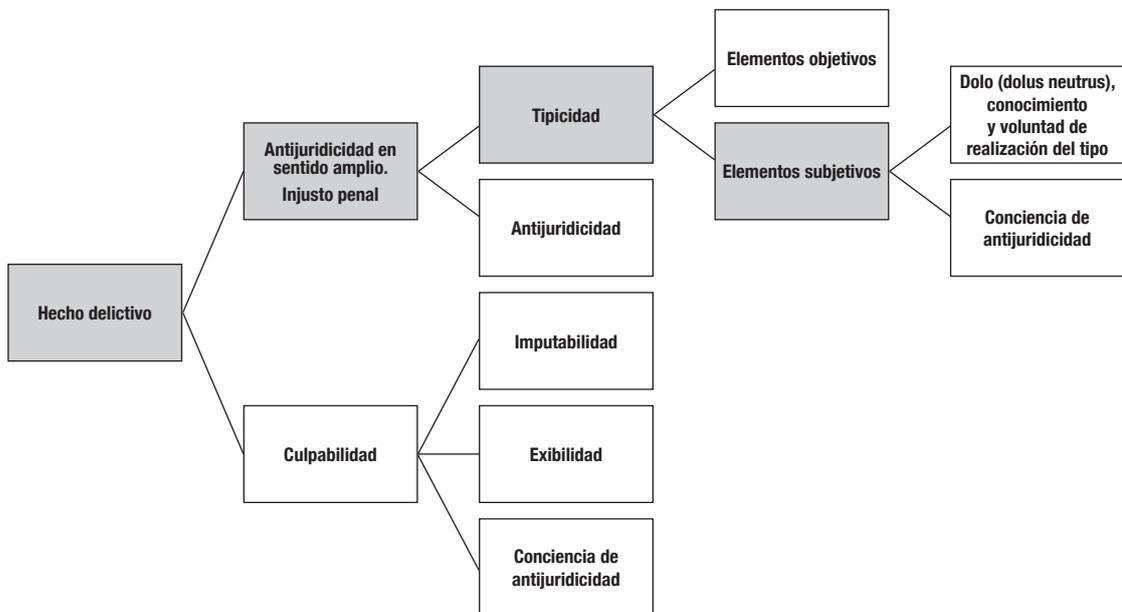
3. consideración de los efectos concomitantes o colaterales.

Consideremos el HOMICIDIO. JUAN quiere matar a JOSÉ, pero sabe que este siempre está acompañado de su hijo RUBÉN, y que es posible que también le pueda ocasionar la muerte. Si a pesar de ese conocimiento, no cambia los medios o armas utilizar para garantizar la vida de RUBÉN o cambia las modalidades ejecutivas de la acción, y al realizarla efectivamente muere además de JOSÉ, RUBÉN, debe responder por el resultado colateral. Responde de todo el contenido de su voluntad

(a título de dolo). Pero si cambia los medios y las modalidades ejecutivas de la acción y a pesar de ello se produce el resultado colateral, responde a título de culpa porque de todas maneras cae dentro del ámbito de la representación y la inevitabilidad.

- B. EXTERNA. Causalidad determinada por la finalidad. Causalidad sola: ciega. Causalidad + finalidad:= relación causal vigente. “a la relación final pertenecen solo las consecuencias que han sido incorporadas a la voluntad anticipadora de la realización”.

Gráfico No. 2: Esquema finalista de la acción



**Críticas al finalismo:**

El autor alemán Rolf Dietrich Herzberg, en su artículo Reflexiones sobre la teoría final de la acción, cita una crítica elaborada por Roxin:

La tesis de Welzel “de que toda acción humana consiste en la predeterminación final de un curso causal” no sustrae “del acceso al derecho penal a más formas de comportamiento” que otras teorías de la acción. “Pues (...) también los finalistas (ven) los hechos imprudentes como acciones y, por lo tanto, como posibles objetos de la sanción penal, porque

<sup>2</sup> El gráfico ha sido tomado del libro: DERECHO PENAL. INTRODUCCIÓN TEORÍA JURÍDICA DEL DELITO. Materiales para su docencia y aprendizaje. De las autoras Margarita Martínez Escamilla, María Martín Lorenzo y Margarita Valle Mariscal de Gante. Universidad Complutense de Madrid. 2012.

la voluntad del autor se dirige a alguna meta, aunque no sea la realización del tipo".

El propio Herzberg, también realiza duras críticas al finalismo como cuando establece que la teoría final de la acción "es una creación incorrecta lingüísticamente, comparable a otras expresiones alemanas igualmente incorrectas, como "pequeño griterío de niños" (das kleine Kindergeschrei) para expresar el griterío de niños pequeños, el "ahumado amante del pescado" (der geräucherte Fischliebhaber) para referirse al amante del pescado ahumado, el "padre de familia de siete cabezas" (der siebenköpfige Familienvater) para decir el padre de familia con siete hijos, o "la destrucción fertilizada de óvulos" (die befruchtete Eiertötung) en lugar de la destrucción de óvulos fertilizados."; o cuando increpa que ante "la total coincidencia de los conceptos causal y final de acción respecto de la acción como elemento del delito, y respecto del tipo objetivo, se preguntará cuál es el fundamento de la pretensión de los finalistas de haber captado con mayor profundidad y haber definido más satisfactoriamente "la esencia del actuar humano" y que "los finalistas se resignan a la incapacidad de su concepto de acción para "abarcar lo común a todas las formas de comportamiento jurídico-penalmente relevantes y, por lo tanto, para construir el supraconcepto de esas formas de comportamiento".

### **¿Causalismo o finalismo? La teoría del delito que debe aplicarse a nuestra realidad del siglo XXI.**

Para responder esta pregunta el profesor Kai Ambos (2007) establece que debe tomarse en cuenta dos perspectivas:

La primera, que hace alusión al Derecho penal material, para cuyo efecto establece

que siguiendo con el concepto de acción de Franz Von Liszt (acción en el sentido de un mero impulso o estímulo nervioso de causas naturales) es decir como "modificación en el mundo exterior provocado por la voluntad humana", se puede desarrollar sin problemas una "construcción bipartita objetiva-subjetiva de la teoría del delito, en donde acción, tipo y antijuridicidad conforman el injusto y la parte objetiva del delito, y la culpabilidad psicológica representa el aspecto subjetivo.", aunque este esquema así construido tiende a fracasar ya que después de un tiempo apareció

el concepto neoclásico del delito que reconoció a existencia de la intención y los motivos como tipo subjetivo y normativizó la culpabilidad, lo que dio como resultado una teoría del delito finalista que reemplazó las anteriores concepciones de la teoría del delito, desplazando el dolo de la culpabilidad al tipo y entendiendo la culpabilidad en términos puramente normativos, de modo que se sustituyó la dicotomía causal objetivo-subjetiva entre el injusto y culpabilidad por una estructura normativa-objetiva-subjetiva tripartita de la teoría del delito diferenciando entre tipo y antijuridicidad objetiva, tipo y antijuridicidad subjetiva, y un concepto puramente normativo de la culpabilidad. (Ambos, 2007, pág. 8)

La segunda, es la perspectiva del Derecho Procesal penal, puesto que la dicotomía entre injusto objetivo y culpabilidad subjetiva es propia del modelo procesal del proceso inquisitivo nació con el Papa Inocencio III en el año 1215; mientras que en los sistemas acusatorios el juez debe ocuparse detenidamente del autor y de la motivación o finalidad de su acción.

Para el Profesor Kai Ambos, debe tomarse en cuenta, como dijimos antes, estos dos elementos para decidir la aplicación de una teoría determinada puesto que

explicar la superación de la teoría causalista de la acción en términos exclusivamente

procesales, apelando al espíritu del proceso inquisitorio o acusatorio, es ir demasiado lejos, puesto que hasta hoy existen sistemas procesales acusatorios (puros), en particular el sistema angloamericano, que van de la mano de una construcción causal del delito. En consecuencia, no se puede comprender la teoría del delito post finalista sin la fundamentación filosófico-penal del concepto final de acción. (Ambos, 2007, pág. 9)

En nuestra realidad ecuatoriana vale la pena recordar que el Código de Procedimiento Penal de 1983, de carácter netamente inquisitivo, vigente hasta la publicación de la Ley No. 000 contenida en el Suplemento del Registro Oficial No. 360 de 13 de Enero del 2000, la cual trae el nuevo Código de Procedimiento Penal, de tipo “acusatorio”, trató ajustarse a los requerimientos de la Constitución Política de 1998, derogada actualmente, la cual traía, entre varias de sus novedades sobre todo en Derecho Procesal penal, el sistema acusatorio y el procedimiento oral organizado de conformidad con los principios de inmediación, contradicción, dispositivo.

Con estos principios y garantías se pretendía armar un nuevo sistema ritual tendiente a la resolución de los “conflictos” de forma más humana y “avanzado” lo cual nos convertía, a su vez, en más civilizados puesto que el sistema oral es propio del derecho anglosajón. Con esta base constitucional y después de varios siglos de emplear sistemas jurídicos copiados o derivados del Código Napoleónico, con su administración de la justicia denominada “detrás de puertas cerradas”, Ecuador empezó a experimentar, con su nuevo proceso penal, con sistemas legales llamados “abiertos”, de confrontación, con juicios verbales. En este sistema, conocido en algunos de nuestros países como sistema acusatorio, el acusado tiene el derecho a escuchar los cargos legales impuestos contra él, así mismo tiene de-

recho a confrontar la “evidencia” presentada por la Fiscalía y tiene derecho a defenderse de esos cargos personalmente o a través de su abogado, confrontando a los testigos de la acusación y presentando sus propios testigos de la defensa.

Así llevado adelante la reforma del proceso penal, siguiendo la línea de los otros países de Latinoamérica, nos encontramos inmersos en un sistema de tipo acusatorio (aunque en verdad y desde el punto de vista material podemos hablar solamente de un sistema procesal de corte inquisitivo modificado o reformado) y al haber establecido nuestra organización jurídico - política como estado constitucional, garantista por naturaleza, creemos adecuado que debe ser la teoría finalista de la acción la que debe aplicarse en nuestro país por cuanto es de suma importancia que se establezca con toda certeza el contenido del tipo subjetivo de la infracción.

Cierto es que causalismo y finalismo son categorías ópticas que hacen alusión al primer nivel de imputación, según lo describe el autor Donna, esto es a la imputación de la conducta del sujeto activo de la infracción, en las actuales épocas se discute la

...la idea fundamental en el funcionalismo posmoderno reside en desterrar todo vestigio que pueda relacionar los elementos del sistema jurídico-penal con principios ópticos, esto es, suprimir o declarar “neutro” el concepto de acción para así poder sobre poner un concepto incierto de “imputación”, para luego proseguir con el mismo tratamiento sobre la “causalidad”, cómplice inmediato de la “acción”, ya que ambas llevan la marca de infamia por su pertenencia a los infiernos del “ser”, llegando a requerir lo mínimo indispensable de ésta, cuando no, su destierro a los infiernos de donde proviene condenándola al fuego y azufre, como así lo pregona la radicalización sistémica del funcionalismo. (Ruben Carrizo, 2007). ❖

## El Enriquecimiento Injusto: Fraude y Simulación Laboral



*Dr. Víctor Fernández Álvarez*  
*Coordinador Corte Nacional de Justicia*

*“Por la recurrencia frecuente de malos empleadores a prácticas de abierto fraude para aparentar la existencia de relaciones autónomas allí donde hay, en realidad, relaciones subordinadas”.*

Dr. Mario Pasco Cosmópolis.

El Dr. **Manuel Ossorio** en su Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales afirma que el enriquecimiento sin causa es el aumento injustificado del capital de una persona, a expensa de la disminución de otra, a raíz de un error de hecho o de derecho. Así mismo el Diccionario Jurídico Elemental- Práctico y Pedagógico de la Distribuidora Jurídica Nacional, sostiene que es la acción de hacer fortuna o de aumentarla considerablemente sin causa legal causando el empobrecimiento del patrimonio ajeno.

Para que exista el enriquecimiento injustificado es necesario que se cumpla los siguientes **requisitos**:

1. Que el demandado haya aumentado su patrimonio y evitado su disminución.
2. Cuyo incremento carezca de razón jurídica que lo justifique.
3. Que haya causado empobrecimiento, frustrado ganancias del demandante.

Por lo anteriormente expuesto el enriquecimiento injusto es el aumento patrimonial que carece de causa lícita y justa que lo ampare, es un lucro patrimonial que no se puede justificar y que causa el empobrecimiento o detrimento patrimonial de otra persona. En otras palabras debe de existir una correlación entre el enriquecimiento y empobrecimiento de las partes y no exista ninguna causa legal o convencional que pueda amparar tal situación.

En doctrina se afirma que el enriquecimiento injusto o injustificado en materia laboral equivale al enriquecimiento ilícito en materia civil. Dentro de este campo del enriquecimiento injusto se puede hablar se fraude y simulación laboral.

### **La Simulación**

La palabra **simular** proviene del latín **simulare** que significa representar algo, fingiendo o imitando lo que no es.

Para el laboralista venezolano **Dr. Oscar Hernández Álvarez** en su obra la

Flexibilización del Trabajo, define a la simulación: “Al acto mediante el cual las partes declaran una voluntad aparente y ficticia que oculta un negocio verdadero, el cual corresponde a su voluntad real no declarada”. El mismo Ius-Laboralista en su publicación *La Flexibilización del Trabajo un Estudio Internacional*, considera que es el trabajo oculto que sin ser ilícito se oculta a la administración, con el objeto de no pagar impuestos o de reducir las cotizaciones de la seguridad social. En algunos casos con el propósito de eludir las reglamentaciones que regula la duración del trabajo o las condiciones de empleo. Que este “**trabajo oculto**” “**en negro**” se ha hecho extensivo al trabajo precario en América perjudicándose a la clase trabajadora.

Es toda operación en virtud de la cual se crea una situación jurídica aparentemente que difiere de la situación jurídica verdadera, producto de la concurrencia de determinadas circunstancias adversas a los intereses patrimoniales de las partes contratadas.

La simulación laboral es el conjunto de acciones aparentemente legales en las cuales se vale el empleador con el objeto de evadir las responsabilidades contractuales que genera la relación laboral.

### **Simulación Lícita**

Denominada legítima, inocente o incolora, cuando no se trata de perjudicar a terceros con el acto, no violenta normas de orden público, ni buenas costumbres. Se funda en razones de honestidad ejemplo: Las figuras jurídica: Contrato de Franquicia, distribución o flete, declarar como pasante al trabajador, formar una empresa como si fuera dueño el trabajador, firmar un contrato de prestación de servicio.

### **Simulación Ilícita**

Es maliciosa, cuando tiene por fin perju-

dicar a un tercero u ocultar la transgresión de normas imperativas, o las buenas costumbres por ejemplo:

Indemnización con valores no reales, pago de las remuneraciones menores al mínimo legal.

### **Fraude**

El **Dr. Manuel Ossorio** en su *Diccionario Jurídico* anteriormente mencionado señala que es el engaño, abuso, maniobra inescrupulosa. El Fraude a la ley es causa de nulidad de los actos jurídico. Acción contraria a la verdadera y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete.

Parafraseando al tratadista venezolano **Oscar Hernández Álvarez** que el patrono, prevalido de su situación de superioridad frente al trabajador, hace que este acepte que la relación laboral que los vincula a ambos, se le de una calificación distinta, o declara haber recibido pagos o beneficios que no recibió. Entre las principales prácticas de encubrimiento o de fraude laboral encontramos: La compraventa mercantil, el contrato de transporte, el contrato de arrendamiento, el contrato de servicios, prestación de trabajo dentro de las cooperativas conformadas por trabajadores.

Acto tendiente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o terceros. El fraude laboral no es otra cosa que la expresión concreta de la denominada flexibilidad de hechos, impuesta por el capital en defensa de sus intereses y en perjuicio de los trabajadores, ejemplo: El patrono no afilia al Seguro Social al trabajador, el empleador falsifica documentos con la intención de cubrir pérdida, el trabajador también puede cometer fraude por ejemplo: Entrega un certificado de descanso sin estar enfermo, llega al trabajo timbra y se va.

**Eriberto A. Bussi- Nestor Corte**, en la Obra Manual del Delegado Gremial consideran tres formas o modalidades de cometer el fraude laboral:

1. Al iniciarse la relación laboral, ejemplo: El contrato eventual o transitorio cuando en realidad es permanente, el menor no calificado y se lo contrata como aprendiz, celebración de contratos sucesivos de plazos determinados.
2. Durante el curso de la relación laboral, ejemplo: Suscripción de papeles en blanco, liquidación de remuneraciones sobre base falsas.
3. El que se utiliza para poner fin a la relación laboral, ejemplo: Distintas formas de renuncia, extinción o mutuo consentimiento para disfrazar el verdadero despido injustificado.

En el curso de Maestría en Derecho del Trabajo en la Universidad de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia, el Maestro Chileno **Dr. Emilio Mogrado Valenzuela**, manifestó que es el **empleo encubierto** que se produce cuando un empleador considera a una persona que es un empleado como si no lo fuese, con el fin de ocultar su verdadera condición jurídica. Y se lo hace a través de la utilización de acuerdos civiles o comerciales perjudicando el interés del trabajador. El falso trabajo por cuenta propia, la falta de subordinación, la creación de **cooperativas de trabajadores** como un sistema de suministros de trabajadores.

Frente a esta situación del fraude y la simulación laboral la **Conferencia Internacional del Trabajo** 95, reunión 2006, informe V (1). La relación de trabajo, quinto punto del orden del día, pág. 8, párra-

fo 26, señala: “Para verificar si existe o no existe una relación de trabajo es necesario guiarse por los hechos, y no por la denominación o forma que las partes le hayan dado. Por eso se dice que la existencia de una relación de trabajo depende de si se han satisfecho o no ciertas condiciones objetivas, y no de la manera como cada una de las partes o ambas califiquen la relación entre ellas. En otras palabras, lo que cuenta es aquello que se conoce en derecho como el **Principio de la Primacía de la Realidad**”. Nuestra Constitución Vigente en el artículo 327 en su parte pertinente sostiene: “El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y se sancionarán de acuerdo con la ley”. En relación con el artículo 37 del Código del Trabajo al referirse a la regulación de los contratos, textualmente dice: “Los contratos de trabajo están regulados por las disposiciones de este Código **aún a falta de referencia expresa y a pesar de lo que se pacte en contrario**”

En doctrina al principio de la Prevalencia de la Realidad para los maestros ecuatorianos: **Dr. Jorge Egas Peña** en su obra El Derecho del Trabajo a través de las Constituciones Políticas del Ecuador, afirma: Que lo esencial en materia laboral es lo que sucede en la realidad, que los hechos prevalecen sobre las formalidades, las formas o las apariencias, lo que importa es lo que sucede en la práctica y no la realidad ficticia declarada por las partes en el contrato. **Dr. Sabino Hernández Martínez** sustenta que es el Juez en base de las reglas de la sana crítica y de la lógica de su experiencia debe distinguir lo que es verdadero y lo que es falso al momento de declarar la relación laboral, es decir, la aplicación del Principio de la **Prevalencia de la Realidad**. ❖



**Dra. Jannet Coronel Barrezueta**  
Jueza - Corte Provincial de Pichincha

## Aplicación del artículo 528 de la Constitución de la República

El Art. 11.3 de la Constitución de la República, manda a que los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, sean de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, norma que concuerda con la del art. 426 de la misma constitución y se refleja en la integralidad de su texto.

El principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías constitucionales está orientado al ejercicio de los mismos, de tal modo que rige en todo el ordenamiento jurídico y sirve como fuente en la redacción de normas de desarrollo legislativo de derechos constitucionalmente reconocidos, constituyéndose en uno de los fundamentos sobre el que descansa la validez del ordenamiento jurídico.

Las normas interactúan entre sí y están interconectadas en principios de aplicación general, instituyéndose en un sistema jurídico donde la Constitución es la norma fundamental. La expresión ordenamiento o

sistema jurídico se refiere precisamente al “conjunto unitario y coherente de normas jurídicas que rigen en un cierto momento dentro de un ámbito espacial determinado”, de manera que no es un conjunto yuxtapuesto ni caótico de preceptos o normas jurídicas, sino que partiendo de un fundamento común de validez, a su vez, le permite unidad, coherencia e integralidad.

Lo señalado obedece al interés de esta nota frente al desconcierto provocado por la sentencia No. 001-13-SNC-CC, dictada por la Corte Constitucional el 6 de febrero de 2013, dentro del trámite de la consulta de constitucionalidad planteada por los Jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3, con sede en Cuenca, en un proceso de excepciones a la coactiva.

No vamos a referir el caso en concreto sino al contenido de la sentencia dictada por el órgano de control constitucional del país, específicamente a la parte de su “análisis constitucional”, en el que dice: “De manera general las juezas y Jueces aplicaran las normas constitucionales de modo directo y sin necesidad de que se encuentren desarrolladas. Sin embargo,

*en caso de que el Juez en el conocimiento de un caso concreto considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución, debe suspender la causa y remitir a la Corte Constitucional”, hasta aquí no hay problema, porque así lo dispone la Constitución, aunque, el Art. 428 ibídem, visto desde el contexto constitucional, en definitiva restringe el principio de aplicación directa de los derechos, en las circunstancias contenidas en la norma citada y otorga esta atribución únicamente a la Corte Constitucional; no obstante, esta reserva se limita únicamente a esta circunstancia en particular, pues de darse el caso de falta de desarrollo del derecho por norma legislativa, el principio de aplicación directa e inmediata, queda expedito.*

El asunto que inquieta es la parte en la que expresamente la Corte Constitucional sostiene que, *“Bajo ningún concepto, ante la certeza de inconstitucionalidad de una disposición normativa, el Juez podría inaplicarla directamente dentro del caso concreto; pues, siempre debe necesariamente elevar la consulta a la Corte.”* Esta consideración de la Corte, por una parte parecería alejarse de la *“duda razonable”* y acercarse al término *“considerare”* que consta en el Art. 428 de la Constitución de la República; esto porque, *“considerar”* puede entenderse como creer conveniente la consulta bajo una reflexión valorativa; sin embargo, la duda razonable significa lo mismo, estimar razonablemente que la norma es contraria a la Constitución. Dudar, que es el término que utiliza la ley, es poner en tela de juicio, es no estar seguro de la constitucionalidad de la norma. *“Certeza”*, por el contrario, significa seguridad, certidumbre, convencimiento de la inconstitucionalidad de la norma legal.

Seguidamente la sentencia dice: *“dado que la incorporación de la duda razonable y motivada como requisito del Art. 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, no ha brindado mayor certeza respecto de su alcance, es obligación de esta Corte dotar de contenido a este requisito legal...”*, y establece presupuestos para su admisión; es decir, hizo una interpretación del artículo 142 de la L.O.G.J.C.C., mas no del Art. 428 de la Constitución, que es lo que correspondía.

Siendo consecuentes con la realidad, era improrrogable la regulación de esta herramienta de control constitucional reservada a los Jueces; pues la habían convertido en un mecanismo de evasión, que desnaturalizó su finalidad; sin embargo, no se justifica que, a pretexto de llenar de contenido el requerimiento legal de motivar, se proscriba este mecanismo de control.

Imponer a los Jueces reglas como aquella contenida en el punto 2 de los presupuestos que establece la sentencia referida, para el ejercicio de la consulta de constitucionalidad en una norma legal, convierte a la consulta en una verdadera demanda de inconstitucionalidad; pues, al exigir certeza y no duda razonable, deja de ser consulta.

**Consulta**, según el Diccionario de la Lengua Española es ...6. *Dictamen que los consejeros, tribunales u otros cuerpos daban por escrito al rey sobre un asunto que requería su real resolución.”* **Consultar**, *“tr. Examinar, tratar un asunto con una varias personas, ...pedir parecer, dictamen o consejo...”*. Significaciones que dejan ver que el uso indebido del termino certeza saca de contexto la remisión en consulta de la norma legal.

Las imprecisiones en el uso del lenguaje al conceptualizar las ideas y plasmarlas por escrito, originan, como en este caso, incompatibilidades e incoherencias. Es indudable que consulta con certeza, en términos generales, no son incompatibles y, más aún, en términos jurídicos que, por su naturaleza, exige un buen uso del lenguaje. El buen escrito radica en la fórmula inglesa: *putting the right word in the right place*, (poner la palabra adecuada en el lugar adecuado). López Ruiz recomienda cinco cualidades necesarias: sencillez, claridad, concisión, precisión y originalidad. El descuido, la improvisación y la ligereza, producen imprecisiones, falta de coherencia, cacofonía, errores de sintaxis que empobrecen el idioma y al ordenamiento jurídico.

Es lógico admitir que un Juez, para elevar una consulta sobre constitucionalidad de una norma, debe explicar y justificar el porqué de su estimación y por supuesto, la relevancia que tiene la norma puesta en duda para el caso que juzga, pero exigir que el Juez asuma su consulta en la dimensión que plantea la sentencia constitucional

referida, es restringir al mínimo este accionar constitucional del Juez.

Restringir este mecanismo de control constitucional conlleva a reducir esta atribución esencial de la Corte Constitucional que, como bien señala en la misma sentencia, *“los jueces tienen la obligación de advertir la existencia de disposiciones normativas contrarias a la Constitución”*; es decir, redujo esta función de colaboración en el control a la mínima expresión, con lo que seguramente provocará la proliferación de la aplicación de normas legales e infralegales contrarias a la Constitución.

En definitiva, la sentencia en cuestión, en lugar de “garantizar la adecuada comprensión” de la consulta por duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma legal que ejercen los Jueces, provoca un desajuste con la norma constitucional, al exigir, por una parte, motivación a nivel de las decisiones judiciales y por otra, requerir del Juez certeza de la inconstitucionalidad de la norma legal pertinente al caso que conoce. ❖



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6  
CCC 4139/2013/4/CA3

Interlocutoria Sala VI (1)  
"Sáenz, Ricardo s/recusación"  
Juzgado de Instrucción N°24

# Recusación a un Juez por recibir mensajes de texto en twitter

Buenos Aires, 9 de agosto de 2013.-

### Y VISTOS; Y CONSIDERANDO:

**I.-)** Convoca la atención del Tribunal la recusación planteada por la defensa de Ricardo Oscar Sáenz (ver fs. 1/13), respecto del Dr. Juan M. Ramos Padilla.-

La solicitud de apartamiento se funda en los siguientes motivos:

**a.-)** En que el Juez actuó como denunciante del imputado en este mismo proceso. Funda su petición en el art.55 inc.1° del Código Procesal Penal de la Nación.-

Refiere la parte que pese a que el 4 de junio ante su presentación, el Magistrado afirmó que *"el mismo no ha sido convocado como imputado en esta causa (...)"* (fs.640), el 21 de mayo se envió a la Sra. Procuradora General de la Nación la denuncia con la que se diera inicio a estas actuaciones. *"Esto es, denominándolo técnicamente: había realizado una denuncia en mi contra"* (sic).-

**b.-)** En la enemistad manifiesta. Sustenta su requerimiento en el art.55 inc.11° del citado cuerpo normativo.-

Indica que los mensajes que el Juez le envió utilizando el programa de comunicación electrónica denominado *"Twitter"*, durante la sustanciación del proceso, demuestran una evidente animosidad y enemistad que lo inhabilitan para entender en la causa.-

**c.-)** En que se ha acreditado la difusión mediática del sumario, intentando con ello deshonrarlo y desacreditarlo.-

Dice la defensa que el Magistrado, luego de escuchar el contenido de las conversaciones telefónicas, realizó una campaña de desprestigio gratuito por todos los medios a su alcance, entregando a periodistas fragmentos de aquéllas. Cita, a tales efectos, un artículo del diario *"La Prensa"* del 30 de mayo; otro de *"Perfil"* del 5 de junio y otro de *"Página 12"*.-

**d.-)** En que el Juez ha destrutado en múltiples ocasiones a Fiscales de primera instancia lo que ha generado una tensión extrema.-

Para ello acompaña copias de algunos dictámenes.-

**II.-)** En relación al primer supuesto introducido asiste razón al magistrado de la instancia anterior pues el inc.8° del art.55 del código de rito exige que la denuncia sea anterior al inicio del proceso.-

Cronológicamente, la promoción o intervención debe anteceder a la causa en la que se produciría el apartamiento, de modo que el proceso actual debe ser independiente de aquél promovido o instado por el juez (ver Navarro, Guillermo - Daray, Roberto, Código Procesal Penal de la Nación, págs.215 y ss., Editorial Hammurabi). Esta circunstancia no se verifica en el caso pues el oficio dirigido a la Sra. Procuradora General de la Nación -que la defensa interpreta como “denuncia”-, se cursó el 21 de mayo pasado (ver fs.576), cuando esta investigación estaba en pleno trámite.-

**III.-)** En lo que atañe a la hipótesis presentada en segundo término, su análisis lleva a distinta solución.-

Preliminarmente puede decirse que si bien el art.58 del Código Procesal Penal de la Nación adopta un criterio restrictivo respecto de las causales de recusación al hacer una remisión a los supuestos expresamente previstos en el art. 55 *ibidem*, esa postura fue matizada sensiblemente a partir del fallo *Llerena* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (L.486. XXXVI).-

En este sentido, se ha señalado que a aquéllos, debe sumársele una cláusula abierta que permita sanear cualquier temor de parcialidad por parte del Magistrado (CCC., Sala I, causa N°44.079/12 “Villa-gra, Agustín y otros”, rta: 8/4/13. En la misma senda, se expidió la Cámara en lo Criminal y Correccional Federal, Reg. 353, rto: 26/4/2012).-

Maier ha sostenido que “*las reglas sobre el apartamiento de los jueces no deben funcionar como clausura de las facultades de los intervinientes en el procedimiento (reglamento taxativo), sino en el sentido de facilitar, para esos casos, el ejercicio efectivo de la facultad de apartar a un juez (de sustanciación y prueba sencilla, y de alto índice de predecibilidad), sin perjuicio de que el interesado pueda demostrar su temor razonable por la posible parcialidad de un juez, apoyado en razones analógicas que fundan seriamente su pretensión*”(Maier, Julio B. J, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos, págs.754 y ss., Editorial Editores del Puerto S.R.L., 2° edición, Buenos Aires, 1996).-

El citado autor agregó que: “*las reglas sobre imparcialidad se refieren, por ello, a la posición del juez frente al caso concreto que, en principio, debe juzgar, e intentan impedir que sobre él pese el temor de parcialidad. La herramienta que el derecho utiliza en estos casos reside en la exclusión del juez sospechado de parcialidad y su reemplazo por otra persona, sin relación con el caso y, por ello, presuntamente imparcial frente a él. Las reglas y el remedio alcanzan, incluso, a quienes accidentalmente están llamados a ejercer la función de juzgar (...)*”(Maier, Julio B.J., “Derecho Procesal Penal. Fundamentos”, Fundamentos, págs.752 y ss., Editores del Puerto S.R.L., Segunda Edición, Buenos Aires, 2004).-

La *imparcialidad*, como garantía básica del Estado de Derecho, se encuentra reconocida en numerosos documentos de DD.HH, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art.8, inc.1, establece: “*Toda persona tiene derecho a ser oída (...) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (...)*”. La imparcialidad es una garantía del justiciable

en tanto el funcionario público que lo juzga resulte un tercero ajeno a la cuestión que no tiene interés en el resultado.-

Así, es interpretado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria que las causas de apartamiento de quienes intervienen en un tribunal de juzgamiento no se agotan con las específicamente establecidas en el art.55 del catálogo procesal, sino que existen otras circunstancias -no escritas- que pueden incidir en la preservación de la garantía constitucional de imparcialidad y transparencia, en la conducción y decisión del caso concreto, que está puesta *“en beneficio de los justiciables y no de los integrantes del Poder Judicial”* (ver el precedente señalado de la Sala I de la CCC en donde se hace remisión a L.L., 1993-E-568 y autores allí citados).-

En este contexto, *“la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación a las partes como a la materia (...) puede verse la imparcialidad desde dos puntos distintos, uno objetivo y uno subjetivo. El primer enfoque ampara al justiciable cuando éste pueda temer la parcialidad del juez por hechos objetivos del procedimiento, sin cuestionar la personalidad, la honorabilidad, ni la labor particular del magistrado de que se trate; mientras que el segundo, involucra directamente actitudes o intereses particulares del juzgador con el resultado del pleito”* (caso “Llerena” CSJN, considerando 10°).-

**IV.-)** Partiendo de esta premisa, estimamos que el análisis del intercambio de *“tweets”* entre el Juez y el imputado, debe ser abordado desde un prisma más amplio que el de las previsiones del inc.11° del art.55 que nos ocupa.-

Queda claro que cualquiera sea la conclusión esto no lleva a un desmérito, pues hace años que el apartamiento de un magistrado no debe considerarse una sanción sino como una garantía más para el justiciable.-

Sentado ello, es preciso determinar entonces si estamos frente a una preocupación legítima en base a fundamentos razonables que indiquen que el temor de parcialidad está justificado, o bien frente a una pretensión ilegítima de remover a quien fue designado para la denuncia.-

A nuestro criterio, el contenido de los mensajes (*tweets*) intercambiados vía *“Twitter”* el 12 de mayo de 2013, entre el imputado -perfil @saenzricardo- y el Magistrado interviniente -perfil @jramospadilla-, cuando la pesquisa estaba en pleno trámite, da sustento a la pretensión del incidentista no obstante la explicación brindada por el Sr. Juez Ramos Padilla, en la cual reconoce la autoría de estos mensajes.-

Es que las frases en las que el Sr. Juez refirió al acusado que *“su ignorancia desborda”* o que lo vincula a *“una familia corporativa e hipócrita”* -entre otras-, tienen entidad para justificar la desconfianza del receptor sobre la imparcialidad que compete al encargado del resguardo de las garantías constitucionales. Para arribar a esa conclusión, *“no se exige que él realmente sea parcial, antes bien, alcanza con que pueda introducirse la sospecha de ello según una valoración razonable”* (caso “Llerena”, considerando 22, en el que se cita a Roxin, Claus, Derecho Procesal Penal, trad. Córdoba, Gabriela y Pastor, Daniel, Editores del Puerto, Bs. As., 2000, pág.41 -ver remisión de la cita al considerando 13-).-

Frente al planteo concreto de la parte, el Dr. Ramos Padilla dijo utilizar frecuentemente las redes sociales en donde vuelca opiniones de distinta naturaleza, pero aclaró que ello “*no tiene nada que ver con la función jurisdiccional, sino, lo reitero, con un simple divertimento*” (sic). Agregó que varios jueces de primera y segunda instancia del fuero se expresan con ironía y picardía en “Facebook” y “*ésta es toda la respuesta que habré de darle a este tema, pues de otra manera entraríamos en el ridículo. Y desde allí, como dije, no se vuelve*” (ver fs.17/18 de este incidente).-

La finalidad que el magistrado le adjudica a los mensajes -*simple divertimento*- no es relevante al momento de analizar la cuestión, pues el acento está puesto en la trascendencia de que provengan del juez de la causa, quien debe contar “*con la confianza de los sujetos concretos que juzga, de modo que éstos no sólo no tengan, sino que ni siquiera alberguen, el temor de llegar a tener un juez enemigo o de cualquier modo no imparcial*” (considerando 24° caso “Llerena”).-

La Real Academia Española define hipocresía como: “fingimiento y apariencias de cualidades o sentimientos contrarios a los que verdaderamente se tienen o experimentan” e hipócrita como: “que finge o aparenta lo que no es o lo que no siente” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Madrid, 1984). Los conceptos referidos nos conducen a sostener que el receptor no pudo sino recibirlos con este alcance y ello es suficiente para generar un temor de parcialidad, más allá de que el emisor lo hubiera hecho por divertimento. No cabe duda que el magistrado en ese momento abandona tal rol, con lo que ello implica, para directamente personalizar una contienda de manera burda con el imputado.-

En el mismo orden de ideas no puede pasarse por alto el orden cronológico en que se dieron los mensajes. Especialmente, debe tenerse en cuenta que la conversación y/o intercambio de “tweets” entre el imputado y el Sr. Juez de Instrucción data del 12 de mayo pasado, y que el 11 de abril se recibió en la judicatura la transcripción de las escuchas telefónicas de Pecorelli en la cual se hace alusión a una conversación con “Ricardo”, quien resultaría ser el acusado Sáenz (ver fs.286 y 303).-

A fs.296 surge el diálogo mantenido entre Pecorelli y Sáenz en donde el primero le pide que le averigüe de esta causa. En el informe de fs.502 se le hace saber al magistrado recusado que uno de los teléfonos con los cuales Pecorelli se habría comunicado pertenecía a Ricardo Oscar Sáenz, que aparece en las charlas como “Ricky”. Este informe es agregado a la causa el 10 de mayo.-

A fs.505 el juez realiza un decreto en el legajo el 13 de mayo y luego a fs.576 ordena remitir copia de los elementos allí mencionados a la Procuración General de la Nación, pues valora que del análisis de las escuchas surge la intervención del imputado Sáenz, Fiscal General ante esta Cámara, en donde efectúa un intercambio de información con el acusado Pecorelli.-

En este aspecto, la descripción de la conversación entre los nombrados no se encontraba previamente descrita en el requerimiento fiscal de fs.308/309. El Fiscal de Instrucción impulsa la acción por estos hechos el 28 de junio de 2013 (ver fs.739/741).-

De esta forma, el contexto temporal en el cual el Juez realiza el intercambio de mensajes/*tweets* el 12 de mayo pasado con Sáenz, al tener en cuenta que dos días antes había recibido un informe en el cual se le hacía saber que éste se comunicaba con Pecorelli, sumado a que luego el propio magistrado pone en conocimiento de la Procuración a los fines administrativos y posteriormente le corre vista al Fiscal para que en su caso impulse la acción por este episodio, permiten concluir como pautas objetivas que tienen entidad para considerar que el imputado puede tener temor de que actúe con parcialidad.-

En suma, el juez enterado de que Sáenz se comunicaba con Pecorelli para incidir en la tramitación de esta misma causa (ver fs.286, 303, 502 y requerimiento fiscal de fs.739/741 y su llamado a indagatoria), realizó un diálogo mediante “*tweets*” sobre aspectos vinculados a la función jurisdiccional con los calificativos descriptos, lo cual, como dijimos, lleva razonablemente a considerar que el temor de parcialidad se encuentra presente, por lo cual es indispensable para garantizar este derecho constitucional, hacer lugar al planteo.-

Es que aún cuando sustente un firme compromiso de imparcialidad en su función, la sospecha de falta de neutralidad, justificada en aquel intercambio epistolar, nos inclina a decidir a favor del justiciable, pues impide afirmar con seguridad que haya ausencia de prejuicios o intereses en el juzgador frente al caso que debe decidir, por lo menos, en relación al imputado.-

La garantía de imparcialidad es uno de los pilares en que se apoya nuestro sistema de enjuiciamiento, ya que es una manifesta-

ción directa del principio acusatorio y de la defensa en juicio y el debido proceso, en su vinculación con las pautas de organización judicial del Estado (ver, considerando 9° “Llerena”). Si se tiene en cuenta entonces la importancia de aquélla, presupuesto necesario para la operación práctica y adecuada de las demás en el proceso -metagarantía sin la cual se torna difícil la instrumentación de una política judicial protectora de los derechos del imputado-, se comprenderá la necesidad de cumplir con sus exigencias de la mejor manera posible (ver, en este sentido, Sala VI, causa N°26.915 “Incidente de recusación promovido por Juan María Rafael José Finazzi”, rta: 10/5/2005 en donde se citó a Alberto Bovino, “Problemas del derecho procesal penal contemporáneo”, Editores del Puerto S.R.L., Bs. As., 1998, págs.66/68).-

Por las razones expuestas, resulta plausible el temor de parcialidad invocado, el que no debe confundirse con la honestidad personal del Juez de la instancia anterior que en momento alguno fue cuestionada.-

En esta senda, se ha postulado que *“la exigencia de un juez imparcial y, por ende, la facultad de apartar a jueces sospechados de parcialidad, no debe ser confundida con una agresión a la honorabilidad u honestidad de los jueces. Para que los jueces sean personas honestas y honorables, las normas establecen cuáles son los requisitos para su nombramiento, y para el caso que un juez no lo sea se prevén sistemas de remoción (...) un juez honorable no garantiza imparcialidad frente a todos los casos en los que le toca intervenir y esto no es motivo alguno de reproche al juez”* (Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Zenzerovich, Ariel” (Z.81:XXXIII).-

En el mismo orden de ideas, se ha señalado que *“la idoneidad del juez depende más que de sus cualidades, de una posición suya frente a las partes. Tal posición que recibe el nombre de imparcialidad se resuelve en una equidistancia de las partes (...) el problema (es) el liberar al juez del cualquier prejuicio, que de un modo u otro pueda turbar, aún en mínima medida aquella imparcialidad que pueda ser parangonada al perfecto equilibrio de una balanza”*(Carnelutti, Francesco, “Derecho Procesal Civil y Penal, T°1, 1971, parágrafo 46, “Imparcialidad del Juez”, p.84 y ss).-

Teniendo en cuenta la decisión que se adopta, el tratamiento de las demás cuestiones planteadas por la parte ha perdido virtualidad.-

Por todo ello, el Tribunal **RESUELVE:**

**I.-)** Hacer lugar a la recusación del Juez de Instrucción Juan María Ramos Padilla

interpuesto a fs.1/13 de este incidente por la defensa de Ricardo Oscar Sáenz.-

**II.-)** Regístrese, comuníquese mediante oficio al Sr. Juez recusado y remítase el presente a la Oficina de Sorteos a fin de que se desinsacule el magistrado que deberá intervenir en el proceso, quien deberá cumplir con las notificaciones de rigor.-

Devuélvase y sirva lo proveído de atenta nota de envío.-

Mario Filozof

**Siguen firmas:**

Julio Marcelo Lucini

Ricardo Matías Pinto

**Ante mí:** Cinthia Oberlander  
Secretaria de Cámara

# ¿Y qué de la familia...?



Ocurre que, por lo general, todos andamos corriendo y ya no tenemos tiempo para la familia; bajo la excusa de que trabajamos para mantenerla, nos afanamos y poco a poco la hacemos a un lado.

Decimos: Hay que producir y las nuevas disposiciones legales, para los diferentes cargos públicos o privados, nos obligan seguir capacitándonos para no correr el riesgo de quedar fuera de la competencia. De esta forma llegamos a la casa, agotados y sin ganas de compartir con los nuestros, porque hay que utilizar el tiempo para comer algo, leer más y descansar.

Nos engañamos creyendo que el fin de semana será el tiempo de la familia, pero al final, aparecen eventos sociales y compromisos que no podemos postergar.

Luego pensamos que ellos también tienen actividades donde nosotros no encajamos y no son más que argumentos que usamos para no sentirnos culpables, pero la verdad es que se nos pasa el tiempo y al no prestarle la atención que necesita nuestra familia, la estamos perdiendo.

Cuántos nos reflejamos en esta realidad? Esta puede ser una oportunidad para hacer un giro que cambie la historia de nuestra familia. No va a ser fácil pero si necesario.

Hay cosas sencillas pero eficientes que podemos hacer:

Aprovechar el tiempo y estar con ellos, en todo lo que nos sea posible, desayunando juntos, dejando a un lado el periódico y el teléfono celular, preguntando cómo amanecieron y qué harán. Si es posible verse y almorzar juntos en hora buena!

Vamos a expresar nuestro amor, diciéndoles lo importante que son para nuestras vidas, el "Te amo" no puede faltar (sino ha sido un hábito tal vez se sorprendan, pero será muy grato).

Abrazar es necesario para las familias que quieren triunfar, pero el abrazo debe ser largo y fuerte para que mientras ocurra lo puedan disfrutar. Si es necesario debemos pedir perdón por la ausencia y comprometernos a mejorar nuestro tiempo de calidad con ellos.

Es importante conversar con nuestra pareja sobre el asunto, para ponernos de acuerdo en la necesidad del mejoramiento familiar. Debemos ser los primeros en intentarlo para que el resto de la familia acepte el desafío (seguramente lo quieren y lo necesitan tanto como nosotros)

Los problemas en la oficina y en el trabajo seguirán pero, nadie nos robará la alegría de disfrutar de la familia con la que hemos soñado.

Debemos recordar que las empresas siguen y nuestro cargo es reemplazable, pero en nuestra casa, nadie puede cubrir la responsabilidad que tenemos, pues nuestros hijos necesitan de padres para protección, para tener ejemplo, para recibir amor.

Una familia feliz hace la diferencia! Si queremos ser parte del cambio en nuestro medio, la familia que formamos es un valioso aporte, pero más que eso es nuestra responsabilidad y privilegio.



HERENCIA  
FAMILIAR  
*Levantando Generaciones*

**Ab. Jenny Carvajal de Herrera**

# VIII CONCURSO INTERNACIONAL DE TRABAJO MONOGRÁFICO



La Comisión Iberoamericana de Ética Judicial convoca al VIII Concurso Internacional de Trabajo Monográfico en torno al Código Iberoamericano de Ética Judicial.

**Tema:** "Cortesía"

**Plazo de entrega:** 31 de mayo del 2014.

**Participantes:** judiciales de los países miembros de pleno derecho ante la Cumbre Judicial Iberoamericana CJI, hasta con tres trabajos por país, excepto los Comisionados o Delegados a la CIEJ.

El escrito científico debe contener una visión crítica de diversos puntos de vista de tratadistas, experiencias, estadísticas y análisis acerca del tema en particular, (Cortesía) y deberá estar directamente vinculado a los principios constantes en los artículos del Código Iberoamericano de Ética Judicial.

**Mayor información:**

Dr. Jorge M. Blum Carcelén, delegado del Ecuador a la CIEJ, y presidente de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

[drjorgeblum57@hotmail.com](mailto:drjorgeblum57@hotmail.com)

