

COIP
en vigencia

ISSN N° 1390-7972

REVISTA ENSAYOS PENALES

SALA PENAL

Edición #9 mayo 2014

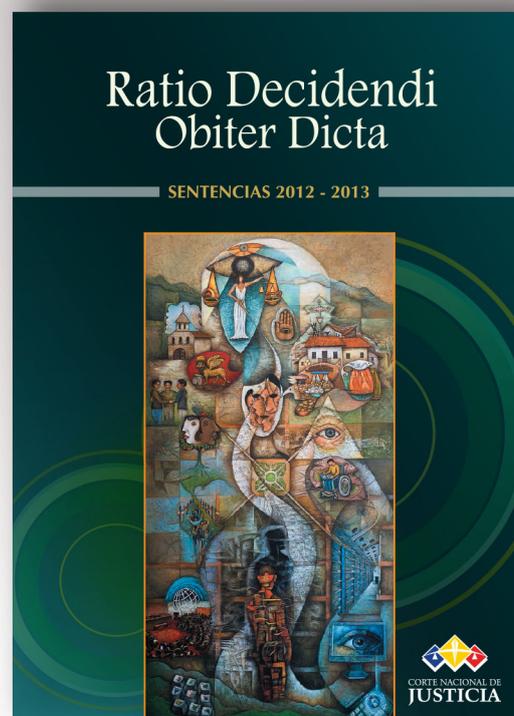
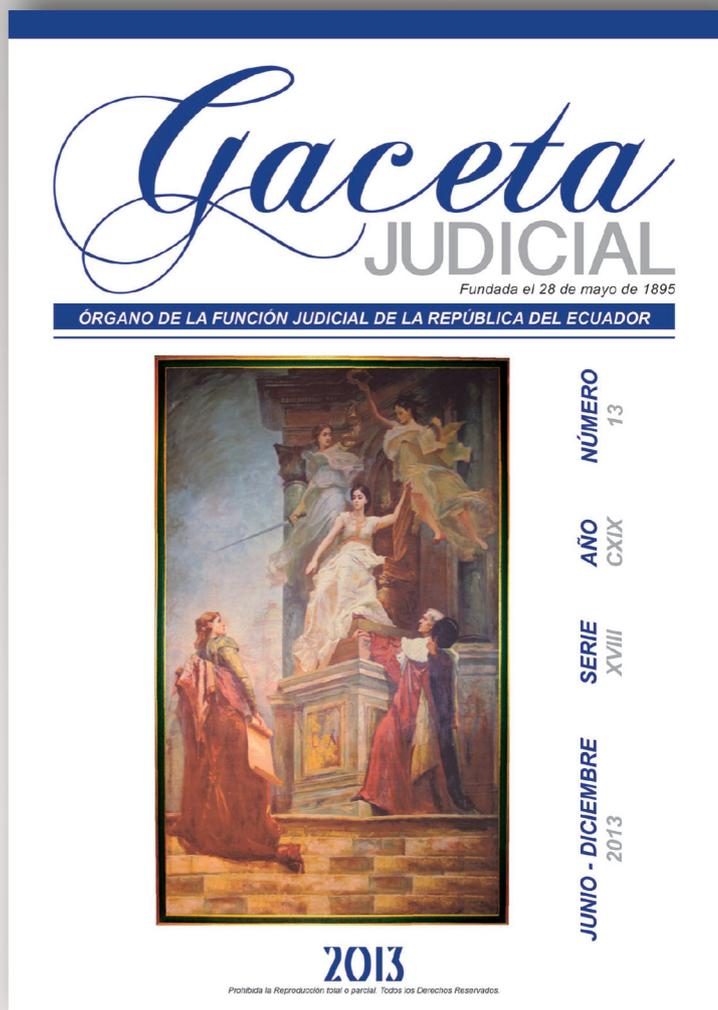


CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA



En memoria del Maestro y Tratadista Dr. Jorge Zavala Baquerizo

Próximamente en circulación



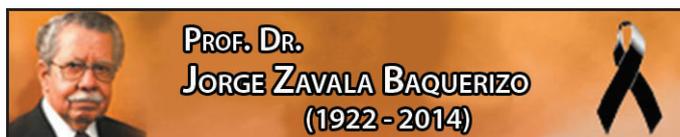
CONSEJO EDITORIAL

Dra. Lucy Blacio Pereira
Dr. Paúl Iñíguez 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 mayo del 2014
ISSN N° 1390-7972
gacetajudicial@cortenacional.gob.ec
www.cortenacional.gob.ec
Av. del Maestro Oe1-90 y Av. Galo Plaza
Telf.: (02) 2808663
Quito-Ecuador

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

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



En memoria del doctor Jorge Zavala Baquerizo

Autor: Rodolfo Pérez Pimentel

VICE PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA.- Nació en Guayaquil el 13 de mayo de 1922, en una casa del tradicional barrio las Peñas; hijo legítimo de Oswaldo Zavala Arbaíza, empleado público; “hombre honorable, trabajador y muy sensible”, y de Ana Cristina Baquerizo Gërman, maestra de escuela municipal que le enseñó a leer y a escribir y mujer admirable en todo sentido por su inteligencia, gran carácter, profundo sentido de justicia, simpatía y don de gentes¹.

Estudió la primaria en la escuela Fiscal No. 1 “Simón Bolívar” y la secundaria en el “Vicente Rocafuerte”. “Admiraba mucho al Dr. Luis Washington García Moreno, en cuya casa alquilábamos un departamento y cuando cumplí 11 años hice un letrero de cartón con el nombre de Jorge Zavala Baquerizo. Abogado para colocarlo en la puerta bajo la placa de ese gran maestro del Derecho. Dedicaba bastante tiempo al deporte, practicaba el box, en el cual era eso que llaman gran trompón. A los 16 años hice mi primer discurso para la visita de Gabriela Mistral a mi colegio y me gané un beso que nunca olvidaré. Luego me integré a la primera promoción de Filósofico - Sociales, recién abierta en el plantel”.

El 26 de enero de 1940 se graduó de Bachiller en Humanidades Modernas con Sobresaliente. “A los maestros se les respetaba, aunque mal pagados y mal vestidos demostraban una gran solemnidad, un gran conocimiento y sus valores morales eran a toda prueba, entonces era imposible no admirarlos”. Enseguida trabajó de amanuense del Registro Cantonal de Estadísticas, e inició sus estudios de Jurisprudencia. Ese año obtuvo el premio “Código Civil” donado por el Dr. Darío Rogelio Astudillo al mejor estudiante de la materia.

En 1940 se afilió al Partido Liberal Radical. En 1941 intervino en el programa “Hora Dominical Universitaria” y criticó al gobierno por su inoperancia durante los días de la invasión peruana. Al día siguiente fue tomado prisionero y juzgado con siete días de cárcel que los cumplió en el cuartel. Entre 1942 y 1944 fue presidente del Centro Liberal Radical Universitario en dura oposición al gobierno. En 1942 ganó el Premio “Código Penal” en el concurso realizado para conmemorar el 75°. Aniversario de fundación de la Universidad de Guayaquil. En 1943 contrajo matrimonio con Juana Ycaza Roldós ingresó a “Acción

¹ Tenía conceptos claros acerca de la educación para la formación del alma y la instrucción que permite aprovechar la inteligencia. Desde la hamaca nos impartió una formación muy rígida, nunca exenta de afecto. Nos enseñó a leer y a escribir antes de entrar a la escuela.

Democrática Ecuatoriana” (A.D.E.) y sufrió persecuciones políticas. El 28 de mayo de 1944 fue designado subjefe de la Guardia Universitaria a órdenes del Cap. Palacios y comandó las patrullas armadas de vigilancia hasta el 15 de junio. Por entonces nació su hijo Antonio Zavala Ycaza y dictó cátedra en el Colegio Nacional de señoritas “Guayaquil”. En 1945 se divorció y a raíz de la dictadura velasquista del 30 de mayo de 1946 fue apresado y estuvo un mes en la cárcel pública de Guayaquil y 15 días en el panóptico. “Fue un tiempo para meditar que las ideas no mueren con las presiones físicas”.

Zavala Baquerizo es un demócrata auténtico, enemigo de todo gobierno de facto y Velasco, gran demócrata en teoría, cada vez que llegaba al poder se mostraba totalitario y autócrata, de suerte que entre ambos jamás existió paridad de criterio. El 26 de noviembre de 1946 obtuvo el grado de Doctor en Jurisprudencia y el 3 de diciembre fue abogado. Poco después contrajo matrimonio con Carolina Egas Núñez y de esta unión nacerán Oswaldo, Jorge y Javier Zavala Egas. Entonces ocupó la Fiscalía del Juzgado II del Crimen del Guayas con S/. 730 de sueldo pero renunció a los 3 meses para dedicarse por entero a la profesión.

En 1946 se cambió a Huancavilca y Capitán Nájera y fue electo Vocal del Tribunal del Crimen, cargo sin sueldo pero muy honorífico, que desempeñó por espacio de varios años. En 1947 pasó a una cátedra en el recién fundado Colegio Nacional “Aguirre Abad”. En 1950 fue Defensor de Pobres e inició su fama como penalista, el más famoso de la República, con brillantísimas intervenciones en el foro, ayudado con su poderosa voz de tenor. Su carrera ha visto numerosos triunfos, aunque no ha estado exenta de peligros y situaciones difíciles. El 1º de enero de 1958 sufrió un atentado por equivocación en el interior de su do-

micilio, recibiendo varios disparos que lo mantuvieron entre la vida y la muerte por espacio de algunas semanas. El perturbado agresor después le fue a solicitar disculpas. En esta época asesoró a los trabajadores petroleros de Ancón y la Libertad haciéndoles ganar una célebre huelga que hasta hoy se recuerda.

Entre 1956 y 1957 fue Consejero Provincial del Guayas por el Partido Liberal en la administración Cefepista de César Amador Baquerizo. En 1958 salió electo Diputado por el Guayas, concurrió al Congreso y formó parte de la oposición a Ponce Enríquez. En 1959 comenzó a dictar la Cátedra de Práctica Penal y desde 1962 la de Procedimiento Penal en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Guayaquil. En 1960 fue electo Vicepresidente del I Congreso Nacional de Abogados. En 1961 fundó la Universidad Laica Vicente Rocafuerte, fue su primer Rector y presidió el Colegio de Abogados de Guayaquil, siendo reelegido en 1964. Entre 1961 y 1963 desempeñó la Asesoría Jurídica de la Municipalidad durante las alcaldías del Dr. Otto Quintero Rumba y Assad Bucaram. Entonces logró la recuperación de los fondos municipales pignorados por fideicomiso al Banco de Descuento, alegando que no había pignoración de impuestos, sino únicamente de rentas; criterio que fue aceptado por unanimidad.

En 1962 publicó el primer volumen de su monumental obra “El Proceso Penal Ecuatoriano”, que consta de un total de siete tomos. En 1963 fue cofundador del “Partido de Acción Nacionalista” (P.A.N.) grupo formado ante la ineficacia de los partidos políticos para combatir a la dictadura de Castro Jijón. En Noviembre cayó preso en Guayaquil y fue conducido al Panóptico bajo el cargo de “Haberse querido tomar el cuartel de San Antonio formando parte de

un grupo de quinientas personas”. Zavala argumentó preguntando ¿Y donde están los 499 restantes revolucionarios? Un mes después recuperó su libertad.

En 1966 la Municipalidad de Guayaquil le concedió el premio “Al mérito Científico” por haber enriquecido el acervo cultural ecuatoriano. En 1967 fue electo Presidente de la Federación Nacional de Abogados del Ecuador y una fuerte corriente de ciudadanos postuló su nombre para formar binomio con el Dr. Andrés F. Córdova. El partido Liberal apoyó su nominación para la Vicepresidencia de la República y el C.F.P. la aceptó con gusto.

En las elecciones presidenciales de 1968 Velasco obtuvo una ínfima mayoría sobre el Dr. Córdova, no así su binomio el Dr. Víctor Hugo Sicouret que perdió ante Zavala, produciéndose una situación muy delicada, porque los triunfadores Velasco y Zavala para el período de 1968-1972 eran opositores políticos irreconciliables y personas de carácter fuerte. Sin embargo se logró deponer este antagonismo en aras de la unidad nacional y por la acción de varios amigos comunes que pidieron a ambos una tregua política; lo que no se logró fue la incorporación de Zavala a las reuniones de gabinete como miembro del grupo de gobierno, porque Velasco no aceptaba gente pensante sino colaboradores incondicionales y esto no iba con el carácter y modo de ser de Zavala Baquerizo.

En marzo de 1969 el país fue azotado por la violencia universitaria. Zavala pidió audiencia a Velasco y le aconsejó una reunión con varios dirigentes de la FEUE para iniciar el diálogo. Velasco le agradeció esta intervención que propiciaba un acercamiento entre todos los sectores del país, tendiente a lograr la paz ciudadana y acto seguido —de manera inexplicable— ordenó

al ejército que refrene a los estudiantes, produciéndose los luctuosos sucesos del 29 de marzo que costaron algunas vidas. De esta época fue la ruptura definitiva entre ambos.

En 1970 Velasco perdió la mayoría en el Congreso y por temor a la oposición proclamó su dictadura. Jorge protestó airadamente por la ruptura de la Constitución, se retiró con honor de la Vicepresidencia y permaneció varias semanas oculto. El Presidente del Congreso Juan Alfredo Illingworth Baquerizo no protestó y volvió a la presidencia de la Corporación Financiera Nacional donde permaneció hasta el ascenso del Presidente Roldós en 1979, quien le exigió la inmediata renuncia.

Los militares que apoyaban a Velasco le pusieron una bomba explosiva en su hogar y apresaron a sus hijos, uno de los cuales era menor de 14 años (i). Pasado ese primer momento de terror los muy cínicos se sintieron satisfechos y lo dejaron en paz y reiniciar sus actividades profesionales sin intervenir en política. En 1972 Velasco fue depuesto por las Fuerzas Armadas que lo enviaron sin pena ni gloria a Buenos Aires. Y se inició la dictadura de Rodríguez Lara, vorazmente, para despilfarrar las nuevas rentas del petróleo.

Ese año publicó el primer tomo de “Delitos contra la propiedad” que ha visto tres ediciones y un folleto titulado “La Victimiología”. En 1973 editó “La entrega del cheque sin provisión de fondos”, folleto. En 1974 fue delegado del Ecuador a la Sociedad Internacional de Criminología y viajó a Panamá como conferencista invitado por la Corte Suprema de Justicia. En 1976 recibió por segunda vez el premio “Al Mérito Científico” de la Municipalidad de Guayaquil otorgado por su obra nacional e internacional. En 1979 el Presidente Jaime

Roldós le solicitó un proyecto de Reformas del Código Penal, pero Zavala le presentó un proyecto de Ley íntegro que fue aprobado con las adecuaciones. En 1980 publicó el segundo tomo de “Delitos contra la Propiedad”, en 1981 sus “Alegatos Penales” en 246 páginas, en 1982 “Los delitos contra las personas: el aborto” y ha planeado sacar los restantes tomos en los próximos años. En 1983 un fuerte contingente de opinión liberal lanzó su nombre para la presidencia de la República pero el mencionado partido se opuso, cosa inaudita en la política del país, por lo que prefirió desafiliarse. Entonces ingresó a la Izquierda Democrática y fue candidatizado como Primer Diputado Nacional triunfando en las elecciones con gran mayoría para el período 1984-1988.

Entre 1987 y 1988 ejerció la presidencia del Congreso Nacional con el patriotismo y honestidad de siempre. En 1988 le fue propuesta la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia que no aceptó por lo escaso del sueldo.

Confiesa que es abogado por devoción y político por obligación y que ha dedicado su vida a la investigación de los fenómenos jurídicos. Su mayor premio es la trasmisión de sus conocimientos a la juventud universitaria. No se siente político, pero interviene en la vida pública cuando estima que su contingente puede servir de ayuda al desarrollo del país y a los intereses del pueblo ecuatoriano.

Entre sus propósitos está la creación del Ministerio de Justicia que tendría a cargo el manejo de sistema penitenciario. En febrero de 1992 recibió la Gran Cruz de la Orden Nacional al Mérito y en Noviembre el homenaje de los juristas del país que publicaron un libro en su honor. En Diciembre el Presidente Sixto Durán Ballén le solicitó

para presidir la Corte Suprema de Justicia e implementar las reformas judiciales que tanto necesita el país; más, llegado el momento, no le eligieron Presidente por la oposición del partido Social Cristiano que prefirió a un mediocre obediente y por eso renunció a la alta dignidad de Ministro Juez poco después de posesionarse.

En 1996 celebró sus Bodas de Oro matrimoniales y profesionales. De estatura baja, nervioso, musculado, fuerte voz y fuerte personalidad, está siempre ocupado en la preparación de sus escritos jurídicos, alegatos y libros. Amigo sincero, profesor cumplidísimo, de naturaleza servicial con propios y extraños. Hogareño, buen padre y excelente esposo, ha soportado prisiones y persecuciones así como injusticias, puesto que siendo el fundador de la Universidad Laica y su primer Rector.

Ha sido autor de publicaciones jurídicas, especialmente sobre proceso penal, que le permitieron varias condecoraciones como el Premio al Mérito Científico en cuatro oportunidades (1966, 1977, 1984 y 1986) que le otorgó el Cabildo porteño, así como condecoraciones de otras entidades nacionales e internacionales como el Congreso Nacional, Universidad de Guayaquil, la Sociedad Internacional de Criminología, la Asociación Internacional de Derecho Penal, de las que era miembro... Entre sus principales publicaciones están “El proceso penal ecuatoriano”, “El proceso penal”, “Delitos contra la propiedad”, “Delitos contra la fe pública”, “Delitos contra las personas”, “Alegatos penales” y “La pena”. Su título de abogado lo obtuvo en 1946. En 1961 fundó la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de la que fue su primer rector y además dictó, durante 40 años, cátedra en las universidades de Guayaquil y Católica.



Presentación

Como ya es una costumbre para los juristas del país, se aguarda con curiosidad académica e intelectual el apareamiento de los nuevos números de la **Revista Jurídica “Ensayos Penales”**, de la Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, pues ésta se ha convertido en una especie de rendición de cuenta mensual que rendimos los jueces y juezas a los ciudadanos y ciudadanas del país, a quienes realmente nos debemos, pues con su aprobación de la consulta popular se dio inicio a un proceso distinto de selección de jueces y juezas de la Corte Nacional de Justicia, mediante concurso de oposición y méritos.

La academia y los operadores de justicia han hecho de los diversos artículos de la **Revista Jurídica “Ensayos Penales”**, consulta obligada pues a través de ellos la Sala expone ampliamente y exterioriza los fundamentos teóricos y dogmáticos que muchas veces han sido señalados escuetamente en las decisiones judiciales.

Pero en esta ocasión, la **Revista Jurídica “Ensayos Penales”**, hace un paréntesis para, desde este espacio, rendir tributo *post mortem* a un ecuatoriano ejemplar, a un jurista extraordinario, y excepcional ser humano, nos referimos al **Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO**.

La partida del maestro Zavala deja un espacio vacío en el foro jurídico, con quien compartió toda su conocimiento, sapiencia y experiencia en el estudio del Derecho Penal; en los campus del mundo académico, con sus alumnos ante quienes puso de manifiesto todo su amor por la cátedra, su disciplina y rigurosidad intelectual en la investigación jurídica, así como toda su sencillez, característica especial de los seres realmente sabios; y la sociedad también extrañará su partida, a quien tuvo la oportunidad de servirle a través de la política decente, con todas sus capacidades y virtudes como hombre correcto, de valores y principios, como un verdadero demócrata. Sirvió al país como político integro, enfrentando sin dobleces ni titubeos las dictaduras, lo que le significó la cárcel y destierros. Legislador

inteligente e intachable; su paso por la Presidencia del Congreso Nacional le dio lustre a la Función Legislativa, como jurista por antonomasia que era; y como Vicepresidente de la República, fue firme en sus convicciones democráticas, y defensor infatigable de los derechos humanos, no de discurso sino de acciones concretas: su obra jurídica estuvo siempre ligada al desarrollo de la teoría del Derecho Penal, que permitiera el cumplimiento cabal de las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva. También fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, con sobra de merecimientos.

Algunas generaciones de juezas y jueces, pasadas y presentes, tanto de la extinta Corte Suprema de Justicia, así como de la actual Corte Nacional de Justicia, tuvieron el privilegio de haber compartido sus enseñanzas en las aulas del pre grado o pos grado en el Instituto Superior de Ciencias Penales y Criminológicas, que lleva su nombre, de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil.

En representación de la Corte Nacional de Justicia, me cupo la oportunidad de ser parte del homenaje que la Corte Provincial de Justicia del Guayas, en la celebración de sus 186 años de su fundación, rindiera al Dr. JORGE ZAVALA BAQUERIZO, haciendo entrega de una placa conmemorativa, acto en el que tuve la oportunidad de disertar sobre el tema: “Garantías constitucionales y el debido proceso”.

Dr. Johnny Ayluardo Salcedo
Presidente
Sala Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito
Corte Nacional de Justicia

CONTENIDO

1	En memoria del doctor Jorge Zabala Baquerizo <i>Dr. Rodolfo Pérez Pimentel</i>
5	Presentación <i>Dr. Johnny Ayluardo Salcedo</i>
8	Reflexiones sobre los nuevos tipos penales frente al derecho al trabajo y la seguridad social contenidos en el Código Orgánico Integral Penal: eventuales impactos <i>Dr. Johnny Ayluardo Salcedo</i>
18	La prueba producida a través de canales virtuales <i>Dr. Jorge M. Blum Carcelén</i>
26	El Examen y Contraexamen en la Etapa de Juicio y en otros Momentos Procesales <i>Dr. Merck Benavides Benalcázar</i>
32	Acceso a la justicia para Mujeres con Discapacidad víctimas de Violencia de Género: <i>Dra. Lucy Elena Blacio Pereira</i>
45	Delitos contra el Derecho a la Igualdad <i>Dra. Mariana Yumbay Yallico</i>
55	La Acción (el comportamiento humano) <i>Dr. Edgar Flores Mier</i>
67	El Principio de Antijuridicidad Formal y Material y el Conocimiento de la Antijuridicidad en el Derecho Penal <i>Prof. Giovanni Criollo Mayorga</i>
75	La Justicia Restauradora, la mediación en el Derecho Penal <i>Dr. Víctor Rafael Fernández Álvarez</i>
79	El devenir histórico de la Especialización en Materia Penal de las Salas del Senado y Cortes Suprema y Nacional de Justicia del Ecuador desde 1809 a la actualidad <i>Dr. Patricio Muñoz Valdivieso</i>
89	Resolución: Mala Práctica Profesional <i>Corte Nacional de Justicia</i>

“Aprendí que no se puede dar marcha atrás, que la esencia de la vida es ir hacia adelante. La vida, en realidad, es una calle de sentido único” Agatha Christie.



Reflexiones sobre los nuevos tipos penales frente al derecho al trabajo y la seguridad social contenidos en el Código Orgánico Integral Penal: eventuales impactos

Dr. Johnny Ayluardo Salcedo

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

En el nuevo Código Orgánico Integral Penal, incorpora dentro del libro Primero, relativo a la Infracción Penal, en el capítulo tercero referente a los Delitos Contra los Derechos del Buen Vivir, en la sección sexta, encontramos los delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social y, en la sección séptima está prevista la contravención contra el derecho al trabajo.

La incorporación de estas categorías jurídicas como infracciones penales dentro del COIP obedece a la obligación emanada del artículo 84 de la Constitución, respecto a las Garantías normativas, que confiere a la Asamblea Nacional y a todo órgano con potestad normativa 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. Igualmente, en la última parte de dicho artículo constitucional se remarca que 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.

I) Las Garantías del Derecho al Trabajo y la Seguridad Social desde la Constitución

Teniendo como antecedente que la Constitución prescribe que “El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.”

De la misma forma, la Constitución reconoce que “El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado.

La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

El Estado garantizará y hará efectivo el ejercicio pleno del derecho a la seguridad social, que incluye a las personas que realizan trabajo no remunerado en los hogares, actividades para el auto sustento en el campo, toda forma de trabajo autónomo y a quienes se encuentran en situación de desempleo.”

Ahora bien, como complemento a las normas referidas, y a efectos de asegurar su cumplimiento, la misma Constitución prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. Por último, se encuentra expresamente señalado que “El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.”

El sistema de seguridad social goza de especial protección constitucional que lo define como público y universal, prohíbe su privatización y lo obliga a atender las necesidades contingentes de la población a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales.

El sistema de seguridad social se guía por los principios del sistema nacional de inclusión y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.

La trascendencia del seguro universal obligatorio radica en que este cubre las contingencias de enfermedad, maternidad, paternidad, riesgos de trabajo, cesantía, desempleo, vejez, invalidez, discapacidad, muerte y aquellas que defina la ley. Las prestaciones de salud de las contingencias de enfermedad y maternidad se brindan a través de la red pública integral de salud a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financian con aportes y contribuciones del Estado.

De estas obligaciones corresponde al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la prestación de las contingencias del seguro universal obligatorio a sus afiliados, y su financiamiento se lo realiza con el aporte de las personas aseguradas en relación de dependencia y de sus empleadoras o empleadores; con los aportes de las personas independientes aseguradas; con los aportes voluntarios de las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior; y con los aportes y contribuciones del Estado.

El grado de protección que le confiere la Constitución a las prestaciones en dinero del seguro social es de tal magnitud que no son susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo los casos de alimentos debidos por ley o de obligaciones contraídas a favor de la institución aseguradora, y estarán exentas del pago de impuestos.

Igual nivel le confiere a los fondos y reservas del seguro universal obligatorio que estos son propios y distintos de los del fisco, y sirven para cumplir de forma adecuada los fines de su creación y sus funciones. Ninguna institución del Estado puede intervenir o disponer de sus fondos y reservas, ni menoscabar su patrimonio.

Los fondos previsionales públicos y sus inversiones se canalizan a través de una institución financiera (Biess) de propiedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; su gestión se sujeta a los principios de seguridad, solvencia, eficiencia, rentabilidad y al control del órgano competente.

El seguro social campesino, que forma parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en aplicación del principio de solidaridad, es un régimen especial del seguro universal obligatorio para proteger a la población rural y a las personas dedicadas a la pesca artesanal; se financia con el aporte solidario de las personas aseguradas y empleadoras del sistema nacional de seguridad social, con la aportación diferenciada de las jefas o jefes de las familias protegidas y con las asignaciones fiscales que garanticen su fortalecimiento y desarrollo. El seguro ofrece prestaciones de salud y protección contra las contingencias de invalidez, discapacidad, vejez y muerte.

Los seguros públicos y privados, sin excepción, contribuyen al financiamiento del seguro social campesino a través del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

El Estado estimulará la afiliación voluntaria al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social a las ecuatorianas y ecuatorianos domiciliados en el exterior, y asegurará la prestación de contingencias. El financiamiento de estas prestaciones contará con el aporte de las personas afiliadas voluntarias domiciliadas en el exterior.

II) Los nuevos Tipos Penales:

1) Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social

a) impedimento o limitación del derecho a huelga

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 241, contempla como delito contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social el impedimento o limitación del derecho a huelga, la norma referida señala que:

“La persona que, mediante engaños o abuso de situación de necesidad, impida o limite el ejercicio del derecho a tomar parte en una huelga, será sancionada con pena privativa de libertad de dos a seis meses. Si la conducta descrita se realiza con fuerza, violencia o intimidación, la pena será de seis meses a un año.”

b) Retención ilegal de aportación a la seguridad social

Otro de los nuevos tipos penales incorporados en la legislación penal sustantiva es el contenido en el artículo 242, concerniente a la retención ilegal de aportación a la seguridad social, y prevé que:

La persona que retenga los aportes patronales o personales o efectúe los descuentos por rehabilitación de tiempos de servicio o de dividendos de préstamos hipotecarios y quirografarios de sus trabajadores y no los deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social dentro del plazo máximo de noventa días, contados a partir de la fecha de la respectiva retención, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Para el efecto, la o el afectado, el Director General o el Director Provincial del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, en su caso, se dirigirá a la Fiscalía para que inicie la investigación respectiva.

Si se determina responsabilidad penal de la persona jurídica, será sancionada con la clausura de sus locales o establecimientos, hasta que cancele los valores adeudados.

c) Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social

Por último, el Código Orgánico Integral Penal, en el caso de Falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social por parte de una persona jurídica, el artículo 243, señala que:

En el caso de personas jurídicas que no cumplan con la obligación de afiliarse a uno o más de sus trabajadores al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, se impondrá la intervención de la entidad de control competente por el tiempo necesario para precautelar los derechos de las y los trabajadores y serán sancionadas con multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general, por cada empleado no afiliado, siempre que estas no abonen el valor respectivo dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificado.

2) Contravención contra el derecho al trabajo

El Código Orgánico Integral Penal, contempla como infracción penal la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, según el artículo 244, aquella conducta está tipificada como contravención penal, y señala que:

La o el empleador que no afilie a sus trabajadores al seguro social obligatorio dentro de treinta días, contados a partir del primer día de labores, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a siete días.

Las penas previstas se impondrán siempre que la persona no abone el valor respectivo, dentro del término de cuarenta y ocho horas después de haber sido notificada.

III) Justificación de la Penalización del incumplimiento de Obligaciones Laborales

Para poder explicar esta parte del tema sujeto a análisis, es necesario precisar que el Código Orgánico Integral Penal en su estructura conceptual se adscribe a todas las corrientes ius penalistas, con el objeto de intentar articular armónicamente cada una de ellas, dependiendo el tipo penal y la necesidad de tutelar adecuadamente el bien jurídico protegido punitivamente.

Hay que tener en cuenta que la misión esencial del Derecho Penal es la protección preventiva de bienes jurídicos.

Según la teoría del bien jurídico el Derecho Penal tiene su razón de ser en un Estado social porque es el sistema que garantiza la protección de la sociedad a través de la tutela de sus bienes jurídicos en su calidad de intereses muy importantes para el sistema social y por ello protegibles por el Derecho penal. (Von Liszt)

Hay que señalar también que son muy puntuales los derechos laborales protegidos dentro del COIP con sanción penal, no obstante que la Constitución señala cuatro eventos sujetos a penalización y sanción: El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto.

Probablemente la razón de ello podría explicarse por la aplicación del Principio punitivo de última ratio y de mínima intervención penal, pues esta se encuentra legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Y, además, por cuanto constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

Por esta razón, el artículo 52, del COIP, señala que los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos y el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con condena así como la reparación del derecho de la víctima.

En ningún caso la pena tiene como fin el aislamiento y la neutralización de las personas como seres sociales.

La pena, restrictiva de la libertad y a los derechos de las personas, es la consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles, la es impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Ahora bien, ¿por qué los assembleístas constituyentes en la elaboración de la nueva Constitución y los assembleístas legislativos en la elaboración del COIP decidieron tipificar y sancionar penalmente algunas figuras laborales como delitos?

En primer lugar, hay que considerar que todo delito supone la lesión o eventual peligro de un bien jurídico, que constituye la esencia misma del hecho punible. Sobre estas categorías se asienta el principio de lesividad o de ofensa.

Sin duda delimitar y definir con criterios de especificidad cuál es el rol que le asiste a cada ciudadano en virtud la función que desempeña; prefijar cuál debe ser el contenido de tal función, cómo debe realizarse con criterios de eficiencia, cuáles son los límites y prohibiciones, etc., en principio, es un postulado muy atractivo, dado que posibilita la eficiencia y la confianza en el sistema. Aún más, en muchos casos, resulta de vital necesidad para regular el compor-

tamiento de todos sus miembros según las particularidades de la actividad de la que se trate, tal y como lo reflejan por ejemplo los diversos estatutos o reglamentos que normativizan el ejercicio de determinadas profesiones. (Fundamentos del Funcionalismo de Günter Jacobs dogmática y Derecho en Luhmann, María Luz Castany).

III.1) El Incumplimiento de Obligaciones Laborales

El Código del Trabajo vigente, en su artículo 42, describe las obligaciones laborales del empleador, señalando que son las siguientes:

1. Pagar las cantidades que correspondan al trabajador, en los términos del contrato y de acuerdo con las disposiciones de este Código;
2. Instalar las fábricas, talleres, oficinas y demás lugares de trabajo, sujetándose a las medidas de prevención, seguridad e higiene del trabajo y demás disposiciones legales y reglamentarias, tomando en consideración, además, las normas que precautelan el adecuado desplazamiento de las personas con discapacidad;
3. Indemnizar a los trabajadores por los accidentes que sufrieren en el trabajo y por las enfermedades profesionales, con la salvidad prevista en el Art. 38 de este Código;
4. Establecer comedores para los trabajadores cuando éstos laboren en número de cincuenta o más en la fábrica o empresa, y los locales de trabajo estuvieren situados a más de dos kilómetros de la población más cercana;
5. Establecer escuelas elementales en beneficio de los hijos de los trabajadores, cuando se trate de centros permanentes de trabajo ubicados a más de dos kilómetros de distancia de las poblaciones y siempre que la

- población escolar sea por lo menos de veinte niños, sin perjuicio de las obligaciones empresariales con relación a los trabajadores analfabetos;
6. Si se trata de fábricas u otras empresas que tuvieren diez o más trabajadores, establecer almacenes de artículos de primera necesidad para suministrarlos a precios de costo a ellos y a sus familias, en la cantidad necesaria para su subsistencia. Las empresas cumplirán esta obligación directamente mediante el establecimiento de su propio comisariato o mediante la contratación de este servicio conjuntamente con otras empresas o con terceros. El valor de dichos artículos le será descontado al trabajador al tiempo de pagársele su remuneración. Los empresarios que no dieran cumplimiento a esta obligación serán sancionados con multa de 4 a 20 dólares de los Estados Unidos de América diarios, tomando en consideración la capacidad económica de la empresa y el número de trabajadores afectados, sanción que subsistirá hasta que se cumpla la obligación;
 7. Llevar un registro de trabajadores en el que conste el nombre, edad, procedencia, estado civil, clase de trabajo, remuneraciones, fecha de ingreso y de salida; el mismo que se lo actualizará con los cambios que se produzcan;
 8. Proporcionar oportunamente a los trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución del trabajo, en condiciones adecuadas para que éste sea realizado;
 9. Conceder a los trabajadores el tiempo necesario para el ejercicio del sufragio en las elecciones populares establecidas por la ley, siempre que dicho tiempo no exceda de cuatro horas, así como el necesario para ser atendidos por los facultativos de la Dirección del Seguro General de Salud Individual y Familiar del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, o para satisfacer requerimientos o notificaciones judiciales. Tales permisos se concederán sin reducción de las remuneraciones;
 10. Respetar las asociaciones de trabajadores;
 11. Permitir a los trabajadores faltar o ausentarse del trabajo para desempeñar comisiones de la asociación a que pertenezcan, siempre que ésta dé aviso al empleador con la oportunidad debida. Los trabajadores comisionados gozarán de licencia por el tiempo necesario y volverán al puesto que ocupaban conservando todos los derechos derivados de sus respectivos contratos; pero no ganarán la remuneración correspondiente al tiempo perdido;
 12. Sujetarse al reglamento interno legalmente aprobado;
 13. Tratar a los trabajadores con la debida consideración, no infiriéndoles maltratos de palabra o de obra;
 14. Conferir gratuitamente al trabajador, cuantas veces lo solicite, certificados relativos a su trabajo. Cuando el trabajador se separe definitivamente, el empleador estará obligado a conferirle un certificado que acredite: a) El tiempo de servicio; b) La clase o clases de trabajo; y, c) Los salarios o sueldos percibidos;
 15. Atender las reclamaciones de los trabajadores;
 16. Proporcionar lugar seguro para guardar los instrumentos y útiles de trabajo pertenecientes al trabajador, sin que le sea lícito retener esos útiles e instrumentos a título de indemnización, garantía o cualquier otro motivo;
 17. Facilitar la inspección y vigilancia que las autoridades practiquen en los locales de trabajo, para cerciorarse del cumplimiento de las disposiciones de este Código y darles los informes que para ese efecto sean indispensables. Los empleadores podrán exigir que presenten credenciales;

18. Pagar al trabajador la remuneración correspondiente al tiempo perdido cuando se vea imposibilitado de trabajar por culpa del empleador;
19. Pagar al trabajador, cuando no tenga derecho a la prestación por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el cincuenta por ciento de su remuneración en caso de enfermedad no profesional, hasta por dos meses en cada año, previo certificado médico que acredite la imposibilidad para el trabajo o la necesidad de descanso;
20. Proporcionar a las asociaciones de trabajadores, si lo solicitaren, un local para que instalen sus oficinas en los centros de trabajo situados fuera de las poblaciones. Si no existiere uno adecuado, la asociación podrá emplear para este fin cualquiera de los locales asignados para alojamiento de los trabajadores;
21. Descontar de las remuneraciones las cuotas que, según los estatutos de la asociación, tengan que abonar los trabajadores, siempre que la asociación lo solicite;
22. Pagar al trabajador los gastos de ida y vuelta, alojamiento y alimentación cuando, por razones del servicio, tenga que trasladarse a un lugar distinto del de su residencia;
23. Entregar a la asociación a la cual pertenezca el trabajador multado, el cincuenta por ciento de las multas, que le imponga por incumplimiento del contrato de trabajo;
24. La empresa que cuente con cien o más trabajadores está obligada a contratar los servicios de un trabajador social titulado. Las que tuvieren trescientos o más, contratarán otro trabajador social por cada trescientos de excedente. Las atribuciones y deberes de tales trabajadores sociales serán los inherentes a su función y a los que se determinen en el título pertinente a la "Organización, Competencia y Procedimiento";
25. Pagar al trabajador reemplazante una remuneración no inferior a la básica que corresponda al reemplazado;
26. Acordar con los trabajadores o con los representantes de la asociación mayoritaria de ellos, el procedimiento de quejas y la constitución del comité obrero patronal;
27. Conceder permiso o declarar en comisión de servicio hasta por un año y con derecho a remuneración hasta por seis meses al trabajador que, teniendo más de cinco años de actividad laboral y no menos de dos años de trabajo en la misma empresa, obtuviere beca para estudios en el extranjero, en materia relacionada con la actividad laboral que ejercita, o para especializarse en establecimientos oficiales del país, siempre que la empresa cuente con quince o más trabajadores y el número de becarios no exceda del dos por ciento del total de ellos. El becario, al regresar al país, deberá prestar sus servicios por lo menos durante dos años en la misma empresa;
28. Facilitar, sin menoscabo de las labores de la empresa, la propaganda interna en pro de la asociación en los sitios de trabajo, la misma que será de estricto carácter sindicalista;
29. Suministrar cada año, en forma completamente gratuita, por lo menos un vestido adecuado para el trabajo a quienes presten sus servicios;
30. Conceder tres días de licencia con remuneración completa al trabajador, en caso de fallecimiento de su cónyuge o de su conviviente en unión de hecho o de sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad;
31. Inscribir a los trabajadores en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, desde el primer día de labores, dando aviso de entrada dentro de los primeros quince días, y dar avisos de salida, de las modificaciones de

sueldos y salarios, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, y cumplir con las demás obligaciones previstas en las leyes sobre seguridad social;

32. Las empresas empleadoras registradas en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social están obligadas a exhibir, en lugar visible y al alcance de todos sus trabajadores, las planillas mensuales de remisión de aportes individuales y patronales y de descuentos, y las correspondientes al pago de fondo de reserva, debidamente selladas por el respectivo Departamento del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Los inspectores del trabajo y los inspectores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social tienen la obligación de controlar el cumplimiento de esta obligación; se concede, además, acción popular para denunciar el incumplimiento. Las empresas empleadoras que no cumplieren con la obligación que establece este numeral serán sancionadas por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social con la multa de un salario mínimo vital, cada vez, concediéndoles el plazo máximo de diez días para este pago, vencido el cual procederá al cobro por la coactiva;
33. El empleador público o privado, que cuente con un número mínimo de veinticinco trabajadores, está obligado a contratar, al menos, a una persona con discapacidad, en labores permanentes que se consideren apropiadas en relación con sus conocimientos, condición física y aptitudes individuales, observándose los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad, en el primer año de vigencia de esta Ley, contado desde la fecha de su publicación en el Registro Oficial. En el segundo año, la contratación será del 1% del total de los trabajadores, en el tercer año el 2%, en el cuarto año el 3% hasta llegar al quinto año en donde la contratación será del 4% del total de los trabajadores, siendo ese el porcentaje fijo que se aplicará en los sucesivos años. Esta obligación se hace extensiva a las empresas

legalmente autorizadas para la tercerización de servicios o intermediación laboral.

El contrato laboral deberá ser escrito e inscrito en la Inspección del Trabajo correspondiente, que mantendrá un registro específico para el caso. La persona con discapacidad impedida para suscribir un contrato de trabajo, lo realizará por medio de su representante legal o tutor. Tal condición se demostrará con el carné expedido por el Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS). El empleador que incumpla con lo dispuesto en este numeral, será sancionado con una multa mensual equivalente a diez remuneraciones básicas mínimas unificadas del trabajador en general; y, en el caso de las empresas y entidades del Estado, la respectiva autoridad nominadora, será sancionada administrativa y pecuniariamente con un sueldo básico; multa y sanción que serán impuestas por el Director General del Trabajo, hasta que cumpla la obligación, la misma que ingresará en un cincuenta por ciento a las cuentas del Ministerio de Trabajo y Empleo y será destinado a fortalecer los sistemas de supervisión y control de dicho portafolio a través de su Unidad de Discapacidades; y, el otro cincuenta por ciento al Consejo Nacional de Discapacidades (CONADIS) para dar cumplimiento a los fines específicos previstos en la Ley de Discapacidades;

34. Contratar un porcentaje mínimo de trabajadoras, porcentaje que será establecido por las Comisiones Sectoriales del Ministerio de Trabajo y Empleo, establecidas en el artículo 122 de este Código.
35. Las empresas e instituciones, públicas o privadas, para facilitar la inclusión de las personas con discapacidad al empleo, harán las adaptaciones a los puestos de trabajo de conformidad con las disposiciones de la Ley de Discapacidades, normas INEN sobre accesibilidad al medio físico y los convenios, acuerdos, declaraciones internacionales legalmente suscritos por el país.

De todas las obligaciones del empleador las únicas que se encuentran tipificadas como delitos únicamente la señalada en el numeral 31, respecto a la afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

III.2) El Fraude Laboral

Del latín *fraus*, fraude es una acción que resulta contraria a la verdad y a la rectitud. El fraude se comete en perjuicio de otra persona, sea esta natural o jurídica, como el Estado o una empresa.

Fraude, para el derecho Penal, es un delito cometido mediante el uso del engaño que se hace a uno para procurarse una ventaja en detrimento de él, simulándose la existencia de hechos. El concepto de fraude está asociado al de estafa, que es un delito contra el patrimonio o la propiedad. Consiste en un engaño para obtener un bien patrimonial, haciendo creer a la persona o la empresa que paga que obtendrá algo que, en realidad, no existe.

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 186, define el delito de Estafa, señalando: La persona que, para obtener un beneficio patrimonial para sí misma o para una tercera persona, mediante la simulación de hechos falsos o la deformación u ocultamiento de hechos verdaderos, induzca a error a otra, con el fin de que realice un acto que perjudique su patrimonio o el de una tercera, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Existen múltiples tipos de fraude. Así, entre los mismos se hallan los pagos de sueldos a personal que no trabaja, la anulación de facturas que han sido cobradas, la doble facturación, los pasivos registrados sin do-

cumentación soporte, las ventas y servicios que no son declarados en impuestos o los sueldos pagados a personas que no existen.

También, a la inversa, empleadores que no cancelan los haberes legítimamente devengados por los trabajadores. Especialmente los de carácter económico (falta de pago de las remuneraciones, o pago incompletas, la retención de valores de forma ilegal, o falta de entrega de las aportaciones por concepto de seguridad social, etc.

La nueva legislación Penal incorpora también, en su artículo 272, el delito de Fraude procesal, indicando que la persona que con el fin de inducir a engaño a la o al juez, en el decurso de un procedimiento civil o administrativo, antes de un procedimiento penal o durante él, oculte los instrumentos o pruebas, cambie el estado de las cosas, lugares o personas, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

III.3) La Simulación Laboral

El vocablo simulación viene del latín *simulatio*, y consiste es la acción de simular. Este verbo refiere a representar algo, imitando o fingiendo lo que no es. Puede definirse a la simulación como la experimentación con un modelo que imita ciertos aspectos de la realidad. Esto permite trabajar en condiciones similares a las reales, pero con variables controladas y en un entorno que se asemeja al real pero que está creado o acondicionado artificialmente.

Una práctica cotidiana sobre simulación laboral ha consistido, ordinariamente, en disfrazar la relación laboral mediante modalidades de contratación con figuras jurídicas

como las civiles, con el ánimo de afectar a la persona trabajadora en los derechos derivados de la relación laboral, básicamente respecto a su estabilidad.

III.4) El enriquecimiento injusto en Materia Laboral

Esta parte resulta bastante interesante su análisis, y la falta de antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios obligarán a los administradores de justicia a ir dotando de contenido y delimitación a la norma constitucional y penal.

Qué consecuencias jurídicas se van a generar a partir de la falta de pago, por ejemplo del porcentaje legal que sobre las utilidades tienen las personas trabajadoras. Habrá que establecer inicialmente que esta falta de pago no sea producto de una práctica artificiosa y dolosa.

Si los informes económicos son elaborados por auditores financieros y económicos, ¿la responsabilidad jurídica (civil, penal y administrativa) es exclusiva de éste? ¿O también hace extensiva a los representantes de los empleadores o solo a estos? Pudiera estimarse, inclusive, que la responsabilidad penal también involucraría a los accionistas, por ser los beneficiarios directos del enriquecimiento injusto.

La Constitución, obligó al órgano legislativo adecuar, mediante norma infra constitucional el principio constitucional que penaliza el fraude, la simulación y el enriquecimiento laboral injusto, por lo que lo contenido en el COIP es un acatamiento a

dicho mandato. Habrá que esperar los resultados para poder valorar si esta adecuación ha sido suficiente.

Por eso es importante tener en cuenta que en Derecho penal, se reconoce la existencia de normas penales en blanco o leyes necesitadas de complemento, y que no obstante de ser preceptos penales principales que contienen la pena, estos no contienen plenamente los elementos específicos del supuesto de hecho, puesto que el legislador se remite a otras disposiciones legales del mismo o inferior rango.

Dentro del estado constitucional de derechos y justicia, la utilización de leyes penales en blanco constituye una grave afectación a los principios del ‘Garantismo Constitucional’, especialmente a las garantías del debido proceso, de forma particular al principio de legalidad en Derecho penal.

La dogmática penal reconoce al principio de legalidad penal la existencia de cuatro exigencias: *lex scripta*, *lex certa*, *lex previa* y *lex stricta*. A saber: ley escrita, cierta, previa y estricta. Las dos primeras exigencias pueden verse afectadas por la existencia de las normas penales que hacen un reenvío a normas de rango menor.

Igualmente, se entiende que también implica afectación al principio de separación de poderes, o independencia de funciones, puesto que, en muchas ocasiones habilita a las demás funciones el establecimiento de prohibiciones penales, lo cual, dentro del Estado de Derecho, es atribución privativa de la función legislativa.



Dr. Jorge M. Blum Carcelén
Juez de la Corte Nacional de Justicia

La prueba producida a través de canales virtuales

Entre las “*Las nuevas realidades del Derecho Procesal*”, se encuentra “**La Prueba producida a través de canales virtuales**”; ya que con la expedición del **CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014, se incorpora la tecnología en el ámbito de la investigación científica, para establecer el cometimiento de la infracción y sus responsables, ya que se compendia en un mismo cuerpo normativo los códigos sustantivo, adjetivo y de ejecución penal, todos ellos de trascendental importancia para el funcionamiento del sistema penal; el mismo que cobrará plena vigencia desde el próximo 10 de agosto de este año, aunque ya están vigentes y aplicándose a todo nivel, las normas procesales que se refieren a la realización de las audiencias.

Recién con el COIP, se define a la prueba, estableciéndose que “*tiene por finalidad llevar a la o el juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada*”; lo que no se hizo en ninguna de las 14 reformas o modificaciones que sufrió el procedi-

miento penal del 2000, ya que únicamente se refería a la valorización de la prueba.

La norma constitucional del Ecuador, en el artículo 76,3, se refiere al principio de legalidad, indicándose que “*nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento*”; cuya norma está prevista en el Código Orgánico Integral penal, en el artículo 5.1, cuando se refiere a los principios procesales, indicando que el derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirán por los principios... 1.- Legalidad: estableciéndose, “que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.

Mientras que la actividad probatoria, está regulada por lo dispuesto en el artículo 76,4 de la Constitución de la República, señalando: “que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”; disposición constitucional que es el marco fundamental que regula la forma en la que se obtiene y actúa la prueba, cumpliéndose además con la normativa de los Tratados Internacionales, aprobados y ratificados por el Ecuador, por la Declaración de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos y otros documentos que forman parte del Derecho Penal Internacional, que también sirven como fuente obligatoria para su aplicación en el país.

La disposición constitucional antes señalada, también se refiere al principio de la exclusión de la prueba ilícita, con la finalidad de precautar las normas del debido proceso, ya que la prueba que vulnera dichas garantías, entre otras, el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de la correspondencia, no pueden ser consideradas como tal y constituyen lo que en doctrina se conoce como “*fruto del árbol envenenado*”.

El profesor español Manuel Miranda Estrampres, citado por el Dr. Alfonso Zambrano en su obra *La Prueba Ilícita*, dice:... “*En la teoría de la prueba ilícita está siempre latente el conflicto entre la averiguación de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Para la solución de dicho conflicto cobra protagonismo la fase acuñada por el Tribunal Supremo Alemán, (B.G.H.) de que “la verdad no puede obtenerse a cualquier precio”, esto es, de que no todo es válido en la obtención de la verdad, sino que deben cumplirse*

las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo o equitativo (proceso debido) reconocido en los textos internacionales de derechos humanos (Art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos, y Art. 8 Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica). El derecho a la presunción de inocencia reconocido también en los textos internacionales de derechos fundamentales y en las Constituciones nacionales, exige en su consideración como regla probatoria, que únicamente puedan ser tenidas en cuenta a los efectos de formar la convicción acerca de los hechos objeto de enjuiciamiento en un proceso penal, aquellas pruebas obtenidas y/o practicadas con respeto de los derechos humanos fundamentales y las garantías procesales...”.

También el Código Orgánico Integral Penal, señala que el anuncio y la práctica de la prueba se regirá por los principios de oportunidad, intermediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, exclusión y el principio de igualdad de oportunidades para la prueba; ya que debe ser anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria del juicio y se practicará únicamente en la audiencia de juicio; debiendo los juzgadores y las partes procesales estar presentes en la práctica de la prueba, teniendo derecho a conocerlas oportunamente y a controvertirlas en la audiencia de juicio, incluso las testimoniales anticipadas; pudiendo probarse, por cualquier medio todos los hechos y circunstancias del caso, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas; ya que las pruebas se admiten a solicitud de la Fiscalía General del Estado o de los demás sujetos procesales. Mientras que el juzgador, decidirá sobre su admisión

y sólo podrá excluir las que no sean pertinentes y prohibidas por la ley.

Las pruebas deberán referirse directa o indirectamente a los hechos o circunstancias de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad del procesado; y, dependiendo del momento procesal, toda prueba o elemento de convicción, obtenido con violación a los derechos establecidos en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal y no se admitirán los medios de prueba que se refieran a conversaciones que haya tenido el fiscal, con el procesado o su defensa, en el desarrollo de los preacuerdos; debiendo el juzgador garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de las actuaciones procesales.

La doctrina señala que existen diversas categorías de pruebas, que son las producidas ante el juez, con la contradicción de las partes y constituyen el sustento del fallo; mientras que los medios de prueba, son los instrumentos a través de los cuales las pruebas son llevadas al conocimiento del juez; pero los medios de búsqueda de las pruebas, son los actos investigativos que llevan a adquirir las fuentes de prueba; y éstas (las fuentes de pruebas) son los elementos adquiridos en el curso de la investigación, que obligan a las partes a demandar su admisión, las que se transforman, ante el juez, en medios de prueba.

Las normas que contempla el COIP, viabiliza la utilización de medios tecnológicos, especialmente el video, brindando a la Fiscalía y al “*Sistema especializado integral de investigación de medicina legal y ciencias forenses*”,

que se encuentra bajo su dirección, todas las facilidades para la obtención de los medios de prueba, a través de canales virtuales; refiriéndose en muchos de los artículos de la parte adjetiva (procedimiento), a la forma en la que deben ser recabados, ya que cuando se refiere a las “*actuaciones y técnicas especiales de investigación*”, señala varias reglas, que son nuevas en nuestro ordenamiento procesal penal, como el hecho de que las ***diligencias de investigación deberán ser registradas en medios tecnológicos y documentales***, para preservar su realización y formarán parte del expediente fiscal, los mismos que servirán para formular cargos o para la acusación en el juicio.

También se refiere a la “***cadena de custodia***”, que debe aplicarse para garantizar la autenticidad de los elementos físicos o contenido digital en materia de prueba, debiendo con dicha cadena de custodia acreditarse su identidad, estado original, sus condiciones, las personas que intervinieron en su recolección, envío, manejo, análisis y conservación de los elementos, incluyéndose los cambios hechos por cada custodio; ya que para la valoración de la prueba, se tomará en cuenta la legalidad, autenticidad, el sometimiento a la cadena de custodia, y el grado de aceptación científica.

La utilización de medios tecnológicos, también está permitida para la “***identificación personal del investigado***”, cuando deba hacerlo la víctima o un tercero; poniendo a mínimo diez personas de similares características; mediante la exhibición de fotografías o videos, los que se presentarán e incorporarán en la audiencia de juzgamiento.

Respecto a las “***comunicaciones***

personales”, no se podrán grabar o registrar, por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros, sin que previamente conozcan y autoricen dicha grabación; porque la información obtenida ilegalmente carecerá de todo valor jurídico; y los riesgos, daños y perjuicios que se generen para las personas involucradas, serán imputables a quien forzó la revelación de la información.

Como lo indicaba el actual 155 del Código de Procedimiento Penal, el COIP señala: *“que no se requiere autorización judicial para las grabaciones de audio, imágenes de video o fotografía, relacionadas a un hechos constitutivo de infracción, cuando son registradas de modo espontáneo al momento mismo de su ejecución, por los medios de comunicación, por cámaras de vigilancia o seguridad, por cualquier medio tecnológico, por particulares en lugares públicos y de libre circulación o en los casos en que se divulguen grabaciones de audio o video obtenidos por uno de los intervinientes; en cuyo caso se requerirá la preservación de la integridad del registro de datos para que la grabación tenga valor probatorio”*.

En estos casos, indica el COIP; que las grabaciones se pondrán inmediatamente a órdenes del fiscal, en soporte original y sirven para incorporarlos a la investigación e introducirlos al proceso; y, de ser necesario, el fiscal, dispondrá la transcripción de la parte pertinente o su reproducción en la audiencia de juicio. Lo que quiere decir, que cuando la grabación no sea espontánea o se la realice en lugares privados se necesitará la autorización judicial.

Sobre la **“Retención de la correspondencia”**, física, electrónica o de cualquier otro tipo o forma de comunicación es in-

violable; pero el juzgador, podrá autorizar al fiscal, previa solicitud motivada, que retenga, abra o examine la correspondencia, cuando haya suficiente evidencia para presumir que la misma tiene alguna información útil para la investigación; para lo cual se notificará previamente al interesado y con su concurrencia o no, se leerá la correspondencia o el documento, en forma reservada, informando del particular a la víctima y al procesado o su defensor público o privado; la diligencia se realizará aunque no acudan los sujetos procesales, quienes serán reemplazados por dos testigos; pero todos los que intervengan deben guardar reserva.

Si la correspondencia u otros documentos están relacionados con la infracción que se investiga, se los agregará al expediente fiscal, después de rubricados; pero en caso contrario, se los devolverá al lugar de donde fueron tomados o entregados al interesado. Si se trata de escritura en clave o en otro idioma, inmediatamente se ordenará su desciframiento por peritos en criptografía o su traducción.

El juez es el que autoriza al fiscal, el reconocimiento de las grabaciones, videos, datos informáticos, fotografías, discos u otros medios análogos o digitales; con la intervención de dos peritos que juren guardar reserva y el fiscal, en audiencia privada, procederá a la exhibición de la película o a escuchar el disco o la grabación y a examinar el contenido de los registros informáticos, pudiendo asistir las partes y también mantendrán reserva.

Respecto a la **“intercepción de comunicaciones o datos informáticos”**, el juez los podrá ordenar, previa solicitud fundamentada del fiscal, cuando existan

indicios que resulten relevantes para la investigación; pero deberá indicar cual comunicación se deberá interceptar y el tiempo de la misma, que no podrá ser mayor al plazo de 90 días; pero se podrá prorrogar dicho plazo, por un tiempo igual y por una sola vez, siempre y cuando exista solicitud motivada.

Cuando se trate de investigaciones de delincuencia organizada y sus delitos relacionados, la interceptación se podrá autorizar hasta por un plazo de 6 meses, prorrogables por otros 6 meses más; y, toda la información que se obtenga, que esté relacionada con la investigación, se utilizará en el proceso, debiendo guardar silencio sobre lo que no es motivo de los hechos.

Previa autorización del juez, el fiscal, podrá realizar la interceptación y registro de los datos informáticos en transmisión a través de los servicios de telecomunicaciones como: telefonía fija, satelital, móvil e inalámbrica, con sus servicios de llamadas de voz, mensajes SMS/MMS, transmisión de datos y voz sobre IP, correo electrónico, redes sociales, videoconferencias, multimedia, entre otros, cuando el fiscal lo considere indispensable para comprobar la existencia de una infracción o la responsabilidad de los partícipes.

También se indica en el COIP, que está prohibida la interceptación de cualquier comunicación protegida por el derecho a preservar el secreto profesional o religioso; estableciéndose que las actuaciones procesales que violenten esta garantía carecen de eficacia probatoria, sin perjuicio de las respectivas sanciones. De igual manera quedan prohibidas la interceptación, grabación y transcripción de comunicaciones que vulneren los derechos de los niños, ni-

ñas y adolescentes, especialmente en aquellos casos que generen la revictimización en infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sexual, física, psicológica y otros.

Al proceso solo se introducirá de manera textual la transcripción de aquellas conversaciones o parte de ellas que se estimen útiles o relevantes para los fines de la investigación; no obstante, el procesado, podrá solicitar la audición de toda la grabación, cuando lo considere apropiado para su defensa.

Cuando en el transcurso de la interceptación de la comunicación, se conozca del cometimiento de otro delito, se lo comunicará al fiscal, para el inicio de la investigación correspondiente; pero en el caso de constituir delito flagrante se procederá conforme lo indica el COIP para la flagrancia.

El personal de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones, así como las personas encargadas de interceptar, grabar y transcribir las comunicaciones o datos informáticos, tendrán la obligación de guardar reserva sobre su contenido, salvo cuando se los llame a declarar en juicio.

El Código Orgánico Integral Penal, señala que los medios de prueba son: el **Documento**, el **Testimonio** y la **Pericia**; refiriéndose al documento, dispone que el fiscal o el defensor público o privado podrán requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio; definiendo el “*contenido digital*”, como todo acto informático que represente hechos, información o conceptos de la realidad, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico que se

preste a tratamiento informático, incluidos los programas diseñados para un equipo tecnológico aislado, interconectado o relacionados entre sí.

La investigación para obtener la información digital se la realizará a través de técnicas digitales forenses, ya sea para su análisis, valoración, recuperación y presentación, cuando se encuentren almacenados en sistemas y memorias volátiles, o equipos tecnológicos que formen parte de la infraestructura crítica del sector público o privado, debiendo realizarse su recolección en el lugar y tiempo real, para preservar su integridad, aplicando la cadena de custodia y con ello posibilitando su posterior valoración y análisis de contenido; de igual manera se realizará cuando se encuentre almacenado en medios no volátiles.

Cuando se recolecte cualquier medio físico que almacene, procese o transmita contenido digital durante una investigación, registro, allanamiento, se deberá identificar e inventariar cada objeto individualmente, fijará su ubicación física con fotografías y un plano del lugar, se protegerá a través de técnicas digitales forenses y se trasladará mediante cadena de custodia a un centro de acopio especializado.

Cuando el COIP trata sobre la **prueba testimonial**, establece que ésta se practicará en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia, con excepción de los testimonios anticipados; y, las personas llamadas a declarar, que se encuentren en situación de riesgo, a más de tener derecho a ser resguardadas, el testimonio lo podrá realizar a través de medios tecnológicos o de caracterización que aseguren su integridad; y las versiones

o testimonios de niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, se las realizará ante el juzgador, teniendo derecho a que se la haga en forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo; debiendo utilizarse para dicho efecto, los elementos técnicos como: circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, por una sola vez, ya que se incorporará como prueba la grabación de la declaración en la audiencia de juicio.

También en el testimonio que deba rendir la víctima, previa justificación, se podrá solicitar al juez, que se le permita hacerlo evitando la confrontación visual con el procesado, a través de videoconferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados, sin que por ello se impida el derecho a contra-interrogar.

Cuando en la investigación intervengan **peritos internacionales**, sus informes podrán ser incorporados como prueba, a través de testimonios anticipados o podrán ser receptados mediante videoconferencia.

El COIP, también señala las reglas para la obtención e investigación de los delitos cometidos mediante los **medios de comunicación social**, debiendo solicitarse como exhibición previa, es decir, antes del ejercicio de la acción penal, al director, editor, propietario o responsable del medio de comunicación, que informe el nombre del autor o responsable del escrito, enviando una copia del mismo y la remisión de las filmaciones, videocintas o las grabaciones de sonidos.

Entre las medidas cautelares, que puede dictar el juez, para asegurar la presencia de la persona procesada, se encuentra el

dispositivo de vigilancia electrónica, que lo puede ordenar con la prohibición de ausentarse del país, la obligación de presentarse periódicamente y el arresto domiciliario, en este último caso será obligatorio el uso del dispositivo, que servirá para garantizar el cumplimiento efectivo de las medidas de protección, señaladas en el artículo 558 del COIP; la utilización del dispositivo lo ordenará el juzgador, con la ayuda de la Policía Nacional, pero de considerarlo necesario, a petición de parte, también se podrá ordenar el uso de estos dispositivos electrónicos a favor de la víctima, testigo u otro participante en el proceso; disponiéndose también su ingreso al Sistema nacional de protección y asistencia a víctimas, aun cuando el fiscal no lo disponga previamente.

Respecto a las normas generales para la realización de las audiencias, se destaca la oralidad, disponiéndose que sea el Consejo de la Judicatura, el que lleve un archivo, en medios técnicos adecuados, de todas las audiencias realizadas; ya que vamos camino al proceso electrónico.

También se podrá realizar **audiencias telemáticas**, por videoconferencia o mediante la utilización de otros medios similares, por razones de cooperación internacional, seguridad o utilidad procesal y en aquellos casos en los que sea imposible la comparecencia de quien deba intervenir en la audiencia, siempre previa autorización del juez, para lo cual el dispositivo de comunicación de audio y video, debe permitir al juez, observar y establecer comunicación oral y simultánea con el procesado, la víctima, el defensor público o privado, el fiscal, perito, testigos y los asistentes a la audiencia, ya que las audiencias telemáticas podrán ser presenciadas por el público, ex-

cepto en los casos que exista una medida de restricción a la publicidad.

La comunicación en estas audiencia realizadas por canales virtuales, debe ser real, directa y fidedigna, tanto de imagen, como de sonido, debiendo el juzgador adoptar las medidas necesarias para garantizar el derecho a la defensa y el principio de contradicción; destacando que la Corte Nacional de Justicia, en los últimos dos años, hemos realizado 80 audiencias a través de videoconferencia, enlazándonos con casi todas las provincias del país, evitando de esta forma el traslado de las partes procesales, incluido el procesado, hasta la sede de la Corte Nacional, para la realización de audiencias de casación o revisión penal y para los hábeas corpus.

Respecto al proceso, las normas del COIP, establecen que será físico y electrónico, conteniendo en el primero, todos los documentos que deben reducirse a escrito y los registros de la realización de las actuaciones orales, pero no el contenido de las mismas. Mientras que en el expediente electrónico se archivarán todos los documentos que pueden ser transmitidos electrónicamente y todas las diligencias que se han reducido a escrito o que se reciben por escrito, las mismas que serán digitalizadas y administrados en una misma base de datos, en línea y a cargo del Consejo de la Judicatura.

También se señalan las reglas para el registro electrónico de actos procesales, ya que se sentará la **“razón electrónica”**, de todas las diligencias, actuaciones y audiencias en cada etapa procesal; se emplearán todos los medios técnicos idóneos, para el registro y reproducción fidedigna de lo actuado, con el fin de que estén al alcance de las partes procesales, de preferencia grabaciones digitales y comunicaciones electrónicas.

Todas las audiencias deberán ser registradas íntegramente, por cualquier medio de grabación digital, de preferencia video y se mantendrán en archivo digital; y, al finalizar una audiencia se sentará una razón en la que conste el número del expediente, fecha, lugar, nombre de los sujetos procesales, la duración de la misma y la decisión adoptada, todo lo cual será ingresado junto con el registro de las audiencias al expediente físico y digital.

Durante la **investigación previa y la instrucción**, la conservación y archivo de los registros serán responsabilidad del fiscal, y posteriormente los registros estarán a cargo del servidor judicial del manejo y custodia de expedientes en la unidad judicial; pero luego de concluido el juicio y agotado los recursos, el expediente físico y digital se conservarán en el archivo general del juzgado, con las excepciones de ley.

Según la décima octava disposición transitoria, con la que se publica el COIP, se concede el plazo de 150 días (hasta julio de este año), para que el Consejo de la Judicatura establezca un sistema de **correo electrónico** exclusivo para las notificaciones electrónicas en los procesos judiciales; y, los servidores judiciales, sin perjuicio de la notificación física, estarán obligados a notificar por este medio electrónico las providencias, resoluciones, actos administrativos, decretos, autos y sentencias, sancionándose su incumplimiento; y en 90 días el Consejo, deberá asignar los recursos humanos y económicos para poner en funcionamiento las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, inclusive en lo que respecta al **archivo de los medios técnicos de las audiencias**, entre otras.

También se crea el **Sistema único de coordinación de audiencias y diligencias**, compuesto por un sistema informático integrado y personal técnico asignado para cada uno de los órganos que participan en el proceso que permita la coordinación eficaz, entre los sujetos, partes y órganos auxiliares para el cumplimiento oportuno de las audiencias y diligencias procesales, para que se puedan cumplir los plazos en las diferentes etapas del proceso.

De esta forma hemos sintetizado las nuevas realidades del derecho procesal penal, contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, con las diferentes formas de utilización de los canales virtuales en el proceso penal.

BIBLOGRAFÍA:

Botero Cardona, Martín Eduardo. El Sistema Procesal Penal Acusatorio. El Justo Proceso. Estructura y Funcionamiento. Editores Ara - 2009.

Código Orgánico Integral Penal. Suplemento del Registro Oficial No. 180 del 10 de febrero de 2014.

Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl. Derecho Procesal Penal. Sistema Acusatorio Teoría del Caso y Técnicas de Litigación Oral. Tomo I. Editorial Rodhas - Perú, 2011.

Zavala Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo III, Editorial Edino - Ecuador, 2004.

Zambrano Pasquel, Alfonso. La Prueba Ilícita. Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones - Ecuador, 2009.



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

El Examen y Contraexamen en la Etapa de Juicio y en otros Momentos Procesales

Para referirnos al examen y contraexamen es necesario tener presente y claro los principios del debido proceso, ya que éstos juegan un papel fundamental en la sustanciación de los procesos penales, es así que desde el artículo 75 al 82 de la Constitución de la República, constan los principios del debido proceso, correspondiendo a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de los sujetos procesales, con una justicia que se la realice sin dilaciones y con oportunidad, donde sean respetados en igualdad de condiciones a los intervinientes en el proceso penal, con el objeto de obtener una sentencia conforme a derecho, luego de haber sido sustanciado el proceso ante el juez o tribunal competente, imparcial, independiente y sobre todo con la suficiente formación ética y profesional.

Dentro del tema de análisis, los principios como el de inmediación, contradicción y concentración, son de observancia estricta, ya que el incumplimiento de éstos ocasionaría que no surtan el efecto jurídico que lleva implícito un examen y contraexamen, razón por la cual es de trascendental

importancia que los sujetos procesales estén capacitados para practicar e incorporar la prueba y de manera especial cuando uno de ellos presenta un testigo o un perito, tiene la obligación de examinarle acorde al hecho que conoce o a la experticia técnica o científica correspondiente; mientras que a las otras partes les corresponde realizar el contraexamen de manera oral y de una manera técnica.

“La relevancia del examen directo es que constituye la principal oportunidad de que dispone el litigante para probar su teoría del caso al tribunal. El examen directo nos permite relatar nuestra teoría del caso desde la prueba concreta y no desde las puras afirmaciones del abogado litigante (como, por ejemplo, en los alegatos de apertura) que hasta el momento han sido solo una promesa” (BAYTELMAN Andrés-DUCE Mauricio, “Litigación Penal Juicio Oral y Prueba”, editorial Carrera, Bogotá-Colombia, pág. 96). El examen directo, tiene la obligación de realizarlo el sujeto procesal que presenta a un testigo o perito y para ello debe tener una técnica jurídico-penal, que garantice lo que se quiere probar.

“Una de las apuestas más fundamentales del modelo acusatorio —particularmente en sus versiones más adversariales— es que la contradictoriedad de la prueba —unida a la inmediación de los jueces— va a producir información de mejor calidad para resolver el caso”. (BAYTELMAN Andrés - DUCE Mauricio, “Litigación Penal Juicio Oral y Prueba”, editorial Carrera, Bogotá-Colombia, pág. 139). Por lo tanto a través del sistema acusatorio oral, la contradicción de la prueba y la inmediación de los jueces, dentro de los procesos penales, permite obtener mejor información que le lleva al juzgador a resolver puntualmente un acto humano que viola la ley penal y de igual forma tener resoluciones apegadas a la verdad de los hechos basadas en pruebas que fueron sometidas a un examen y contraexamen y con la observación directa del juzgador, lo cual las convierte a la pruebas con mayor calidad.

El principio de inmediación tiene su importancia dentro de la sustanciación de un proceso penal, por el hecho de que quien juzga debe conocer a ciencia cierta sobre lo que va a decidir, con la suficiente certeza, de que el hecho fáctico ocurrido se ajusta al tipo penal que se investiga, y que las pruebas determinan si se llega a establecer o no, tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad del procesado, para que luego los jueces procedan a la deliberación reservada, valorar la prueba en base a las reglas de la sana crítica y dictar la sentencia que corresponda en Derecho, que debe ser anunciada de manera verbal en la misma audiencia y con la respectiva motivación como establece el art. 76.7.1 de la Constitución de la República y el art. 563.5 del Código Orgánico Integral Penal.

En lo que respecta al principio de concentración el artículo 5.12 del Código Orgánico Integral Penal, establece: “Concentración: la o el juzgador concentrará y realizará la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia; cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada para el efecto”. Lográndose de esta manera procesos penales, coordinados, armónicos y sobre todo realizando la mayor cantidad de actos procesales, en una sola audiencia cumpliendo fundamentalmente con los principios de celeridad, eficacia y eficiencia, aclarando que el proceso penal se desarrolla en base a audiencias, consecuentemente todas las diligencias se llevarán a cabo en base al principio de oralidad, que es la parte esencial del sistema acusatorio oral.

El principio de contradicción en el desarrollo del examen y contraexamen, resulta ser primordial para que el juzgador adopte su decisión, sobre la base de las fundamentaciones o argumentaciones que hagan los sujetos procesales, quienes aportan las pruebas necesarias para llegar a la verdad de los hechos, considerando que existen tres clases de pruebas: el documento, el testimonio y la pericia como dispone el art. 498 del Código Orgánico Integral Penal, pudiendo ser éstas de cargo y de descargo, mismas que deben ser solicitadas, ordenadas, practicadas e incorporadas en la etapa del juicio por los sujetos procesales y en especial por el fiscal que tiene la obligación de hacer una investigación integral, cumpliéndose de esta manera con el principio de objetividad, que es un aspecto relevante del proceso penal, ya que solo al fiscal le corresponde buscar la verdad procesal, mientras que los jueces tienen la obligación de administrar justicia en base a las pruebas aportadas en juicio,

mismas que deben ser obtenidas, en base a lo que determina la ley y la Constitución de la República, ya que de no ser así, carecerían de eficacia probatoria como dispone el artículo 76.4 de la Carta Magna.

Dentro del tema que motiva este estudio, que es el examen y contraexamen de las pruebas, es preciso hacer referencia en primer término al examen, mismo que se lo ejecuta frente al órgano jurisdiccional, en el caso concreto ante el tribunal de garantías penales, la Corte Provincial por el recurso de apelación y la Corte Nacional de Justicia, por el recurso de revisión, o en casos de fuero donde los jueces realizan la audiencia de juzgamiento en la forma que establece la ley, donde entran en juego los principios anteriormente anotados, como el de inmediación con el contacto directo entre el juzgador, los sujetos procesales, los peritos y los testigos que van a declarar en una audiencia oral, pública y contradictoria (excepto en los casos que establece la ley donde las audiencias son reservadas), para que los juzgadores una vez efectuado el mismo, concedan la palabra a los otros sujetos procesales y procedan al contraexamen para que se cumpla con el debido proceso y en especial con el principio de contradicción.

El principio de contradicción se perfecciona cuando el sujeto procesal que presenta un perito o testigo procede al examen y el momento en que los otros sujetos procesales realizan el contraexamen automáticamente se cumple a cabalidad con este principio, ya que en el caso de que el juzgador no permita el contraexamen, ocasiona la violación del derecho de defensa establecido en el art. 76.7.a de la Constitución de la República, que hace referencia a que nadie puede ser

privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

De igual forma el principio de concentración surte su efecto jurídico ya que en una sola audiencia deben concurrir el juez o jueces, el secretario, los sujetos procesales y si se trata de una audiencia de juicio, los testigos y peritos, quienes deben rendir sus declaraciones frente al tribunal juzgador, todo esto, significa cumplir con el principio de concentración, donde se demuestra por parte de los operadores de justicia eficiencia y destreza, resolviendo la mayor cantidad de aspectos de orden procesal, es decir, que una vez concluida la audiencia de juicio, se decida la situación jurídica del procesado de manera oral y motivada en la misma audiencia y la correspondiente sentencia escrita será notificada a los sujetos procesales en el plazo de diez días posteriores a la finalización de dicha diligencia.

Es necesario tener claro, que es lo que se puede objetar en el desarrollo de una audiencia de juicio, por parte de los sujetos procesales, para lo cual se debe tomar en cuenta lo que establece el art. 569 del Código Orgánico Integral Penal, y ésta tiene relación con todo lo que tiene que ver con los principios del debido proceso como regla general y entre los casos específicos tenemos: Las pruebas declaradas ilegales e inconstitucionales, presentación de testigos improvisados, comentarios sobre el silencio de la persona procesada o del comportamiento anterior de la víctima y de manera muy amplia las preguntas autoincriminatorias, capciosas, compuestas, impertinentes, repetitivas, irrespetuosas, vagas o ambiguas, lo que esta fuera de la esfera de percepción del testigo, sugestivas excepto en el contraexamen que si proceden estas

últimas. Todas estas objeciones que pueden realizarse por parte de los sujetos procesales en una audiencia de juicio, permite un desarrollo adecuado, con respeto de los derechos y garantías de los litigantes.

Las pruebas declaradas ilegales o inconstitucionales, por un juez que conoció la etapa intermedia, esto es, en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, automáticamente quedan excluidas y no se las podrá tomar en cuenta en ningún otro momento procesal, por el hecho de que en la etapa procesal anterior se las tachó como inconstitucionales e ilegales, siendo necesario la objeción del sujeto procesal para que el juzgador califique a esa prueba como contraria a la Constitución y la ley y no produzca el efecto jurídico pertinente; la prueba es ilegal cuando se la obtuvo al margen de la ley y es inconstitucional cuando se ha violado el debido proceso o ciertos principios, derechos o garantías constitucionales.

Es necesario ejemplificar con objeto de llegar a comprender de mejor manera el examen y contraexamen, así en la instrucción fiscal, se toma la versión de un procesado sin la presencia de su abogado defensor, por tanto, ese elemento de convicción resulta ser ilegal e inconstitucional, es decir, no tendría valor jurídico en la etapa de juicio; lo mismo ocurriría en el caso de que en un parte policial, se hace constar que no le leyeron al sospechoso sus derechos constitucionales, en su idioma o se le interrogó sin la presencia de su abogado, por parte de miembros policiales, en este caso todos los elementos de convicción que nazcan del parte policial o de las versiones rendidas por los policías que procedieron a la aprehensión del sospechoso en delito flagrante, carecerían de eficacia probatoria por haber-

se violado el derecho a no ser interrogado sin la presencia de su abogado, aspecto que doctrinariamente significa que se debe aplicar la teoría del fruto del árbol envenado, esto es, que si el parte policial es ilegal e inconstitucional, todo lo que se desprenda del mismo, en el futuro corre la misma suerte, y consecuentemente carece de eficacia probatoria; también se puede objetar a testigos improvisados, así, si el fiscal presenta un testigo a la audiencia de juicio que nunca fue mencionado en la investigación previa o instrucción fiscal, no puede aparecer de manera sorpresiva en la etapa de juicio como testigo, excepto en los casos que establece el art 617 del Código Orgánico Integral Penal, esto es: “1. Que quien solicite, justifique no conocer su existencia sino hasta ese momento. 2. Que la prueba solicitada sea relevante para el proceso” ya que se dejaría en indefensión a los otros sujetos procesales, por no tener el tiempo necesario para preparar su defensa y hacer en este caso el contraexamen, ya que es necesario considerar lo que jurídicamente significa derecho de defensa y para ello es necesario referirnos a los que dispone el art. 76.7 con todos sus literales de la Constitución de la República, para tener una comprensión completa de lo que significa esta institución jurídica, misma que es fundamental en el desarrollo del proceso penal, en todas sus etapas e impugnación a través de los recursos que franquea la ley y que éstos son apelación, casación, revisión y de hecho, aclarando que lo que hasta hoy conocemos como recurso de nulidad en la nueva legislación penal ya no es considerado como tal, simplemente el juzgador a petición de parte o de oficio tiene la obligación de declarar la nulidad del proceso cuando la sentencia no cumpla los requisitos del art. 622 del Código Orgánico Integral Penal, en el caso de que el juzgador

actúe sin competencia o cuando se ha violado en trámite y éste influye en la decisión de la causa; entonces es imprescindible que el proceso penal sea tramitado cumpliendo toda la normativa legal, constitucional y de los tratados y acuerdos internacionales, ya que solo un proceso saneado garantiza los derechos de los sujetos procesales.

De igual forma el comentario realizado por uno de los sujetos procesales, en lo que respecta al silencio del procesado, ya que de acuerdo a la Constitución de la República y la ley, el procesado bien puede acogerse al derecho al silencio y no rendir ni su versión, ni su declaración, por tanto, no se puede hacer un comentario negativo ni de ninguna otra naturaleza; es igualmente objetable el referirse al comportamiento anterior de la víctima, ya que éste, en nada afecta al análisis de un hecho fáctico que luego de la investigación pertinente se llega a determinar de manera precisa el tipo penal y las disposiciones legales que tipifican y sancionan ese hecho típico antijurídico y culpable, correspondiéndoles a los juzgadores decidir sobre la pena que se le debe imponer al infractor, considerando el principio de proporcionalidad, es decir, el bien jurídico protegido violentado, el daño ocasionado a la víctima y las circunstancias en las que se cometió la infracción, ya que de existir, circunstancias atenuantes a su favor, la pena es la mínima que establece la ley reducida en un tercio, pero si existe una o más agravantes no constitutiva ni modificatoria de la infracción según lo que dispone el art. 44 del Código Orgánico Integral Penal, la pena privativa de libertad será la máxima aumentada en un tercio.

Cuando se va hacer un examen y contraexamen hay que saber a ciencia cierta

que preguntas son prohibidas, ya que no se pueden hacer las autoincriminatorias, entendiéndose por éstas, cuando a una persona se le obliga a que se declare culpable, no existiendo autoincriminación, cuando una persona voluntariamente acepta un hecho fáctico tipificado en la ley penal; no se puede hacer preguntas capciosas, aquellas que buscan comprometer o favorecer los intereses de quien la formula; compuestas, es decir, que en una sola pregunta se averigüen varios hechos; impertinentes, que no se relacionen con el caso; repetitivas, si ya el testigo o perito declaró sobre un hecho, no se le puede preguntar varias veces sobre lo mismo; irrespetuosas que vayan a afectar la dignidad del testigo o de un sujeto procesal; vagas, ambiguas, sugestivas, estas últimas son las que llevan implícita en la pregunta la respuesta, anotándose que en el examen está prohibido hacer preguntas sugestivas, pero en el contraexamen hay una mayor flexibilidad y si permite la ley la formulación de las mismas, con el objeto de llegar a descubrir la verdad del hecho histórico llamado delito.

Es necesario anotar que en la audiencia de juicio, es donde los sujetos procesales tienen la oportunidad de hacer valer sus derechos a través de la prueba anunciada oportunamente y que ese momento de la audiencia de juzgamiento deben ser solicitadas, ordenadas, practicadas e incorporadas, siendo la única prueba que tiene valor constitucional y legal.

No se puede interrogar a un testigo sobre lo último que vio, tiene que hacerlo de manera directa y cronológica, como fue observando los hechos desde el inicio hasta el final, para determinar si le consta o no el cometimiento de la infracción, esas

preguntas tienen que ser eminentemente abiertas para que el testigo explique cada hecho y lo relacione con el delito materia de la investigación y de esa forma poner en conocimiento de los jueces competentes.

En el examen directo es necesario que el fiscal o el sujeto procesal, presente testigos o peritos idóneos, de conducta intachable, acreditando solvencia profesional, honorabilidad, que no se encuentren parcializados, para que su declaración permita aseverar hechos, que tienen relación con la infracción que se investiga; mientras que en el contraexamen se harán preguntas eminentemente cerradas, se interrogarán en base asuntos que todavía no ha declarado el testigo o el perito, o que son aspectos controvertidos cuando el testigo o perito no tuvo seguridad en el momento del interrogatorio directo, entonces lo que se busca con el contraexamen es afectar su credibilidad provocando duda en el juzgador; es decir, el contraexamen es de trascendental importancia para llegar a la verdad de los hechos, y en el caso en que una declaración haya sido falsa, los jueces están en la obligación de oficiar a la Fiscalía General del Estado, para que se inicie la investigación por el

supuesto delito de perjurio, en el cual han incurrido los testigos y peritos.

Para finalizar, es necesario el estudio permanente de la Constitución de la República, la ley, jurisprudencia y la doctrina; realizar prácticas de litigación oral, que nos lleve a obtener el dominio y agilidad mental, para escarbar en la mente de quienes se sometan al examen y contraexamen, y así llegar a establecer la verdad, para que el juzgador administre justicia otorgando a cada quien lo que le corresponde.

Es necesario indicar que por disposición del art. 604.4.b del Código Orgánico Integral Penal, en ningún caso el juzgador podrá decretar la práctica de pruebas de oficio, ya que eso significaría la violación del principio dispositivo y de otros principios que forman parte del debido proceso, como son el de independencia e imparcialidad.

“El abogado que litiga en materia penal, debe tener destrezas y habilidades para examinar y contraexaminar a testigos y peritos y solo esto le permitirá alcanzar la perfección profesional en un sistema acusatorio oral y garantista”.



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

Acceso a la justicia para Mujeres con Discapacidad víctimas de Violencia de Género: **Las múltiples condiciones de vulnerabilidad, una asignatura pendiente hacia la consolidación de los Derechos de las Personas con Discapacidad**

Introducción:

En Latinoamérica y en general en el mundo entero, con preocupación, es posible ver cómo mujeres, adolescentes y niñas con discapacidad ven disminuidos sus derechos humanos y libertades, al momento de denunciar un acto de violencia de género; es posible, además evidenciar cómo su condición, muchas veces, se revierte en su contra al momento de acceder a la administración de justicia, la cual por obligación es aquella que debe precautelar sus derechos y realizar justicia.

Es que las mujeres con discapacidad, viven una situación especialmente difícil ya que, llevan consigo múltiples condiciones de vulnerabilidad, es decir, ser mujer y tener una discapacidad, ya conlleva dos, pero aquellas que además son niñas o adolescentes y fueron víctimas de violencia, tienen varias condiciones de vulnerabilidad, las cuales las hacen sujeto de una mayor protección por parte del Estado y sus agentes, quienes son los principales garantes de sus derechos.

Más, en este ensayo demostraré, con un caso en concreto, cómo una mujer víctima de violencia sexual, quien debido a su discapacidad mental tenía el coeficiente intelectual de una niña de doce años de edad, la cual fue victimizada al enfrentarse a su agresor en los tribunales ecuatorianos y se detallará cómo el Estado y sus agentes permitieron la invisibilización de sus múltiples condiciones de vulnerabilidad, en vez de garantizar su protección. Para poder llegar a este cometido se confrontarán estos hechos con los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que consagran derechos de protección, específicos, para las personas con discapacidad, lo cual probará la tesis planteada.

Caso a analizarse:

Se conoce en la causa 918-2010¹, el caso de la violación de una mujer, quien padece una discapacidad mental, de la cual se comprobó que su edad mental era la de una niña de 12 años de edad, la cual fue violentada sexualmente, por varias ocasiones, por su compañero de trabajo.

¹ Número de causa asignado por la Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana, Sentencia No. 918-2010, disponible en la página web de la Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana. www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/consulta-de-causas/resoluciones.

Los juzgadores del Tribunal de Apelación Ecuatoriano, quienes se encontraron a cargo del conocimiento del caso ratificaron el estado de inocencia del agresor basando su decisión en las siguientes consideraciones:

La víctima trabajaba en el Municipio de su localidad, como auxiliar de servicios, el agresor era su compañero de trabajo con quien mantuvo contactos sexuales en varias ocasiones, una de ellas en la cama de la guardianía, hecho que el agresor negó. Los juzgadores de apelación, en este punto, consideraron que no se encontraron pruebas de los actos concomitantes o simultáneos a una violación como son: la intimidación o la amenaza que alegaba la víctima, por lo que, no se habrían justificado vestigios materiales que configuren una violación.

Uno de los argumentos del Tribunal de Apelación era que el perito acreditado por la Fiscalía General del Estado Ecuatoriano, quien realizó el examen psicológico de la víctima determinó que la misma tenía un retardo mental, con un coeficiente intelectual de 69 CI, equivalente a una niña de 12 años de edad, que es afectuosa por su condición, y que es manipulable, pero que puede trabajar y socializar. Además, que 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, y por lo que, su testimonio es irrelevante para demostrar el hecho de la violación, ya que, la discapacidad no le impide, aunque tuviere una edad mental de doce años, repeler un ataque u ofrecer resistencia.

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

El juzgador de apelación se basó además en el testimonio del perito acreditado por la Fiscalía General del Estado Ecuatoriano, el cual estableció que la víctima, era una mujer mayor de 33 años, y que no era virgen, que tenía cabezas de espermatozoides al tiempo del examen, es decir, que mantuvo una relación sexual reciente y que se encuentra embarazada, lo que no determina que existen huellas de violencia. Con lo que se quiere establecer que al ser una mujer adulta y al haber mantenido contacto sexual reciente no existe violación, ya que, no se han encontrado golpes o lesiones, todo esto sin tomar en cuenta la edad mental de la víctima.

El Tribunal consideró que lo mencionado por la víctima, en el sentido de que había sido violada por cuatro personas más, es irrelevante puesto que eso configura una referencia y la víctima no puede ser a la vez perito y testigo referencial.

Se señaló que es innato en el ser humano el instinto sexual, y que no existe ninguna objeción para que la víctima satisfaga sus necesidades de carácter sexual y que pensar en lo contrario sería impedirle vivir y que la ley no ha considerado que una relación sexual con una persona con discapacidad mental leve, constituya delito, pese a haber determinado que era una niña.

La Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana 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.

Con los antecedentes expuestos, quiero centrar mi investigación y análisis en cuatro grandes ejes: La violencia de género a la que fue expuesta la víctima, las acciones discriminatorias por parte del Estado y sus agentes y la obligación de protección, El acceso a la Justicia: estándares de protección en materia de violencia contra las mujeres y niñas víctimas de violencia y el análisis de las múltiples condiciones de vulnerabilidad.

• **Violencia de género**

El caso expuesto resume en pocas palabras la realidad a la que se ven expuestas las mujeres, niñas o adolescentes en toda Latinoamérica, con respecto a la violencia y la discriminación a la que son objeto, adicionado a la invisibilización de la real dimensión del daño tanto físico, psicológico, sexual, económico, patrimonial, entre otras del que son objeto, más aún cuando padecen de una discapacidad.

En el caso en concreto, la violencia a que fue objeto la víctima, no solo provino del agresor, sino que también la emanó el Estado y sus agentes, en este caso, de la administración de justicia, en específico el Tribunal de Apelación que tuvo conocimiento de la causa.

Esta violencia, sistemática según María López Gonzalez², *es un tabú dentro de un tabú*,

ya que, a más de ser una violencia de género, la cual es invisibilizada, el abuso contra niñas y mujeres con discapacidad es aún más desvalorizado, la autora señala que existen varios factores que favorecen esta situación como:

- Dependencia de otros, en cuidados de larga duración.
- Negación de los derechos humanos, relacionada con una percepción de ausencia de capacidades o poder.
- Menor riesgo de descubrir al perpetrador.
- Dificultad de algunas sobrevivientes para ser creídas
- Bajo nivel de educación acerca de la sexualidad.
- Necesidad de ayuda física.
- Mayor aislamiento social y desconocimiento o no acceso a recursos de apoyo.

Todos estos aspectos, muchos de ellos cercanos a la realidad de la víctima, pese a ser factores que evidencian la necesidad de protección, más bien se han revertido en contra de las mujeres con discapacidad, generando ciertos estereotipos tales como: que las mujeres con discapacidad no tienen derecho a vivir una vida sexual placentera, porque no tienen conciencia de su sexualidad y por lo tanto es disponible, que no tienen capacidad de discernir entre un hecho violento y un acto consentido por lo que tienen poca credibilidad ante sus familiares y las autoridades, que son fácilmente manipulables, entre otros, los cuales fomentan la impunidad.

Estos estereotipos, tal como establecen Rebecca J. Cook y Simone Cusack

² María López González, Discapacidad y Género. *Estudio etnográfico sobre mujeres discapacitadas*, en EDUCACIÓN Y DIVERSIDAD, 150 - 151 (Facultad de Educación, Universidad de Zaragoza, Mira editores, Primera edición, 2007)

“... se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales... la estereotipación de género per sé no es necesariamente problemática, sino cuando opera para ignorar las características, habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales, de forma tal que se le niegan a las personas sus derechos y libertades fundamentales y se crean jerarquías de género.”³

En el caso de la víctima, el juzgador de apelación fundamentó su decisión en base a estos estereotipos con el fin de anular la condición de discapacidad y de vulnerabilidad de la víctima, de quien consideró que al ser una mujer adulta, que padecía de una enfermedad orgánica, no había sido violentada sexualmente sino que con los contactos sexuales que mantuvo con el agresor estaba disfrutando de su sexualidad, todo esto con el fin de invisibilizar la real condición de la víctima, es decir, ser una niña con discapacidad mental.

En respuesta a esta realidad, es necesario tomar en cuenta lo que establece el artículo 16 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, suscrita en el seno Organización Naciones Unidas, suscrita el 13 de diciembre de 2006⁴ y que entró en vigencia con fecha tres de mayo de 2008 determina que los Estados Partes adoptarán todas las medidas de carácter legislativo, administrativo, social, educativo, etc.; que sean necesarias para proteger a las

personas con discapacidad, tanto en su hogar como fuera de él, contra todas las formas de explotación, violencia y abuso, incluidos los aspectos relacionados con el género.

Menciona además, que los Estados Partes también deberán adoptar todas las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso garantizando que existan mecanismos de asistencia y apoyo que tengan en cuenta el género y la edad de las personas con discapacidad, de sus familiares y cuidadores.⁵

Es necesario anotar que esta convención también prevé la obligación de garantizar la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de las personas con discapacidad que sean víctimas de cualquier forma de explotación, violencia o abuso.

Finalmente, este instrumento internacional prescribe que es deber de los Estados Partes adoptar legislación y políticas efectivas, para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso contra personas con discapacidad sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

El Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer define a la violencia contra las mujeres como “la violencia dirigida contra una mujer por el solo hecho de ser mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”.⁶

³ REBECCA J. COOKY SIMONE CUSACK, ESTEREOTIPOS DE GÉNERO, PERSPECTIVAS LEGALES TRANSNACIONALES, 23, (Universidad de Pensilvania, Primera Edición, 2009).

⁴ Agustina Palacios, *El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables. Una mirada desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad*, en IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EL RETO DE LA DIVERSIDAD, 390, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Cultos, Danilo Caicedo Tapias y Angélica Porras Velasco Editores 2010).

⁵ Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de las Naciones Unidas, 13 de diciembre de 2006, art. 16, inciso segundo.

⁶ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Organización de Naciones Unidas, artículo 1.

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.”*⁷.

Menciona además que se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: 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.”⁸.

Actualmente, consta en la Constitución de la República del Ecuador⁹ vigente a la época en la que sucedieron y fueron juzgados los hechos, como un derecho de libertad, 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 y la obligación que tiene el Estado

de adoptar 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.

En el mismo cuerpo legal, se incorpora la protección especial de las víctimas de infracciones penales, 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 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.

La debida diligencia, es uno de los principios rectores en la administración de justicia, la cual debe ser aplicada por las servidoras y servidores judiciales, que incluye a juezas y jueces, fiscales y defensores públicos, a lo que se les atribuye responsabilidad por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

Es obligación del Estado 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

⁷ Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belén do Pará”, Organización de Estados Americanos, artículo 1.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

principios constitucionales se encuentra 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, las mismas que deben observar al momento de encontrarse en frente a un caso de violencia de género; más estos, 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.

En el caso en específico, en primer momento, al haber absuelto al agresor, por lo tanto al haber establecido la inexistencia de la violentación sexual, se le privó a la víctima del reconocimiento del episodio de violencia sufrido y por lo tanto, de la recuperación integral que merecía. El Estado Ecuatoriano incurrió así en una violación tanto la convención como a los derechos de la víctima.

• **Acciones discriminatorias por parte del Estado y sus agentes en contra de la víctima, y la obligación de protección:**

En el mismo caso también se pueden advertir, por lo menos, dos acciones discriminatorias palpables en contra la víctima,

la una: haberse desvalorizados sus testimonios e intervenciones en el proceso penal, ya que, como se mencionó en párrafos anteriores el administrador de justicia ecuatoriano disminuyó el valor que contenían las declaraciones y las utilizó en contra de la víctima al haber establecido que los contactos sexuales que se habían mantenido con el agresor, por varias ocasiones, no configuraban el delito de violación por no mediar violencia, y que si bien es cierto no fue la única persona que la violentó, esto no era relevante, ya que, son indicios y no hechos ciertos; y la segunda: haberse pasado por alto la edad mental de la víctima.

Frente a la primera acción de discriminación, es necesario mencionar que en materia penal las pruebas pueden ser materiales, testimoniales y documentales. En específico, en los delitos de violencia sexual, la declaración de la víctima es considerada prueba testimonial fundamental, ya que aporta una gran cantidad de elementos de prueba.

Además, es un derecho procesal y fundamental de la víctima, como sujeto procesal, participar en igualdad de oportunidades¹⁰ 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...*”¹¹. Garantizando así sus derechos, lo que, 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, y menos

¹⁰ Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento No. 360, 13 de enero 2000, última reforma 29 de marzo de 2009, artículo innumerado (...) 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.

¹¹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, artículo 78.

considerarla como participante del delito, en base a prejuicios y estereotipos¹²;

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.

Es por esta razón, que es un estándar de protección de los derechos de la víctima, la obligación de las y los juzgadores de valorar todas las pruebas que sean necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos¹³, 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 del agresor.¹⁴

Cabe mencionar que la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, que fue suscrita en

la ciudad de Guatemala, el 07 de junio de 1999¹⁵, estableció la necesidad de que los Estados Parte adoptaran medidas legislativas, sociales, educativas, laborales o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración a la sociedad, además de implementar medidas para asegurar que las personas encargadas de aplicar la Convención y la legislación interna estén capacitados para hacerlo¹⁶.

Por otro lado, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, consagran, desde su artículo 1, derechos específicos para las personas con discapacidad, estableciendo que su propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

En esta convención se describe a las personas con discapacidad como aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás¹⁷.

¹² 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...".

¹³ González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Inter-Am Ct H.R. (ser. C) No. 205, ¶. 349. de (16 de noviembre de 2009).

¹⁴ Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia Inter-Am Ct H.R. (ser. C) No. 215, ¶. 115. (Sentencia de 30 de agosto de 2010).

¹⁵ Dr. Pablo Oscar Rosales, *la nueva convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 11 de abril de 2007, <http://www.uba.ar/extension/universidadydiscapacidad/download/convencionddhh.pdf>.

¹⁶ Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, artículo 1.

¹⁷ Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículo 1, inciso segundo.

Este instrumento además, determina el concepto de discriminación por motivos de discapacidad señalando que debe entenderse por discriminación¹⁸ toda acción que, por motivos de discapacidad, se limite, se excluya, o restrinja el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en todos los ámbitos de su vida, entre ellas la denegación de ajustes razonables.

Por otro lado la Constitución de la República del Ecuador¹⁹, establece que el ejercicio de los derechos se regirá por varios principios, uno de ellos es el de igualdad y no discriminación:

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, personas, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación²⁰.

Con lo que se puede determinar que, con toda certeza, la víctima sí fue sujeto de una acción discriminatoria, por parte de los juzgadores ecuatorianos, ya que, a todas luces su testimonio fue infra valorizado, lo cual, va en contra de la normativa legal penal y en contra de sus derechos humanos.

A la víctima también se la discriminó en el sentido de que no se tomó en cuenta la edad mental que tenía al momento de los hechos, sino que solamente tuvo relevancia para el Tribunal su edad cronológica, 33 años de edad, además que fue pasada por alto su condición médica, ya que, se mencionó que la víctima no tenía una enfermedad mental, sino orgánica, pese al habersele diagnosticado un retardo mental.

Este argumento pretendió, 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, su libertad e indemnidad sexual deben ser cuidadas ya que, se debe precautelar su desarrollo integral y su integridad física, psicológica y sexual, además de que en efecto, la legislación nacional ecuatoriana²¹, condena el mantener contacto sexual con un niño, niña o adolescente, el cual su consentimiento es irrelevante²².

¹⁸ *Ibíd.*, artículo 2: Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008. Expediente de la Corte Provincial del Carchi, Ecuador, sentencia de 5 de octubre de 2010.

²⁰ *Ibíd.*, artículo 11.

²¹ Código Penal Ecuatoriano, Registro Oficial Ecuatoriano No. 147 suplemento, 22 de enero de 1971, art. 512: Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

1o.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;

²² *Ibíd.*, Art. Innumerado.- En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante. En los delitos de trata de personas, el consentimiento será irrelevante.

El juzgador ecuatoriano de apelación, en este caso, discriminó a la víctima, poniendo en duda sus testimonios, ya que, pese a que haber probado su edad mental, se estableció que tenía capacidad y discernimiento y que la discapacidad no le impide, aunque tuviere una edad mental de doce años de edad, era capaz de repeler un ataque u ofrecer resistencia ante un episodio de violencia sexual, y al no haberse establecido que existieron huellas de violencia, se ponía en duda la violación a la que fue sujeto la víctima.

Por lo que, ante esta arbitraria valoración de las pruebas, se puede establecer que se ha producido una violación de los derechos de no revictimización de las víctimas de violencia sexual²³; de protección especial de niñas, niños y adolescentes contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole²⁴; de protección especial de personas con discapacidad víctimas de cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad²⁵, actos que de por sí también constituyen una forma de discriminación.

Finalmente, quisiera destacar que hablar de no discriminación equivale al reconocimiento de que todas las personas somos iguales, sobre todo en el ámbito de discapacidad en el cual, el estándar de protección de la igualdad es aún mayor, asumir esta igualdad es realizar también acciones afirmativas de reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad tal como lo establece Agustina Palacios, quien menciona que *“Asumir el principio de igualdad en el ámbito de la discapacidad significa, en primer lugar, que todas las personas poseen —no solo un valor intrínseco inestimable—, sino también que son intrínsecamente iguales en lo que se refiere*

al valor, más allá de cualquier diferencia física, mental e intelectual o sensorial. Ello no equivale a decir que no existan diferencias entre las personas, sino más bien que una sociedad que respeta auténticamente el principio de igualdad es aquella que adopta un criterio inclusivo respecto de las diferencias humanas, y las tiene en cuenta en forma positiva”.

• Acceso a la justicia y desigualdad de condiciones

Con respecto al acceso a la justicia, en el caso específico, también se violentó el derecho de la víctima a acceder a una justicia en igualdad de condiciones, la misma que no solamente implica la posibilidad de denunciar los hechos suscitados, sino que la administración de justicia garantice sus derechos.

El artículo 13 de la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad establece que los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia, en igualdad de condiciones con las demás, para lo que se deberán llevar a cabo ajustes de procedimiento, adecuados a la edad de la persona, con el fin, de facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos del proceso, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares.

Este mismo artículo establece una de las garantías básicas del derecho al acceso a la justicia, la especialización del sistema de administración de justicia, especialización que tiene como presupuesto la obligación de asegurar la capacitación adecuada de los

²³ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, artículo 78.

²⁴ *Ibidem*, artículo 46.4

²⁵ *Ibidem*, artículo 48.7

funcionarios que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

Como se pudo apreciar en el caso propuesto, el desconocimiento de la normativa nacional ecuatoriana y de la internacional especializada, por un lado, y por otro la no asimilación de los derechos de las personas con discapacidad, llevó a los juzgadores de apelación a violentar de manera sistemática los derechos de la víctima en el proceso, y patrocinar la impunidad del caso, la cual no dio paso la Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana.

• Múltiples situaciones de vulnerabilidad

La víctima al ser mujer, niña y tener una discapacidad, es sujeto de varias condiciones de vulnerabilidad, las cuales lejos de ser un limitante para el pleno goce y ejercicio de sus derechos y libertades son condiciones que deberían garantizar su protección, es un espectro muy amplio.

Mónica Bartley menciona que: *“Las mujeres con discapacidad podrían ser las más vulnerables de la sociedad; debido a la naturaleza de su discapacidad pueden ser menos capaces de defenderse, y pudieran presentar dificultades mayores para reportar el abuso debido a las barreras de comunicación.”*²⁶.

El artículo 6²⁷ de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoce que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación²⁸, por lo que, los Estados Partes deben adoptar medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, y si son niñas o adolescentes se establece, a más de la obligación de asegurar el goce de los derechos y libertades se debe considerar, de manera primordial, la protección de su interés superior²⁹, tal como lo establece el artículo 7 de la convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad.

Agustina Palacios, menciona que *“En este artículo específico, se establece una protección específica, por medio del cual los Estados Partes se comprometen a tomar todas las medidas necesarias para asegurar el pleno goce de los derechos de los niños, niñas con discapacidad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás... Por otro lado, el artículo consagra al igual que lo hace la Convención de los Derechos del Niño, el interés superior del niño o niña”*³⁰

Por otro lado, las Cien Reglas de Brasilia, sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, establecen que se consideran en condición de

²⁶ Mónica Bartley, Causas y efectos de la violencia contra las mujeres con discapacidad, en CONSULTA: MUJER, VIOLENCIA Y DISCAPACIDAD, 25-31, 25 (Centro Cristiano de Reflexión y Diálogo, primera edición, 2009)

²⁷ Convención Internacional de derechos de las personas con discapacidad.

²⁸ Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres, Organización de Naciones Unidas, art. 1, 18 de diciembre de 1979.

²⁹ Convención de los derechos del niño, Organización de Naciones Unidas, art. 9 y 18, de 20 de noviembre de 1989.

³⁰ *Ibidem*, cita 9.

vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.³¹

Este mismo instrumento, señala que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad³².

Para el tema, en específico, este instrumento establece que la discapacidad, el género y la edad son condiciones de vulnerabilidad, y advierte que la discapacidad sea por deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social, por lo que, se debe procurar establecer las condiciones necesarias con el fin de garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia³³, además, que todo niño, niña debe ser sujeto de una tutela especial por parte de los órganos del sistema de justicia, en consideración, a su desarrollo evolutivo.

Finalmente, se describe que la discriminación que la mujer sufre, en determinados

ámbitos, supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad.

Así es, que se entiende por discriminación contra la mujer³⁴ toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, además detalla que se considera violencia contra la mujer³⁵ 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, mediante el empleo de la violencia física o psíquica y determina que se deberá prestar una especial atención, en casos de violencia, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna.

Finalmente, la Constitución Ecuatoriana, en su artículo 35 prescribe que las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, así como, que el Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad³⁶.

³¹ Las Cien Reglas de Brasilia, sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, sección 2, acápite 1, párrafo 3.

³² *Ibidem*, sección 2, acápite 1, párrafo 4

³³ *Ibidem*, sección 2, acápite 3, párrafos 7 -8.

³⁴ *Ibidem*, sección 2, acápite 8, párrafo 17

³⁵ *Ibidem* párrafo 18

³⁶ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008, artículo 35.

Con lo antes mencionado, se colige que los juzgadores en este caso, tergiversaron el contenido de las cuatro condiciones de vulnerabilidad de la víctima al ser: niña, mujer, presentar una discapacidad y haber sido víctima de violencia sexual, que conforme al mandato legal internacional y el constitucional ecuatoriano debían recibir atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. En el caso en concreto, más bien estas condiciones fueron utilizadas para atentar contra sus derechos, y justificar el abuso y la violencia, a la que fue sujeto la víctima.

Conclusiones

Pese a la adopción de instrumentos internacionales que consagran derechos específicos, en favor de las personas con discapacidad, derechos que tienen la calidad de derechos fundamentales, como se pudo apreciar, estos no han sido asimilados tanto por los organismos de administración de justicia, así como, por los organismos de formulación y aplicación de políticas públicas, lo que ha dado como resultado que se cometan flagrantes violaciones a sus derechos por parte de quienes tienen la obligación jurídica de protegerlos.

En el caso de las mujeres, niñas y adolescentes con discapacidad, tal como se ha desarrollado, es deber de los Estados garantizar su protección frente a la violencia a las que se ven expuestas. No es posible que aún, las personas con múltiples situaciones de vulnerabilidad sigan siendo violentadas en sus derechos por los agentes del Estado.

Frente a esta realidad, es deber de todas y todos, desde el lugar donde desempeñamos nuestras funciones, asimilar en la

práctica, la importancia del respeto al goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, así como su protección y desarrollo integral.

Bibliografía:

Obras impresas y digitales:

- María López González, *Discapacidad y Género. Estudio etnográfico sobre mujeres discapacitadas*, en Educación y Diversidad, 150 - 151 (Facultad de Educación, Universidad de Zaragoza, Mira editores, Primera edición, 2007).
- Rebecca J. Cook y Simone Cusack, *Estereotipos de Género, Perspectivas Legales Transnacionales*, 23, (Universidad de Pensilvania, Primera Edición).
- Dr. Pablo Oscar Rosales, *la nueva convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, 11 de abril de 2007, <http://www.uba.ar/extension/universidadydiscapacidad/download/convencionddhh.pdf>
- Agustina Palacios, *El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables. Una mirada desde la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con discapacidad*, en Igualdad y No Discriminación el Reto de la Diversidad, 390, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Cultos, Danilo Caicedo Tapias y Angélica Porras Velasco Editores 2010).
- Mónica Bartley, *Causas y efectos de la violencia contra las mujeres con discapacidad*, en Consulta: Mujer, Violencia y Discapacidad, 25-31, 25 (Centro Cristiano de Reflexión y Diálogo, primera edición, 2009).

Legislación nacional e internacional

- Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de las mujeres, Organización de Naciones Unidas, 18 de diciembre de 1979.
- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belén do Pará”, Organización de Estados Americanos.
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.
- Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento No. 360, 13 de enero 2000, última *reforma* 29 de marzo de 2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. OEA, 1997.
- Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Guatemala, 07 de junio de 1999

- Las Cien Reglas de Brasilia, sobre el acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad, XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Organización de Naciones Unidas, 13 de diciembre de 2006.

Casos litigiosos:

- González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Inter-Am Ct H.R. (ser. C) No. 205, ¶. 349. de (16 de noviembre de 2009).
- Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia Inter-Am Ct H.R. (ser. C) No. 215, ¶. 115. (Sentencia de 30 de agosto de 2010).
- Sentencia de la Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana, caso 918-2010, 22 de junio de 2010, www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/consulta-de-causas/resoluciones.

Delitos contra el Derecho a la Igualdad



Dra. Mariana Yumbay Yallico
Jueza de la Corte Nacional de Justicia

La igualdad es un concepto históricamente explorada por distintos académicos y políticos, en sus diversos enfoques, debido a que como teoría ha sido el sustento del derecho, de las ciencias sociales y políticas y de toda acción humana, más aun tratándose de políticas públicas formuladas e implementadas por el Estado, por otro lado ha sido el fundamento de toda acción jurídica y política, en ella se ha sostenido la democracia, el desarrollo, los derechos humanos, etc.

Empero la igualdad de los seres humanos constituye únicamente una construcción filosófica que sirve para sostener los sistemas políticos, jurídicos y sociales enfocados a garantizar la justicia, la equidad y la no discriminación. También ha sido un símbolo de lucha y de reivindicaciones de los derechos y oportunidades de los sectores excluidos en contra de los sistemas políticos liberales y las clases sociales privilegiadas.

En este sentido la igualdad siempre ha estado ligado a la exigencia de la justicia y equidad en sentido de que “*se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual*” (Bobbio, 1993) según este enuncia-

do la igualdad no significa necesariamente que todos deben ser tratados como igual sino que los iguales deben ser tratados como iguales y los diferentes como diferentes.

El problema de la igualdad implica determinar cuáles son las condiciones y momentos en el que los seres humanos deben ser tratados como iguales y en qué momento deben ser tratados como diferentes, se ha observado que la igualdad ha sido un discurso equivalente al de uniformidad que invisibiliza la diferencia, por ende, el discurso de la igualdad en muchos casos ha conllevado a la exclusión o asimilación forzada de las personas y colectivos diversos y diferentes.

En los tiempos actuales el concepto ha evolucionado hacia reconocimiento de la diversidad, por ello se habla de la “*igualdad en la diversidad*”, lo que significa igualdad de derechos y oportunidades y diversidad de cultura y pensamiento. Es decir cuando los derechos son afectados la lucha es por la igualdad y cuando la cultura y el pensamiento ha sido afectado la lucha es por la diferencia.

La igualdad de los seres humanos en cuanto a sus derechos y dignidad como un

principio fundamental que debería regir en todos los sistemas políticos del mundo fue reconocido en el año de 1945, luego de los horrores del holocausto al instaurarse la Organización de las Naciones Unidas.

A partir de ese año los Estados han sido moral y jurídicamente presionados para que el principio de la igualdad sea aplicado en todo el sistema político y jurídico, considerando que todos los Estados se caracterizan por su gran diversidad lo que constituye una riqueza, pero al mismo tiempo, esta diversidad ha provocado la existencia de desigualdades en el acceso y goce de los derechos.

Universalmente los seres humanos son diferentes a pesar de ello deben ser tratados sin ningún tipo de discriminación por el Estado, aplicando el principio de igualdad ante la ley la misma que se “complementa con una cláusula de exclusión de toda discriminación arbitraria, ya sea por parte del juez o legislador, entendiéndose por esta aquella diferenciación introducida sin justificación, es decir, una “diferenciación injusta”. Es decir, el derecho reconoce que hay o puede haber diferencias éticas y jurídicamente relevantes y otras irrelevantes al momento de considerar un trato de igualdad entre las personas. De lo que se trata es que la autoridad no puede imponer diferencias, equiparaciones o desequilibrios en las ventajas y cargas sociales que distribuye, si ellas no están normativa y públicamente justificadas.” (Gómez, 1988).

En este sentido la igualdad consiste en la prohibición de establecer una discriminación arbitraria ilegal e inconstitucional con el propósito de excluir o generar menoscabo de los derechos y oportunidades de las personas. Únicamente la discriminación puede darse para aplicar el principio de acción afirmativa.

En este punto cabe revisar los que Guillermo Cabanellas en su diccionario entien- de sobre la igualdad y manifiesta que es la: “Correspondencia, armonía y proporción entre los elementos integrantes de un todo. Trato uniforme en situaciones similares. Ausencia de privilegio, favor o preferencia”. (Cabanellas, 1989, p. 336).

De la misma forma el tratadista en su diccionario jurídico en relación a la discriminación dice: “*Hasta no hace mucho, en que encontró indulgencia académica, se consideraba indisculpable anglicismo por diferencia, diferenciación o desigualdad*”. Así mismo, *discriminar*. - es “Diferenciar o distinguir cosas o situaciones entre sí. Tratar con inferioridad a personas o colectividades por causas raciales, religiosas, políticas o sociales.” (Cabanellas, 1989, p. 271).

Es decir, la discriminación y la desigualdad constituye todo acto de diferenciación que se hiciere, o el trato desigual que se puede dar, bajo la concepción de la existencia de una superioridad y otra inferioridad por cualquiera de las circunstancias de carácter social, económica, cultural, política, etc, la misma que está prohibida por la norma constitucional, así como, por los diversos instrumentos internacionales de protección de derechos, ya que nadie puede ser discriminado por ninguna circunstancia, dado que históricamente ha habido experiencias nefastas que a consecuencia de las diversas formas de discriminación y la falsa creencia de la superioridad de culturas o la diferencia por cualquiera de las formas, se han cometido delitos atroces, así como se ha producido negación al reconocimiento de derechos.

En nuestro país la Constitución de la República del Ecuador vigente a partir del resultado del referéndum de octubre del 2008, establece en el artículo 3 los deberes del Estado el mismo que consiste en

“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”, de manera que, ningún ser humano puede ser discriminado y como consecuencia de esa discriminación negársele el acceso y el pleno goce de todos los derechos.

De la misma forma, dentro del título de los derechos se reconoce como titulares de los derechos a todas las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos, es decir que ya no solo las personas o el individuo son sujetos de derechos, sino que hoy los colectivos, pueblos y nacionalidades también son sujetos de derechos, esto constituye un avance significativo debido a que trasciende la concepción liberal de que solo el individuo tenía derechos, negando la posibilidad de que los colectivos con una carga de diversidad puedan ser sujetos de derechos, al reconocer a los sujetos colectivos de derechos se reconoce de alguna forma la igualdad en la diversidad.

Es que en base al artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, podemos darnos cuenta que se constituye un nuevo Estado que reconoce la diversidad, en virtud de que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural¹, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.” Plurinacionalidad que implica

el reconocimiento de la existencia de la diversidad de pueblos y nacionalidades² con sus sabidurías, costumbres, sistemas de organización, sistemas jurídicos, económicos, etc.,

De esta forma se inaugura un nuevo constitucionalismo que al decir de Agustín Grijalva, es “el constitucionalismo plurinacional es o debe ser un nuevo tipo de constitucionalismo basado en relaciones interculturales igualitarias que redefinan y reinterpretan los derechos constitucionales y reestructuren la institucionalidad proveniente del Estado Nacional”. Consecuentemente, estamos ante un nuevo Estado y una nueva constitución, quedo atrás ese Estado uninacional que se sustentaba en teorías liberales y colonialistas que negaba la existencia de la diversidad, en donde todos los habitantes pertenecían a una sola cultura, tenían una sola forma de vida, hablaban un solo idioma, una sola autoridad, un solo sistema de justicia; en la actualidad se ha superado la doctrina colonial como dice Boaventura de Souza Santos, se ha logrado “dejar los pensamientos caducos, esa herencia colonial y hasta racista.” Y se ha sentado las bases para construir un Estado diverso, justo y equitativo.

De la misma forma en esta norma constitucional se garantiza la igualdad ya que: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado

¹ La interculturalidad no es una propuesta simple y pacífica. Implica profundas transformaciones en todo orden, tanto individual privado como político estatal. La gestión de la interculturalidad requiere transformar todos esos espacios, discursos, e instituciones que actualmente promueven una cultura hegemónica, una realidad, un modelo de vida. (Ramiro Ávila).

² Nacionalidades Indígenas.- Son colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura; que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad. (CONAIE, 2001, pag.7)

*judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos...”*³

La mencionada disposición constitucional bajo ninguna circunstancia puede ser inobservado ni soslayado, debe ser acatada en todos los actos del quehacer público y privado por parte de las autoridades de los diversos estamentos gubernamentales, más aun tratándose autoridades administrativas y judiciales quienes de oficio o a petición de parte, tienen la obligación ineludible de aplicar los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos en forma directa e inmediata tal como establece la norma constitucional en su artículo 11.3.

De la misma forma el artículo 66 de la norma constitucional reconoce derechos de libertad para las personas entre los cuales contempla lo siguiente: “4. *Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.*” Es decir, la igualdad formal significa la igualdad jurídica mediante el cual todas las normas garanticen la igualdad de derechos sin distinción alguna, por su condición económica, cultural, social o de otra naturaleza; la igualdad material que implica el goce de los derechos y su acceso a esos derechos, como por ejemplo; el acceso a la educación, salud, trabajo, justicia, etc, sin discriminación, en nuestro país en concordancia con el los principios internacionales de derechos humanos se han incorporado el principio de la acción afirmación con el propósito de equiparar derechos y asegurar

la igualdad, de sectores que han sido vulnerados y que se encuentran en real desventaja frente a los demás.

En este sentido las últimas reformas constitucionales y legales han contribuido enormemente a disminuir pero no a eliminar la discriminación y la desigualdad, teniendo en cuenta que, hace algunos años atrás la discriminación y el racismo era sistémico, prueba de ello es que desde las propias Constituciones de la República ni siquiera se reconocían por ejemplo la existencia de los pueblos indígenas y afro ecuatorianos, más bien se han implementado políticas asimilacionistas a fin de desaparecerlos como cultura; situación similar ha ocurrido con las mujeres y otros colectivos que no tenían del todo garantizado sus derechos y menos podían ser beneficiarios de los mismos, a partir de los años sesenta a través de múltiples acciones de exigencia de desarrollados por estos grupos ante las autoridades gubernamentales se ha dado los cambios necesarios en el reconocimientos y aplicación de derechos.

En materia de reconocimiento de los derechos en favor de los pueblos indígenas se ha avanzado notablemente, tal es así que, en la norma constitucional, concretamente en el capítulo cuarto, de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades en su artículo 57.1, establece que los pueblos y nacionalidades indígenas tienen derecho a: “*Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social*”, en el numeral 2, se establece el derecho a “*No ser objeto de racismo de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural*”, de la misma forma en su numeral

19 prescribe “Impulsar el uso de las vestimentas, símbolos y los emblemas que los identifiquen”, sin embargo, pese a este reconocimiento, aún existen instituciones públicas y privadas que desconocen este derecho lo que provoca que miembros de los pueblos indígenas sean víctimas de tratos discriminatorios y racistas, violando de esta forma el principio de igualdad y no discriminación.

Sin embargo, la norma constitucional contemplada en relación al derecho a la igualdad tiene sus sustento jurídico en preceptos internacionales relacionados con el surgimiento de los Derechos Humanos a nivel internacional; pues el proceso de internalización de los derechos inicia en el siglo XX, posterior a la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia de la toma de consciencia por los Estados de la insuficiencia de la protección otorgada por las legislaciones internas, pues consideraron que las mismas no eran suficientes, esto se produce con mayor énfasis después de haber entrado en vigencia la Carta de las Naciones Unidas, que fue firmada en el año de 1945.

Esta carta contiene disposiciones que ponen de manifiesto innegables dimensiones de cambio y transformación en el Derecho Internacional, siendo la finalidad practicar la tolerancia y la convivencia en paz como buenos vecinos, y entre los varios propósitos se establecen los de mantener la paz y la seguridad internacional, fomentar entre las naciones relaciones de amistad, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de

los Pueblos, y es en esta Carta es donde se establecen los diferentes órganos que integran las Naciones Unidas, que han sido las que han desarrollado nuevos instrumentos y mecanismos de protección internacional de derechos humanos.

De tal forma, que tanto el sistema de protección de los derechos humanos, tanto universal como regional a pesar de que se ido desplegando en forma lenta y progresiva, ha servido para proteger los derechos de los seres humanos.

En 1948 se aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, que sirve como base para la construcción de instrumentos de legislación en el ámbito internacional sobre los derechos humanos, por lo tanto surgen una multitud de tratados sectoriales sobre su reconocimiento y protección internacional, cuyo objetivo fundamental radica en la protección de los derechos humanos a favor de los individuos.

Actualmente existen nueve Tratados de las Naciones Unidas, que incorporan los derechos humanos⁴, por otro lado existe instrumentos internacionales que constituyen la Carta Internacional de Derechos Humanos que está integrado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos.

Sin embargo para hacer efectivo los derechos previstos en estas normas, se requiere

⁴ Los mismos que son los siguientes: *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; *Convención contra la Tortura*; *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*; *Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*; *Convención sobre los Derechos del Niño*; *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*; *Convención sobre las Desapariciones Forzadas* y *Convención sobre los Derechos de los Discapacitados*.

que los Estados ratifiquen y sean parte de los instrumentos internacionales y “*al pasar a ser partes en los tratados internacionales, los Estados asumen las obligaciones y los deberes, en virtud del derecho internacional, de respetar, proteger y realizar los derechos humanos*”⁵, esto implica que, los Estados Partes (EP) deben adoptar medidas tendientes a garantizar el pleno ejercicio y aplicación de cada uno de los derechos contemplados en los instrumentos, y el Estado tiene la obligación de proteger, es decir de velar por que los derechos humanos de todos los individuos no sean violentados, en el caso de que algún instrumento de derechos humanos no es ratificado por el Estado no tiene ningún efecto legal, sin embargo, sin embargo, moralmente estarían obligados a respetar dichos preceptos.

Veamos algunos derechos a la igualdad y no discriminación contemplados en estos instrumentos internacionales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en el año 1948, en el artículo 1, establece que “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportar fraternalmente los unos con los otros*”, así mismo, el artículo 2 recoge que “*Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”.

De la misma forma, el artículo 7 del instrumento en mención recoge que “*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*.”

Asimismo, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2.1 prescribe que: “*1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*.”

Por su parte si revisamos el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del cual también es parte nuestro Estado, en su artículo 2.2, prescribe que: “*Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*.”

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en el año 1965, del cual también es parte el Estado Ecuatoriano, prescribe que la discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivo de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

De la misma forma, se establece varias obligaciones que asumen los Estados en torno a la eliminación de la discriminación racial, por ende es fundamental tener en

⁵ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/InternationalLaw.aspx>. Consultados el 27-06-09.

cuenta los artículos 2⁶, 3⁷, 4⁸, ya que son estas disposiciones las que han sido recogidas en normas internas, con el afán de contribuir a los objetivos planteados en dicho instrumento.

A esto se agrega que, si revisamos el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en el artículo 7 prescribe los “Crímenes de lesa humanidad”, y el artículo

7.1 establece que “A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:” entre otros, h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos

⁶ Artículo 2.1. Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas, y con tal objeto: a) Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación; b) Cada Estado parte se compromete a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones; c) Cada Estado parte tomará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista; d) Cada Estado parte prohibirá y hará cesar por todos los medios apropiados, incluso, si lo exigieran las circunstancias, medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones; e) Cada Estado parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial. 2. Los Estados partes tomarán, cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas, en las esferas social, económica, cultural y en otras esferas, para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Esas medidas en ningún caso podrán tener como consecuencia el mantenimiento de derechos desiguales o separados para los diversos grupos raciales después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

⁷ Artículo 3 Los Estados partes condenan especialmente la segregación racial y el apartheid y se comprometen a prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esta naturaleza.

⁸ Artículo 4 Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; j) El crimen de apartheid;”

Como se puede apreciar, los instrumentos internacionales establecen normas universales vinculantes de protección de los derechos de los seres humanos contra cualquier tipo de discriminación y obliga a los Estados a generar mecanismos políticos y jurídicos idóneos para garantizar la igualdad, sin caer en la tentación de pretender homogenizar las realidades, sino que los principios de la igualdad debe ser entendido y aplicado en contextos diversos.

Nuestro país en concordancia con las normas internacionales ha desarrollado normas penales para sancionar hechos que vulneran el derecho a la igualdad, así encontramos que mediante Decreto Supremo No. 3194, publicado en Registro Oficial 769 de 8 de febrero de 1979, se promulga el Código Penal en donde se puede evidenciar lo siguiente:

“Art. 212-A.- Será sancionado con prisión de seis meses a tres años:

- 1) El que, por cualquier medio, difundiere ideas basadas en la superioridad o en el odio racial;*
- 2) El que incitare, en cualquier forma, a la discriminación racial;*
- 3) El que realizare actos de violencia o incitare a cometerlo contra cualquier raza, persona o grupo de personas de cualquier color u origen étnico; y,*
- 4) El que financiare, asistiere o ayudare cualquier clase de actividades racistas. Si los delitos puntualizados en este artículo fueren ordenados o ejecutados por funcionarios o empleados públicos, la pena será de prisión de uno a cinco años.”*

Posteriormente, el Código Penal fue reformado y publicado en el Registro Oficial

555 del 24 de marzo del 2009, mediante el cual se sustituye el anterior por la siguiente tipificación dentro del capítulo denominado “De los Delitos de Odio”:

Art. ...(212.4).- Incitación al odio y desprecio.- Será sancionado con prisión de seis meses a tres años el que públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública incitare al odio, al desprecio, o a cualquier forma de violencia moral o física contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Art. ...(212.5).- Violencia moral o física de odio o desprecio.- Será sancionado con prisión de seis meses a dos años el que cometiere actos de violencia moral o física de odio o de desprecio contra una o más personas en razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Si de los actos de violencia a que se refiere este artículo, resultare herida alguna persona, los autores serán sancionados con prisión de dos a cinco años. Si dichos actos de violencia produjeren la muerte de una persona, sus autores serán sancionados con reclusión de doce a dieciséis años”.

A partir del 2014 entra en vigencia el nuevo Código Orgánico Integral Penal, al revisar dicha normativa, encontramos que en la Sección Quinta se establece el delito contra el derecho a la igualdad con dos párrafos, el primero que se refiere al delito de discriminación y el segundo el delito de odio.

El Art 176 estipula el delito de discriminación y dispone que “La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague, practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual,

identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”

Esta disposición sanciona penalmente toda acción que denote distinción, restricción, exclusión o preferencia basados en causas establecidas, tales como: pertenencia cultural, orientación sexual, edad, religión, etc, cuyo propósito sea la anulación y menoscabo de un derecho determinado, lo que constituiría una violación al derecho a la igualdad por ende la pena para el responsable de esta infracción es de un año a tres años.

Si hacemos una breve comparación con el Código Penal anterior podemos observar que el techo de la pena se mantiene es de decir de tres años lo que varía es el piso que se incrementa de seis meses a un año, salvo el caso en que fuese cometido por servidores públicos, en ese caso la pena es de tres a cinco años, en el Código anterior se requería que para ser considerado como infracción penal el acto debe manifestarse “públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública” lo que generaba enormes complicaciones para probar una infracción en el proceso penal, en la actualidad no existe ese requerimiento, sin embargo, sigue siendo subjetiva por ende se vuelve complicado para una persona o colectivo que ha sido víctima de un hecho de discriminación iniciar la acción penal y contar con suficientes elementos probatorios para demostrar que efectivamente sufrió un menoscabo, desprecio, o la negación del goce de un determinado derecho.

La persona que comete este tipo de infracción jamás va a reconocer su responsabilidad, siempre existirá justificativos y razones para negar tal acto, por ende estas

subjetividades pueden dejar en la impunidad un sinnúmero de actos de discriminación que se dan a diario en los diversos espacios tanto públicos como privadas, cometidos por distintas personas particulares y que ejercen una determinada función pública.

Los medios de comunicación han jugado un rol preponderante en la instauración de procesos de discriminación y odio, a través de programas con contenidos discriminatorios y racistas, en la actualidad la nueva Ley Orgánica de Comunicación regula estos hechos, sin embargo, se ha visto que no ha sido suficiente para frenar programas con contenidos discriminatorios.

De manera que no es suficiente únicamente el reconocimiento de derechos y sino que debe existir mecanismos procesales claros y objetivos para juzgar estos hechos; en nuestro país, pese a que se encuentra tipificado como delito la discriminación racial desde 1979, de lo que se conoce no ha existido casos juzgados por este delito, por ende, es necesario adoptar políticas públicas integrales para prevenir, investigar, sancionar, y proteger a las víctimas de este tipo de delitos.

Como ya se mencionó, en el párrafo segundo de la norma antes referida nos encontramos también con el delito de odio, en el artículo 177 establece los actos de odio y dispone que la “*La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.*”

Este tipo penal, protege a las personas y colectivos de cualquier tipo de acciones que puedan atentar en contra de su integridad

física y psicológica por la simple condición de ser diferente, por su cultura, ideología, orientación sexual, condición socioeconómica, etc, se habla de las diversas violencias que sean como consecuencia del odio pero como probar este delito cuando es muy complicado demostrarlo, como establecer que en realidad fue víctima del delito de odio, cuando esta tiene que ver con actitudes y comportamientos en muchos casos.

Existen muchas maneras de sentir y expresar el odio, sin embargo, lo que tipifica el Código es la expresión que se materializa en violencia en contra de una persona, ya sea de manera física o psicológica.

En nuestro país, hemos sido testigos de muertes de mujeres con mucho ensañamiento y que analizados que han sido aquellos casos se aprecia que son víctimas de este tipo de crímenes por su condición de mujer, luego de ser objetos de violencias continuas y que culminan con la muerte de ella y han logrado que en el actual Código Integral Penal se tipifique como feminicidio que se trata de un nuevo delito que tiene relación con el delito de odio.

El Código Orgánico Integral Penal, en el inciso segundo del artículo 177, prescribe que, si los actos de violencia provocasen heridas a la persona violentadas se sancionara con mayor gravedad esto es, con penas privativas de libertad previstas para el delito de lesiones agravadas en un tercio, esto es acorde a lo previsto en el artículo 152 de la norma *ibíd.*, y, si los actos de violencia producen la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

La penalización de la violación del derecho a la igualdad expresada mediante la discriminación y el odio, en cuanto al establecimiento de la norma para proteger a los sectores excluidos es significativa, sin em-

bargo, es responsabilidad de la víctima, de la defensa y la fiscalía determinar los elementos probatorios para establecer la responsabilidad del infractor y de esta manera proceder con la sanción penal correspondiente.

Sin embargo, el odio, la discriminación y el racismo son conflictos sociales que deben ser resueltos de manera integral, únicamente la penalización de un conflicto social no resuelve del todo el problema lo único que se logra es castigar al infractor y generar a futuro un problema mayor, ya que *“El derecho penal es por esencia represivo y no reparador”...El daño ocasionado por el delito no se repara porque no es objeto del proceso ni la condena. Si alguien cree que el problema se resuelve con el encierro del condenado se engaña a sí mismo*” (Avila, 2013).

La estrategia de intervención para resolver este conflicto en particular debe ser integral, lo que significa que debe existir un proceso sostenido e institucionalizado de prevención de la discriminación y el odio, implementación de políticas públicas integrales para garantizar los derechos sociales, económicos y culturales, y la penalización debe ser el último recurso del poder punitivo del Estado.

Bibliografía:

Cabanellas, G. (1989). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo III -D-E*. Buenos Aires: Heliasta.

Bobbio, N. (1993). *“Igualdad y Libertad”*. Barcelona: Paidós.

Gómez, G. (1988). *“Constitución, Derecho y Libertad Sexual”*. Santiago: Universidad Diego Portales.

Avila, R. (2013). *“La (In)justicia penal en la democracia constitucional de derechos”*. Quito: EDLE S:A.

La Acción (el comportamiento humano)



Dr. Edgar Flores Mier

Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

Es necesario aclarar que nos vamos a referir a la *acción* como elemento constitutivo del delito, y no a la acción como la típica forma de ejercer el derecho de petición que garantiza a los ciudadanos la Constitución de la República y como el poder jurídico de recurrir a los órganos jurisdiccionales, este es otro tema que no es materia de este ensayo. Sino que nos referiremos a la *acción* como fundamento común de todo delito.

Pues bien hecha esta breve aclaración, a fin de evitar confusiones, es oportuno desarrollar en qué consiste la *acción*, dejando sentado como primicia que los elementos constitutivos del derecho penal son: el delito y la pena, por un lado, y los estados de peligrosidad criminal y las medidas de seguridad, por otro lado. Se ha dicho que si “sólo si aprehendemos los contenidos materiales del delito y la pena y de los estados de peligrosidad criminal y de las medidas de seguridad podemos aclarar y determinar la función específica que corresponde al Derecho penal en el conjunto del ordenamiento jurídico”¹. Esto se entiende en

términos generales porque el derecho penal se expresa a través de normas jurídicas formuladas hipotéticamente. Pues éstas son proposiciones de “deber ser”, ya que su estructura formal consta de un “supuesto de hecho” hipotético y abstractamente formulado (tipo en sentido amplio) y de la previsión de una “consecuencia jurídica” que debe ser aplicado a todo suceso concreto en que concurren las características del supuesto de hecho.

El “supuesto de hecho”, está constituido por el delito; y, las “consecuencias jurídicas” que deben seguir al delito son las penas y/o las medidas de seguridad. Pero para que esto se configure es necesario de una actividad humana, es decir de una *acción*, como base fundamental para la existencia material del delito y la responsabilidad penal.

Concepto de acción.- Con respecto a este tema debemos indicar que existen diversos conceptos de *acción*, dados por diferentes autores dependiendo de la posesión jurídica adoptada, siendo las más sobresalientes las doctrinas causalistas y finalistas.

¹ GRACIA MARTIN, Luis. Fundamentos del Derecho Penal. Editora Cevallos. Quito. 2011. Pág. 43-44.

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

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

Por su lado Muñoz Conde, puntualiza que se “llama *acción* a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad siempre implica una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin u objetivo determinado. El contenido de la voluntad es algo que siempre se quiere alcanzar, es decir, un fin, por lo que la conducta humana es la base de toda relación jurídico-penal y se manifiesta en el mundo externo tanto en actos positivos como en omisiones². Este criterio de Muñoz Conde en gran medida se recoge en el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que dice: “Conductas penalmente relevantes.- Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables”. De allí la necesidad de estudiar la acción o conducta como un comportamiento humano que para que tenga relevancia jurídico-penal debe coincidir en el correspondiente tipo delictivo.

De estos conceptos de acción podemos extraer los siguientes elementos:

1.- Que la conducta humana, como acción, abarca tanto a los casos en que esta voluntad prevé el resultado típico (hechos dolosos), como aquellos en los cuales la voluntad está dirigida a un resultado distinto del típico causado por el autor, debido a la falta de dirección apropiada (delitos culposos).

2.- Que toda acción como actividad humana, transcurre dentro de tres pasos: el paso de un estado a otro (manifestación externa) llamado movimiento (acción), el resultado obtenido; y, el ligamento o nexo causal.

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

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

² MUÑOZ CONDE, Francisco., GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal Parte General. Edit. Tirano Blanch. Valencia. 2010. Pág. 215

³ ETCHEVERRY, Alfredo. Derecho Penal. Tomo I. Pág. 154.

realice, traslade, intervenga...(art.107); “La persona que oculte, custodie, guarde, transporte...(art. 202); etc., los que nos orientan objetivizar la descripción del tipo.

En resumen, para poder afirmar que una determinada conducta constituye delito, el primer presupuesto que debe concurrir es que lesione o ponga en peligro un bien jurídico tutelado penalmente, y como segundo presupuesto, la conducta debe provenir de una acción humana voluntaria y consciente. “Cuando se verifica la ausencia de todo comportamiento humano, ya no será necesario realizar el análisis de los demás elementos dogmáticos integrados en la teoría del delito; en consecuencia, la lesión de un bien jurídico que no emane de un comportamiento humano es irrelevante para el Derecho penal”⁴.

AUSENCIA DE LA ACCIÓN

Si en algo de unanimidad existe en la doctrina penal, es el afirmar que la acción es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana y no puede haber acción penalmente relevante, cuando obviamente falta esa voluntad, por lo que, como lógica consecuencia, para el derecho penal, no hay acción punible en los siguientes casos:

1.- Fuerza física irresistible.- Cuando hablamos de fuerza física irresistible, necesariamente debemos referirnos a actos provenientes del exterior que actúan materialmente sobre el agente activo de la infracción.

Para que la fuerza física irresistible constituya una causa de ausencia de la acción, ésta debe ser absoluta; es decir que no debe ha-

ber ninguna opción para el que la sufre, y ha de provenir del exterior, de parte de una tercera persona o de fuerzas naturales. Muñoz Conde, considera que si la fuerza irresistible no es absoluta, en el que la sufre puede resistirla de alguna manera o por lo menos tiene esa posibilidad, entonces en este caso no se excluye la acción. Este mismo autor, señala que la fuerza irresistible es una condición de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente, éste opera como una masa mecánica.

Para ilustrar de mejor manera la ausencia de acción en el caso de concurrir fuerza irresistible, Muñoz Conde, nos presenta el siguiente ejemplo: No es lo mismo fuertemente atar a una persona a un árbol mientras duerme para impedir que cumpla con su deber, que amenazarle con una pistola con la misma finalidad. En el primer caso falta la acción, al no poder el sujeto ni siquiera manifestar su voluntad. En el segundo caso la voluntad existe, pero está viciada en sus motivaciones. En el primer caso constituye un supuesto de fuerza irresistible que excluye la acción; el segundo es un supuesto de *vis compulsiva* que no excluye la acción, al no anular totalmente la voluntad, sino la antijuricidad o culpabilidad según se estime exista aquí estado de necesidad justificante o miedo insuperable”⁵.

En cambio Zaffaroni, asegura que fuerza irresistible constituye cualquier fuerza que impide a una persona moverse a voluntad, es decir, lo que reduce el cuerpo a una condición mecánica, sea impulsado por fuerza externa o interna. Sostiene por general que las causas de fuerza irresistible externa son pacíficamente admitidas por la doctrina: empujones, caídas, acción de fuerzas

⁴ LOOR, Franco. Fundamento de Derecho Penal Moderno. Edit. Talleres de la CEP. Quito. 2010. Pág. 36.

naturales o de terceros, pero advierte que nunca debe confundirse este supuesto con la coacción, que no elimina la *acción*. Dice por ejemplo que quien actúa bajo la amenaza de muerte realiza *acciones*, solo que con voluntad no “libre”, por lo cual planteará un problema de necesidad (justificante o exculpante), según la magnitud de la lesión que se cause y de la que evite, pero no de ausencia de acto.

Por lo dicho, la fuerza irresistible constituye una causa de exclusión de acción, pero también de la omisión. Cerezo Mir José, enseña que la fuerza física irresistible, la violencia material, en los supuestos de “vis absoluto”, elimina no solo la libre determinación de la voluntad, sino la voluntad misma que es un elemento esencial del concepto de *acción* o la capacidad concreta de acción que es un elemento esencial del concepto omisión⁶.

Según el propio Muñoz Conde, “en la práctica, salvo raras hipótesis, la fuerza irresistible carece de importancia en los delitos de acción, pero es importante en los delitos de omisión (atar al guardagujas para que no pueda accionar el cambio de vías). La consecuencia principal de la apreciación de esta eximente es que el que violenta, empleando la fuerza irresistible no solo no responde, sino que su actuación u omisión es irrelevante penalmente, siendo un mero instrumento en manos de otro”⁷.

En resumen de los criterios expuestos, para que se configure la fuerza irresistible como excluyente de la acción, podemos extraer los siguientes requisitos:

a.- Debe tratarse de una *fuerza física irresistible (vis absoluta)*, de manera que no permita a quien la sufre control alguno sobre sus actos, venciendo su voluntad y anulando su libertad de actuación hasta el extremo de forzarle a realizar un acto no querido, respecto del que aparece como mero instrumento. Ejemplo: Empujar violentamente a una persona que cae sobre un recién nacido, matándole.

b.- Debe ser *externa*, pudiendo provenir tanto de otra persona (que podría ser responsable del resultado que se produzca) como de fuerzas o sucesos que impidan al sujeto controlar su actuación.

c.- Se excluye la *fuerza moral o de intimidación*, que no anula el control sobre los propios actos, ni la voluntad por completo, sino que ofrece motivaciones específicas para actuar de la manera en que lo hace.

2.- Movimientos reflejos.- Son aquellos que se realizan por *estímulos externos* transmitidos por el sistema nervioso directamente a los centros motores, sin intervención de la conciencia y voluntad. Al no estar controlados por la voluntad del sujeto, no constituyen *acción*. En otras palabras podemos decir que los movimientos reflejos constituyen expresiones que no son el resultado del psiquismo del sujeto, y por ello resulta incuestionable la falta de *acción*.

Se pueden considerar como tales: las convulsiones epilépticas, actos instintivos, etc. Por ejemplo: Un sujeto deja caer una bandeja de horno muy caliente, golpeando con ella a un niño que está a su lado y al que le provoca lesiones. En estos casos el movimiento no está controlado por la voluntad del sujeto al causar las lesiones al niño.

⁵ Ob. Cit. Pág. 220.

⁶ Obras Completas. Derecho Penal Parte General. Ara Editores. Lima. 2006. Tomo I. Pág. 438.

⁷ Ob. Cit. Pág. 218.

Raúl Zaffaroni, manifiesta que en cualquier situación que una persona se halle “privada de consciencia (coma, sueño profundo, crisis epiléptica, etc.) no hay acciones humanas en sentido jurídico-penal. Es obvio, que en estos casos, asegura hay una imposibilidad de dirigir sus acciones en forma absoluta”⁸.

Es preciso diferenciar los movimientos reflejos, los actos en *cortocircuito*, *reacciones impulsivas o explosivas*, en los que interviene, aunque sea momentánea y fugazmente, la voluntad. No excluye la acción, aunque podría incidir en la categoría de la culpabilidad u operar como atenuantes. Ejemplo: El atracador que, de manera instintiva, aprieta el gatillo al escuchar ruidos tras él.

En este orden de ideas, el propio Zaffaroni, señala que existen múltiples supuestos cuya naturaleza es dudosa para la ciencia, como el sueño fisiológico o normal, el sueño hipnótico, el sonambulismo, los llamados equivalentes epilépticos, etc., y no obstante, como la duda debe resolverse siempre en favor del reo, lo correcto será considerarlos casos de involuntariedad. El COIP, en su artículo 5.3 así lo establece cuando dispone que para dictar una sentencia condenatoria, el juez debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal del procesado, *más allá de toda duda razonable*.

3.- Estados de inconsciencia.- En estos casos tampoco hay voluntariedad en el accionar del sujeto, al no tener quien se encuentra en dicho estado control sobre su cuerpo ni voluntad.

Como denominador común para los estados de inconsciencia, se plantea la aplicación de la teoría del *actio libera in causa*; es

decir, el sujeto se ha situado consciente y voluntariamente en una situación para delinquir; ello provoca que responda por el resultado producido al otorgarse valor al *actuar precedente*.

Ejemplo: el sujeto que se somete a hipnosis para cometer un delito. En este supuesto, en un primer momento, el sujeto es libre y consciente, pero se coloca en un estado de inconsciencia con la finalidad de cometer un delito determinado. En un segundo momento, cuando realiza el hecho, su conducta no será voluntaria por la situación de inconsciencia. Pero ello no puede ser invocado para favorecer la impunidad. La teoría de la *actio libera in causa*, sostiene que en estos supuestos es necesario retrotraerse al momento original que es en el que se debe constatar si ha existido o no un comportamiento humano voluntario.

TEORÍAS ACERCA DE LA ACCIÓN

El derecho penal como toda ciencia del saber, ha evolucionado a través de los años, particularmente el concepto de “acción”, donde se han dado varias conceptualizaciones como lo revisamos oportunamente, siendo las principales teorías orientadas a formular un concepto de acción a efectos penales son: *la teoría causal de la acción*, *la teoría final de la acción*, *la teoría social*, y más recientemente, *la teoría significativa de la acción* que está obteniendo una elevada aceptación.

1.-Teoría causal de la acción.- Cabe mencionar que al término del siglo XIX, influenciada por las corrientes mecanicistas de las ciencias naturales, llega al derecho penal la doctrina de la *acción causal*, a la que tradicionalmente se la llama *causalista o tradicionalista*.

⁸ Ob. Cit. Pág. 321.

Franz von Liszt y Beling, son los fundadores del concepto natural de la acción. Para estos pensadores, la acción es conducta voluntaria hacia el exterior, más exactamente modificación, es decir causación o no evitación de una modificación (de resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria, por lo que, como se observa en este concepto se excluyen las actividades de animales y personas jurídicas.

Parte de la consideración que la acción penal es un *movimiento corporal voluntario* que causa una *modificación en el mundo exterior* (resultado) perceptible a los sentidos. De esta forma el movimiento corporal se constituye en causa del resultado.

Para los defensores de esta teoría, la voluntad solo tenía relevancia en cuanto constituía un *simple impulso* que provocaba el resultado. Su contenido no importaba, ni tampoco si se dirigía o no a realizar el hecho delictivo concreto; todo ello sería valorado posteriormente en la categoría de la *culpabilidad*, donde se incorporaba la intención y finalidad perseguida por el sujeto. Se centra, por lo tanto, en la exclusiva consideración del *desvalor del resultado*.

Como una de las críticas a esta teoría es que al identificar la acción como movimiento corporal, quedarían excluidas las omisiones, cuyo punto de partida es, justamente, la ausencia de movimiento corporal.

Ejemplo: El salvavidas que ve cómo se ahoga una persona y no hace nada para salvarlo o auxiliarlo, no realiza ningún movimiento corporal perceptible por los sentidos, con lo cual no habría realizado una conducta relevante penalmente, y no podría plantearse su eventual responsabilidad penal.

Pero la crítica más importante radica en que resulta imposible identificar la actividad

humana como un simple fenómeno natural mecánico, dado que el actuar del ser humano se caracteriza por estar presidido por una voluntad con contenido, con finalidad; y este aspecto no resulta valorado por la teoría causal. Precisamente, por estas argumentaciones esta teoría ha sido abandonada.

2.- Teoría final de la acción.- Se ha dicho acerca de la acción como algo irrefutable, que ésta constituye un comportamiento humano voluntario que se materializa en el exterior, pero los seres humanos no actúan de modo *ciego*, respondiendo a simples impulsos, sino que *prevén o pueden prever* las consecuencias posibles de sus conductas, establecer fines diversos y dirigir su actividad a la realización de esos fines.

Por ello, la acción humana penalmente relevante es aquella dirigida a la consecución de un fin; *son acciones finales*. Con ello, el contenido de la voluntad del sujeto, su finalidad, al realizar la acción pasa a primer término, valorándose ya en la categoría de la *tipicidad*.

De lo expuesto podemos señalar que la acción se estructura desde dos fases:

Fase subjetiva o interna: Se desarrolla en la mente del sujeto, y comprende el fin que persigue, la selección de los medios y las formas de alcanzarlo, el conocimiento de los efectos concomitantes no perseguidos con la ejecución y la resolución de ejecutar la actividad.

Fase externa: Se trata de la exteriorización del plan elaborado, procediendo a su ejecución.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de los aspectos señalados, siempre que se haya exteriorizado el comportamiento. Puede ocurrir que el desvalor

recaiga sobre la finalidad perseguida o el resultado pretendido, o bien puede ocurrir que recaiga sobre los medios escogidos o la forma en que se realiza (*desvalor de la acción*). Permite dar cabida a los delitos imprudentes.

Para ilustrar mejor esta concepción de la acción finalista, ponemos como ejemplo: Juan conduce su vehículo a exceso de velocidad para llegar a tiempo al aeropuerto y no perder su vuelo, pero en el trayecto atropella a Pedro y lo mata. Obviamente, la finalidad perseguida por Juan era no perder el vuelo, no es injusta dado que no abarca la muerte de Pedro, pero el desvalor recae en la forma elegida para lograrlo (conducir a exceso de velocidad).

La acción final constituye el *punto de partida* del concepto de acción que consideramos válido a efectos penales, si bien ser completado, como veremos.

3.- Teoría social.- Sostiene que la única forma de encontrar un concepto de acción con validez general para todas las modalidades delictivas consiste en abandonar el ámbito ontológico del ser, acudiendo a un prisma *valorativo*, constituido por la *percepción social* del comportamiento.

Será acción todo *comportamiento humano socialmente relevante*. Ello permite marginar la voluntariedad del contenido de la acción, dando valor, exclusivamente, a la percepción social que dicho comportamiento produce.

4.- Teoría significativa de la acción.- A fin de obtener un concepto de validez general es preciso utilizar aspectos parciales de las distintas teorías. Así, la acción penalmente relevante es la *acción final*, esto es, la acción humana voluntaria encaminada a un fin. Pero, además no constituye

un mero concepto ontológico, sino que depende de *valoraciones* (teoría social).

La acción no es, simplemente, la reunión de un hecho físico (movimiento corporal) y otro mental (voluntad) que el sujeto realiza. Lo relevante es el *significado* de lo que hace, entendiéndolo como sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos.

Se trata de atribuir al comportamiento del sujeto un significado, un sentido comunicativo, social y/o jurídico, en un contexto determinado.

Ejemplo: La conducción de un vehículo se compone de diversos movimientos corporales (acelerar, frenar, girar el volante, adelantar, etc.); sin embargo, no son considerados aisladamente, sino que comunican un significado global, como un todo, adquiriendo un único sentido.

Además de proceder a la *valoración global* de los distintos actos, es preciso colocarla en un *contexto intersubjetivo determinado*, que permita deducir la finalidad con la que el sujeto realiza su comportamiento, y atribuirle un resultado. Este proceso de atribuir un *significado* al comportamiento humano se puede entender desde un doble plano:

Cultural o social.- Se atribuye un sentido global al comportamiento realizado por el sujeto que permite la aprehensión de su significado en cualquier contexto de comunicación intersubjetiva. Ejemplo: Cuando un sujeto frena, acelera, cambia de marcha, adelanta a otro vehículo, etc., cualquier persona que observe su comportamiento desde el exterior lo considerará, globalmente, una acción de conducir (no varios movimientos autónomos).

Jurídico.- Además, es preciso dotar a esa valoración global de un contenido jurídico; se trata de interpretar el comportamiento humano desde la perspectiva de la norma jurídica. Ejemplo: En el segundo supuesto anterior es necesario valor si la “conducción”, considerada globalmente como acción consciente, voluntaria y final, tenía algún significado jurídico; por ejemplo, si se da un brusco giro de volante a causa de una distracción, atropella a un peatón.

En resumen, la acción penalmente relevante es aquella *exteriorizada, voluntaria, encaminada a un fin* y que se somete a una *valoración* de la cual sea su *significado* en el mundo exterior, tanto social o cultural, como jurídico.

ACCIÓN Y RESULTADO

Como hemos podido constatar el tema de la causalidad ha sido y sigue siendo muy discutido dentro de las diferentes teorías que se vienen desarrollando, siendo las más destacadas aquellas que de manera simplificada las hemos citado. Por lo tanto, siempre las leyes causales son probabilidades y no certezas absolutas, “por lo que seguir enjuiciando los fenómenos del mundo jurídico según la ley causal, no es una certeza absoluta, ya que seguirán habiendo puntos oscuros. El propio Roxín, establece que hasta ahora no hemos aclara 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”⁹.

Como se dijo en líneas anteriores, la acción penalmente relevante es la realizada en el mundo exterior. Y claro está, que al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado y que según Muñoz Conde, este resultado ya no es parte integrante de la acción; pese a que existe una tendencia en la doctrina a considerar a la acción manifestada como un resultado, confundiendo con ello la manifestación de voluntad con las modificaciones que se producen en el mundo exterior a consecuencia de esa manifestación.

Muñoz Conde, lo explica señalando que: “No es lo mismo “el producir” que lo “producido”. La distinción entre acción, como simple manifestación de voluntad, y resultado, como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad, tiene importancia para el Derecho penal. Así, por ejemplo, el legislador castiga en algunos casos la simple manifestación de la voluntad, como sucede en el delito de injurias (*delitos de simple actividad*); pero en otros sanciona, además, el resultado derivado de ella, como sucede en el homicidio (*delitos de resultado*). En este último caso se exige una relación de causalidad entre la acción y el resultado”¹⁰.

Existen delitos en los que no hay problema establecer la relación entre la causalidad y el resultado, como por ejemplo en aquellos en que existen acciones dañosas como: la violación, el hurto, el robo. Cosa que no ocurre en aquellos delitos de consecuencias dañosas, donde el daño se puede causar por accidente o por fuerzas naturales como: el homicidio, lesiones, donde es necesario determinar cuándo el daño ha sido producido por una acción humana relevante para el Derecho penal.

⁹ FRONCO LOOR, Franco. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 49.

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 225.

RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Es importante destacar que para que la acción y el resultado puedan cooperar conjuntamente a la construcción del hecho típico, debe existir entre ambos una línea de comunicación que pruebe que el resultado típico ha sido causado precisamente por la actuación de la voluntad. La construcción de esta conexión, entre la acción y el hecho típico, corresponde a la *relación causal*. Por lo que es tarea de la teoría causal del Derecho Penal, según Reinhart Maurach, el tender, “un lazo del conocimiento” entre la acción del autor y el resultado típico producido por ésta.

Hanz Wilzel señaló que toda acción es un poner en servicio la causalidad, concretó el siguiente dogma: “El concepto causal no es un concepto jurídico, sino una categoría del ser”. En Derecho Penal, la adecuación típica en los delitos de lesión depende de que la realización de la acción haya producido un resultado lesivo que le sea objetivamente imputable. Dicho de otro modo, como lo afirma Muñoz Conde, en los delitos de resultados o de consecuencias dañosas (homicidio, lesiones, etc.) debe mediar una relación de causalidad entre la acción y el resultado, es decir una relación que permita, ya en el ámbito objetivo la imputación del resultado producido al autor de la conducta que lo ha causado. Entonces la relación de causalidad entre acción y resultado, y la imputación objetiva del resultado al autor de la acción que lo ha causado son por tanto, el presupuesto mínimo para exigir en los delitos de resultado una responsabilidad por el resultado producido (*principio de causalidad*).¹¹

Es importante destacar que la rela-

ción que permite considerar un resultado acaecido como producto de la acción, es una relación de causalidad, es decir, una relación de causa a efecto idéntica a la observable en los sucesos de la naturaleza. Sin embargo, hay que distinguir con precisión, entre *ser causal* y *ser responsable* por la producción del resultado y ambas categorías no se superponen. **Que puede afirmarse que la causalidad establece un límite mínimo de la responsabilidad, pero no toda causalidad implica, sin más, responsabilidad.** Esto es por cuanto no todo comportamiento causal culmina en la responsabilidad penal, recordemos que lo le interesa al derecho penal es aquella acción relevante, para lo cual se han dado correctivos de naturaleza no causal sino normativa a través de lo que hoy se conoce como la teoría de la imputación objetiva.

En conclusión: Es indiscutible que el delito es una conducta, mejor dicho, un acto humano, que comprende de una parte, la acción ejecutada y la acción esperada y de otra el resultado sobrevenido. Para que éste pueda ser inculpaado precisa existir un **nexo causal** o una relación de causalidad entre el acto humano y el resultado producido. Según la teoría de la *equivalencia de las condiciones* o *condictio sine qua nom*, existe esa relación causal cuando no se puede suponer suprimido el acto de voluntad humana, sin que deje de producirse el resultado concreto.

En los casos simples no existe problema establecer la relación de la causalidad y el resultado, pero surge el problema cuando haya que analizar varios factores que puedan influir en el resultado (concausas pre-existentes y supervinientes).

¹¹ Ob. Cit. Pág. 226.

Por ejemplo: **A** suministra a **B** un veneno en la comida y **B** muere al poco tiempo por envenenamiento; en este caso la conducta de **A** es causal para la producción del resultado de muerte, aunque **B** hubiera muerto a tiros a la pocas horas en un atentado terrorista que estaba ya preparado. Es preciso tener en cuenta también la acción concreta realizada. Pensemos en el mismo caso en que **A** suministra veneno a **B** pero para que surta efecto al otro día; sin embargo, **B** de camino a su domicilio sufre un accidente de tránsito produciéndose su muerte, habrá que averiguar si existe una relación de causalidad entre una acción real, concreta (el suministro del veneno por parte de **A**), y un resultado real, concreto (muerte de **B**). En este caso **A** sería responsable de tentativa de homicidio. Muy diferente sería si **B**, después de los primeros signos de malestar, hubiera sufrido el accidente mortal en el camino que lo llevaría a recibir ayuda médica. En este caso la cadena causal originada por **A** habría obrado en las circunstancias concretas de la muerte de **B**, y **A** sería considerado causante.

A fin de limitar la amplitud de los resultados a que conduce la aplicación de la teoría de la *condictio sine qua nom*, es la *teoría de la causalidad adecuada*, según la cual no toda condición es causa, en el sentido del Derecho penal, sino solamente aquellas que de acuerdo con la experiencia general, habitualmente producen el resultado. Por ejemplo: una dosis de arsénico es causa de resultado de muerte porque, habitualmente y según la experiencia general tal dosis de arsénico causa la muerte. Por el contrario, una bofetada no es adecuada para producir el resultado de muerte; si como consecuencia de ella se deriva la muerte de la víctima

porque ésta es hemofílica y la bofetada le produjo un pérdida de sangre de efecto letal, este resultado no podría considerarse según la teoría de causalidad adecuada, como causado por aquella.

Para Muñoz Conde, en la teoría de la adecuación hay un criterio limitador de la causalidad, el de la *diligencia debida*, ya que si la acción se realiza con la diligencia debida, aunque sea previsible un resultado, se mantiene en el ámbito de lo permitido jurídicamente y no se plantea problema alguno. Por eso, dice Muñoz Conde, que *previsibilidad objetiva y diligencia debida* son, por consiguiente, los dos criterios selectivos que sirven para precisar cuándo una acción es adecuada para producir un resultado y, por tanto, es causa del mismo. Pero, asegura, esta teoría tiene el inconveniente de confundir el plano ontológico (qué acción es causa de un resultado) y el normativo (qué causas deben tener relevancia penal). Y dice que en efecto, el que una causa no sea adecuada para producir un resultado, porque, por ejemplo, no fuere previsible que se fuera a producir, no puede eliminar su naturaleza de causa¹².

Recalcamos que esta teoría en principio pretendió restringir el concepto de la conexión causal al amparo del Derecho, limitando por tanto la corriente naturalista sobre el nexo causal solo al ámbito de lo jurídico. Conforme a ella, es causa en la producción del resultado no toda condición, sino aquella apropiada para producirlo. De acuerdo con la teoría de *causalidad adecuada*, de las múltiples condiciones intervinientes en un acontecimiento sólo tiene la consideración de causa la condición que conforme a la experiencia es adecuada para producir el resultado.

Otra de las teorías que tiene importancia es la *teoría de la causa jurídicamente relevante*, según la cual la causalidad debe limitarse con ayuda de criterios jurídicos, de tal forma que el problema causal se convierte en un problema jurídico al incluir dentro de la categoría de la tipicidad.

“Desde ese punto de vista, “matar” no sería el simple “causar la muerte”, sino causarla con una acción que pueda ser considerada relevante jurídicamente y, por tanto, ser subsumida en un delito de homicidio”¹³. El problema de la causalidad dentro del Derecho Penal, consiste en establecer los criterios que deben utilizarse para determinar, entre todos los factores que han causado un resultado, aquellos que pueden ser considerados relevantes desde el punto de vista jurídico, y por lo tanto, desde este punto de vista, adecuados para imputar ya en el plano objetivo ese resultado a una persona. Por eso las teorías de la causalidad, en sus distintas vertientes, se han venido completando en los últimos años con criterios normativos, coincidentes en su mayor parte con los de la *teoría de la imputación objetiva*, cuyo máximo exponente es el alemán Claus Roxin.

TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

Para tener una idea clara acerca de esta teoría, nos vamos a remitir a lo expuesto por Muñoz Conde, quien señala: “La previsibilidad objetiva, la evitabilidad del resultado, la relevancia jurídica, etc., no son más que fórmulas abstractas que poco sirven para resolver los casos más conflictivos. Previsible y evitable objetivamente es casi todo y, en todo caso, el ámbito de prohibición jurídico-penal sólo puede comenzar

allí donde se constate la realización de una acción que exceda de lo jurídicamente permitido. De un modo general se puede decir que toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites permitidos es suficiente para imputar el resultado que suponga realización de ese riesgo no permitido.

La creación de un riesgo no permitido, lo que ya supone por lo menos una falta de diligencia, la consiguiente *realización de ese peligro o riesgo en un resultado y la producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida* son, pues, los criterios que hay que aplicar para, a partir del establecimiento de una conexión causal, imputar objetivamente en el ámbito jurídico un resultado a la persona que lo causó.

Con ayuda del primer criterio se pueden resolver casos en los que no hay creación ni incremento del riesgo porque el resultado se hubiera producido igualmente aunque el autor hubiere actuado con la diligencia debida. Por ejemplo: el médico inyecta indebidamente cocaína al paciente produciendo su muerte, pero ésta también se hubiera producido de haberse empleado novocaína, que era lo aconsejable; el automovilista, conduciendo a más velocidad de la permitida, atropella al ciclista embriagado, que igualmente hubiera sido atropellado aunque el conductor hubiese conducido el vehículo a la velocidad permitida. En estos dos ejemplos el resultado sólo puede imputarse al médico o al automovilista si se demuestra claramente que, con su acción indebida, aumentaron sensiblemente las posibilidades normales de producir el resultado.

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. Pág. 228

El segundo criterio sirve para excluir la imputación de resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos. Así por ejemplo, es cierto que quien dispara contra otro crea un riesgo no permitido de producción de la muerte de éste —primer criterio—. Pero si la víctima muere en un accidente de la ambulancia que le llevaba al hospital, el sujeto que le disparó no responderá del resultado muerte (homicidio consumado) porque éste no ha sido consecuencia de riesgo creado por el disparo. Del mismo modo, si el resultado se produce por la acción dolosa de un tercero, tampoco podrá ser imputado a quién creó el riesgo inicial de su producción de un modo imprudente: la víctima del accidente causado por imprudencia muere posteriormente, mientras convalecía de sus heridas en el hospital, como consecuencia de las puñaladas que le infirió un enemigo que entró subrepticamente en su habitación (*prohibición de regreso*).

El tercer criterio sirve para solucionar casos en los que, aunque el autor ha creado o incrementado un riesgo que se transforma en un resultado lesivo, éste no debe ser imputado al no haberse producido dentro del ámbito de protección de la norma. Los casos a los que afecta este problema son muy diversos y complejos. Entre ellos se incluyen los supuestos de puesta en peligro de un tercero aceptada por éste. Así, por ejemplo, inducir a alguien a beber más de la cuenta o a realizar ejercicios acrobáticos en una cuerda floja, salvo que se trate de una inducción al suicidio ya de por sí constitutiva de un delito específicamente tipificado en el Código penal (art.143),

es ciertamente una forma de incrementar el riesgo de que se produzca un accidente, pero no parece que entre dentro del fin de protección de la norma proteger a quienes consciente y voluntariamente se exponen a peligros, bien aceptando apuestas (ruleta rusa), bien participando voluntariamente en una actividad peligrosa (copiloto de un coche de carreras). Todos estos resultados caen fuera del ámbito de protección normal que se previó al dictar la norma penal y, por ello, deben ser excluidos del ámbito jurídico-penal relevante.

Estos problemas se plantean generalmente en los delitos imprudentes, ya que es allí donde la (mala suerte) y una serie de circunstancias más o menos imprevisibles determinan la producción de un resultado a veces completamente distinto y contrario al pretendido por su causante.

Por el contrario, en el delito doloso el problema apenas se plantea, o se plantea de modo diferente, porque en este caso el sujeto hace todo lo que puede por producir el resultado que pretende. Si a pesar de ello éste no se produce, habrá tentativa; y lo mismo sucede cuando el resultado se produce, pero de un modo completamente anómalo e imprevisible: la víctima de un asesinato intentado muere en el hospital a consecuencia de un incendio¹⁴.

La conducta humana que cumple los requisitos que estudiamos y que objetivamente es subsumible en un delito de la Parte Especial del Código penal constituye la conducta típica. Puede exteriorizarse mediante acciones u omisiones.

El Principio de Antijuridicidad Formal y Material y el Conocimiento de la Antijuridicidad en el Derecho Penal



Prof. Giovanni Criollo Mayorga

La teoría del delito ha sido definida como una herramienta conceptual que permite sistematizar y desarrollar las tradicionales categorías sistemáticas con las cuales se explica el delito: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Esta construcción clásica de la teoría del delito no se logra sino hasta recién entrado el siglo XX y más exactamente es en el año de 1906, cuando Ernst von Beling, en su obra “Lehre vom Verbrechen”, definió al “delito” como una acción adecuada a un tipo, antijurídica y culpable, y sujeta a sanción penal¹.

Para efectos de este estudio exclusivamente abordaremos la teoría de la antijuridicidad que para el autor argentino Nino², en su formulación inicial, está asociada con la ilegitimidad moral y dañosidad social de un acto pues según el autor alemán primeramente mencionado “antes de reconocer la tipicidad, todo acto antijurídico podía ser punible”, lo que en buenas cuentas implicaría que la mera inmoralidad de la conducta bastaba para incurrir en sanción penal, sin

que la conducta estuviera específicamente prohibida por la ley. No obstante aquello se puede concluir que la antijuridicidad no puede estar sustentada en consideraciones de carácter moral.

Luego del avance de la Dogmática penal fue rotundo el cambio de fundamento de la antijuridicidad al punto tal que otro autor alemán, Von Liszt, empezará a considerar que la acción es antijurídica cuando compromete los bienes jurídicamente protegidos, como la vida, la salud, la propiedad, etcétera. Ello determinó que la acción, más que meramente mala desde el punto de vista moral, para ser considerada como antijurídica deba lesionar derechos o intereses que estuvieran en alguna forma protegidos por la ley.

Bajo este nuevo esquema Bacigalupo³ establece que “La teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al derecho, es decir,

¹ Carlos Santiago Nino. *Los Límites Responsabilidad Penal. Una Teoría Liberal del Delito*. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1980. Pág. 38.

² Carlos Santiago Nino. Ob. Cit. Pág. 46.

³ Enrique Bacigalupo. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999. Pág. 351.

el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es, por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso del orden jurídico para obrar como obró.”

Actualmente la determinación de la antijuridicidad y de las causas de justificación toman en cuenta las actitudes subjetivas del agente (con el resultado de que el hombre que, por ejemplo, actúa sin saber que tenía derecho a cometer la acción típica en las circunstancias del caso, comete una acción antijurídica).⁴ Una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no interviene en favor del autor una causa o fundamento de justificación.

El maestro Edgardo Alberto Donna, completa la teoría de la antijuridicidad al manifestar que la tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuridicidad, porque aquélla señala la posibilidad de ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad y en cierto sentido inversa. Es independiente porque sólo cabe plantearse la cuestión de la antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que se subsume bajo un tipo penal. A la vez es inversa porque consiste en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación (por ejemplo, defensa necesaria, estado de necesidad, consentimiento presunto).

Para complementar el panorama de la antijuridicidad debemos manifestar que existe unanimidad en la doctrina respecto de que la antijuridicidad se aplica por igual a todas las ramas del derecho, es decir una conducta puede ser antijurídica en el derecho civil, en el derecho laboral o en el derecho administrativo, pero la diferenciación existente aparece porque los efectos de esa antijuridicidad son distintos, así el campo civil una conducta antijurídica puede determinar una nulidad contractual subsanable o insubsanable, pero en materia penal, esa antijuridicidad, al poner en peligro o al afectar gravemente los bienes jurídicos protegidos, genera una responsabilidad de carácter penal que implicará, eventualmente, si la conducta no está autorizada por la norma, la imposición de una sanción penal. Ello nos permite concluir que la teoría de la antijuridicidad no se refiere a la persona que ha cometido la infracción porque la valoración de dicha persona se lo realiza en el análisis de la culpabilidad (juicio de reproche), sino que dicha teoría se refiere exclusivamente al hecho que se encuentra valorado negativamente⁵.

Muñoz Conde manifiesta al respecto que el juicio de desvalor sobre el hecho se le llama injusto o antijuridicidad; al juicio de desvalor que recae sobre el autor, culpabilidad. Injusto es, pues, la desaprobación del acto por el legislador; culpabilidad, el reproche que se dirige contra el autor de ese acto.⁶

Así configurada la antijuridicidad, la misma acepta una doble clasificación: ANTIJURIDICIDAD FORMAL y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL. Por la primera debe

⁴ Carlos Santiago Nino. Ob. Cit. Pág. 63 y 64.

⁵ Edgardo Alberto Donna. *Teoría del Delito y de la Pena*. Tomo 1. Segunda edición actualizada. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1996. Pág. 67.

⁶ Francisco Muñoz Conde. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial B de F. Segunda Edición. 2001. Montevideo, Uruguay. Pág. 64

entenderse, a la violación de la norma penal establecida en el presupuesto hipotético de la ley penal que no encuentra amparo en una causa de justificación de las que el código penal expresamente recoge. La contradicción de las conductas con el ordenamiento jurídico, es una conducta antijurídica pero puede no poner en grave riesgo el bien jurídico protegido. Roxin dice al respecto que “Una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal.”⁷

Por la antijuridicidad material se toma en cuenta no solo la contradicción de las conductas con el sistema jurídico sino que adicionalmente debe existir una GRAVE afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal: “es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales.”⁸

Su importancia radica en tres aspectos⁹:

1. Permite realizar graduaciones del injusto y aprovecharlas dogmáticamente.
2. proporciona medios auxiliares de interpretación para la teoría del tipo y del error y para solucionar otros problemas dogmáticos.
3. hace posible formular los principios en los que se basan las causas de exclusión del injusto y determinar su alcance.

Santiago Mir Puig establece, bajo esta última posición, la de la antijuridicidad material, una construcción del principio de fragmentariedad del derecho penal manifestando al respecto que:

“El segundo de los principios en que se concreta el postulado según el cual el ius puniendi ha de ejercerse en la sola medida exigida por la protección de la sociedad, es el llamado “carácter fragmentario” del derecho penal. Significa que el derecho penal no sanciona todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Así, para poner un ejemplo expresivo, no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino sólo ciertas modalidades especialmente peligrosas, como la apropiación subrepticia, violenta o fraudulenta. BINDING, que habló por vez primera del carácter fragmentario del derecho penal, lo consideró un defecto importante que debía superarse completándose la protección de los bienes jurídicos. En nuestros días, en cambio, el carácter fragmentario se reputa como característica de un Estado de Derecho respetuoso para con la libertad del ciudadano.”¹⁰

En nuestro país la antijuridicidad material es importante no solo para la imposición de la pena sino también para el inicio de la acción penal. En efecto desde el punto de vista del Derecho Constitucional podemos encontrar una seria limitación a la acción para perseguir los delitos por parte de

⁷ Claus Roxin. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Editorial Civitas S. A. Segunda Edición. Pág. 558.

⁸ Claus Roxin. *Derecho Penal...* Ob. Cit. Pág. 558.

⁹ Claus Roxin. *Derecho Penal...* Ob. cit. Pág. 559.

¹⁰ Santiago Mir Puig. *Introducción a las Bases del Derecho Penal. Concepto y Método*. Editorial B de F, 2003, Buenos Aires, Montevideo, Segunda Edición. Pág. 110.

la Fiscalía, pues es la propia Constitución la que limita dicho ejercicio a las lesiones más graves de los bienes jurídicos, con lo que la antijuridicidad material está prevista constitucionalmente como límite del ejercicio del *ius puniendi* estatal. Dice el Artículo 195 de la Norma Suprema ecuatoriana que “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal...”

El principio de oportunidad, en nuestro sistema penal es desarrollado por la Política No. 001-2011 dictada por el Consejo Consultivo de la Función Judicial¹¹, en donde establece lo siguiente:

III. Principio de oportunidad

El Fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes, se abstendrá de iniciar la acción penal o desistir de la ya iniciada cuando:

- El hecho constitutivo del delito no comprometa gravemente el interés público,
- No implique vulneración a los intereses del Estado; y,

- Tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión.

Además procederá de igual forma cuando el infractor sufriera una pena natural. La razón de la aplicación de este principio, se aplicará con el objeto de no perseguir delitos menores que impliquen un gasto excesivo para el Estado, en virtud del principio de mínima intervención estatal, dispuesto en los artículos Art. 195 de la Constitución de la República, Art. 39.3, 39.4 del Código de Procedimiento Penal.

EL CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD.

Junto a las categorías dogmáticas del delito (acción, típica y antijurídica) encontramos la culpabilidad, la misma que se funda en la “posibilidad del conocimiento de la desaprobación jurídico penal y en la capacidad de motivación.”¹². Esta categoría dogmática puede definirse como “el reproche que se realiza al autor del hecho típico y antijurídico, debido a su motivación contraria a la norma (contraria al deber)”¹³, es decir será responsable penalmente quien ha cometido la acción típica y antijurídica y además quien hubiere obrado culpablemente, llegando por lo tanto a convertirse esta etapa analítica del delito en el presupuesto necesario para la imposición y medida de la pena, por manera que el sujeto que no conoció su injusto no la merece: “... culpable es el autor de un ilícito si ha podido comprender la ilicitud y comportarse de acuerdo con esa comprensión, si ha podido saber de la ilicitud y si no ha obrado en un contexto en el que se excluye su reprochabilidad.”¹⁴

¹¹ Publicada en Registro Oficial No. 468 de Lunes 13 de Junio de 2011.

¹² Bacigalupo, Enrique. “*Lineamientos de la Teoría del Delito*”. Editorial Hammurabi. Tercera Edición. 1994. Buenos Aires, Argentina. Pág. 75.

¹³ Donna, Edgardo Alberto. “*Teoría del Delito y de la Pena. Imputación Delictiva*.” Tomo II. Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1995. Pág. 182.

¹⁴ Bacigalupo, Enrique. “*Derecho Penal. Parte General*.” Editorial Hammurabi. Segunda Edición. 1999. Buenos Aires, Argentina. Pág. 424.

Evolución del concepto de culpabilidad

Ahora bien, el concepto de la culpabilidad ha ido desarrollándose en varias etapas. En un primer momento, en base a la teoría psicológica, la cual toma como premisa que la comprobación de la voluntad del autor es causal del hecho ilícito; bajo esta teoría son especies de la culpabilidad el dolo y la culpa, las cuales buscaban la relación psicológica entre el sujeto activo de la infracción y el hecho punible. Para Finger y Meyer - Allfeld, citados por Bacigalupo, la teoría psicológica de la culpabilidad implica tres aspectos a ser considerados: a) Relación causal entre la voluntad de una persona y un suceso; b) Desaprobación del hecho (su carácter indeseable o dañoso); y, c) Conciencia de la contrariedad al deber en el autor. En un segundo momento aparece, gracias a Reinhard Frank, la teoría normativa de la culpabilidad en la cual “La culpabilidad ya no es un hecho psicológico, sino una situación fáctica que ha sido valorizada normativamente. El hecho psicológico es analizado por el juzgador, y éste decide si debe hacerse o no el reproche.” Al ser una cuestión fáctica corresponde analizarse las “circunstancias relevantes que acompañan al hecho y la capacidad de imputación”. Para que exista el “reproche”¹⁵ se requiere que el autor sea “espiritualmente normal (capaz de imputación)”; y, que haya “tenido una cierta relación concreta con

respecto al hecho o la posibilidad de tenerla (dolo o culpa).”

Nos corresponde revisar el tercer momento del avance histórico del concepto de culpabilidad que, para Bacigalupo y Donna, se lo encuentra en el avance en el diseño de la culpabilidad donde Goldschmidt considera que el problema de la conciencia de la antijuridicidad debe ser analizado tomando en cuenta una norma de deber: “Junto a la norma jurídica hay otra que es la norma de deber. Pues bien, la norma jurídica regula la conducta exterior; en cambio, la del deber atañe al comportamiento externo. De allí que la norma de deber obligue al individuo a motivar su conducta, conforme a la representación que el autor tenga en cuanto a que su acto pueda resultar prohibido por la norma jurídica.”¹⁶ Un cuarto momento se lo alcanzó con la teoría finalista de la acción, en la cual “la reprochabilidad presupone la capacidad de motivarse por la norma”¹⁷. “(E)l concepto funcionalista de la culpabilidad se caracteriza básicamente por su determinación normativa, desde el punto de vista de la prevención general positiva y de la configuración de la sociedad.”¹⁸

En cuanto a la determinación normativa vale la pena destacar que para el profesor Gunter Jackobs existe “un concepto de bien jurídico propio del derecho penal, consistente en la prohibición de matar, de dañar,

¹⁵ Fernández, Gonzalo. “La Fundación de la Teoría Normativa De La Culpabilidad” como introducción al libro de Frank, Reinhard. “Sobre la Estructura del Concepto de Culpabilidad”. Editorial B de S. Segunda reimpresión. 2002. Buenos Aires, Argentina. Pág. 20 Fernández manifiesta que “La reprochabilidad significa una valoración (negativa) de una conducta desaprobada. Esto es, la culpabilidad cristaliza en un juicio de reproche, formulable a un individuo dotado de motivación normal. Un juicio de reproche que, desde WELZEL en adelante, será explicado como un reproche personal”

¹⁶ Donna, Edgardo Alberto. “Teoría del Delito y de la Pena. Imputación Delictiva.” Tomo I. Segunda Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina. 1995. Pág. 156.

¹⁷ Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit. Pág. 422.

¹⁸ Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit. Pág. 423.

de agredir sexualmente, etc. El bien jurídico no es el daño naturalmente perceptible de cegarle la vida a una persona o destruir su patrimonio, sino que es un concepto normativo; la vigencia de la norma. Si la sociedad se estructura a través de normas, entendidas como “esquemas simbólicos de orientación”, y a través de las cuales una sociedad señala los aspectos fundamentales de su configuración, lo relevante no es una lesión externa de una situación valiosa (v. gr. la vida, la propiedad, etc.), sino el significado de la conducta: con su comportamiento el infractor expresa (comunica) que para él no rigen las expectativas fundamentales, sino su propia concepción del mundo.”¹⁹ En pocas palabras, su concepto de culpabilidad está basado en la prevención general, en parte.

Tenemos adicionalmente las teorías de Achenbach y de Streng. El primero de los nombrados manifiesta que existe una categorización de la culpabilidad desde los fines de la pena, así tenemos: la idea de culpabilidad, la culpabilidad como fundamento de la pena; y, la culpabilidad como medida de la pena. “La teoría dogmática de la culpabilidad, conforme Achenbach se basa en la prevención general positiva. Se trata de analizar la imputación subjetiva, que se puede deducir y limitar desde criterios sólo preventivos. Este fundamento de la imputación individual es la prevención de integración.”²⁰ Para Streng, la función de la pena está determinada por la prevención general

positiva ya que se debe confirmar el orden valorativo que se encuentra arraigado en el “super yo” según la expresión formulada por Freud, además no debemos olvidar que para el Streng “La imputación de culpabilidad y la pena impuesta al autor son expresión de las necesidades de autoestabilización del otro ciudadano frente al autor del hecho.”²¹

Solo resta decir, en resumen, que la construcción del concepto de culpabilidad se lo ha hecho en base a dos aspectos: por una parte aquel que refiere al libre albedrío, o sea la posibilidad de que el ser humano pueda actuar libremente; y, por otra, bajo el determinismo²², que demuestra una predisposición del ser humano a ser algo. De estas dos posiciones, la que presta mejores garantías y es compatible con el derecho penal garantista es aquella que se sostiene en el libre albedrío.

Conocimiento de la antijuridicidad

Actualmente existen varias las locuciones que suelen adoptarse para determinar lo que entendemos como conocimiento de la antijuridicidad. En efecto, en la doctrina alemana encontramos los términos “Unrechtsbewußtsein” que se lo ha traducido a nuestro idioma como “conciencia de lo injusto” y “Unrechtseinsicht” o “comprensión de lo injusto”. En España se lo denomina “conocimiento de la antijuridicidad”, “conciencia de la antijuridicidad”²³ y “conocimiento de

¹⁹ Montealegre Lynett, Eduardo. “El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs”. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. 2003. Pág. 26.

²⁰ Donna, Edgardo Alberto. “Teoría del Delito y de la Pena. Imputación Delictiva.” Tomo I. Ob. Cit. Pág. 232.

²¹ Donna, Edgardo Alberto. “Teoría del Delito y de la Pena. Imputación Delictiva.” Tomo I. Ob. Cit. Pág. 235.

²² Ferrajoli. Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”. Editorial Trotta. 1995. Madrid, España. Pág. 497. Al respecto de la vigencia del determinismo manifiesta: “El postulado del determinismo se ha derrumbado hoy, tanto en la física como en la epistemología de la ciencia.”

²³ Muñoz Conde, Francisco. “Teoría General del Delito”. Editorial Temis S. A. Segunda Reimpresión. 2005. Bogotá, Colombia. Pág. 120.

la desaprobación jurídico-penal del acto”²⁴. “Conciencia de la antijuridicidad significa: el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido”²⁵, es decir que “a quien actúa con conocimiento de la antijuridicidad del hecho le es plenamente imputable la realización del mismo”. Muñoz Conde define el conocimiento o conciencia de la antijuridicidad como “conocimiento del carácter prohibido del hecho típico y antijurídico”²⁶

Lo anterior nos lleva a concluir que el problema del conocimiento de la antijuridicidad o antijuridicidad radica en determinar: el objeto y contenido del conocimiento de la antijuridicidad; el conocimiento eventual de la antijuridicidad; y, las formas del conocimiento de la antijuridicidad.

Al respecto del objeto y contenido del conocimiento de la antijuridicidad se dice que este tiene que ver con el “conocimiento por parte del sujeto de que su conducta contraviene una prohibición legal que, trasladado a la esfera del profano, se reduciría al conocimiento de la antijuridicidad material del hecho.”²⁷ En otras palabras, el objeto del conocimiento radica en que el autor de la infracción penal conozca no solamente que su conducta está en contra del ordenamiento jurídico sino que además, según Bacigalupo, conozca también cual es la sanción impuesta a esa conducta, de manera que se pueda analizar adicionalmente la capacidad de motivación del infractor en la norma penal.

Se entiende por conocimiento eventual de la antijuridicidad “a la situación en la que, a pesar de la falta de certeza, el sujeto alcanza un grado de conocimiento de la significación antijurídica del hecho suficiente para fundamentar una responsabilidad penal plena.”²⁸ En este punto la doctrina ha sido concluyente en manifestar que no hace falta la certeza, en el autor de la infracción, sobre el conocimiento de la antijuridicidad para poder hacerle merecedor de la pena, aunque si existen casos que los han denominados dudas irresolubles: “Siguiendo las nuevas tendencias alemanas, considera que un hecho cometido en estado de duda, según las circunstancias en que ésta se produzca, es menos reprochable que el cometido con un conocimiento seguro. Concretamente, cuando en caso de haber faltado por completo la conciencia de la antijuridicidad, el error hubiese sido inevitable, entiende que la atenuación debería ser obligatoria.”²⁹

Tratemos finalmente las formas del conocimiento de la antijuridicidad. Se exige que el conocimiento sea actual: “es decir, la realidad- de la conciencia de lo injusto no debe ser entendida como la exigencia de un proceso de reflexión sobre la antijuridicidad del hecho en el preciso instante de su comisión que acabe en una nítida representación de la misma o, de lo contrario, este requisito no se cumpliría en muchos delitos, especialmente en los hechos cometidos impulsivamente, con habitualidad o bajo fuertes estados pasionales. No se trata,

²⁴ Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit. Pág. 424.

²⁵ Roxin, Claus. “*Derecho Penal Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito.*” Tomo I. Editorial Civitas S. A. Segunda Edición. Pág. 866.

²⁶ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit. Pág. 182.

²⁷ I Saborit, David Filip. “*La Delimitación del Conocimiento de la Antijuridicidad. Una Aportación al Estudio del Error de Prohibición.*” Tesis doctoral. Universitat Pompeu Fabra. Tomo 2. 1997. España. Pág. 129.

²⁸ I Saborit, David Filip. Ob. Cit. Pág. 147.

²⁹ I Saborit, David Filip. Ob. Cit. Pág. 165.

pues, de que el sujeto piense explícitamente 'lo que estoy cometiendo es un hecho injusto', sino que basta con un saber implícito que, de alguna forma, esté presente e incida en el comportamiento del autor."³⁰

Conclusiones

El conocimiento de la antijuridicidad, como hemos podido ver, en resumen, es un asunto que debe ser debidamente tratado por la legislación penal y la jurisprudencia, porque de ello depende la imposición de la sanción o la pena. La categoría dogmática de la culpabilidad, valga la pena aclarar en este punto, ha sido construida en base a los conceptos de prevención por esa razón el estado se encuentra avanzando sobre las libertades del ser humano y el derecho deja ser el refugio del ciudadano en términos de Hobbes. Adicionalmente debemos concluir que este tema da origen al estudio del error de prohibición que puede existir "no solo cuando el autor cree que actúa lícitamente, sino cuando ni siquiera se plantea la licitud o ilicitud de su hecho."³¹ Se requiere para evitar ello que se dicten normas penales claras y sencillas tal cual lo propuso Beccaria³², y de esta forma evitar que se ejerza "el poder punitivo montado sobre el desconocimiento causado por el entramado

legislativo confuso, múltiple y enmarañado que produce, y se racionaliza ese desconocimiento como un generoso servicio que presta al ciudadano (la famosa descarga de Luhmann). No en vano se ha observado que el éxito del poder está en proporción directa con lo que logra esconder de sus mecanismos, de modo que, para el poder, el secreto no pertenece al orden del abuso sino a una indispensable exigencia de funcionamiento."³³

Materialmente el error de prohibición se manifiesta entonces: a) cuando se refiere a la existencia de la norma prohibitiva per se (error de prohibición directo); b) en la existencia, límites y presupuestos objetivos de una causa de justificación que permita la acción prohibida (error de prohibición indirecto o error sobre las causas de justificación). Ojalá, para finalizar, lleguemos al convencimiento de que el estudio del conocimiento de la antijuridicidad es fundamental para la aplicación de la sanción puesto que la culpabilidad se funda en la posibilidad del sujeto de autodeterminarse y motivarse en el ordenamiento jurídico, es decir "NO HAY PENA SIN CULPABILIDAD". Lo fundamental de la imputación por el hecho típico es que el actor haya tenido al menos la posibilidad de conocer su injusto.

³⁰ I Saborit, David Filip. Ob. Cit. Pág. 176.

³¹ Muñoz Conde, Francisco. Ob. Cit. Pág. 122.

³² Beccaria, Cesare. "De los delitos y de las penas". Tercera Edición. Editorial Temis S.A. 2000. Bogotá, Colombia. Pág. 88: "¿Queréis prevenir los delitos? Haced que las leyes sean claras, sencillas y que toda la fuerza de la nación se concentre para defenderlas, y ninguna parte de ellas se empeñe en destruirlas."

³³ Zaffaroni, Eugenio Raúl; Slokar, Alejandro; Alagia, Alejandro. "Derecho Penal. Parte General." EDIAR. Segunda Edición. 2002. Buenos Aires, Argentina. Pág 725 y 726.

La Justicia Restauradora, la mediación en el Derecho Penal



Dr. Víctor Fernández Álvarez

Juez de la Corte Provincial de Justicia del Guayas

“Se entenderá por programa de **justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan con juntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo**, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.” (Código de Procedimiento Penal Colombiano - Ley 906 de 2004, artículo 518)

El Derecho Penal en la antigüedad perseguía el castigo del infractor, existía la idea de venganza por parte de la víctima o sociedad, además que se satisfacían los daños causados, por ejemplo: La Ley Mosaica se imponía retribuir cuatro veces el valor de lo hurtado, la Ley del Talión que expresaba ojo por ojo, diente por diente, se aplicaba una pena idéntica. Es en el siglo XX es que se logra comprender el rol principal que juega la víctima frente al delito para pedir la restitución del daño causado y la rehabilitación del delincuente frente a la comunidad, es decir, que aparece la justicia restaurativa buscando la interacción entre el responsable, la víctima y la sociedad en marco de igualdad y de respeto a los Derechos Humanos.

A la Justicia Restaurativa se le ha dado diversas denominaciones como: Justicia

Conciliatoria, restauradora, reparadora, justicia comunitaria cuyo fin es restablecer el vínculo jurídico social. Esta justicia se inspiró en la justicia de pueblos y cultura como Canadá, Nueva Zelandia o Australia, tiene su origen en la decisión de un juez de KITCHENER (Ontario, Canadá), en el año 1979 que promovió el encuentro entre jóvenes acusados por vandalismo y los dueños de las propiedades afectadas.

En Europa se viene utilizando la **Mediación, la Justicia Restaurativa y la Psicología Jurídica** dentro del campo civil, laboral, familiar, penal, comunitario, En América Latina, la Mediación, la Justicia Restaurativa y la Psicología Jurídica se encuentran en fase de desarrollo en el campo legal.

LA MEDIACIÓN.- Es un procedimiento mediante el cual las personas que tienen

conflicto entre sí, solicitan la intervención de un tercero que facilite la comunicación y de esta manera en conjunto y pacífica obtienen un acuerdo satisfactorio, evitando el proceso judicial.

PSICOLOGÍA JURÍDICA.- Disciplina encaminada al estudio del comportamiento humano dentro del campo del derecho y la justicia. Esta ciencia estudia, investiga y analiza el comportamiento humano con relación al derecho y a la justicia.

JUSTICIA RESTAURATIVA.- Parafraseando a **Juan José Hidalgo Huerta** en su artículo **Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y Crítica al modelo del Proceso Penal**, señala: La justicia restaurativa lo que busca que el Derecho Penal se acerque mucho a lo que la ciudadanía espera de él y que en su lugar de ser exclusivamente sancionador, punitivo, empiece a generar la capacidad de poder presentar diferentes alternativas para regular los diferentes conflictos que se presentan. La Justicia Restaurativa crea mecanismos participativos en el cual la víctima y su agresor se siente a hablar, a dialogar mediante la Mediación Penal.

Oscar Vásquez en su ensayo **¿Qué es la Justicia Juvenil Restaurativa?**, afirma que la Justicia Restaurativa busca volver a su estado original a aquellos que han sido perjudicados y que estos deben participar de lleno en la respuesta, además que el rol del gobierno es mantener el orden público. Considerando que existen cuatro elementos claves: **Encuentro** (se crea la oportunidad que la víctima, el responsable y la comunidad se reúnan, conversen sobre el asunto). **Reparación** (el autor del delito repare el daño causado), **Reintegración** (la víctima y el agresor vuelvan a la sociedad con capacidad de contribuir a favor de ella), **Inclusión** (las partes interesadas participan en la resolución del conflicto).

Tiene como finalidad crear un espacio para que los sujetos involucrados en el conflicto o problema se reúnan, compartan sus sentimientos y elaboren un plan de reparación del daño causado que satisfaga intereses y necesidades recíprocas. En esta Justicia Restaurativa la víctima deja de ser un sujeto pasivo, se convierte en protagonista, es la persona que se le ha causado daño en su integridad física o en su patrimonio económico.

En la Justicia Restauradora **la víctima juega un papel importante:** 1.- Por cuanto se beneficia de la restitución o reparación a cargo del responsable o autor del delito. 2.- La víctima puede expresar libremente el impacto que causó el delito en su vida 3.- Participar en la negociación y la manera como el ofensor puede reparar el daño; y, 4.- Esto permite que la parte ofendida se sobreponga en forma eficaz. Así mismo el autor del delito evita la privación de la libertad, reconoce el dolor y el daño causado, por lo que de forma inmediata reingresa a la sociedad a la que pertenece.

El Código Penal Colombiano, Ley 599 de 2000, en el artículo 4, señala que son funciones de la pena, la retribución justa, la prevención, la reinserción social y la protección al condenado. La Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-979, 2005 afirma: "...la justicia restauradora se presenta como un modelo alternativo de enfrentamiento de la criminalidad que sustituye la idea tradicional de retribución o castigo, por una visión, que rescata la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre la víctima y el victimario, **El centro de gravedad del derecho penal ya no lo constituirá el acto delictivo y el infractor, sino que involucraría una especial consideración a la víctima y al daño que le fue inferido.**

Merece mencionarse la Resolución 14 de 2000 de las Naciones Unidas, determina los principios de la justicia restauradora en materia penal; y, que en los procesos restaurativos de la justicia se puede incluir la mediación, la conciliación, las conversaciones o reuniones para decidir sobre el asunto judicial, mediante la reparación, la restitución, el servicio a la comunidad y la reintegración de la víctima y del agresor a la sociedad.

El Proceso Penal Portugués de 1987, que se refiere a la suspensión condicional del proceso, así lo señala el artículo 281 del Código Penal Portugués, en cuanto al ofendido por el delito se le satisfacen sus intereses, la reparación integral de la víctima, y en cuanto al autor o responsable del delito debe reparar en forma voluntaria el daño causado y no recibe la pena. Esto es una especie de reconocimiento de culpabilidad frente al principio de presunción de inocencia. En otras palabras este sistema permite a las partes llegar a un entendimiento a un acuerdo voluntario y son las partes las que determinan las tareas de reparación o de cumplir determinadas condiciones, es decir llegar a una mediación o conciliación entre las partes y de esta manera se cumple la justicia restaurativa y lograr la ratio de paz social y dejar en ultima ratio la justicia ordinaria del derecho penal. El fiscal puede suspender el trámite del proceso para enviarlo a un procedimiento de mediación, el fiscal tiene la llave de la persecución o discrecionalidad, de reabrir el proceso en caso de incumplimiento del acuerdo.

Todo esto demuestra que frente a los modelos tradicionales penales aparece la justicia restaurativa y a nivel de la justicia ordinaria civil aparecen los Medios Alternativos de Solucionar los Conflictos, estas estrategias modernas o figuras complementarias y no excluyentes de

administrar justicia. Estos mecanismos tienen como finalidad la disminución de los procesos ordinarios y lograr la justicia la paz social en forma inmediata. En materia penal las partes encuentren un acuerdo cordial que logra satisfacer a la víctima, la resocialización del autor. En materia civil las partes se sientan triunfadoras, alcanzan un acuerdo satisfactorio, no existiendo, ni vencedores, ni vencidos.

En el **Ecuador** encontramos el R.O. No. 555 de fecha 24 de marzo del 2009, agrega artículos innumerados al artículo 37 del Código Procedimiento Penal reformado, habla de **ACUERDOS DE REPARACIÓN**, mediante la conversión entre el procesado y el ofendido, los mismos que se presentan de manera escrita conjuntamente con el Fiscal, y sin mayor trámite, se remitirá el expediente original al Juez de Garantías Penales quien lo aprueba en audiencia pública, oral y contradictoria, en la audiencia se debe contar con la presencia del Fiscal y el defensor. No procede el acuerdo reparación en los delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delito de odio, crímenes de lesa humanidad. El caso de suspensión condicional del procedimiento, el fiscal con el acuerdo del procesado, solicita al juez de garantías penales la suspensión del procedimiento, siempre que el procesado admita su participación. La suspensión se lo hará en audiencia pública oral contradictoria con la presencia del fiscal, el defensor y el procesado, el archivo definitivo y provisional señalado en el artículo 38 y 39 del Código de Procedimiento Penal.

PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.-

1. Esta puede ser solicitada y practicada en cualquier etapa del proceso e incluso cuando el acusado está cumpliendo la pena.

2. Debe existir el consentimiento expreso voluntario de la víctima y del agresor de querer someterse a este proceso restaurativo, es decir, es eminentemente facultativo no obligatorio.
3. El acuerdo o entendimiento de la víctima y el responsable debe contener obligaciones justas, razonables y proporcionadas, las mismas que necesariamente tienen que cumplirse. En caso contrario queda sin efecto pero no puede ser usado para agravar la pena.
4. La aceptación o voluntariedad del procesado no se puede considerar como prueba de admisión de culpabilidad en procesos posteriores.

CUÁLES SON SUS VENTAJAS:

1. Promueve la desjudicialización, que ciertas causas sean tratadas mediante procesos alternativos a la justicia ordinaria.
2. El sistema judicial se preocupa de los casos más graves más complejos. Y los casos que no revistan de repercusiones mayores a la víctima y a la colectividad.
3. Disminuye la población carcelaria, evitando que los primerizos se conviertan en criminales avezados.
4. Se evita la reincidencia del responsable y se lo reintegra a la sociedad.

REFLEXIÓN.-

La Justicia Restaurativa se la puede definir como el procedimiento voluntario en el que participa la víctima, el ofensor; y, con la ayuda de un facilitador o mediador, en forma conjunta buscan solucionar el problema que surge como consecuencia de la infracción. Esta Justicia involucra tres elementos esenciales: La responsabilidad del autor, la restauración de la víctima, reintegración del infractor en la comunidad. Tiene como

objetivo la reconciliación basada en la restitución del daño y el perdón, también busca se restituya el vínculo social integrando a la sociedad al infractor.

La Justicia Restaurativa se centra en las consecuencias que el delito causa a una persona en concreto y en la necesidad de reparar ese daño causado, que el infractor responda por el perjuicio causado y obtenga el perdón de la víctima, y la sociedad cumpla con el reintegro del infractor a la comunidad, a diferencia de la justicia retributiva que lo central es la vulneración de la ley, el castigo, la imposición de la pena. En otras palabras en la Justicia Restaurativa prima el Principio de Oportunidad; y, en la Justicia retributiva lo esencial es el Principio de Legalidad.

BIBLIOGRAFÍA.-

- Curso Internacional: Mediación Internacional en el área Civil, Penal, Laboral y La Justicia Restaurativa, Universidad Alas Peruanas.
- Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa No. 1 Lima, Perú.
- Dr. García López Eric, Mediación. Perspectivas desde la Psicología Jurídica, Editorial Manual Moderno Colombia Ltda. 2011, diciembre 2005-febrero 2006.
- Arguello Ventimilla Dayan Alejandro, "La Justicia Restaurativa en el Sistema Penal Ecuatoriano", Ecuador, Enero 2012.
- Hidalgo Huerta Juan José, Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal o Crítica al modelo del Proceso Penal, 22-22-2007.
- Vásquez Oscar, ¿ Que es la Justicia Juvenil Restaurativa?, 2006.

El devenir histórico de la Especialización en Materia Penal de las Salas del Senado y Cortes Suprema y Nacional de Justicia del Ecuador desde 1809 a la actualidad



Dr. Patricio Muñoz Valdivieso

*Unidad de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas
de la Corte Nacional de Justicia*

1 1809:

En la inicial Acta de Independencia, primigenia ley fundamental propia concebida en nuestro país, suscrita el 10 de agosto de 1809 en Quito por una asamblea compuesta por los diputados barriales de la capital, se organizó tanto el establecimiento y funciones de las primeras instituciones propias del naciente país que fueron la Junta Suprema (que ejercía las funciones ejecutiva y legislativa simultáneamente), la Falange (Ejército) y el Senado de Justicia, como se contempló el nombramiento de sus principales funcionarios. El Senado, conocido eventualmente también como Real Senado o como Consejo, era el máximo efectivo órgano administrador de justicia.

El máximo tribunal judicial como la junta suprema y el ejército estaban encabezados, conforme la flamante constitución organizativa política adoptada en el reino de Quito en ese día, por el monarca reinante D. Fernando VII de Borbón. La institución judicial estuvo compuesta de doce senadores, todos doctores, distribuidos en dos Salas: Civil y Criminal, consideradas también

como la primera y segunda salas, cada una con tratamiento de alteza. El Senado estaba efectivamente dirigido por un gobernador, en representación del rey, que a su vez presidía las dos Salas, aunque positivamente solo dirigía la Sala de lo Civil, con dos mil pesos de sueldo anual y tratamiento de usía ilustrísima. La Sala de lo Criminal, estaba presidida teóricamente por el gobernador pero ciertamente por un regente subordinado al gobernador, con un similar sueldo y tratamiento de señoría. Los demás ministros tenían el mismo tratamiento anterior y mil quinientos pesos de sueldo; y a la institución le fueron agregados dos funcionarios más que fueron: un protector general de indios o naturales con honores y sueldos de senador, y un alguacil mayor con los tratamientos y emolumentos de la Audiencia. El cargo de gobernador fue ocupado por el quiteño D. José Javier Ascázubi y Matheu.

Para formar parte de la Sala de lo Criminal, o del Crimen como también se la llamó, se eligió como sus seis senadores a: como regente al español Oidor de la de puesta Audiencia D. Felipe Fuertes y Amar, como decano (es decir, más antiguo en la

nominación, y actualmente llamado subrogante) al payanés D. Luis Quijano y Carvajal, como ministros al bugueño D. José del Corral y Bandera, D. Víctor Félix de San Miguel y Cacho, natural de la neogranadina Mompox, y al popayaneño o payanés D. Salvador Murgueitio y Castillo (cuñado del vocal de la Junta Suprema D. Manuel Zambrano y Monteserrín), y como fiscal al quiteño D. Francisco Javier de Salazar y Alvear.

Parte de ellos se posesionaron el día 18, pero antes el 13 de agosto se había admitido por la Junta Suprema la renuncia del Dr. San Miguel, seguramente presentada el 12, y en su reemplazo había sido electo el payanés Dr. D. Antonio Texada y Gutiérrez de Celis, quien ese mismo día 13 fue trasladado de la Sala de lo Criminal para la que había sido designado a la Civil, haciéndose entonces un canje con D. Bernardo de León y Carcelén, que pasó de la Civil a la Criminal, previo acuerdo al que se había llegado el mismo 12.

Con la progresiva restauración del gobierno español y finalización del efímero primer intento libertario, la antigua Real Audiencia retomó sus atribuciones judiciales. El 8 de noviembre se daba fin a la Junta Suprema y al Senado de Justicia, y la Audiencia compuesta por el Oidor Fuertes y dos conjueces (dos ex senadores) nombrados hasta que pudieran asumir el despacho los otros oidores titulares, expidió el mismo día un Real Acuerdo declarando que todas las providencias expedidas en los juicios tramitados desde el 10 de agosto por las dos Salas de lo Civil y de lo Criminal, quedaban nulitadas por lo que entonces debían volver a ser sustanciados al estado en que estuvieron al 9 de agosto.

Posteriormente, varios de los ex senadores serían procesados penalmente por la Audiencia por haber desempeñado tales destinos, habiendo sido recibido distintos tipos de condena conforme su grado de implicación en la revolución; y del juicio instaurado se conoce que el fiscal del crimen Salazar ni siquiera se posesionó. Incluso, dos de ellos: Fuertes y San Miguel se convertirían en encarnizados perseguidores de sus antiguos compañeros.

2 1884-1890:

Curiosamente, tan avanzada aspiración por conseguir instaurar el despacho de la administración de justicia en el más alto tribunal a través de la especialización de los jueces por materias, sería olvidada en los futuros textos constitucionales, y habría que esperar alrededor de 74 años más para retomar tal concepto en la Ley Orgánica de la Función Judicial, dictada el 12 de abril de 1884 por la Asamblea Nacional reunida ese año, en la que se normó que la Corte Suprema estaría compuesta por ocho ministros jueces y un fiscal, que estaría dividida en dos salas de cuatro ministros cada una en virtud del orden de sus nombramientos, que la primera sala se entendería en los asuntos de lo civil y la segunda en las cuestiones atinentes a lo criminal. Los nombres de quienes fueron los jueces que las conformaron se desconoce. Sin embargo, tal conquista desaparecería luego de seis años de vigencia, puesto que el Congreso el 2 de agosto de 1890 al reformar el Código de Enjuiciamientos Civiles, también modificó muchas disposiciones relativas a la estructuración del tribunal supremo, al crear en la práctica una Ley reformativa de la indicada ley reguladora de la Función Judicial, compilada en el segundo libro de las reformas a tal

Código, convirtiendo a la Corte Suprema nuevamente en una entidad compuesta por una única sala y reduciendo su número a cinco ministros jueces y un fiscal.

3 1979-1993:

En las épocas cuando no existieron las salas especializadas, ya sea que hubiera una sola, dos, tres, cuatro o cinco, fue costumbre y práctica normal de procedimiento y actuación internas de los tribunales que los ministros expertos en cada área se encargaran de elaborar los proyectos de sentencias de los juicios que se tramitaban dentro del campo de sus conocimientos especializados, aunque solamente existe constancia que a partir de la Corte Suprema nombrada en 1979, debido a la problemática que se originaba en torno a las distintas materias, los magistrados optaron por organizarse en comisiones especializadas por áreas con el objeto de estudiar y facilitar vías de solución. En líneas generales esa división de trabajo se efectuó alrededor de: lo civil y constitucional, de lo penal, de lo laboral, de lo mercantil y financiero y de fallos contradictorios. Anteriormente, esa labor de las indicadas comisiones por lo general estuvo a cargo del ministro fiscal de la Corte Suprema, cargo extinguido en 1979, y ocasionalmente a cargo de comisiones ad hoc.

Las comisiones de lo penal y leyes conexas estuvieron conformadas por varios magistrados especialistas en materia penal, entre otros, los doctores Jorge Hugo Rengel Valdivieso, Carlos Pozo Montesdeoca, Efraín Torres Chaves (interino) durante el período comprendido entre 1979 y 1984. O bien los de los doctores Juan Quinde Burneo, Fidel Jaramillo Terán, Maximiliano Blum Manzo, Eugenio Moreno Heredia,

Kléber Manrique Terán en el lapso 1984-1988. O el de Walter Guerrero Vivanco, Luis Muñoz Falconí, Raúl Andrade Guillén, Jorge González Moreno entre 1988-1993.

4 1993-1997:

Por tercera ocasión en la historia institucional, después de 102 años del fin del segundo momento en que se plasmó, el principio de especialización por materia de los juzgadores integrantes de la Corte Suprema nuevamente sería elevado a ley. Las segundas reformas a la Constitución de 1978 dictadas a través de la Ley 20 de 17 de diciembre de 1992, publicadas en el R.O.S. 93 de 23 de diciembre de 1992, y compiladas en la segunda nueva codificación constitucional a través de la Ley No. 25, aprobada por el Plenario de las Comisiones Legislativas del Congreso Nacional, en Quito, a 31 de Marzo de 1993, publicada en R.O. 183 de 5 de Mayo de 1993, distribuyó a los 31 ministros jueces en seis salas especializadas: de lo civil y comercial, de lo penal, de lo laboral y social, de lo administrativo, de lo fiscal y de lo constitucional. Cada una de ellas estaba compuesta por cinco magistrados y a cada una así mismo estuvo asignado originalmente un único conjuer. Se hizo realidad entonces un deseo que había permanecido en extenso letargo desde hacía muchos años antes y clamor que se había hecho ya público durante el primer Congreso Judicial del Ecuador realizado en octubre de 1953 a través del notable juriconsulto doctor Juan Isaac Lovato Vargas.

Los primeros cinco ministros jueces de la Sala de lo Penal, nombrados junto con los demás magistrados de la Corte Suprema el 20 de enero de 1993 por el Congreso y posesionados el 26 para el lapso de seis años y

sujetos a renovaciones parciales por tercios a realizarse cada dos años, fueron los doctores Francisco Acosta Yépez, Jorge Zavala Baquerizo, Raúl Coronel Arellano, Carlos Luis Romo Morán y Manuel Viteri Olvera. Acosta y Zavala solo estarían un día pues el día 27 el primero fue nombrado presidente de la Corte Suprema y el segundo dimitió por no haber alcanzado la dignidad que había obtenido Acosta. El doctor Jorge Américo Gallegos Terán, que era ministro alterno, reemplazaría a Acosta en la Sala y se convertiría a los pocos días en el primer presidente de ella, en tanto que en lugar de Zavala actuaría el doctor Adriano Rosales Larrea en su calidad de conjuez hasta el 11 de octubre de 1994 cuando se dio inicio a una segunda era distributiva de los magistrados de la misma Corte Suprema al haberse practicado la renovación de uno de sus tercios.

En octubre de 1994, la Sala, además de Romo, Coronel, Gallegos y Viteri, pasaría a estar conformada también por un nuevo quinto ministro el doctor Eduardo Brito Mieles. Así se mantendría hasta el 17 de enero de 1996.

En el denominado Tercer Bloque, parte del paquete de las terceras reformas constitucionales, aprobado el 21 de diciembre de 1995, vigente desde que fueron publicadas en el R.O. 863 de 16-01-1996, se dispuso en la segunda disposición transitoria una nueva organización de salas especializadas por materia, la institución debía funcionar, hasta que se dictara las reformas a la Ley Orgánica de la Función Judicial, con diez salas de tres ministros jueces cada una. Entonces se crearían dos salas para lo penal; tres salas para lo civil y mercantil; tres salas para laboral y social; una sala para lo con-

tencioso administrativo; y, una sala para la contencioso tributario. Además, la Corte Suprema de Justicia debía reubicar a los 31 magistrados en las respectivas salas, lo que se efectuó por resolución del pleno de 17 de enero de 1996.

La Primera Sala de lo Penal quedó integrada por los doctores Carlos Pozo Montesdeoca (que antes fue de la Constitucional), Gallegos y Brito. La Segunda Sala de lo Penal quedó integrada por los doctores Romo, Coronel y Viteri. Así se mantuvieron conformadas por casi 10 meses hasta el 07 de octubre de 1996 en que por una segunda renovación de tercios sus miembros cambiaron.

En la Primera, Pozo dejó de ser ministro juez y en su lugar ingresó el doctor Víctor Hugo Almeida Sánchez; continuaron como parte de ella los ministros Gallegos y Brito. En la Segunda, Romo dejó el cargo y en su puesto sería sustituido por el doctor Jaime Velasco Dávila; continuarían como sus otros dos magistrados Coronel y Viteri.

Para aplicar lo decidido en consulta popular de 27 de mayo de 1997, se cesó o dio por terminado el período de los ministros, declarándoselos en funciones prorrogadas hasta ser legalmente reemplazados por sus sucesores, en virtud de la Disposición Transitoria Décimo Quinta de la cuarta reforma a la Constitución de 1978 de 23 de julio de 1997, publicada en el R.O. 120 de 31 de julio de 1997. El 6 de octubre de ese año finalizó la prórroga al posesionarse los nuevos 31 magistrados y de esa manera el tiempo de actuación de los ministros que se habían prestado para el comienzo de la aplicación de este tercer ensayo de salas especializadas en razón de la materia.

5 1997-2004:

Conforme el Artículo 9 (sustitutivo del 129) y la Disposición Transitoria Décimo Sexta de la cuarta reforma a la Constitución de 1978 de 23 de julio de 1997, publicada en el R.O. 120 de 31 de julio de 1997, fueron designados los 31 nuevos magistrados de la Corte Suprema que se posesionaron el 6 de octubre, y el pleno de la Suprema por resolución del día 15 (R.O. 179 de 23 de octubre de 1997), emitida en cumplimiento del art. 1 de la Ley 29 Especial Interpretativa y de Reformas de la Ley Orgánica de la Función Judicial de 07-10-1997 (R.O.S. 168 de martes 07-10-1997), distribuyó a los ministros jueces entre las 10 salas. Posteriormente, las indicadas normativas, nombramientos y consecuentes actos serían ratificados en el texto de la Constitución de 1998, expedida el 5 de mayo y publicada en el R.O. No. 1 de 11 de agosto.

La Primera Sala de lo Penal quedó conformada por los doctores Eduardo Brito Mielles, Carlos Riofrío Corral y Eduardo Holguín Alborno, y la Segunda de lo Penal por los doctores Jorge Américo Gallegos Terán, Mariana Yépez Andrade de Velasco y Mariana Argudo Chejín.

A los pocos meses, en mayo de 1998, falleció Holguín y fue sustituido en el despacho por su conjuce el doctor Gonzalo Zambrano Palacios quien en junio fue nombrado por el pleno como nuevo magistrado titular en ejercicio del sistema de cooptación.

En febrero de 1999 empezó la desintegración de la Segunda Sala de lo Penal, Yépez pasó a ocupar la titularidad del ministerio fiscal general de la Nación con lo que se produjo la vacancia definitiva de su

cargo, fue relevada por el doctor Enrique Echeverría Gavilanes, conjuce de Gallegos por no tener conjuce la magistrada cesante. Echeverría ocupó la oficina entre marzo y abril, mes en que renunció, siendo suplido su oficio por el doctor Arturo Donoso Castellón, conjuce de Zambrano, ministro juez de la Primera Sala de lo Penal. En mayo de ese año Argudo, tras varios meses de licencia en los que su función fue ejercida por su conjuce el doctor Fabián Navarro Dávila, presentó su dimisión —poco después fallecería— y fue reemplazada por su indicado conjuce Navarro. En abril del 2000 las vacantes de Yépez y Argudo fueron llenadas por cooptación con los doctores Milton Moreno Aguirre y Donoso. En febrero del 2001 falleció el magistrado Gallegos y fue sustituido por el doctor Jorge Andrade Lara, conjuce de Donoso, por haber renunciado el doctor Guido Fabián Flores Galárraga, conjuce de Gallegos, y por excusa del doctor Manuel Castro Murillo, conjuce de Moreno.

Los magistrados y sus conjuces fueron cesados por la Inconstitucional e Ilegal resolución 25-181 del Congreso dictada el 08 de diciembre de 2004 tomada a las 23h45.

6 2004-2005:

En la misma resolución el Congreso sin disponer de atribuciones constitucionales ni legales designó a los 31 nuevos ministros jueces de la Corte Suprema y se dispuso la manera de distribución de los magistrados entre las Salas (R.O. 485 de 20 de diciembre de 2004).

La Primera Sala de lo Penal quedó integrada por los doctores Guillermo Castro Dáger, Francisco Ycaza Garcés y Jorge

Fantoni Camba. La Segunda Sala de lo Penal por los doctores Luis Alvarado Macías, Rosy Nevárez Rojas y Angelita Albán Llanos. En enero del 2005 Castro, por dimisión del presidente de la Suprema Rodríguez, pasó a completar el período de aquel debido a su calidad de presidente subrogante, dejó de pertenecer a la Primera Sala y en su lugar actuó su conjuer el doctor Fausto Garcés Pástor.

Fueron cesados los magistrados y sus conjuerces al poco tiempo, el viernes 15 de abril de 2005 por el presidente de la República Lucio Gutiérrez Borbúa y el domingo 17 a las 23h00 por el Congreso, y se produjo entre abril y noviembre de ese año una etapa de inexistencia de magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

7 2005-2008:

Con el objeto de solucionar tal inexistencia, el Congreso dictó la Ley Orgánica 2005-001, reformatoria de la Ley Orgánica de la Función Judicial, de 18 de mayo de 2005 (R.O. 26 de 26 de mayo de 2005), en la cual estableció el procedimiento para la elección de los nuevos 31 magistrados a ser asignados a las salas y de 21 conjuerces permanentes a través de un concurso de merecimientos y oposición. En tal norma se mantuvieron las 10 Salas, pero se transformó la Tercera Sala de lo Laboral y Social en Tercera Sala de lo Penal. Fueron designados por el Comité de Calificación, Designación y Posesión de Magistrados y Conjuerces de la Corte Suprema de Justicia por resolución 199 de 29-11-2005. A través de resolución del pleno de la institución de 01-12-2005 se distribuyeron los magistrados entre las Salas.

Los tres magistrados que constituyeron la Primera Sala de lo Penal fueron los doctores Joffre García Jaime, Pilar Sacoto Sacoto de Merlyn y Roberto Gómez Mera. Los tres de la Segunda Sala de lo Penal fueron los doctores Luis Abarca Galeas, Luis Cañar Lojano y Oswaldo Castro Muñoz. Los tres de la Tercera Sala de lo Penal fueron los doctores Alfonso Zambrano Pasquel, José Robayo Campaña y Eduardo Franco Loor.

Los primeros en irse fueron los ministros de la Tercera: Zambrano, Robayo y Franco, quienes salieron en septiembre del 2006, el primero destituido y los dos últimos removidos por el Pleno. Los lugares de los tres fueron suplidos temporalmente por los conjuerces doctores Rodrigo Bucheli Mera, Raúl Rosero Palacios y Gastón Ríos Vera. En noviembre de ese año, con una nueva puesta en marcha del mecanismo de cooptación, los magistrados supremos eligieron a los sucesores de esas vacantes, los favorecidos fueron los doctores Héctor Garcés Cobo, Jaime Chávez Yerovi y Hernán Ulloa Parada.

Los ministros Garcés y Chávez dimitieron en diciembre del 2007 para acogerse a los beneficios previstos en la Ley 141 y sus oficinas temporalmente fueron despachadas por los conjuerces doctores Rosero y Luis Moyano Alarcón. Solamente la vacante de Garcés fue llenada por cooptación en abril de 2008 con el conjuer Bucheli. La vacante de Chávez permaneció así hasta cuando finalizaron sus funciones en el 2008.

En la Primera Sala de lo Penal el ministro García fue removido en junio del 2007 y su puesto fue ocupado momentáneamente por el conjuer Bucheli hasta que por cooptación el pleno eligió como sucesor de García al

doctor Fernando Casares Carrera en agosto de ese mismo año. En enero del 2008 el ministro Gómez fue nombrado presidente de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo Nacional de la Judicatura y fue reemplazado por el presidente de la institución saliente el doctor Jaime Velasco Dávila.

En la Segunda Sala de lo Penal el magistrado Castro renunció en diciembre del 2007 y su cargo fue ocupado hasta el final de la duración de esa Corte Suprema por el conjuer doctor Ramiro Serrano Valarezo.

La disposición derogatoria de la Constitución, publicada en el R.O. 449 de 20 de octubre del 2008, dio por finalizada ese día la existencia de la Corte Suprema de Justicia, y el inciso primero del art. 21 del Régimen de Transición dio por concluido al décimo día de entrada en vigencia de la carta constitucional, es decir el 29, las funciones de sus magistrados, provocándose un nuevo período de inexistencia de miembros titulares del más alto tribunal de justicia ordinaria hasta diciembre.

8 2008-2012:

En virtud de lo mandado en el acápite IV de la sentencia interpretativa No. 001-08-SI-CC, emitida por la Corte Constitucional para el período de transición el 28 de noviembre del 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479 de 2 de diciembre de 2008, se integró la primera Corte Nacional de Justicia.

El 17 de diciembre del 2008 tomaron posesión de sus cargos los jueces y en aplicación de la resolución del pleno de ese mismo día, publicada en el R.O. 498 de 31-12-2008, pronunciada en cumplimien-

to del numeral octavo del veredicto constitucional citado, se organizaron las salas. La citada resolución previó el número de dos Salas de lo Penal para el período de transición de la Corte Nacional.

Al día siguiente, el 18, por resolución del pleno, publicada en el mismo registro, se asignaron los juzgadores a las salas creadas el día anterior. En calidad de jueces, los doctores Ulloa, Moyano y Peñarreta fueron ubicados en la Primera, y los doctores Abarca, Rosero y Ortega en la Segunda.

El día 22 de diciembre del 2008 una nueva resolución del pleno, publicada en el R.O. 511 de 21 de enero del 2009, sustituyó a la dictada el día 17, pero en ella no se varió sobre el número de salas.

La Segunda de lo Penal se desintegraría en el 2010, Abarca y Ortega fueron destituidos y Rosero renunció. En sus sitios actuarían hasta el término de la duración de la etapa de transición los conjuer doctores Felipe Granda Aguilar, Luis Pacheco Jaramillo y Luis Quiroz Erazo.

9 2012 hasta el momento actual:

El 26 de enero del 2012 entraron en funciones los 21 nuevos jueces de la Corte Nacional de Justicia, nombrados por el Consejo de la Judicatura actuante durante el período de transición, luego de haber pasado satisfactoriamente el concurso de oposición y méritos convocado para el efecto.

En conformidad con lo normado en el inciso primero del artículo 182 de la Constitución de la República del Ecuador, que determina que “La Corte Nacional de Justicia estará integrada por juezas y jueces en

el número de veinte y uno, quienes se organizarán en salas especializadas...”; y en la Disposición Transitoria Segunda del Código Orgánico de la Función Judicial que preceptuaba que en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, el indicado Código entraría en vigencia a partir de la fecha en que se posesionaran los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código, el pleno de la Corte Nacional por resolución 01-2012 de 30 de enero, publicada en el Registro Oficial No. 672 de 29 de marzo de 2012, puso en marcha el mandato del artículo 183 del Código que establece que “En la Corte Nacional de Justicia funcionarán las siguientes salas especializadas: ...3. Sala de lo Penal; 4. Sala de Adolescentes Infractores; 5. Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito... Atendiendo el volumen de trabajo y las necesidades del servicio, la Sala Penal estará integrada por al menos nueve juezas o jueces... y, las salas de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito y de Adolescentes Infractores por al menos tres cada una... Al efecto, al posesionarse las juezas o los jueces acordarán las salas que integrarán. De no hacerlo, esta designación la hará el pleno de la Corte Nacional, el cual igualmente podrá modificar en cualquier tiempo y disponer la integración, tomando en cuenta la especialización y el perfil de la jueza o juez...”.

Resolvió que la Sala de lo Penal estaría conformada por 9 jueces, es decir, el mínimo requerido. Ellos fueron los doctores Paul Manuel Ñiguez Ríos, Lucy Elena Blacio Pereira, Jorge Maximiliano Blum Carcelén, Wilson Yovanny Merino Sánchez, Vicente Tiberio Robalino Villafuerte, Johnny Jimmy Aylluardo Salcedo, Gladys Edilma Te-

rán Sierra, María Ximena Vintimilla Moscoso y Merck Benavides Benalcázar. Que la Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito la integrarían los doctores Merck Benavides Benalcázar, Mariana Yumbay Yallico y Lucy Blacio Pereira. Y que la Sala de Adolescentes Infractores la formarían los doctores María Rosa Merchán Larrea, Mariana Yumbay Yallico y Vicente Tiberio Robalino Villafuerte.

El 28 de marzo del 2012, por resolución 04-2012, publicada en el Registro Oficial No. 679 de 10 de abril de 2012, el pleno en conformidad con el mismo artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece que la Corte Nacional, atendiendo la necesidad del despacho, en cualquier tiempo podrá disponer la reubicación de las juezas o los jueces en las diversas salas, reformó la resolución No. 01-2012, de 30 de enero del año en curso, en lo relativo a la integración de varias Salas Especializadas, entre ellas de la Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, disponiendo que estaría conformada por los doctores María Rosa Merchán Larrea, Mariana Yumbay Yallico, Merck Benavides Benalcázar, Lucy Blacio Pereira y Vicente Tiberio Robalino Villafuerte.

A base del razonamiento anterior, se dictó la resolución No. 10-2012 de 29 de agosto, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 792 de 19 de septiembre del 2012, y se reformó la Resolución No. 04-2012 en lo relativo a la integración de dos salas especializadas, entre ellas la Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, la que quedó conformada por todos los anteriores excepto la doctora Merchán que fue reemplazada por la doctora María Ximena Vintimilla Moscoso.

Al siguiente año, el 2013, fue sustituido el texto del artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, por el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de 17 de julio de 2013, y se estableció que “La Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas: ...3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito... y, 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores” y que “El Pleno de la Corte Nacional de Justicia designará a las Juezas y los Jueces Nacionales que integrarán cada Sala, en el número que la necesidad del servicio de justicia lo requiera, tomando en cuenta su especialidad. Esta resolución podrá modificarse en cualquier tiempo, sin que en ningún caso, el número de jueces por Sala sea inferior a tres...”.

El pleno de la Corte Nacional por resolución No. 03-2013 de 22 de julio del 2013, al haber disminuido el número de Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia, procedió a integrar las mismas. Reformó las resoluciones Nos. 01-2012, 04-2012 y 10-2012, en lo relativo a la integración de las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia. Se dispuso que la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito estuviera conformada por 10 jueces, los asignados fueron los doctores María Ximena Vintimilla Moscoso, Paúl

Manuel Iñiguez Ríos, Mariana Yumbay Yallico, Merck Benavides Benalcázar, Lucy Elena Blacio Pereira, Wilson Yovanny Merino Sánchez, Johnny Jimmy Ayluardo Salcedo, Jorge Maximiliano Blum Carcelén, Gladys Edilma Terán Sierra y Vicente Tiberio Robalino Villafuerte.

La Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores quedó integrada por las doctoras Carmen Alba del Rocío Salgado Carpio, María del Carmen Espinoza Valdiviezo y María Rosa Merchán Larrea.

En la presidencia de la Sala de lo Penal estuvo primero en el 2012 la doctora Vintimilla y luego el doctor Blum, bajo cuya dirección editorial durante el 2013 y en lo que va del 2014 se han editado ya nueve números de la revista Ensayos Penales. Posteriormente, al fundirse en una sola Sala las materias de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en la presidencia se mantuvo el doctor Blum, y en el 2014 ha accedido a ella el doctor Ayluardo.

La Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito tuvo como presidentes a los doctores Benavides y Blacio. La Sala de Adolescentes Infractores tuvo como presidentas a las doctoras Yumbay y Merchán. La unificada Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores ha tenido como presidentas a las doctoras Espinoza y Salgado.

Presidentes de la Sala de lo Criminal del Senado de Justicia:			
Nombre	Sala	Período	Procedencia
D. José Javier Ascázubi y Matheu	Gobernador (Presidente en teoría)	10-08-1809 a 08-11-1809	Quito
D. Felipe Fuertes y Amar	Regente de la Sala de lo Criminal (Presidente efectivo)	10-08-1809 a 08-11-1809	España
Presidentes de las Salas de lo Penal (antes de lo Criminal) de la Corte Suprema de Justicia:			
Nombre	Sala	Período	Procedencia
Se desconoce	Sala de lo Criminal	1884-1890	
Jorge Américo Gallegos Terán	Presidente de la Sala de lo Penal	25-02-1993 a 11-01-1994	Latacunga
Manuel Viteri Olvera	Presidente de la Sala de lo Penal	11-01-1994 a 10-01-1995	Guayaquil
Raúl Coronel Arellano	Presidente de la Sala de lo Penal	10-01-1995 a 17-01-1996	Latacunga
Carlos Pozo Montesdeoca	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	06-03-1996 a 07-10-1996	Ibarra
Carlos Luis Romo Morán	Presidente de la Segunda Sala de lo Penal	08-02-1996 a 07-10-1996	Los Ríos
Eduardo Brito Mieles	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	enero a 06-10-1997	Manabí
Jaime Velasco Dávila	Presidente de la Segunda Sala de lo Penal	enero a 06-10-1997	Bolívar
Eduardo Brito Mieles	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	octubre 1997 a enero 1999	Manabí
Mariana Yépez Andrade de Velasco	Presidenta de la Segunda Sala de lo Penal	octubre 1997 a enero 1999	Atuntaqui (Imbabura)
Carlos Riofrío Corral	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	enero 1999 a enero 2000	Riobamba
Jorge Américo Gallegos Terán	Presidenta de la Segunda Sala de lo Penal	enero 1999 a enero 2000	Latacunga
Gonzalo Zambrano Palacios	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	enero 2000 a enero 2002	Loja
Arturo Donoso Castellón	Presidente de la Segunda Sala de lo Penal	enero 2000 a enero 2001	Quito
Milton Moreno Aguirre	Presidenta de la Segunda Sala de lo Penal	enero 2001 a enero 2002	Guayaquil
Carlos Riofrío Corral	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	enero 2002 a enero 2003	Riobamba
Arturo Donoso Castellón	Presidente de la Segunda Sala de lo Penal	enero 2002 a enero 2003	Quito
Gonzalo Zambrano Palacios	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	enero 2003 a enero 2004	Loja
Milton Moreno Aguirre	Presidenta de la Segunda Sala de lo Penal	enero 2003 a enero 2004	Guayaquil
Eduardo Brito Mieles	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	enero 2004 a 08 diciembre 2004	Manabí
Arturo Donoso Castellón	Presidenta de la Segunda Sala de lo Penal	enero 2004 a 08 diciembre 2004	Quito
Guillermo Castro Dáger	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	diciembre 2004 a 13 enero 2005	Guayaquil
Francisco Ycaza Garcés	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	13 enero 2005 a 15/17 abril 2005	Guayaquil
Angelita Albán Llanos	Presidenta de la Segunda Sala de lo Penal	diciembre 2004 a 15/17 abril 2005	Guayaquil
Joffre García Jaime	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	08 diciembre 2005 a 08 enero 2007	Guayaquil
Luis Abarca Galeas	Presidente de la Segunda Sala de lo Penal	02 diciembre 2005 a 08 enero 2007	Chimborazo
Alfonso Zambrano Pasquel	Presidente de la Tercera Sala de lo Penal	08 diciembre 2005 a 19 septiembre 2006	Guayaquil
Pilar Sacoto Sacoto de Merlyn	Presidenta de la Primera Sala de lo Penal	08 enero 2007 a 24 enero 2008	Azogues
Luis Cañar Lojano	Presidente de la Segunda Sala de lo Penal	08 enero 2007 a 07 enero 2008	Azogues
Jaime Chávez Yerovi	Presidente de la Tercera Sala de lo Penal	25 noviembre 2006 a 12 diciembre 2007	
Fernando Casares Carrera	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	24 enero 2008 a octubre 2008	
Luis Abarca Galeas	Presidente de la Segunda Sala de lo Penal	07 enero 2008 a octubre 2008	Chimborazo
Hernán Ulloa Parada	Presidente de la Tercera Sala de lo Penal	17 enero 2008 a octubre 2008	Guasuntos (Chimborazo)
Presidentes de las Salas de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia:			
Nombre	Sala	Período	Procedencia
Hernán Ulloa Parada	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	diciembre 2008 a enero 2011	Guasuntos (Chimborazo)
Luis Abarca Galeas	Presidente de la Segunda Sala de lo Penal	diciembre 2008 al 2010	Chimborazo
Luis Moyano Alarcón	Presidente de la Primera Sala de lo Penal	enero 2011 a enero 2012	Guayaquil
Luis Quiroz Erazo (Conjuez Permanente)	Presidente de la Segunda Sala de lo Penal	2010 a enero 2012	
Ximena Vintimilla Moscoso	Presidenta de la Sala de lo Penal	2012 a enero 2013	Cuenca
Merck Benavides Benalcázar	Presidente de la Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito	2012 a enero 2013	Imbabura
Mariana Yumbay Yallico	Presidenta de la Sala de Adolescentes Infractores	2012 a enero 2013	Comunidad de Llama Corral, parroquia Veintimilla, cantón Guaranda, provincia de Bolívar
Jorge Blum Carcelén	Presidente de la Sala de lo Penal	enero a julio 2013	Guayaquil
Lucy Blacio Pereira	Presidenta de la Sala de lo Penal Militar, Penal Policial y Tránsito	enero a julio 2013	El Oro
María Rosa Merchán Larrea	Presidenta de la Sala de Adolescentes Infractores	enero a julio 2013	Cuenca
Jorge Blum Carcelén	Presidente de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito	julio 2013 a enero 2014	Guayaquil
María del Carmen Espinoza Valdiviezo	Presidenta de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores	julio 2013 a enero 2014	Cuenca
Johnny Jimmy Ayluardo Salcedo	Presidente de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito	enero 2014 a	Guayaquil
Carmen Alba del Rocío Salgado Carpio	Presidenta de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores	enero 2014 a	Cuenca

Mala Práctica Profesional



RESOLUCIÓN No. 01-2014

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

1.- ANTECEDENTES

1.1 La Comisión que representa a diversas federaciones de médicos, enfermeras, odontólogos, y obstetrices; colegios profesionales del sector de la salud, hospitales, y sociedades científicas, ha solicitado se promueva una Resolución que aclare el alcance del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal.

1.2. La Asociación de Estudiantes de la Escuela de Medicina de la Universidad Central del Ecuador, a través del Presidente del Consejo de la Judicatura, solicita al Pleno de la Corte Nacional de Justicia que, *“se aclare el inciso tercero del artículo 146 del Código Integral Penal, aprobado por la Asamblea Nacional el día martes 28 de enero de 2014, mediante la misma se asegure que para la aplicación de este artículo se cumplan las tres condiciones concurrentes “acciones peligrosas, innecesarias e ilegítimas que sólo podrán valorarse una vez que se haya determinado la infracción al deber objetivo de cuidado [...]”*.

1.3. El Presidente del Consejo de la Judicatura traslada la petición a este Pleno e informa de la preocupación de la Comisión que representa a diversas federaciones, colegios profesionales de salud y hospitales con respecto al inciso tercero de la misma norma, y de su solicitud para que se promueva una resolución que incluya el siguiente texto: *“La aplicación de los criterios establecidos en el tercer inciso del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, serán concurrentes y se aplicarán una vez verificado el cumplimiento de los cuatro elementos constitutivos de la infracción al deber objetivo de cuidado”*.

1.4. Las Juezas y los Jueces de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, haciendo suyas las peticiones referidas, ante las dudas planteadas para la futura aplicación del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, de conformidad con el inciso final del artículo 2 de la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia expedida el 20 de mayo de 2009 y publicada en el Registro Oficial 614, de 17 de junio de 2009; consultan al Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

2.- FUNCIONES DEL PLENO DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

El Código Orgánico de la Función Judicial, ley que regula las funciones y competencias de los órganos de la Administración de Justicia, en su artículo 180.6 establece como una de las funciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 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.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia,

CONSIDERANDO:

Que la Constitución de la República, en su artículo 66.1, garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida.

Que la Constitución de la República, en el inciso segundo del artículo 54, dispone que *“Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas”*.

Que la Constitución de la República, en el artículo 75, garantiza a toda persona el acceso a la justicia y el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses.

Que el artículo 82 ibídem, al estructurar el derecho a la seguridad jurídica, determina que éste se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Que el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180, de 10 de febrero del 2014, entrará en vigencia el 10 de agosto del 2014.

Que el artículo 27 del indicado código, al referirse a la culpa, expresa textualmente que: *“Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción en este código.”*

Que el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, al tipificar el homicidio culposo por mala práctica profesional, dispone:

La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.

Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:

- 1. La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.*
- 2. La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.*
- 3. El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.*
- 4. Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.*

Que la norma transcrita, en el inciso primero tipifica el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, el que se configura por la infracción al deber objetivo de cuidado conforme al inciso final del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal; en tanto que, el inciso tercero tipifica la figura de homicidio culposo calificado o agravado, en el que, a más de la infracción al deber objetivo de cuidado, deben concurrir “acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas”.

Que la Disposición Final del Código Orgánico Integral Penal, prevé que éste entrará en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Que previo a la vigencia efectiva del Código Orgánico en mención, han surgido dudas con respecto a la forma en que se aplicará la norma contenida en el artículo 146.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, con fundamento en el informe presentado, en ejercicio de la atribución conferida por el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial, con los antecedentes expuestos,

RESUELVE:

Art. 1.- El Código Orgánico Integral Penal, que en su artículo 146, establece los tipos penales simple y calificado de homicidio culposo por mala práctica profesional, debe ser comprendido en su integridad.

Art. 2.- Se entenderá que el homicidio culposo simple por mala práctica profesional, tipificado en el inciso primero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, conforme a su inciso final.

Art. 3.- Se entenderá que el homicidio culposo calificado por mala práctica profesional, tipificado en el inciso tercero del artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal, se configura por la inobservancia del deber objetivo de cuidado; y, además, por la concurrencia de las acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Disposición Final.- Esta resolución entrará en vigencia con el Código Orgánico Integral Penal.

Publíquese en el Registro Oficial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los veinticuatro días del mes de abril del año dos mil catorce

ff) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dra. Rocío Salgado Carpio, Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dra. María Rosa Merchán Larrea, Dra. Ximena Vintimilla Moscoso, Dr. Paúl Iñiguez Ríos, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dr. Wilson Andino Reinoso, Dra. Lucy Blacio Pereira, Dr. Wilson Merino Sánchez, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Dr. Jorge Blum Carcelén, Dra. Gladys Terán Sierra, Dra. Paulina Aguirre Suárez, Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo, Dr. Vicente Robalino Villafuerte, Dra. Tatiana Pérez Valencia, JUECES Y JUEZAS NACIONALES, Dr. Juan Montero Chávez, Dr. Edgar Flores Mier, CONJUECES NACIONALES.

Certifico.

Dra. Isabel Garrido Cisneros
SECRETARIA GENERAL



Familias saludables

En muchas ocasiones al escuchar la frase “Familias saludables” pensamos que son familias que no tienen problemas, con hijos callados y perfectos, con un matrimonio idílico y con parientes fabulosos. Esta no es una expectativa real y lejos de motivarnos nos crea frustración y desmotivación.

Es importante resaltar que las familias perfectas no existen, pero la nuestra sí puede ser una familia saludable, afectiva, feliz a nivel social, psicológico, espiritual y personal. Para ello es importante definir cuál es la clase de familia que deseo tener y qué estoy haciendo para lograrlo, pues muchas veces pasamos deseando o anhelando cosas o situaciones pero no asumimos la responsabilidad de llevarlas a cabo, de tomar la iniciativa y crear un círculo virtuoso que nos permita empezar a desarrollar en casa esas características que harán de nuestras familias, familias sanas.

La realidad es que la personalidad y el carácter de cada miembro contribuyen a la salud o enfermedad de la familia. Si todos piensan que “el otro es responsable”, entonces, nadie se hace responsable y allí empieza el caos. Pero si todos dicen “yo soy responsable por...” entonces todos contribuyen a la salud y estabilidad familiar.

Debemos estar claros que la familia no comienza con los hijos, comienza con el matrimonio por ello es importante guardar el orden correcto y las prioridades adecuadas para que todo vaya bien, viendo la relación matrimonial como un equipo, estableciendo con la pareja un acuerdo mutuo para sacar adelante el matrimonio y la familia.

Hoy que todos estamos con la “fiebre del mundial de futbol”, podemos decir que no hemos visto un equipo que invierta tiempo, energía, esfuerzo, y dedicación sólo con la meta de perder o para rendirse a mitad del partido más importante de su vida o sólo con la actitud de “vamos a jugar pero no para ganar, vamos a jugar hasta que nos cansemos y cuando nos cansemos dejemos de jugar”. De la misma forma no podemos hacerlo con nuestro matrimonio. Nuestra familia merece que “sudemos la camiseta” y hagamos de nuestra vida familiar el mejor partido de nuestra historia, conscientes que no somos iguales y que son nuestras diferencias precisamente los que nos permitirán complementarnos de manera que las fortalezas de los unos suplan las debilidades de los otros y viceversa.

En este partido familiar debemos dejar de enfrentar los problemas con frases de autocompasión, gritos y quejas como “¿Por qué a mí?”, “¡No es justo!”, “Siempre me pasa lo mismo!”. Sentirse mal o triste ante una situación es natural, el error se da cuando nos quedamos allí. Tomemos la crisis como la oportunidad de conocer cuáles son las áreas de nuestra vida personal y familiar que deben ser fortalecidas y protegidas. Fomentemos la resolución adecuada de conflictos, enfrentando las situaciones y no dándole largas que solamente provocarán que ésta se acreciente.

Fomentemos el desarrollo espiritual de la familia donde se refuercen los principios y valores que consideramos inalterables en nuestro núcleo familiar, no dejando que el materialismo o las emociones gobiernen nuestro ser. Tenemos un área espiritual que cuidar y alimentar.

Busquemos la comunicación saludable aprendiendo a escucharnos empáticamente y diciendo la verdad con amor, consideración y respeto, mostrándonos accesibles de manera que los miembros de la familia se sientan totalmente confiados y los hijos perciban que sus padres están allí para protegerlos, cuidarlos y darles dirección.

Provoquemos tiempos para compartir en familia, ya sea para disfrutar de una buena conversación, ver en casa una película o el partido, ir al cine o tomarnos un helado. Estos son tiempos “preciosos” donde se fortalece la unidad y se abren los canales de comunicación entre todos los miembros.

Reconozcamos nuestras equivocaciones y disculpémonos de manera inmediata, no permitamos que las diferencias crezcan, nos alejen y la amargura se apodere del ambiente del hogar. Por el contrario demuestre con el ejemplo la forma de enfrentar los errores y la capacidad increíble que tiene el ser humano de perdonar. De esta manera aprenderemos también a respetarnos los unos a los otros y hacer de nuestros errores una oportunidad de aprendizaje para todos los miembros.

Vivir en un entorno familiar seguro y agradable permitirá que cada miembro pueda desarrollarse y proyectarse mejor en todas las áreas de su vida. Tenemos una hermosa oportunidad en nuestras manos: ser los agentes de cambio que promuevan la unidad, la comunicación, el respeto, el buen humor y levantar generaciones familiarmente saludables.

Ing. Solange de Vizñay
Directora General
Herencia Familiar



