



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

REVISTA ENSAYOS **PENALES**

13^a Edición



ENSAYOS PENALES



CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

**Décimo
tercera
edición**

Mayo 2022

Presentación

La Corte Nacional de Justicia comenzó con la implementación de la política de justicia abierta a partir del pasado año 2021, lo cual implicó emprender un proceso para la promoción en el ámbito jurisdiccional de este concepto, logrando su materialización a través de una mayor publicación y socialización de las actividades de las y los Jueces y Conjuces Nacionales, esto con la finalidad de hacer conocer al público la labor que se realiza al interior del más alto órgano de justicia ordinaria del país, tanto en la esfera de sus actuaciones en beneficio del sistema de administración de justicia como aquellas inherentes a la promoción de la formación y capacitación profesional impartidas.

Dentro de las acciones para la consecución de una Corte Nacional de puertas y de justicia abierta, transparente, participativa y colaborativa, especialmente en lo que atañe al desarrollo del pensamiento jurídico, me es grato presentar esta décimo tercera edición de la Revista institucional “Ensayos Penales” la cual muestra el esfuerzo de todas las y los Jueces y Conjuces de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia y de los demás integrantes del área penal de la Función Judicial, quienes con sus valiosos aportes contribuyeron activamente a lo largo de su proceso de realización.

Eduardo Couture a través de su Decálogo del Abogado señalaba que “el derecho se transforma constantemente, si no continúas estudiando serás cada día un poco menos abogado”, como todas las ramas de la ciencia jurídica, el Derecho Penal se encuentra en constante evolución aspecto que se relaciona con los constantes cambios por los que atraviesa la sociedad globalizada, el apareamiento de nuevas formas de criminalidad, así como el desarrollo creciente de nuevas teorías y escuelas del pensamiento penal. Conforme se podrá evidenciar, la revista en su conjunto se constituye en un instrumento de difusión del pensamiento jurídico-académico dirigido principalmente a todos los estudiosos del derecho penal; cada uno de los artículos plasmados presenta originalidad e innovación en cuanto a su temática, se plantean diferentes problemáticas jurídicas que al final llegan a ser desarrolladas pretendiendo con el precitado ejercicio solventar en mayor o menor medida las inquietudes que puedan surgir dentro de este vasto campo del Derecho.

En mi calidad de Presidente de esta Alta Corte Nacional de Justicia agradezco y felicito a quienes participaron en esta ocasión, exhorto a que los demás profesionales se sigan sumando a esta importante iniciativa a través de la participación y remisión sus artículos académicos en las ediciones venideras con miras a fortalecer los espacios de debate en todos los ámbitos del desempeño de nuestra profesión.

Dr. Iván Saquicela Rodas
PRESIDENTE
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

TABLA DE CONTENIDO

9

EL SISTEMA PROCESAL ORAL COMO MEDIO PARA ALCANZAR LA JUSTICIA
(Dr. Byron Javier Guillén Zambrano)

19

LOS FUNDAMENTOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL ADVERSARIAL
(Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa)

33

LOS FINES DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL
(Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo)

53

LA MIOPIA EN GÉNERO EMERGE EN INSEGURIDAD JURÍDICA
(Dr. Luis Adrián Rojas Calle)

61

ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO DE LAS VÍCTIMAS EN VIOLENCIA DE GÉNERO
(Dra. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz)

93

PERSPECTIVA DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL.
(Dr. Bolívar Augusto Espinoza Astudillo)

111

EL ARCHIVO PASIVO Y EL PASADO JUDICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA DEL ECUADOR
(Dr. Fabricio Grismaldo Menéndez Macías)

123

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO FRENTE A LA VICTIMIZACIÓN Y SU PRELACIÓN VICTIMAL
(Dra. Norma Ivón Vallejo Aillón)

139

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL
(Dr. Luigi Sebastián Cruz Ponce)

ENSAYOS PENALES

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA 170507, Ecuador

La Gaceta Judicial tiene entre sus atribuciones diseñar, imprimir y publicar el material académico o jurisprudencial de la Corte Nacional de Justicia, de conformidad con las directrices del Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

Dr. Iván Saquicela Rodas
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Comité Editorial

Dr. Iván Saquicela Rodas
Presidente de la Corte Nacional de Justicia

Dra. Daniella Camacho Herold
Jueza de la Corte Nacional de Justicia
Coordinadora

Dr. Marco Tello Sarmiento
Director de Asesoría Jurídica
Presidencia de la Corte Nacional de Justicia

Dra. Karen Chica Mejía
Asesora de Presidencia
Corte Nacional de Justicia

Msc. Dayan Alejandra Argüello Veintimilla
Coordinadora Jurídica
Corte Nacional de Justicia

Gaceta Judicial mayo 2022

Impresión

Victor Chuquitarco Ch.

Diagramación y portada

Tec. Santiago González Muñoz

Dr. Santiago Arauz Rios

Email: gacetajudicial@cortenacional.gob.ec

Página Web: www.cortenacional.gob.ec

152 pag. 29.7 x 21

CDD: 050.00

ISSN: 1390-7972

Quito-Ecuador

Políticas editoriales

Ensayos Penales es la revista de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia.

Tiene una circulación semestral; recibe artículos y colaboraciones entre septiembre y diciembre para incluirlos en el número de enero a junio; y, entre abril y junio para el número de julio a diciembre.

Proceso de edición

El proceso de edición de un artículo puesto en consideración del Comité Editorial de Ensayos Penales está compuesto por las siguientes fases:

1. **Recepción:** El proceso inicia con la fase de recepción de artículos académicos. Los textos deben ser enviados al Comité Editorial de la Revista Ensayos Penales.
2. **Admisibilidad:** El artículo será examinado para determinar si cumple o no con los requisitos de admisibilidad.
3. **Selección:** Los artículos que han aprobado la fase de admisibilidad serán leídos de manera anónima por dos miembros del Comité Editorial quienes decidirán si cumple los parámetros de calidad exigidos por la revista.
4. **Edición:** Tras la notificación de haber sido seleccionado el artículo, se ofrecerá una revisión en términos ortográficos, gramaticales y de estilo.
5. **Publicación:** Cumplidas todas estas fases, el artículo será publicado en la revista Ensayos Penales.
6. **Frecuencia de la publicación:** la publicación de la revista semestral.
7. **Política de acceso abierto:** el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos.

Normas para autores

Para aprobar la fase de selección, los artículos enviados deberán cumplir los siguientes requisitos: **i)** el artículo debe ser de preferencia original, aunque se aceptarán artículos no inéditos; **ii)** extensión máxima de 10.000 palabras de contenido; **iii)** estructura y formato de citación detallados en la Guía de Políticas Editoriales; **iv)** relevancia e innovación del tema jurídico abordado; **v)** contenido crítico; y, **vi)** suficiencia de investigación y manejo adecuado de fuentes.

Estos criterios serán considerados para que el Comité Editorial tome una decisión discrecional y motivada sobre la selección o no de un artículo.

Guía de Políticas Editoriales

El Comité Editorial de la Revista Ensayos Penales pone a disposición de los autores la Guía de Políticas Editoriales, que contiene los requisitos de forma para la aceptación de los artículos presentados a la revista, disponible en la página web de la Corte Nacional de Justicia.

Introducción

Desde que nuestra Constitución de la República del Ecuador reconoció que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia surgió la necesidad de adecuar y actualizar el derecho penal al nuevo estándar constitucional con todos sus componentes: sustantivo, adjetivo y ejecutivo. Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal se incorporaron desarrollos normativos, doctrinales y jurisprudenciales modernos, los cuales se adaptaron a la realidad ecuatoriana como mecanismo estratégico para promover una nueva cultura penal y el fortalecimiento de la justicia penal existente.

En el transcurso de los últimos años, los diversos escenarios sociales han impulsado que se realicen varias reformas al Código Orgánico Integral Penal, lo cual exige que tanto abogados, fiscales, defensores y jueces nos encontremos en constante debate sobre las diferencias instituciones y problemáticas del Derecho Penal, específicamente, los administradores de justicia, quienes a través de sus sentencias desarrollan lineamientos jurisprudenciales.

En tal sentido, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia comprometida con impulsar el desarrollo jurídico en materia penal, presenta a la comunidad jurídica ecuatoriana un nuevo número de la Revista “Ensayos Penales” que aborda diferentes temas del Derecho Penal desde diversas perspectivas, entre los cuales se encuentran valiosos artículos sobre cuestiones doctrinarias y procesales, los cuales esperamos sean de gran aporte para la cultura jurídica de nuestro país.

En mi calidad de presidente de la Sala Especializada de lo Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia felicito a quienes han contribuido con sus aportes y animo a la comunidad jurídica que continúe interesándose en generar estos espacios de debate, que siempre serán apoyados desde la Corte Nacional de Justicia.

Dr. Byron Guillén Zambrano

Presidente de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar,
Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la
Corte Nacional de Justicia

EL SISTEMA PROCESAL ORAL COMO MEDIO PARA ALCANZAR LA JUSTICIA



Dr. Byron Guillén Zambrano*

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

RESUMEN

El presente artículo académico tiene por objeto analizar los principales aspectos del sistema procesal oral y entender cómo este tipo de sistema constituye un medio para alcanzar la justicia. Así, se abordan cuestiones sobre la implementación de la oralidad en el sistema procesal en América Latina y en Ecuador, se identifican los principales beneficios de la oralidad en el sistema procesal y su relación con otros principios como: publicidad, inmediación, concentración, contradicción, dispositivo, entre otros.

Palabras claves: Sistema procesal oral como medio para alcanzar la justicia, breves antecedentes de la oralidad en América Latina, sistema procesal oral en Ecuador, principios de publicidad, inmediación, concentración, contradicción, dispositivo, entre otros, definición de la expresión "alcanzar la justicia".

ABSTRACT

This academic article aims to analyze the main aspects of the oral procedural law and understand how this type of system constitutes a means to achieve justice. Therefore, some issues are brought up, especially on implementing orality in procedural law regarding Latin America and Ecuador, hence main benefits of orality in procedural law have been identified and its relationship with other principles such as: publicity, immediacy, efficiency, among others.

Key words: Oral procedural system, justice, oral procedural system in Latin America and Ecuador, orality's main benefits, principle of publicity, principle of immediacy, principle of efficiency.

* Juez Nacional de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena por la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, Especialista en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar y Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo. Egresado del Doctorado de Derecho de la Universidad Mar del Plata.

1.1. Breves antecedentes de la Oralidad en América Latina.

Eduardo Couture, define a la oralidad: “por oposición a la escritura, dicese del método procesal en el cual la palabra hablada constituye el modo de expresión” (Vocabulario jurídico con referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo citado por Falconí Puig, 2013).

La oralidad y el proceso por audiencia tomaron fuerza en América Latina, a raíz del trabajo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (fundado en Montevideo en 1957 en homenaje a la memoria de Eduardo Couture), con la preparación de Códigos Procesales Modelos para Iberoamérica. En las IV jornadas celebradas en Venezuela en 1967 se acordó la preparación de las Bases Uniformes para la legislación civil y penal de los países latinoamericanos. Posteriormente, en el año 1987, el Instituto presentó los Códigos Modelos para Latinoamérica: Código Procesal Civil y Código Procesal Penal Modelo (Macedonio, 2017), los cuales buscaban establecer un Código tipo que sirviera de base a las reformas de los países de Latinoamérica en estas áreas (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988).

En la exposición de motivos del Código Modelo para Latinoamérica establecía que:

La oralidad, por la cual se ha inclinado la mayoría de los procesalistas iberoamericanos (...) es entendida en el sentido general, aunque en puridad, se plantea un proceso mixto, porque no se trata de perder los beneficios y virtudes de la escritura. (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988, p. 24)

En este Código Modelo se planteaba a la oralidad no como un punto de partida sino como consecuencia de la necesaria presencia de los sujetos en la audiencia, en la que debe procurarse la efectiva realización de

los principios de publicidad, inmediación y concentración y para ello la oralidad resulta el sistema más eficaz (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988).

En el Código Modelo ya se planteaba al proceso oral (por audiencias) como el único que **permite el efectivo acceso a la justicia**. En especial el acceso de aquellos que por su condición económica y cultural no estaban en condiciones de afrontar los costos, los formalismos, y la duración excesiva de un proceso “escrito” (Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 1988).

Resulta cierto, señalaba el profesor Colmenares Uribe (citado por Macedonio, 2017), que la pobreza, la falta de educación y el analfabetismo latentes en ciertos países latinoamericanos son factores que han influido en la denegación de justicia, pues que las personas no podían ser escuchadas, más que a través de escritos, que muchas veces se mal interpretaban, ya que las personas se dan a entender mejor cuando conversan que cuando escriben.

Los beneficios del proceso oral como **medio para el efectivo acceso a la justicia**, también ha sido reconocido por autores como Chioventa, quien ha indicado que:

(...) la experiencia derivada de la historia permite añadir que el proceso oral es el mejor y más conforme con la naturaleza y las exigencias de la vida moderna, porque sin comprometer en lo más mínimo, antes bien, garantizando la bondad intrínseca de la justicia, la proporciona más económicamente, más simplemente y prontamente. (De la Rúa, 1999)

Entre estos beneficios, se ha indicado que a través de un juicio público, la sociedad ejerce facultades de conocimiento y control acerca del verdadero contenido de la actividad jurisdiccional, lo que permite garantizar la eficacia del sistema, al existir transparencia y constituirse en un arma para combatir

la corrupción (Macedonio, 2017). Asimismo, se ha señalado que la:

La oralidad conlleva a la publicidad y de esta manera se socializa el mensaje de manera adecuada, se robustece el debido proceso, los juzgadores escuchan de viva voz, los argumentos y planteamientos de las partes, eso se denomina la inmediación, en donde el juez está presente y puede advertir sobre la credibilidad de los testimonios. (Macedonio, 2017)

En este orden de ideas, la implementación de la oralidad es un escenario de “satisfacción de derechos constitucionales”, ello en el entendido que:

(...) la audiencia oral está precedida de garantías que, si bien tienen raigambre procesal, son parte integrante de los derechos al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Estas garantías refieren a la inmediación, la concentración y la publicidad (...). (Corte Constitucional de Colombia, 2011)

1.2. El Sistema Procesal Oral en Ecuador

En Ecuador, el principio de oralidad en el sistema procesal fue postulado desde la anterior Constitución, esto es, la Constitución Política del Ecuador expedida en el año 1998, con la cual dejamos de ser “herederos del sistema procesal español”, que a través del Código de Enjuiciamientos Civiles de 1855 estableció un sistema escritural casi de fuente completa (Pérez Valencia, 2013).

En los artículos 192 a 195 de la Constitución Política del Ecuador (1998) ya se preveían los principios generales del proceso, entre ellos: que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, que hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la

administración de justicia y que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades; que las leyes procesales procuran la simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites; además se proclamaba que en la sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación; y, que los juicios serán públicos, pero los tribunales podrán deliberar reservadamente.

La Disposición Transitoria vigésima séptima de la Constitución de 1998 determinaba un plazo de cuatro años la implementación del sistema oral en los procesos judiciales del Ecuador, es decir desde el año 1998 hasta el 2002, para lo cual el Congreso Nacional debía reformar las leyes necesarias y la Función Judicial adecuar las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema. Sin embargo, esto solamente se emprendió en **materia penal y laboral**, en determinadas etapas o audiencias (previsto en el Código de Procedimiento Penal del año 2000 y la oralidad en el juicio por el conflicto individual de trabajo prevista en la Ley 2003-13 siendo uno de los pendientes el procedimiento civil.

Diez años más tarde, en el año 2008 se expidió la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico de la Función Judicial en el 2009, con lo cual se evidenció un verdadero avance en el desarrollo de los principios que permiten hacer del proceso judicial un medio para la realización de la justicia, los cuales analizaremos más adelante.

Es importante resaltar que este punto histórico se emprendió un verdadero cambio desde el sistema procesal escrito al sistema procesal oral (mixto), primero en materia penal a través de las reformas realizadas al Código de Procedimiento Penal en el año 2009, en las cuales se consagró la oralidad en todas las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos

de los intervinientes; esta reforma legislativa consiguió efectivizar la oralidad en materia penal.

En lo que respecta a las materias no penales, en el año 2015 se expidió el Código General de Proceso, vigente desde el año 2016, con el cual se pretendía armonizar el sistema procesal a las normas constitucionales y legales vigentes, a través de un cambio sustancial que proponía, **bajo el principio de la oralidad**, la unificación de todas las materias, excepto la constitucional y penal. En el artículo 4 de este Código se indica:

La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible.

1.3. El Sistema Procesal Oral como medio para alcanzar la Justicia

Nuestra Constitución de la República del Ecuador vigente desde el año 2008, en su artículo 169 prescribe que el **sistema procesal es un medio para la realización de la justicia** y que las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso; y que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

En concordancia, el artículo 168 numeral 6 de la CRE, consagra como principio de la administración de justicia que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo **mediante el sistema oral**, de acuerdo con los **principios de concentración, contradicción y dispositivo**.

En el año 2009, nuestros legisladores expidieron el Código Orgánico de la Función Judicial en el cual se conceptualiza los principios establecidos en la Carta Magna. Así, el artículo 18 del COFJ, respecto al sistema procesal como medio para la realización de justicia establece:

Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Si bien nuestra Constitución consagra que el **sistema procesal es un medio para alcanzar la justicia**, este sistema procesal se encuentra previsto de ciertos principios como la oralidad, concentración, contradicción, **los cuales son indispensables para cumplir con el fin propuesto**, por lo que podemos entender que el **sistema procesal previsto del principio de oralidad constituye un medio para alcanzar la justicia**.

Ahora bien, es necesario puntualizar en qué consiste el sistema procesal oral y a qué nos referimos con la expresión "alcanzar la justicia".

1.3.1. Sistema Procesal Oral

Para el profesor Colmenares Uribe (citados por Macedonio, 2017), la oralidad debe ser entendida como "el intercambio verbal de ideas, argumentaciones, que tienen como fin, el facilitar el respeto de los derechos y garantías de los ciudadanos de un Estado Democrático de Derecho".

En este sentido, podemos indicar que cuando hablamos del sistema procesal oral nos referimos al sistema procesal en el cual se permite el intercambio verbal de ideas y argumentaciones, en donde el juzgador celebra las audiencias en conjunto con las partes procesales, permitiéndose la contradicción

entre las partes, dentro de un escenario en el que se respeten los derechos y garantías de los ciudadanos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

La oralidad se encuentra consagrada en la Constitución de la República del Ecuador como principio de la administración de justicia y del sistema procesal. El principio de oralidad puede ser entendido bien como una *garantía o herramienta instrumental* del debido proceso (Blum Carcelén), bien como un derecho sustancial del debido proceso (Urgiles) o como una "herramienta para establecer una actividad contralora de las decisiones judiciales por medio de su transparencia" (Rodríguez, 1998). La oralidad dentro del sistema procesal se encuentra vinculado a otros principios, como: publicidad, inmediación, concentración, contradicción, dispositivo, entre otros.

Respecto al principio de oralidad, podemos encontrar que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en materia de garantías básicas del debido proceso imponen garantizar a los ciudadanos: "el derecho a ser oído por un Tribunal independiente e imparcial".

Así, La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 10 prescribe:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, **a ser oída públicamente** y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, dentro del derecho al debido proceso, en su artículo 8.1, establece que:

Toda persona tiene **derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable**, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la

ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.

Respecto a esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado el "*derecho a ser oído*" protegido en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la siguiente manera:

-Dentro del Caso Apitz Barbera y otros, sentencia de 5 de agosto del año 2008, la Corte indicó que del artículo 8.1 de la Convención **no se desprende que el derecho a ser oído debe necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento**. Sin embargo, enfatizó que esto no obstaría para que la Corte considere que la oralidad es una de las "debidas garantías" que el Estado debe ofrecer a los justiciables en cierto tipo de procesos.

Esta línea que plantea la Corte IDH es acorde a la realidad, en la que si bien se propone la oralidad en el sistema procesal, no podemos desconocer que en la práctica tenemos un sistema mixto, en el que ciertos recursos o piezas procesales se realizan y deben realizarse por escrito, sin que esto implique una vulneración al "*derecho a ser oído*".

Por ejemplo, en nuestra realidad ecuatoriana, al plantearse un recurso de apelación en materia de garantías jurisdiccionales, específicamente la en su artículo 24 señala que la Corte Provincial resolverá por el mérito del expediente y que de considerarlo necesario podrá convocar a audiencia, lo cual no implica que las partes no puedan hacer valer su derecho a ser oído a través de la presentación de sus alegatos de manera escrita, esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 76.7.h de la CRE que consagra como una garantía del debido proceso y derecho a la defensa: "*Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que*

se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contra-decir las que se presenten en su contra”.

- Posteriormente la Corte Interamericana ha venido desarrollando nuevos criterios sobre el derecho a ser oído, tales como:

Dentro del Caso, Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay, sentencia de 13 de octubre de 2011:

Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación de prueba). Por otra parte, **ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido**. Esto último no significa que siempre deba ser acogido sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido.

- Dentro del caso Camba Campos y otros) Vs. Ecuador de sentencia de 28 de agosto de 2013:

El Tribunal ha desarrollado el derecho a ser oído protegido en el artículo 8.1 de la Convención, en el sentido general de comprender el **derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones**. Respecto al derecho a ser oído, consagrado en el artículo 8.1 de la Convención, la Corte reitera que las garantías establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana suponen que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por

las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.

Dentro de este caso, la Corte IDH ha resalta-do el razonamiento realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a que la exigencia de que una persona **“sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial”** es equiparable al derecho a un **“juicio”** o a **“procedimientos judiciales” justos**. El Tribunal Europeo ha desarrollado el criterio según el cual un **procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe “un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión”** (Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay, 2011; Kraska Vs. Switzerland, 1993; Van de Hurk Vs. The Netherlands, 1994; Van Kück Vs. Germany, 2003; Krasulya Vs. Russia, 2007).

Con estos pronunciamientos podemos observar una postura diferente de la Corte IDH, respecto al **“derecho a ser oído”**, en los que se establece que el **derecho a ser oído es el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones**, a ser **oído equitativamente y públicamente** y, principalmente, la Corte IDH ha identificado la relación entre el derecho a ser oído con el acceso efectivo a la justicia, cuando manifiesta que este derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido, o cuando acoge lo expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a que la exigencia que la persona **“sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial”** es **equiparable al derecho a un “juicio”** o a **“procedimientos judiciales” justos**.

1.3.2 Principios de concentración, contradicción, inmediación, publicidad y dispositivo.

Como ya se ha indicado la oralidad dentro del sistema procesal se encuentra vinculado a otros principios, como: publicidad, inmediación, concentración, contradicción, dispositivo, entre otros.

Principio de concentración.- Este principio se refiere a que se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para contribuir a la celeridad del proceso (artículo 19 del COFJ).

Principio de contradicción.- Este principio se refiere a que las partes procesales tienen derecho a presentar las razones o argumentos de los que se crean asistidos, replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra.

Principio dispositivo.- Cuando nos referimos al principio dispositivo nos referimos a que todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada, las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley (artículo 19 del COFJ).

Principio de inmediación.- Respecto al principio de inmediación, Giuseppe Chiovenda, señala:

El principio de inmediación exige que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas (...) y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, etc., fundándose en la impresión inmedia-

ta recibida de ellos y no en referencias ajenas. (p. 177)

Nuestro COFJ en su artículo 19 establece que los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y los jueces que conozcan de la causa. Es decir, el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso.

Principio de publicidad.- Respecto al principio de publicidad, Eduardo Couture señalaba:

La publicidad con su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores. En último término, el pueblo es el juez de los jueces. La responsabilidad de las decisiones han de ser proferidas luego de una audiencia pública de las partes y en la propia audiencia, en presencia del pueblo. (p. 153)

El COFJ en su artículo 13 establece que las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas; que de acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente. Además, se establece que solo podrán realizarse grabaciones oficiales de diligencias y audiencias que permitan la constancia procesal de las mismas, en ningún caso las audiencias podrán ser grabadas por medios de comunicación social; y, finalmente, se establece la prohibición a las juezas y a los jueces a dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad.

1.3.3. Definición de la expresión “Alcanzar la justicia”

Una vez explicado en que consiste el sistema procesal oral, ahora debemos definir la expresión “alcanzar la justicia”.

En primer lugar, es necesario aclarar que el término “justicia” es polisémico pues tiene tantos significados cuantas aplicaciones se pueda imaginar (Ávila Santamaría, 2008). En el ensayo titulado “Qué es la justicia” realizado por H. Kelsen, en el cual hace un “repaso sobre el desarrollo del pensamiento humano respecto de la justicia” se concluye que “resulta tan subjetivo definir a la justicia, que su análisis no puede ser parte la ciencia jurídica” (Ávila Santamaría, 2008).

A criterio de Juan Pablo Isaza (2017):

Las referencias a la noción de justicia nos han acompañado a lo largo de nuestra existencia, y con frecuencia se ha considerado que la naturaleza humana se recrea de la mano de una idea universal, inherente o automática de la justicia. Sin embargo, seguramente nos resultará fácil vislumbrar y señalar situaciones de injusticia que darle el calificativo de justo a algo. En líneas generales, se podría admitir que es más fácil el consenso sobre lo que es la injusticia que acordar una noción uniforme de injusticia. (p. 51)

Es así, que debemos tratar de definir el término “justicia” dentro del contexto de este tema, es decir, la justicia como fin del sistema procesal y considerando que el artículo 1 de la CRE define que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y **Justicia**. Al respecto, podemos realizar las siguientes apreciaciones:

- En relación al significado de “Estado Constitucional de Derechos y **Justicia**”, el constitucionalista Ramiro Ávila (2008), explica que la invocación del Estado a

la justicia: “no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa” (p. 28).

- Es necesario precisar que cuando nos referimos a “alcanzar la justicia” nos debemos referir al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 76 de la CRE, el mismo que contempla el acceso y alcance a la justicia. Así, lo ha establecido la Corte Constitucional del Ecuador, mediante su desarrollo jurisprudencial, estableciendo que el derecho a la tutela judicial efectiva se compone de tres supuestos, a saber:

1. el acceso a la administración de justicia;
2. la observancia de la debida diligencia; y,
3. la ejecución de la decisión. Como parte de la tutela judicial efectiva, se reconoce a las partes el derecho a obtener una solución al conflicto, esto es una sentencia que resuelva sobre el fondo de la controversia de manera motivada. (Sentencia No. 106-14-EP/20)

Respecto al primer supuesto de la tutela judicial efectiva, acceso a la administración de justicia, la Corte Constitucional ha aclarado que la tutela judicial efectiva no implica exclusivamente acceder a los órganos jurisdiccionales, sino que una vez ejercitado aquel derecho, **los jueces deben guiar sus actuaciones diligentemente en aras de alcanzar la tan anhelada justicia** (Sentencia No. 045-15-SEP-CC).

Por lo expuesto, es posible definir que “alcanzar la justicia” como fin del sistema procesal oral dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es garantizar un procedimiento justo a las partes, al que puedan acceder gratuitamente, que puedan ser escuchadas por un juez imparcial, presentar y contradecir pruebas y recibir decisiones judiciales dentro de un escenario respetuoso de sus derechos y garantías constitucionales.

Finalmente, como ya se ha explicado en líneas anteriores, la implementación del proceso oral permite el efectivo acceso a la justicia, pues deja atrás un sistema en que las partes se veían envueltos en formalismos y duración excesiva de un proceso escrito, en el que la única manera de que las partes se comunicará con el juez era a través de escritos, en un escenario en el que el juez no tenía relación directa con las partes, los testigos, los peritos o los objetos del juicio, obteniéndose decisiones judiciales dentro de

procedimientos que no garantizaban transparencia y publicidad.

Así, la oralidad debe ser entendida como una garantía, que en conjunto con principios como la inmediación, concentración, contradicción y publicidad otorgan transparencia al proceso y a las decisiones judiciales dentro de un procedimiento o juicio justo, precautelando el pleno ejercicio de otras garantías y derechos constitucionales.

Bibliografía

- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Obtenido de Lexis.
- Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Obtenido de Lexis.
- Asamblea Nacional. (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Obtenido de Lexis.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Obtenido de Lexis.
- Ávila Santamaría, R. (2008). *Ecuador Estado Constitucional de derechos y justicia*. En R. Ávila Santamaría, *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado* (págs. 19-38). Quito: V&M Gráficas.
- Blum Carcelén, J. (s.f.). *Experiencias y perspectivas de la oralidad en el proceso penal*. En C. N. Justicia, *El principio de oralidad en la administración de Justicia* (pp. 101-117).
- Caso Apitz Barbera y otros Vs. Venezuela, Serie C No. 182 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 05 de agosto de 2008).
- Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 13 de octubre de 2011).
- Caso Barbani Duarte y otros Vs. Uruguay, Serie C No. 234 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 13 de octubre de 2011).
- Caso del Tribunal Constitucional -Camba Campos y otros- Vs. Ecuador, Serie C No. 268 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de agosto de 2013).
- Chiovenda, G. (s.f.). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*.
- Constitución Política del Ecuador* (1998).
- Corte Constitucional de Colombia. (1 de marzo de 2011). Sentencia C-124.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 12: Debido Proceso. <https://www.corteidh.org>.

or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo12.pdf

Couture, E. (s.f.). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*.

De la Rúa, F. (1999). *La oralidad en el proceso*. Revista del Colegio de Abogados de La Plata, Núm. 39, 186.

Falconí Puig, J. (2013). *Oralidad en el Proceso Ecuatoriano*.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. (1988). *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Montevideo.

Kraska Vs. Switzerland (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 19 de abril de 1993).

Krasulya Vs. Russia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 22 de febrero de 2007).

Macedonio, C. A. (2017). *La oralidad como instrumento necesario en el ejercicio profesional del abogado en el siglo XXI*. En F. Núñez Jiménez, *La oralidad en los sistemas jurídicos en América Latina y el Caribe*. Santa Cruz de la Sierra.

Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

Pérez Valencia, M. (17 y 18 de octubre de 2013). *Viabilidad y perspectivas de la oralidad en el proceso contencioso tributario*. Obtenido de *El principio de oralidad en la administración de Justicia*, II Encuentro de Juezas y Jueces de la Corte Nacional, Presidentes de Corte Provinciales y Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario, celebrado en Quito.

Rodríguez, V. M. (1998). *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Obtenido de *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio / Corte Interamericana de Derechos Humanos, presentado por César Gaviria -Volumen II. - San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber2.pdf>

Sentencia No. 045-15-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 25 de febrero de 2015).

Sentencia No. 106-14-EP/20 (Corte Constitucional del Ecuador 05 de agosto de 2020).

Urgiles, L. (s.f.). *Experiencias y perspectivas de la oralidad en el proceso penal*. En C. N. Justicia, *El principio de oralidad en la administración de Justicia* (pp. 161-177).

Van de Hurk Vs. The Netherlands (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 19 de abril de 1994).

Van Kück Vs. Germany (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 12 de junio de 2003).

LOS FUNDAMENTOS DEL PROCEDIMIENTO PENAL ADVERSARIAL



Dr. Felipe Esteban Córdova Ochoa*

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

RESUMEN

El sistema acusatorio, oral y adversarial, es un modelo de impartición de justicia que se basa en la confrontación de argumentos y pruebas entre la acusación y la defensa, donde tiene como características la aplicación de principios y reglas que emanan de la Constitución, Tratados Internacionales y la ley. En este modelo el Juez es un árbitro que garantiza los derechos de las partes y debe determinar hechos y derecho.

Palabras claves: Sistema, Acusatorio, Oral, Adversarial, Argumentos, Principios, Garantías, Acusación, Defensa.

ABSTRACT

The accusatory, oral and adversarial system is a model for imparting justice that is based on the confrontation of arguments and evidence between the accusation and defense, where it's characteristics are the application of principles and rules that emanate from the Constitution, International Treaties and the law.

Key words: System, Accusatory, Oral, Adversarial, Arguments, Principles, Guarantees, Accusation, Defense.

* Juez de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, Doctor en Jurisprudencia, Magíster en Derecho Penal y Criminología. Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena. Candidato a PhD. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata – República de Argentina. Juez Penal y Fiscal Penal del Cantón Cuenca, Docente y Formador en la Escuela de la Función Judicial y Escuela de Fiscales, Universidad Católica de Cuenca, Universidad Estatal de Bolívar, Universidad Internacional del Ecuador y articulista en Revistas Jurídicas.

A lo largo de la historia de la humanidad, el proceso judicial ha sido concebido como el método adecuado para la solución de los conflictos sociales. En el ámbito penal, luego de transitar por otros modelos, rige un modelo acusatorio de carácter adversarial, donde prima el debate entre sujetos procesales, en el marco de la oralidad, publicidad, intermediación, contradicción, en virtud del cual, el Juzgador es un espectador imparcial, que tiene la finalidad dirigir el debate, y garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las partes.

Para concebir este modelo de impartición de justicia, es necesario hacer un repaso por los acontecimientos históricos que, con el devenir de los tiempos, han configurado los conceptos y estructura, tanto del Estado, como del proceso penal.

En este sentido, cabe advertir en primer lugar que, desde épocas remotas, el ser humano se ha visto en la necesidad de garantizar la armonía en el desarrollo de sus actividades, por tal razón, a lo largo de la historia, ha diseñado una serie de estructuras o modelos de organización social, cuya complejidad ha evolucionado con el transcurso del tiempo.

Con la finalidad de obtener la mentada armonía, los individuos de la especie humana han transitado por diversas formas de organización o asociación, empezando por estructuras básicas como la familia, las tribus, clanes, hordas, hasta llegar a su forma más evolucionada: el Estado.

El Estado es un ente, a quien los individuos le confiaron una serie de prerrogativas que les corresponden per se, para que éste las administre en beneficio del conglomerado, en aras de obtener el bien común.

Entre las prerrogativas cedidas por los individuos al Estado se encuentra el ius puniendi o derecho a castigar, pues, el ejercicio de esta facultad, en modelos pasados,

se ejerció de tal manera que, en lugar de garantizar la armonía en las relaciones de los asociados, ocasionó violencia entre los integrantes de la comunidad; por tal razón, cedieron esta potestad al Estado, para que, de manera coercitiva, castigue a los individuos que transgreden las normas que garantizan la convivencia pacífica.

Del mismo modo, el concepto y modelo del proceso penal ha evolucionado con el acaecer de los tiempos, pues, partiendo de modelos totalmente violentos, incluso sanguinarios, la humanidad diseñó un proceso que, para determinar la responsabilidad penal de una persona, impone el deber a los operadores de justicia de garantizar el respeto a condiciones mínimas, que protegen la dignidad de los seres humanos.

En razón de lo anotado, consideramos pertinente referirnos de manera sintética a los acontecimientos históricos que configuraron el moderno sistema procesal penal, en este sentido, siguiendo los planteamientos del jurista Víctor Arbulú Martínez (2013). Destacamos, como primera manifestación de resolución de conflictos la venganza privada, método que apareció en las comunidades antiguas, antes del surgimiento del Estado, y suponían la imposición de castigos; esta facultad era ejercida de manera directa por parte de las víctimas, en contra del individuo que perturbó la paz social, o incluso sus parientes.

A este método de solución de controversias también se lo conoce como venganza de sangre, pues, en un primer momento, se utilizó para castigar a quienes atentaban contra la vida o la integridad física de los integrantes de la comunidad.

En esta época, no existía un ordenamiento jurídico estructurado, por tal razón, la costumbre fue una de las principales fuentes para establecer la casuística que ponía en marcha el ejercicio de esta facultad, por consiguiente, las personas construyeron, con la

marcha del tiempo, ciertas reglas para el ejercicio de esta forma de resolución de conflictos, como por ejemplo, la designación a los ancianos y sabios de la comunidad, para que sean éstos quienes ejerzan este poder, asimismo, las conductas que merecían el reproche de la comunidad se ampliaron, pues, si bien la venganza se originó para sancionar principalmente las lesiones y el homicidio, su ámbito se expandió abarcando otro tipo de comportamientos, como aquellas que violentaban la propiedad, o la indemnidad sexual.

Esta práctica constituye el génesis del desarrollo del proceso penal, por tal razón, consideramos preciso partir de esta referencia histórica.

Sin embargo, la venganza privada desembocó en el ejercicio de actividades que supusieron la imposición de castigos extremadamente violentos e incluso sanguinarios, pues, de esta manera, las personas ofendidas buscaban satisfacer su sed de venganza por propia mano, muchas veces excediendo el daño que habían recibido inicialmente; por lo que, al no existir un límite para el ejercicio de la venganza privada, la humanidad evidenció el surgimiento de dos figuras restrictivas para el ejercicio de esta facultad. En primer lugar, surgió la denominada "Ley del Talión", con la finalidad de limitar los excesos de la venganza por propia mano, instaurando el adagio: "ojo por ojo, diente por diente", para la resolución de las controversias suscitadas en la comunidad, lo cual implicaba que, ante una transgresión, el método para resarcir el daño no podía ser más invasivo que la agresión recibida, por ejemplo, si existía una víctima de una lesión, no podía vengarse privándole de la vida al agresor, la pena debía ser equivalente a la lesión recibida.

La ley del talión fue formalmente legislada por el rey Hammurabi de Babilonia, en el segundo milenio antes de Cristo, quien expidió un corpus legal que lleva su nombre

(Código de Hammurabi); este código constituye el primer cuerpo de leyes del cual la humanidad posee evidencia, y estableció las reglas a las que debían someterse las personas, y los castigos para aquellos que desobedecían estos mandatos.

Asimismo, limitó los efectos de la venganza privada la denominada "composición", que planteaba la posibilidad de resarcir el daño recibido, mediante la entrega de una cantidad de dinero, por parte del agresor o su familia, para evitar que el ofendido ejerza su derecho de venganza.

Resulta importante hacer una breve referencia al proceso penal que se desarrolló en Roma, pues, definitivamente, ahí se desarrollaron varios conceptos e instituciones procesales, que configuraron el moderno sistema acusatorio penal adversarial, en este sentido, vale la pena reseñar que, en un primer momento, la titularidad de la acción penal estuvo reservada para los particulares, pues, el proceso penal no iniciaba nunca de oficio, siempre se requería de una denuncia, que, en caso de ser admitida por el magistrado, debía ser sustentada por parte del denunciante; si el asunto prosperaba se llegaba al iudicium publicum y se constituía un consilium formado por jueces, en la audiencia el debate era llevado por las partes privadas y el jurado se limitaba a escuchar, el acusado tenía el derecho a defenderse, finalmente, el jurado votaba, y en caso de establecerse la culpabilidad del imputado, un magistrado se encargaba de ejecutar la sentencia.

El proceso penal se concibió como una disputa entre partes iguales, y no como una actividad oficial de averiguación de las conductas delictivas, de ahí que, quien diera el primer paso para acusar a alguien, tenía que aportar los medios probatorios para comprobar su acusación, de tal suerte que en él recaía la carga de la prueba y no en un órgano de gobierno.

Sin embargo, los cambios en la organización política que sufrió Roma en lo posterior, influenciaron en el proceso penal, pues, el modelo descrito en el acápite que precede, que sentó las bases del sistema acusatorio, fue sustancialmente modificado, transitando de la denuncia ciudadana, al sistema de delatores -oculta calumnia- este sistema estaba al servicio de los tiranos, y colocó al secretismo como rasgo característico del proceso penal, pues, los juicios ya no se desarrollaron de manera pública ni oral, sino de manera secreta y escrita, y la principal fuente de prueba se traducía en la confesión del inculpado, principalmente obtenida mediante tortura.

Sobre el cambio de modelo procesal experimentado en Roma, al que hemos hecho referencia, Ferrajoli (1995). enseña lo siguiente:

Es pacífico que el proceso penal de la antigüedad, como se configura en Grecia y en la Roma republicana, tiene una estructura esencialmente acusatoria, a causa del carácter predominantemente privado de la acusación y de la consiguiente naturaleza arbitral tanto del juez como del juicio. Si, en efecto, el paso de la venganza de sangre al derecho penal se realiza con la atribución de las funciones de enjuiciamiento y sancionadoras a un Órgano imparcial y muy pronto público, la titularidad de la acusación permanece largo tiempo en manos de la parte ofendida o de su grupo familiar, para después, en una época posterior, transferirse la sociedad y, por su cauce, a cada ciudadano particular. Es precisamente de esta naturaleza privada o polar -y en cualquier caso voluntaria- de la acción penal de donde derivan, en el proceso romano ordinario, los caracteres clásicos del sistema acusatorio, es decir, la discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes, la atribución a éstas de toda la actividad probatoria y hasta de la disponibilidad de las pruebas, la

publicidad y oralidad del juicio, el papel de árbitro y espectador reservado al juez, tanto más dado su carácter popular. No por casualidad, las primeras formas de proceso inquisitivo se desarrollaron en la Roma imperial con las causas de oficio por los delicta publica, comenzando por los crimina laesae maiestatis de subversión y conjura, en los que se considera ofendido un directo interés del príncipe y la parte perjudicada se identifica con el estado. Una vez venido a menos el sentimiento cívico y el hábito de libertad que en la república habían hecho posible el funcionamiento de la iniciativa acusatoria por parte de cualquier ciudadano, «la acusación pública fue sustituida por la fatal denuncia y por la «oculta calumnia, que se convirtieron en un «instrumento de la tiranía...”.

Con la caída del imperio romano de occidente, y el inicio de la Edad Media, se presenta un evento histórico de sustancial protagonismo en la estructuración del proceso penal, esto es, la creación de las monarquías, por ello habíamos anticipado que, a la par del estudio del desarrollo del proceso penal, se debe hacer énfasis en el desarrollo de las formas de asociación humana.

Dicho esto, cabe manifestar que en las monarquías, el poder era ejercido por una élite, que se consideraba descendiente de la divinidad, por lo que, la religión y la iglesia ejercieron poder y protagonismo en las sociedades, permitiendo que el proceso penal atravesara por otra etapa: la época de la venganza divina.

En esta etapa, se mantuvieron las características del proceso inquisitivo desarrollado en la decadencia del imperio romano, en donde, la titularidad de la acción penal se trasladó del ámbito privado al público, sustituyéndose la voluntad individual del ofendido, por una voluntad divina, a la que le corresponde la defensa de los intereses colectivos transgredidos por la conducta ilícita; en esta

época se desarrolló el poder punitivo, y su ejercicio se enfocó principalmente en todos aquellos que se oponían o discrepaban con los mandatos o pensamientos de la iglesia católica.

Durante este período se consolidó una de las instituciones de ingrata memoria en el ámbito penal, por su carácter nefasto, hablamos de la Inquisición, que se afianzó en razón de que el poder punitivo, en manos de los monarcas y aristócratas, emprendió una persecución agresiva y violenta en contra de todos aquellos que se desentendían de los dictámenes y pensamientos de la divinidad, torturando a los sospechosos de crímenes, hasta obtener una confesión, muchas veces otorgada para cesar la tortura ejecutada en su contra, nos referimos a la Inquisición.

En esta etapa la acusación fue pública, pues, se consideraba que la comisión de un delito no ofendía a una persona en particular, sino ofendía a Dios, por tal razón, las autoridades, a quienes se les consideraba representantes de la divinidad, dirigían la investigación penal, y no se podía ejercer una contradicción a dicha acusación, pues, el proceso era concebido como un interrogatorio, destinado a determinar los motivos por los cuales se había pecado contra el Señor.

Los decretos emitidos por los representantes del Vaticano eran la ley que regía la actividad de las personas dentro de la sociedad, así, en el papado de Inocencio III, se autorizó la tortura en contra de los sospechosos de herejía, pues, se concebía a esta práctica, como un método para obtener la confesión del supuesto delincuente. Lo anterior dio lugar a que se perpetraran una serie de injusticias y actos de barbarie en el juzgamiento de las personas, cuando se sospechaba que cometieron conductas reprobadas por la Iglesia, verbigracia: la herejía, la blasfemia y el adulterio.

El tratadista García de Enterría (2002). Sobre los procesos penales desarrollados en esta época enseña lo siguiente:

en la arbitrariedad absoluta de la justicia penal, en la completa indeterminación de los ilícitos, precisados en cada caso mediante simples juicios ad hoc, o por simples oportunismos políticos, en el predominio dado al más desnudo pragmatismo represivo (eran objeto de «crudos escarmientos» los delitos que más alarmaban al poder o al pueblo, según las circunstancias); el proceso penal regido, por el solo principio inquisitivo, se consideraba como una simple técnica eficaz para averiguar la comisión de los delitos y arrancar, mediante el tormento como instrumento normal, lo que se consideraba la prueba plena, la confesión del reo.

Desde el siglo XIII hasta el siglo XVI, se impone definitivamente el Sistema Inquisitivo y comienza por relegar al olvido aquel principio de que no hay proceso sin acusador, se llegó al extremo de admitirse hasta la denuncia anónima para perseguir a las personas, posteriormente se adopta el procedimiento de oficio, donde se iniciaba el proceso por acusación, por denuncia o por inquisición. Este sistema se generalizó para el juzgamiento de toda clase de delitos, el proceso se convierte en un misterio al ser escrito y secreto, el Juez recibe la declaración de los testigos sin que el acusado llegue a conocer sus nombres ni el texto de sus testimonios, aunque más adelante se le hacía conocer el tenor de esas declaraciones, pero en ningún caso el nombre del denunciante; el acusado se convertía en una víctima procesal y no en una parte procesal.

La administración de la justicia se había convertido en un instrumento utilizado por el poder absoluto para infundir terror a la sociedad, esto con el pretexto de lograr el miedo de las personas a incurrir en la comisión de delitos, o, como establecía la Ordenanza francesa sobre el proceso penal de 1670, la finalidad del proceso era faire peur aux méchants, es decir, atemorizar a los malvados.

El objetivo de la intimidación partía de la presunción de culpabilidad del acusado. El procedimiento inquisitivo se construía sobre la confesión otorgada por el procesado, la cual era concebida como prueba definitiva, y era obtenida mediante la aplicación de la tortura.

Asúa Batarrita (2004). Anota que "...La técnica solemnidad de las bárbaras ejecuciones públicas, con sus múltiples modalidades de tortura en la intensificación del dolor físico hasta la muerte, constituía el espectáculo expresivo de la magnificencia del poder absoluto, y advertencia contundente de la exigencia de sometimiento...".

No existía límite para el Juez penal, tampoco tenía la obligación de reconocerle al acusado derecho a la defensa. Las penas que imponían los jueces eran desiguales según la condición social del culpable, y tenían la finalidad de expirar al delincuente del pecado cometido, insistimos, amedrentando también a los demás ciudadanos, por lo que estaban legitimadas las penas infamantes y su ejecución pública, así como la extensión de la infamia a la familia.

Este período de obscuridad, caracterizado por el temor de la población, la injusticia, el bienestar de una mínima porción de la sociedad, y la falta de libertad, motivó a un gran número de pensadores, quienes, cansados de los abusos del tiranismo, sentaron las bases filosóficas y teóricas del proceso penal acusatorio, y del Estado democrático, haciendo énfasis en la división de poderes.

A esta época se la conoce como La Ilustración, y fue determinante para transitar del Estado monarca al Estado democrático, cuyo origen se remonta el contrato social, es decir, el pacto, mediante el cual los individuos de la especie humana renunciaron a ciertos derechos, y los cedieron al Estado, para que éste, a nombre del pueblo, los ejerza en beneficio de la colectividad.

Muchos nombres destacan en esta época, como Rousseau, Montesquieu, Robespierre, John Locke, pero sobre todo, en el ámbito penal, fue Cesar de Bonessana, marqués de Beccaria, quien sentó las bases del moderno derecho penal, dando inicio a lo que se conoce como periodo humanitario, a este autor se le atribuye el principio de legalidad, piedra angular del derecho penal moderno, que decreta la necesidad de existencia de una ley previa, tanto para la tipificación de una conducta, como para la imposición de una pena, es decir, no hay delito ni pena sin una ley previa que lo declare.

La segunda mitad del siglo XVIII constituyó un período decisivo para la formación del pensamiento filosófico y jurídico contemporáneo, pues, una buena parte de las ideas y valores que perduran hasta la actualidad, como los derechos humanos, el constitucionalismo, la democracia política y el gobierno representativo, el cosmopolitismo, y, desde luego, el garantismo penal, que representa la más fecunda proyección a nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada.

La sumisión de la razón humana a la divina queda olvidada. La razón constituye la verdadera naturaleza del hombre, es la creadora del progreso humano, en palabras Hazard (1998) "...Dios se reabsorbe en la razón, la razón en la naturaleza y el antiguo derecho divino se convierte en un Derecho natural y racional...".

Al perder su íntima vinculación teológica, el derecho aparece como obra humana, como una derivación del "pacto social". La reforma de las instituciones penales y procesales constituyó uno de los temas centrales de la filosofía del siglo XVIII, sobre todo en la última parte del siglo. Es indudable que el autor más representativo, conforme anticipamos, es el padre del principio de legalidad, es decir, Cesare Beccaria, pero tampoco se debe olvidar el aporte grandes filósofos y juristas de la época como Pietro Verri, autor de "Observaciones sobre la tortura", así como de "Un ensayo Sulla interpretacióne

delle leggi (1765)]"; asimismo, es importante el aporte de Gaetano Filangieri, autor de "Ciencia de la legislación que anuncia el tránsito de la filosofía penal a la dogmática jurídica"; y de Francesco Pagano, quién fue el que inicio la "Escuela Histórica Napolitana del Derecho".

El país donde la discusión sobre las leyes criminales adquirió la mayor importancia fue Francia, no sólo por la influencia que ejerció el movimiento de la "Enciclopedia", también por los debates que suscitó el proceso constituyente en la etapa revolucionaria. Bien conocidos son los vibrantes alegatos de Voltaire o los capítulos más moderados, pero influyentes del Espíritu de las leyes. Con motivo de la Revolución Francesa, que criticó fuertemente la naturaleza del sistema inquisitivo, se adoptó el sistema acusatorio, que, conforme anotamos en líneas precedentes, ya había sido utilizado en una primera etapa del imperio romano y en la antigua Grecia, por lo que, se adoptaron algunos de sus principios, pues, se restableció la acción popular para que los ciudadanos tuvieran la potestad de presentar las denuncias, cuando eran víctimas de un acto lesivo a sus derechos, con la finalidad de que se instaurara un juicio, que conceda al inculpado la posibilidad de defenderse y así sostener el principio acusatorio.

Sobre las características de este sistema procesal penal, Sosa (1994) destaca lo siguiente:

- a) Era de única instancia.
 - b) La jurisdicción era ejercida por una asamblea o tribunal popular.
 - c) En los delitos de acción pública, ésta puede ser ejercida por cualquier ciudadano.
 - d) No se concebía el proceso, sino a instancia de parte, no hay actuación de oficio por el tribunal.
 - e) El proceso se centraba en la acusación que podía ser formulada por cualquier ciudadano.
 - f) El acusado se defiende de ella en un marco de paridad de derechos con su acusador.
 - g) Las pruebas eran aportadas únicamente por las partes.
 - h) El proceso se limitaba al análisis de esas pruebas. Su valoración, al ser un tribunal no técnico, se hacía mediante el sistema de la íntima convicción.
 - i) Todo el proceso era público y continuo, y el juego en paridad de los derechos de las partes lo hacían contradictorio.
 - j) La sentencia no admitía recursos.
 - k) Por la naturaleza y características de este tipo de procesos, el acusado generalmente se mantiene en libertad.
- Este sistema difiere radicalmente de su antecesor, es decir, del sistema inquisitivo, que se caracteriza, conforme anota Reinos (2000), principalmente por lo siguiente:
- a) La jurisdicción es ejercida por jueces permanentes representantes del monarca.
 - b) La acción puede ser promovida de oficio por el juez.
 - c) El juez es el director absoluto del proceso.
 - d) El derecho de defensa del acusado es limitado en general y nulo en ciertos casos.
 - e) El procedimiento es totalmente escrito, secreto y no contradictorio.
 - f) La valoración de la prueba se hace mediante el sistema de las pruebas legales.
 - g) La incomunicación del acusado es una regla de aplicación permanente.

h) El monarca resuelve sin límites, vulnerando la legalidad del sistema.

Hasta ese entonces, la humanidad había transitado por dos modelos procesales en el ámbito penal, un primer modelo, de carácter acusatorio, desarrollado en la antigua Roma y Grecia, donde el titular de la acción penal era el particular; y, posteriormente, un modelo inquisitivo, propio de aquellos regímenes monárquicos y autoritarios, que, en razón de los abusos cometidos en su virtud, motivaron a los pensadores de esa época a expresar su rechazo en contra del régimen, y sustentar los principios mínimos que deben regir un proceso penal, teniendo en cuenta los derechos y atributos propios de las personas, por lo que, con la base de modelo acusatorio, primigeniamente empleado por la humanidad, se desarrolló un nuevo modelo acusatorio, caracterizado por la publicidad, oralidad, igualdad, en donde quien acusaba, estaba en la necesidad de probar aquello que alegaba.

El desarrollo de los derechos humanos, suscitado a raíz de la confluencia de una serie de eventos históricos, fueron estableciendo los parámetros y presupuestos mínimos, que deben observarse en un enjuiciamiento penal, con el objetivo de garantizar los derechos y la dignidad de las personas; entre esos eventos, podemos referirnos brevemente a los siguientes:

El 4 de julio de 1776, el Congreso de los Estados Unidos aprobó la Declaración de la Independencia. Su autor principal, Thomas Jefferson, escribió la Declaración como una explicación formal del por qué el Congreso había votado el 2 de julio para declarar la Independencia de Gran Bretaña, la declaración enfatizó en dos temas: derechos individuales y el derecho de revolución.

El contenido de los manifiestos desarrollados en la Declaración de independencia de Estados Unidos influenció a los gestores de la Revolución Francesa.

En el año 1787, Estados Unidos ya tenía estructurada su Constitución escrita. En 1791 se ratifican 10 enmiendas a la Constitución, texto que se conoce como The Bill of Rights, el cual entró en vigencia desde el 15 de diciembre de 1791, limitando los poderes del gobierno federal de Estados Unidos y protegiendo los derechos de todos los ciudadanos.

En la quinta enmienda de este documento, se instituye el Due process of law (El Debido Proceso), asimismo, en la décimo cuarta enmienda se incluyen más elementos sobre el mismo tema.

Posteriormente, con la influencia de la experiencia estadounidense, la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, el 26 de agosto de 1789, expidió la Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano, luego de la Revolución Francesa. En los artículos 6, 7, 8, y 9 de este documento se consagra el derecho al debido proceso.

Sin embargo, durante la era de Napoleón Bonaparte, se adopta un sistema mixto, en virtud del cual, la primera fase del proceso penal se regía por los rasgos característicos del sistema inquisitivo, principalmente la escritura y el secreto de las actuaciones judiciales, en tanto que, en una segunda parte, el proceso se regía por los principios del sistema acusatorio.

Este fenómeno se explica en razón de los acontecimientos bélicos y políticos que acaecieron en el continente Europeo, con posterioridad a la época del iluminismo, acontecimientos que ocasionaron que el sistema procesal penal instaurado luego de la Revolución Francesa (1789), fuera rezagado con la entrada en vigencia del Código de Napoleón (1808); este código estableció el Sistema Mixto en el procedimiento penal, instaurando una etapa preparatoria y de investigación de acuerdo al sistema inquisitivo, y una segunda etapa definitiva de acuerdo al sistema acusatorio.

En este sistema mixto, la fase preparatoria del proceso es escrita y contradictoria. La investigación es esencialmente secreta, hasta el extremo de que el imputado no puede conocer de la acusación ni puede asesorarse con su defensor. La prisión preventiva se estatuye como regla general y en la mayoría de las veces la falta de comunicación del imputado es la consecuencia inmediata de la prisión preventiva.

Terminada la investigación todo lo actuado pasaba a un Consejo, que tenía por finalidad calificar la indagación preliminar, y si encontraba mérito ordenaba que el proceso sea conocido por la Cámara de acusación, que se encargaba de calificar el proceso.

Luego, el proceso pasaba a la Corte de Asises, esto es, un Tribunal Penal que juzgaba en única instancia, y, una vez concluida la instrucción desarrollada por el Juez competente; este Tribunal, luego del debate oral, público y contradictorio, dictaba su veredicto, respecto del cual, el procesado no podía interponer otro recurso más que el de casación. Quienes dictaban el veredicto no estaban obligados a motivarlo.

El Sistema Procesal Mixto desde la experiencia ecuatoriana.

El Código de Procedimiento Penal, aprobado el 10 de junio de 1983, adoptó el Sistema Mixto, restableciendo la oralidad en el procedimiento penal. Este sistema se desarrollaba en las etapas del Sumario, Intermedia, Plenario y de Impugnación.

Cuando un caso ingresaba al sistema procesal penal, el Juez daba inicio a la investigación mediante la expedición del auto cabeza de proceso, la noticia de que se dio inicio a la investigación era puesta en conocimiento del fiscal, del ofendido, del defensor de oficio y del presunto responsable, y este a su vez recibía la información completa acerca de las medidas de investigación que el Juez había dispuesto.

En este sistema, la prisión preventiva era la regla, por lo que, en el mismo auto cabeza de proceso se dictaba auto de prisión preventiva. La investigación durante el Sumario estaba a cargo del Juez, aunque quedaba la posibilidad de que esta investigación quedara a cargo de la Policía, pero en la práctica el papel de la Policía se limitaba a la formulación del parte policial y en ciertos casos a una indagación policial por un periodo máximo de cinco días y de cuarenta y ocho horas si había un detenido y los datos del parte y de la indagación servían para ilustrar al juez y el podía servirse o no de ellos, analizándolos según la sana crítica.

El papel del Fiscal era extremadamente limitado, el solo recibía la notificación de que se había iniciado el sumario y tenía la función de presenciar los interrogatorios que se practicaban en la Policía Judicial y suscribir el acta de la diligencia como una medida para evitar el uso de procedimientos de apremio contra la voluntad del individuo, y fuera de eso era muy rara una intervención del fiscal durante la investigación.

La prueba se iba actuando a medida que el Juez investigaba, registrándose por escrito; las declaraciones de los testigos eran recibidas por actuarios o en mejor de los casos, por el Secretario del Juzgado; el juez no tenía contacto con los testigos, ni presenciaba las actitudes de los mismos al responder al interrogatorio, por lo que no podía formar-se una opinión sobre su credibilidad.

Por otra parte, no había la posibilidad de contradicción de las pruebas y el interrogatorio a los testigos eran sin conocimiento previo de las partes, los cuales formulaban preguntas por escrito, pero estas preguntas se formulaban en el aire, es decir, adivinando que el testigo pudiera decir en el interrogatorio inicial, sin que ni la parte ni el abogado tuvieran la oportunidad de verle, de escuchar sus respuestas y poder contra interrogarlo sobre base de ese conocimiento de primera mano.

La contradicción de las pruebas periciales se limitaba a que las partes presenten su perito. La duración del Sumario era de quince días, aunque el sumario podía extenderse por noventa días, y allí debía terminar las investigaciones en el estado en que se encuentren, por lo que el juez debía cerrar el sumario y abrir la etapa Intermedia. El fiscal era notificado con el cierre del sumario y recibía el expediente para que pronuncie su dictamen.

Una particularidad del sistema mixto, es que el mismo Juez penal que había hecho la investigación durante el sumario, debía pronunciarse sobre si se había probado o no la existencia de la infracción y sobre si había o no mérito suficiente para llamar al procesado a la etapa del plenario, es decir, el mismo Juez evaluaba y se pronunciaba sobre su investigación. El Código de Procedimiento Penal admitía la figura del Fiscal, sin embargo, su labor era totalmente independiente de la investigación penal, y se enfocaba en la posibilidad de emitir un dictamen, acerca de los resultados de la investigación, a petición del Juez.

El Juez no estaba obligado a acoger el dictamen del Fiscal, pues, si consideraba que no había mérito para llamar al sindicado a plenario, debía sobreseerlo. Ahora bien, si el ilícito se probaba, el Juez declaraba demostrada la existencia de la infracción y llamaba al acusado a plenario. El plenario, en teoría, era oral, no obstante, en la práctica esto no sucedió.

El Tribunal Penal lo constituían tres Jueces, y tenía la función de juzgar en atención a lo investigado en el sumario, sin la posibilidad de acceder a la valoración de pruebas que hayan sido actuadas ante ellos, en observancia de los principios de oralidad, inmediación y contradicción, que fueron consagrados en la Constitución de 1998. Basada en el estudio de expedientes escritos, la convicción del tribunal se conformaba en virtud de la tarifa probatoria, mezclada ineficazmente con

el principio de la sana crítica y a su vez el tribunal también tenía iniciativa probatoria con facultad para interrogar a los testigos y a disponer la práctica de nuevas pruebas. En este sistema, era frecuente que el Tribunal encuentre al acusado detenido, en razón de una orden de prisión preventiva, por un tiempo superior al del máximo de la pena prevista en el tipo penal.

Tránsito de las legislaciones, especialmente latinoamericanas, hacia el sistema procesal acusatorio adversarial.

El Sistema Procesal Acusatorio, Oral, Público, Contradictorio y Adversarial, aunque fue practicado en las primeras épocas del desarrollo de la humanidad, es propio del Estado moderno, y se ha perfeccionado, principalmente, a raíz del desarrollo de los derechos humanos, lo cual a su vez permitió el florecimiento del garantismo penal.

Asimismo, el neo constitucionalismo ha permitido el perfeccionamiento de este modelo procesal, pues, un gran número de constituciones, emitidas en el siglo XXI, conciben al Estado como el medio necesario para la garantía, defensa y respeto de los derechos de las personas.

Bajo esta nueva concepción, se conciben a los derechos de las personas como condiciones innatas que les corresponden por el solo hecho de ser personas, no es necesaria la expedición de una ley, para que una persona pueda ser titular de un determinado derecho, más bien, la ley cumple el deber de reconocer la existencia de esos derechos previos, y de respetar y hacer respetar la vigencia de los mismos.

Dentro de esta tendencia, insistimos, tiene especial importancia el garantismo Penal, cuyo padre es el italiano Luigi Ferrajoli (1995), quien desarrolló los diez axiomas del garantismo penal, al establecer que el siste-

ma garantista es un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí:

- A1** Nulla poena sine crimine.
- A2** Nullum crimen sine lege.
- A3** Nulla lex (poenalis) sine necessitate.
- A4** Nulla necessitas sine iniuria.
- A5** Nulla iniuria sine actione.
- A6** Nulla actio sine culpa.
- A7** Nulla culpa sine iudicio.
- A8** Nullum iudicium sine accusatione.
- A9** Nulla accusatio sine probatione.
- A10** Nulla probatio sine defensione.

Los axiomas del garantismo penal también se concretan en el sistema procesal, pues aquellos descritos en los numerales A8, A9 y A10, se deben materializar en el proceso penal, y configuran al modelo acusatorio adversarial:

- No existe juicio sin acusación (Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación).
- No existe acusación sin prueba (Principio de la carga de la prueba "onus probandi" o de verificación).
- No exige prueba sin defensa (Principio contradictorio, o de la defensa, o de refutación).

Bajo estas consideraciones, cabe destacar que el sistema acusatorio adversarial otorga al procesado la calidad de sujeto de derechos, pues, al ser persona, y por ende, titular de una serie de condiciones y atributos innatos, le corresponden ciertas garantías penales mínimas, tanto de carácter sustantivo como adjetivo.

Este modelo surgió en razón del fracaso del sistema mixto, que permitió la consumación del genocidio en varios países de Latinoamérica, los cuales vivieron durante décadas

bajo un régimen de represión ejecutado por las dictaduras que gobernaban estos países, soslayando la dignidad de sus habitantes; este hecho fue sacramentado por años y develado de manera reciente por denuncias, testimonios y el apareamiento de fosas con los restos de miles de personas que se encontraban desaparecidas.

Estas graves violaciones a los derechos humanos fueron posibles en el sistema procesal mixto, que, como destacamos previamente, se caracterizaba por el secretismo en la fase de investigación, en esta fase procesal, quienes ejercieron el poder punitivo, nuevamente incurrieron en la práctica de la tortura, para así obtener la autoincriminación; además, se produjeron desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, etc.

El genocidio cometido por las dictaduras latinoamericanas fue el resultado de un plan execrable dirigido a opositores, estudiantes, periodistas, religiosos y toda persona que se atreviera a ejercer su derecho a la libertad de opinión y de expresión del pensamiento en cualquier forma, la prohibición de actividades políticas, censura a los medios de comunicación, así como la conculcación de otros derechos fundamentales.

En razón de la obsolescencia de la ley adjetiva, devinieron reformas estructurales al Sistema Procesal Penal, herramienta jurídica que hasta ese momento era ineficaz para responder con solvencia al fenómeno criminal y para garantizar la incolumidad de los derechos de los asociados.

El proceso penal acusatorio adversarial ha despertado el interés de la comunidad al convertirse en uno de los elementos cardinales de una nueva política criminal, instrumento necesario para que el cuerpo social pueda enfrentar con éxito la cuestión criminal, pero respetando los derechos inherentes a la dignidad del ser humano.

El Derecho Penal garantista cumple una función de limitación del poder punitivo (potestad punitiva que comprende la determinación del delito, investigarlo, el juzgamiento de la conducta delictuosa y la punición de su ejecutor) y ello es factible a través de una serie de principios delimitadores, tales como: la mínima intervención estatal, la Legalidad de los delitos y de las penas, la Proporcionalidad, y la Culpabilidad.

Este Sistema de Procedimiento Oral, en el Ecuador, se encuentra establecido en la actual Constitución Ecuatoriana en el artículo 168, numeral 6, que dispone que: "... La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo"; por lo tanto, todos los procesos, en este caso el proceso penal, deben llevarse a cabo en su totalidad, desde su inicio hasta su conclusión de forma oral, pública y contradictoria. En este sistema, las funciones de investigación se separan de las de juzgamiento. El Fiscal investiga y acusa, mientras el aparato judicial garantiza los derechos constitucionales durante la investigación y juzga sobre la existencia o no de la infracción y la culpabilidad del acusado en el momento del juicio.

Jauchen (2015), enseña que el proceso acusatorio adversarial exige el cumplimiento de una serie de reglas básicas, que derivan de su propia naturaleza, sin las cuales, la eficacia y perfectibilidad se desvirtuarían en la práctica. Ellas son: publicidad, oralidad, contradicción, intermediación, concentración, exclusividad de la prueba e identidad del juzgador.

Solo el sistema acusatorio garantiza la imparcialidad del órgano juzgador, pues, concibe al juez como un elemento pasivo estrictamente separado de las partes, y al juicio como una contienda, donde prima el debate entre iguales, que inicia con la acusación ofi-

cial, órgano que carga con el deber del onus probandi.

Es de sustancial importancia la imparcialidad del juez dentro del modelo acusatorio adversarial. Sobre este principio, por vez primera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció explicando el doble alcance de la garantía de la imparcialidad, al resolver el caso "Piersack", donde diferenció conceptualmente la "imparcialidad subjetiva" de aquella que también se requiere como "imparcialidad objetiva". Sostuvo el Tribunal Europeo que:

"Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidad, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio Europeo (Igual que el art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si este ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable [...] no es posible reducirse a una apreciación meramente subjetiva [...] en esta materia incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia [...] todo juez en relación con el cual puede haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer ese caso [...] Lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática..."

Estos conceptos fueron también acogidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, aplicando el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, análoga a la norma del artículo 6.1 del Convenio Europeo, se expidió en el sentido de que "...la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca

de la imparcialidad observada en el proceso” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 5/96 del 1-3-96.)

Sostiene Ferrajoli (1995) que “Si imparcialidad significa la total ajenidad del juez o tribunal a los intereses de las partes, lo que se concreta al separarse de la acusación para que finalmente adquiriera ese hábito intelectual y moral que le permita juzgar con equidistancia, un sistema procesal que faculte al tribunal hacer las funciones de investigador o acusador es vicioso por sí mismo. Solo un procedimiento sustentado en el principio acusatorio posibilita la efectiva imparcialidad de modo que la investigación y la incorporación probatoria tanto de cargo como de descargo esté en manos exclusivamente de las partes”.

Al manifestar que el sistema procesal posee las características de ser acusatorio y adversarial, estamos delimitando el rol que cumplen las partes dentro del juicio. Así, por un lado, tenemos que el Juez se erige en el receptor imparcial de la información que se deriva de las pruebas incorporadas durante el proceso; también cumple la función de director, pues, encauza el debate y decide sobre los planteamientos, objeciones, impugnaciones y peticiones formuladas por las partes procesales.

Decimos que el sistema es adversarial porque las etapas del proceso se desarrollan a la luz del principio de contradicción, que rige el debate entre el fiscal y el defensor. Jauchen (2015), refiriéndose a las destrezas que deben desarrollar las partes procesales en el modelo acusatorio adversarial, determina que, deben diseñar su tesis del caso, desarrollar un conjunto de destrezas, aportar pruebas y realizar interrogatorios. El juez tiene un rol relativamente pasivo, actúa solo

con base en el principio de justicia rogada, interviene para impedir que las intervenciones se desvíen hacia aspectos impertinentes e inadmisibles, sin coartar el razonable ejercicio de la acusación y de la defensa.

No debemos entender al debate oral desarrollado por las partes en un sentido negativo, pues, éste es el método adecuado para que se pueda alcanzar una adecuada solución a la controversia,

En la controversia se exponen tesis opuestas, sin embargo el sistema de la oralidad, conforme enseña Jauchen (2015), tiene la ventaja de que pone a las partes frente a frente para que le hablen directamente al juzgador, sin intermediarios. A su vez, el Tribunal percibe de forma personal y directa la práctica de la prueba, observa y escucha con análisis crítico las declaraciones del acusado, testigos, peritos y las intervenciones opuestas de las partes.

Podemos concluir indicando que en un juicio adversarial, los Juzgadores están obligados a resolver la controversia de manera motivada, en base a los planteamientos que se hayan esgrimido por las partes en el debate oral, a este principio lo conocemos como dispositivo, y obliga a los juzgadores a enmarcar sus decisiones, únicamente en el ámbito de las tesis expuestas por los intervinientes. Este sistema permite la materialización del ejercicio de los derechos de los justiciables, obviamente no es un sistema perfecto, pero, al menos posee un sustento en aquellas garantías mínimas, que permiten asegurar un juicio justo, donde prime la transparencia, publicidad, imparcialidad, el ejercicio del derecho a la defensa, y asegure que la decisión que se adopte, debe tener un menor margen de error.

Bibliografía

ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor; *Derecho Procesal Penal*; Ediciones Legales; Perú; 2013.

ASÚA BATARRITA, Adela, Eduardo; *Delito y Pena en la Jurisprudencia Constitucional*; Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; España; 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *Delito y Pena en la Jurisprudencia Constitucional*; Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; España; 2002.

FERRAJOLI, Luigi; *Derecho Derecho y Razón*; Editorial Trotta; España; 1995.

HAZARD, Paul; *El Pensamiento Europeo en el Siglo XVIII*; Alianza editorial; España; 1998.

JAUCHEN, Educaro; *Proceso Penal, Sistema Acusatorio Adversarial*; RUBINZAL-CULZONI; Argentina; 2020.

REINOSO, Ariosto; *El Juicio Acusatorio Oral en el nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano*; Ecuador; 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe N° 5/96 del 1-3-96*.

SOSA, Enrique; GONZÁLEZ, José; *Juicio Oral en el Proceso Penal*; Editorial Astrea; Argentina; 1994.

LOS FINES DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL



Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo*

Juez Nacional de la Sala de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores de la Corte Nacional de Justicia

RESUMEN:

Este artículo trata sobre la finalidad del Código Orgánico Integral Penal, en base a reflexiones orientadas al lector sobre el catálogo punitivo, evidenciando la estructuración de elementos especiales del Sistema Integral Penal como tratamiento de los comportamientos de relevancia penal en el Ecuador.

Palabras claves: Sistema Integral Penal, catálogo punitivo, radiación, división de poderes, bien jurídico, legitimidad, garantía.

ABSTRACT:

This article deals with the purpose of the Comprehensive Criminal Organic Code, based on reader-oriented reflections on the punitive catalog, evidencing the structuring of special elements of the Comprehensive Criminal System as treatment of behaviors of criminal relevance in Ecuador.

Key Words: Sexual orientation, gender, gender identity, gender expression, conversion practices.

* Fue consultor en democracia y derechos humanos para organizaciones de la sociedad civil. Coordinó y dirigió la Comisión de la Verdad Ecuador (Caso Angostura). Ha sido Juez, de Tribunal de primer nivel y Multicompetente Provincial. Conjuez Nacional y Juez Nacional (e) de la Sala de lo Penal y actualmente de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, así como de la de lo Civil y Mercantil.

El texto legal, del artículo 1 del Código Orgánico Integral Penal, entrega el siguiente contenido:

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

De este contenido normativo, se despliegan diferentes fines cuyo abordaje, evidenciará la estructuración de elementos esenciales de la base del Sistema Integral Penal, como un modelo único para el tratamiento de los comportamientos de relevancia penal en el Ecuador.

En este artículo, se pretende entregar más que una conclusión final, un cúmulo de reflexiones orientadoras para el lector del catálogo punitivo ecuatoriano, cuyos fines se constriñen a su artículo 1, posiblemente la norma que requiera mayor reflexión al momento de dar operación a los contenidos del Código Orgánico Integral Penal.

1.- Normar el poder punitivo del estado:

Se conoce al orden jurídico penal como el ius puniendi o poder punitivo del Estado; este derecho objetivo, es una parte del ordenamiento jurídico, formado por las normas jurídicas reguladoras de dicho poder, en las que, mayormente, a fin de tutelar bienes jurídicos, se definen infracciones penales, para las cuales se establecen penas y medidas de seguridad (ORTS, 2020, pág. 26).

El poder punitivo del Estado es la capacidad de intervención Estatal que se activa para proteger y preservar valores supremos, categorizados como bienes jurídicos, gracias a

un “especial consenso social”, que aprecia su nivel de relevancia. Este – especial consenso – deviene del resultado de una dinámica que puede ser impuesta desde las esferas predominantes del poder o impulsada por las exigencias de las demandas sociales. Cualquiera sea su razón; la función legislativa interviene y categoriza, dando relevancia a un bien jurídico, al percibirse su necesidad de protección, el merecimiento de reprochabilidad y la posibilidad de ampararlo por medio de la función judicial. Así el Estado interactúa precautelando su propia existencia y por medio del bien jurídico – valor supremo, ampara tanto a la individualidad humana como a la colectividad.

La radiación del “especial consenso social”, impacta en el derecho que es expresado en normas y reglas jurídicas que se transforman de una a otra generación por efectos temporales, de orientación del pensamiento y motivación del comportamiento humano; donde la política al abordar problemas y conflictos de cada día utiliza esas normas preestablecidas, las cuales, al ser un obstáculo para el ejercicio del poder, éste las prescinde, transforma o cambia. La solución encontrada tras años de evolución social para crear un equilibrio entre Política y Derecho ha sido la fórmula del “Estado de Derecho”, o si se prefiere, el término anglosajón la “Rule of Law” que se traduce como “Imperio de la Ley”; un imperio con el cual el Estado, somete sus decisiones a reglas y principios previamente establecidos. La “división de poderes”, entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial; atendiendo al derecho penal, reparte el poder punitivo estatal entre el poder legislativo, que se encarga de determinar a las infracciones en formas de delitos y/o contravenciones y sus penas a través de sus miembros representantes del pueblo electos democráticamente; el judicial, encargado de aplicar las leyes a través de un debido proceso con todas las garantías por el tribunal cuya competencia ha sido previamente establecida por la ley; el ejecutivo, con poca o ninguna competencia, salvo

la de proponer al legislativo las leyes o reformas que estime necesarias y dotar a la administración de justicia de los medios y organización necesaria para llevar a cabo su tarea. Garantizando en todo momento el respeto a las garantías y derechos fundamentales de las personas (GALÁN, 2021).

El Código Orgánico Integral Penal, es producto de una voluntad política, con matices propios y novedosos si se lo compara con otros modelos encaminados a normar el poder punitivo del Estado; siendo acertado comprender que desde *"...la perspectiva histórica, cada sistema punitivo es... un caso de estudio con tendencias y perfiles diversos, aunque, hablando en términos generales, [sin ser] exagerado constatar la existencia de un foso entre el programa de la Constitución y la realidad de una práctica punitiva en la que los planteamientos novedosos aparecían lastrados por la falta de decisión política a la hora de desarrollarlos y por las inercias y reminiscencias en los modos de administrar justicia propios del Antiguo Régimen... [sin parecer] que hasta las grandes reformas codificadoras... sea posible hablar de un ejercicio del poder punitivo acorde con los requisitos y con las garantías que se mencionaban en la misma. Como tantas veces se resalta, más allá de los vaivenes políticos y cambios constitucionales..."* (PARISI, 2020). Tales variaciones convergen en establecer la más idónea forma de manifestación del ius puniendi.

Con distinción innovadora ante el clásico modelo, el integral penal, se determina por el imperio de la dignidad humana como base esencial limitadora del poder Estatal, siendo la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos, los estabilizadores del ius puniendi, pese a que ciertos sectores reseñan que la expansión del derechos penal es inevitable, a su vez, recelan de ésta al considerar que necesariamente supondrá una relativización de las garantías político-criminales sustantivas y procesales del derecho penal clásico, pro-

poniendo que con el derecho penal clásico y nuclear paralelo a lo que se podría denominar "los diez mandamientos", con todas las garantías, para la delincuencia tradicional, en el que se pueda recurrir a la pena de prisión, exista además, un "Derecho de Intervención" (intermedio entre el Derecho Penal y el Derecho Civil), o un Derecho Penal de "segunda velocidad", con menores garantías, expandido y en él sin recurrir a la pena de prisión. Sin embargo, tales propuestas de "resistencia" frente a la modernización o expansión del Derecho Penal omiten que el sistema de garantías constitucionales debe ser el mismo para todo el Derecho Penal (al ser también común la Constitución) y que mientras el Derecho Penal clásico-nuclear cumple la función conservadora propia de cualquier sistema jurídico, su expansión pertenece también a la esencia derecho penal que, también como cualquier sistema jurídico, tiene una función configuradora y transformadora del sistema social (función promocional propia del Estado "Social" y Democrático de Derecho al que se vincula) (MORENO, 2010, págs. 94, 95).

Desde la Constitución se impone una fuerza explosiva y expansiva de los derechos humanos cuyo valor supremo les dota de entidad suficiente con la que son objeto de protección penal; y a su vez, cumplen una función limitadora del brazo punitivo del Estado. Aunque haya cierta disparidad de estándares de protección de estas inmanencias son hoy, en un mundo globalizado, una realidad jurídica de relevancia práctica y decreciente complejidad. Se destaca la importancia que esta situación de multiplicidad de estándares de protección tiene para la configuración y aplicación del orden penal, definido como esencialmente garantista y limitador del poder punitivo del Estado. Primero, porque es un ordenamiento que protege valores esenciales – ámbitos de libertad – mediante la restricción también de valores esenciales de la persona – la propia libertad de los condenados y la de quienes cuya legítima actuación se limita –; y, segundo, porque es

un ordenamiento cuya función esencial a más de prevenir y sancionar la comisión de infracciones delimita el marco de actuación legítima del Estado al cumplir sus funciones de prevención de infracciones y de sanción al infractor, como la reparación integral a la víctima. Para un ordenamiento así definido, la delimitación del contenido y alcance de las inmanentes prerrogativas del individuo constituye, sin duda, su presupuesto ineludible (PÉREZ, 2019) .

Los derechos humanos, vienen a ser un temple, para limitar el *ius puniendi*, fijando las nociones para que surja la necesidad de protección, del merecimiento de reprochabilidad y de la posibilidad de amparar al bien jurídico protegido; cuya operación, se realiza gracias a que el orden penal moderno, es por excelencia fragmentario, que se activa para precautelar y blindar al bien jurídico, de manera exclusiva, sólo ante la presencia de ataques de especial gravedad, denotados en el mundo de las realidades, por la manifestación de ciertas conductas que signifiquen acciones u omisiones, que representen tendencias e intenciones productoras de resultados lesivos o que pongan en peligro; cuya realización pueda ser descrita y demostrable. A su vez, excluye de ese campo de operación, a la mayoría de los valores o bienes, ya que solo se dotan de relevancia a aquellos que por ese "*especial consenso social*" se tipifican. Lo que, en las otras ramas jurídicas, se estima como antijurídico, se excluye del orden penal, pues, el universo de conductas que se las puede caracterizar como inadecuadas, indebidas, inapropiadas o de forma llana inmorales; como el incumplimiento de contratos, la falta de pago de remuneraciones a los trabajadores, etc., siendo antijurídicas, están fuera del alcance punitivo del Estado.

Ante la tradicional consideración de que el "*bien jurídico*" es un punto de referencia liberal y límite del poder punitivo; y el cuestionamiento, de que su concepto carece de precisión, claridad, adoleciendo de debilidad

teórica sin satisfacer exigencias mínimas de concreción que lo hagan útil para determinar sin oscuridad ni dispersión qué conductas deben ser infracción penal y cuáles estarían fuera de este rango (selección de los comportamientos delictivos) y la distinta gravedad de éstas (jerarquización de los bienes jurídicos). Debe reconocerse que, en última instancia, para el derecho penal, un bien jurídico puede ser cualquier interés que un grupo social esté dispuesto a proteger a costa de una privación de derechos para el que lo lesione (en el fondo, se trataría de un problema de ponderación de intereses). Desde esta óptica, inexistirían infracciones sin bien jurídico: por ejemplo, cuando se dice que el delito de maltrato a animales carece de bien jurídico se olvida que el "*trato digno*" a los animales puede ser perfectamente un bien jurídico y que lo único que se podría discutir es hasta qué punto tal conducta merece la respuesta de una pena privativa de libertad, pecuniaria u otra (MORENO, 2010, pág. 42). Se ha de precisar que los derechos humanos, son un conjunto de valores morales indispensables para la esencia humana, que se juridifican en una determinada temporalidad histórica, producto de los consensos sociales y que, una vez juridificados son inamovibles e inderogables, que se desarrollan de manera progresiva y expansiva; de tal suerte que por su esencialidad, al momento de entrar en operación, equiparan a la individualidad humana frente al poder del Estado y se proyectan a una intangibilidad cuyo contenido se impregne de manera universal en la conciencia de los Estados, de tal manera que la sola presencia humana motive su respeto e inamovilidad. En ese mismo circuito, al ser los derechos humanos el núcleo de los bienes jurídicos protegidos, lo que se espera y aspira, es que la prohibición de su afección trascienda a la conciencia de los particulares configurándose una paz y tranquilidad social. Si bien, los consensos sociales, pueden marcar intereses, estos han de orientarse sobre la base de sustentación de las inmanentes prerrogativas para determinar cuáles conductas pueden ser delictivas, ya que en

definitiva la infracción penal, constituye en sí la negación de un derecho humano perpetrada por un particular y sin la existencia de tal negación, la infracción sería inexistente.

Si por el cuestionamiento de la identificación del bien jurídico protegido, para seleccionar los comportamientos penalmente reprochables y en particular, la jerarquización de los bienes jurídicos protegidos para la dosificación punitiva, se dudase, del orden penal como si fuese un derecho universal y homogéneo; es de resaltar que éste es producto de un proceso histórico, cuyo resplandor ilustra las formas de como cada sociedad a través del tiempo se auto define conforme a sus propias realidades; a su vez, las normas penales caracterizan la manera en que cada sociedad trata al infractor penal y los mecanismos institucionales con los que afronta los dilemas del bien y el mal. Cada sistema penal, evidencia su modelo de sociedad, sin que nada se pueda discernir o tratar fuera de su realidad. De allí que arto influye el carácter universal en cambio de los derechos humanos para limitar las dimensiones del poder punitivo del Estado. Esto implica que el tratamiento penal, es propio y distinto para cada sociedad, mientras que el poder punitivo del Estado se modera con la fuerza de la universalidad de los derechos humanos.

Uno es entonces, el poder punitivo y otro es el derecho penal; tal separación es para la actual *"...generación el equivalente a la de derecho y moral de los pre ilustrados. Negación a asignar funcionalidades manifiestas al poder punitivo, y fortificación de las estructuras dogmáticas de contención del derecho penal. El agnosticismo penal está dentro de la teorización del llamado "derecho penal humano"... La fundamentación antropológica básica del discurso jurídico penal es el núcleo básico posbélico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El nuevo orden positivo internacional y local pensado como fundamento del saber (...)"* (PARISI, 2020, pág. 424). El ius puniendi, surge del imperativo constitucional para de allí derivarse en

el orden jurídico penal, en cuyas normas se catalogan los comportamientos reprochables y las medidas punitivas y reparatorias a aplicarse a quienes incurren en la descripción de los comportamientos asignados como penalmente relevantes. Por lo tanto, esa potestad de asignar punición a los infractores de las normas penales, por medio de los órganos jurisdiccionales en esta materia, es el ius puniendi ostentado por el Estado, que a través de la función legislativa, crea la normativa penal; por medio de la función judicial, aplica dicha normativa; y, con la función ejecutiva, dota de infraestructura a las otras funciones, efectiviza la satisfacción de penas privativas de libertad y en ciertas circunstancias coopera en los de protección y de mecanismos de reparación integral.

Mientras los derechos humanos son progresivos, el ius puniendi, ha de ser regresivo; pero la suerte del ius puniendi, ha de depender del destino de los derechos humanos. El orden penal, donde aterriza ese poder punitivo, es subsidiario respecto a las otras materias jurídicas. Hay conductas lesivas a otros bienes jurídicos, pero que son irrelevantes careciendo de reprochabilidad punitiva; la asignación de penas es por las conductas atentatorias a bienes jurídicos que, con democracia el Estado ha decidido su gravedad, grado de importancia y caracterización normada que justifica la reacción Estatal. De dar rienda suelta a esa capacidad de reacción, incentivaría a la arbitrariedad, ya que, en estado natural, el poder punitivo es rústico, atávico, invasivo y socialmente radical. Ningún otro medio de control social provoca tanta violencia a pretexto de combatirla. Ningún control social se mantiene sin el crecimiento de una forma tan persistente, en toda la inmensidad de los efectos colaterales producidos. Ninguna sociedad pasa incólume al fortalecimiento de la autoridad y la selectividad de los mecanismos de contención. Sin estos, el poder punitivo tiende al arbitrio (SEMER, 2020). Por lo que el único camino posible de contención es el derecho penal, del que vierte un control so-

cial formalizado con restricción interpretativa y subsidiario que coadyuva al Estado a cumplir su misión de velar por la vigencia de los derechos humanos.

“El poder punitivo [más que centrarse] en el delito como acto, [se centra] en el delincuente, concebido como destinado, de alguna forma, al crimen (...)” (MONTROYA, 2020); mientras que, el derecho penal, sanciona las conductas penalmente relevantes. De la forma en que está pensado el orden penal, sólo ante elementos racionales que generen la necesidad, el merecimiento y una objetiva posibilidad de blindar bienes jurídicos previniendo la eventual perpetración de actos de tal naturaleza; para que a su vez, en caso de inexistir la caracterización de tales infracciones, sea imposible activar el poder punitivo del Estado, so pretexto de perseguir otras conductas percibidas en el tejido social como inadecuadas, indebidas, inapropiadas o inmorales. El derecho penal estudia los comportamientos prohibidos, para entregar a los infractores a la función ejecutiva bajo control de la judicial, para el cumplimiento de su poder punitivo.

La actividad intervencionista del Estado, por medio de su poder punitivo, goza de legitimidad, al sustentarse en conductas que reflejen o que de manera implícita, contengan un impulso de alteración social; evitando además, que esta potestad pública, se utilice o convierta en un instrumento de persecución, dominación o venganza; o, que se transmute para sancionar cualquier clase de ilícito, como los situados en el orden civil, laboral, mercantil, tributario, etc., ya que eso alteraría su naturaleza fragmentaria y subsidiaria, que hacen que sea de última ratio, operando sólo cuando todo el circuito jurídico se ha agotado sin que haya otro camino que el orden jurídico penal. Por ello, es indispensable que esta fuerza de la intervención penal se impulse por la justa necesidad, el valedero merecimiento proporcionado de manera previa y racional en la escala de

punición como expresión del reproche, por efectos de una descripción típica de la especial carga lesiva, lo cual es un factor irrenunciable con que se legitima el Estado.

Tanto la legitimidad del derecho penal como del poder punitivo del Estado proviene, *“(...) del modelo fijado en la Constitución [e instrumentos] internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconocidos por la... Constitución... que el Derecho penal debe respetar y garantizar en su ejercicio... junto a esta legitimación extrínseca del Derecho penal, hay... una legitimación intrínseca del propio instrumento... punitivo, representada por una serie de principios específicos que inspiran y limitan su actuación. Algunos de estos principios, como el de legalidad de los delitos y las penas, tienen tanta importancia que han llegado a recogerse a nivel constitucional entre los derechos y libertades fundamentales; otros son... producto de la reflexión especulativa sobre la regulación penal que de la aplicación directa de preceptos constitucionales. Pero todos son... importantes en la configuración de un Derecho penal respetuoso con la dignidad y la libertad humana, meta y límite del Estado social y democrático de Derecho y, por tanto, de todo su Ordenamiento jurídico (...)”* (MUÑOZ, 2019). El principio de legalidad tiene relevancia al fijar el límite principal del poder punitivo del Estado, al exigir que los ciudadanos gocen de la más alta previsibilidad normativa, sobre todo lo que esta ordenado, prohibido o permitido y como se sancionaría su inobservancia. Siendo imprescindible para el Estado de Derecho fortalecer la seguridad jurídica para consolidar la paz social.

Entre los primordiales deberes del Estado, se encuentran los de prevención, investigación y sanción a todo ataque por acción u omisión lesiva a los bienes jurídicos protegidos; a la par este deber, es un poder que precautela y garantiza los estándares de la más esencial convivencia armónica, reflejada por medio de la tipificación de conductas

que, a criterio del consenso social, representen mayor incidencia y gravedad, al establecerlas en el catálogo punitivo. Los bienes jurídicos, pueden ser individuales o colectivos, cuya única forma final de defensa es a través de la imposición de una pena, cual declaración del poder punitivo, que se impone a través de los órganos jurisdiccionales penales, que por medio de la operación jurídica, único medio idóneo para la restauración del orden constituido, realizan el análisis del contenido real de las conductas para asignar la acreditación de reproche con la pena preestablecida, contra las conductas que atentan a los bienes jurídicos protegidos.

Tal garantía de legalidad en dimensión sustantiva y adjetiva, reviste de relevancia e importancia a la legitimidad del poder punitivo del Estado, que suele deformarse y malinterpretarse desde el punto de vista de los medios de comunicación, sede en la cual, nada de cabida tiene alguna garantía de las que solventa al *ius puniendi*, desatendiendo la presunción de inocencia, el derecho a la defensa o contradicción, al limitarse a replicar la postura acusatoria como si estuviese probada. Sin que esto signifique que el papel de los medios de comunicación carezca de importancia para materializar la publicidad de la acción penal, sino que su comunicación debe ser imparcial sin atender a ningún interés (PELÁEZ, 2021). Entre los principios y limitaciones del poder punitivo, dentro del Estado Social de Derecho, se encuentra el de mínima intervención, el de presunción de inocencia, de legalidad, *non bis in ídem*, de culpabilidad, etc. Principios y límites que colaboran en la creación de una cultura jurídico-penal civilizada; por ejemplo, el principio de culpabilidad es un pilar básico, aunque se desconozca su exacto significado. Por ello, pese a su general aceptación, hay que acentuar en el deber de desplegar todo esfuerzo posible para profundizar materialmente en los mismos ya que entregan auténticos mecanismos de control con los que cuentan ciertos órganos del Estado, organismos jurisdiccionales y la ciudadanía para enfrentar

al ejercicio abusivo e injustificado del derecho penal (MORENO, 2010, pág. 90).

Variadas son las formas con las que el Estado protege derechos; una de ellas, es su poder punitivo, instrumento con el cual, los intereses sociales, reciben la suficiente tutela, con diversos modos de sanción penal, que, al ser también la más drástica forma de respuesta, con la que el Estado aplica una privación de derechos por la realización de la conducta prohibida, proferida por un acto humano; debiendo prever que a su vez, esta negación deje de trascender a la individualidad humana; sin ser idóneo que un conglomerado social, mantenga gran parte de su estructura funcionando con el orden penal, ya que de ser así, dejaría de ser fragmentario, subsidiario y de última ratio, pues solo se enfoca a atender a un mínimo grupo de conductas lesivas a bienes jurídicos, cuyas modalidades hayan provocado daño o puesto en peligro a la sociedad, descansando su finalidad en la preservación del tejido social, por medio de la realización de la justicia.

En el presente y acorde a la realidad temporal, es imposible imaginar cómo se desenvolvería una sociedad moderna y compleja sin derecho penal, sin que quepa justificar el abandono de la búsqueda de otros mecanismos menos invasivos y drásticos. Vista la operación del principio de progresividad de los derechos humanos que a su vez infunde la regresividad del *ius puniendi*, implica una guía para ir minimizando las más graves consecuencias como en el trato a las poblaciones penitenciarias. Cuando se concibe al orden penal como técnica de limitación del poder punitivo del Estado, este se ve informado por la mínima intervención, como realizadora de una motivación específica de las razones por las que se imposibilita al Estado rebasar los umbrales penales mínimos.

2.- Tipificar las infracciones penales

Cuándo y cómo prohibir – el Estado debe responder a la pregunta de por qué ciertas acciones merecen la tutela penal y por tanto del andamiaje del sistema de justicia penal que reaccionará para la protección del bien jurídico tutelado (CARNERO, 2020); tal operación entre la formulación de la pregunta, los insumos que la generan, sus análisis, conclusiones y solución es lo que entraña la política criminal reflejada en la tipificación de infracciones. Si se alude a “*infracción penal*”, en el sistema integral penal, es en referencia a delitos y contravenciones (las segundas en un gran sector exterior conocidas como faltas).

Se encuentra impedido el Estado de aplicar su poder punitivo de inmediato. Debe desarrollar todo un procedimiento para comprobar la imputación contra una persona y, si correspondiere, llegar a una resolución judicial de condena. En ese sentido la función penal a cargo del Estado se cumple a lo largo de diferentes momentos: a) el legislativo; b) el jurisdiccional declarativo, y c) el jurisdiccional ejecutivo. Cada una de estas etapas conforma el proceso de individualización de la pena y de la progresiva concreción del ordenamiento jurídico. En el primer momento – el legislativo – establece las normas penales que tipifican las conductas que constituyen infracciones y su correspondiente pena. Es la etapa de la conminación abstracta, es el primer paso de individualización de la pena, porque se formula haciendo abstracción de la persona que comete la acción tipificada. En esta etapa, el Poder Legislativo recepta el sentir social con respecto a determinados valores y establece las normas respectivas (CHIARA, 2013).

Determinar qué conductas han de ser infracción penal, es de exclusiva competencia del poder legislativo. Al determinarse cuáles presupuestos fácticos son merecedores de configuración penal, de forma automática, compete a los órganos jurisdiccionales penales conocer esas infracciones por mandato constitucional y ejercer la potestad puni-

tiva del Estado; surgen así, dos límites al *ius puniendi*, primero, la imposibilidad de que jurisdicciones distintas a la penal, apliquen de manera directa o subsidiaria la punición pública; y segundo, la inexistencia absoluta de lo revisado por esas otras jurisdicciones respecto a conductas penalmente relevantes. Hay una inalterable prohibición de generar Tribunales de excepción, para abordar estas infracciones. Siendo el poder legislativo quien decide qué comportamientos son merecedores de reproche penal, también es automática la asignación jurisdiccional donde el debido proceso operará para estas conductas.

Garantizar la paz social, entendida como convivencia bajo parámetros de libertad y seguridad, constituye el fin último del sistema penal. A estos efectos, y de conformidad con el principio de intervención mínima, se articulan tres instrumentos básicos: **1)** la tipificación de las conductas prohibidas o delitos; **2)** la concreción de las consecuencias derivadas del incumplimiento de dicha prohibición; y **3)** el establecimiento de un proceso judicial específico como cauce exclusivo a través del que constatar la existencia del ilícito, determinar el eventual responsable e imponer las penas y medidas complementarias procedentes en cada caso (PRESNO, 2019). Allí se evidencia que al tipificar una infracción penal, para que ésta pueda realizarse, existir y ser posible la protección del bien jurídico protegido, se requiere a su vez delimitar las consecuencias jurídicas por la adecuación a la conducta prohibida y por último la activación del censor de control, por medio de una jurisdicción especializada en el orden penal.

La legalidad penal, contiene triple dimensión: Primero es un derecho humano. Segundo es una de garantía formal. Tercero es un principio. Como derecho, entraña la prohibición de que nadie pueda ser punido sin ley previa. Como garantía implica la ineludible necesidad de existencia de una norma en el rango de ley, como presupuesto necesario

y previo a la actuación punitiva del Estado, que taxativamente defina las conductas de relevancia penal con sus respectivas consecuencias; operación realizada por el poder legislativo. Como principio, evidencia la autolimitación impuesta por el propio Estado para desarraigar la arbitrariedad, el despotismo y el autoritarismo cuyo semillero, encuentra cabida en el abuso del poder. Esto significa que el Estado, expresa su poder punitivo, por medio de la ley y sólo lo ejerce en la medida prevista en la misma.

Existe una reserva absoluta de ley en el orden penal, que al crearla el legislativo, faculta punir comportamientos reprochables, sólo cuando dicha ley tiene el carácter de orgánica, ya que la imposición de una medida punitiva prevista en una norma sin tal carácter vulnera los derechos fundamentales y por ende las garantías que limitan el ius puniendi. Previsión legal que destaca al bien jurídico que se erige como fundamento y límite del derecho punitivo del Estado, lo primero, por cuanto se dirige a proteger derechos individuales y colectivos requeridos para una convivencia pacífica, próspera y participativa en procura de que sus miembros obtengan el cabal desarrollo de los inmanentes derechos reconocidos por la Constitución, es decir, que los bienes jurídicos deben ser instituidos y ponderados desde un contexto político social; y como límite, en cuanto restringe al legislador a seleccionar solo los comportamientos que verdaderamente ostenten la potencialidad de dañar o poner en riesgo los bienes jurídicos protegidos por la norma y al juez, en cada caso, a verificar si la conducta efectivamente lesionó o colocó en riesgo el mismo bien jurídico. Principio que está conectado materialmente con el de necesidad de la pena que limita al legislador y al juez a acudir a la facultad sancionadora en casos estrictamente necesarios, y con los axiomas derivados de última razón, subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal (VELÁSQUEZ, 2020).

La legalidad como principio, está asociada a otras garantías materiales, que asignan al legislador el imperativo de predeterminar la normativa sobre conductas merecedoras de reproche penal y sus consecuencias jurídicas, tipificándolas con un nivel de precisión y adecuada concreción al describir los presupuestos que los incorpora; debiendo el legislador, empeñar el máximo esfuerzo en esa definición, promulgando normas claras, precisas, entendibles, sin irascibilidades y con concreción; describiendo primero el supuesto de hecho al que asignará la dosis punitiva; realizando una descripción exhaustiva, sin estereotipos de los comportamientos reprochables, manteniendo un equilibrio simétrico de las medidas punitivas, con concreción y precisión de los elementos integradores de la figura típica, para que ninguna delimitación impida el ejercicio del poder Estatal en protección de los derechos vulnerados por medio de la conducta tipo. Realizando a su vez la garantía de seguridad jurídica, permitiendo a la ciudadanía con anticipación conocer el deber de evitar incurrir en la figura tipo y medir las consecuencias de sus conductas

El proceso legislativo debe encaminarse a la regulación lo más exacta y completa posible de las situaciones de conflicto, ofertando soluciones materialmente justas que sean además fáciles de identificar por los destinatarios de las normas primarias – los ciudadanos que se ven envueltos en una situación de conflicto de intereses – y secundarias – los órganos de la justicia penal que deben apreciar la presencia de la causa de justificación dejando impune el hecho típico – (CARBONELL, 2008). Cumplir la exigencia de concreción del proceso de tipificación, es complejo, por lo materialmente imposible de ajustar a una ley y más a la penal las tantas posibilidades de un conflicto para dotarle de solución individualizada, sin poderse encargar al derecho penal lo que el orden jurídico general carece de condiciones para realizar. Si se pudiese, también sería innecesario, pues la mayoría de los conflictos care-

cen de problema, ya que el respectivo valor de lo disputado es distinto para cada individualidad, resultando inverosímil su mención expresa. Un sistema de justificantes sustentado en reglas específicas es lánguido para responder ante la velocidad de la evolución social, siendo aletargado el derecho penal al adaptarse a la tipicidad; su ligereza, depende de mecanismos sensibles a los cambios obstaculizados por una resistencia ante su apareamiento, estriba en gran medida de los principios enunciados en las reglas generales, como sucede con los inderogables derechos humanos o los principios derivados de la racionalidad. Las sociedades pueden minimizar los derechos individuales, pero jamás dejan de aplicar la máxima racionalidad.

Para proteger derechos humanos, se destina el derecho penal, “(...) a través de la tipificación de las conductas que los afectan, resulta una obviedad indiscutible pero a veces se olvida que el respeto a los derechos humanos ha de constituir, también, un límite infranqueable en la intervención del Derecho penal tanto en las conductas que castiga como en las penas a aplicar. Pero es más, hay delitos en los que se castiga una conducta que se realiza, precisamente, en el ejercicio de un derecho humano (...)” (OBANDO, 2018). Los aspectos materiales y formales son indivisibles, estructuran en conjunto el rigor limitante del poder punitivo Estatal como el derecho fundamental de preexistencia de normas penales claras anteriores a la infracción. Si bien la garantía formal se satisface al existir una ley orgánica penal, sobre cualquier anti-tecnicismo legislativo, tal ámbito formal, requiere para su realización, que el poder legislativo con democracia ilustre definiendo las conductas de relevancia penal, con precisión, para previsión de la ciudadanía en el ejercicio de su libertad conductual.

La reserva de ley penal se extiende solo a ciertos aspectos concernientes a la descripción de los supuestos penalmente relevantes implica que el legislador carece de la obligación de dar definiciones específicas a

cada uno de los términos con los que describe al tipo. “(...) ...Ningún legislador puede prever al detalle, en diferentes normas, todas las combinaciones de movimientos, actos, acciones, omisiones o hechos humanos merecedores de pena.” (BREGLIA, 2007)

Se exige que el supuesto penal legislado, a más de señalar la pena, establezca el núcleo esencial prohibitivo, satisfaciendo la exigencia de concreción, para que la conducta reprochable, por sí misma contenga la suficiente salvaguarda auto determinadora de la garantía del tipo penal, para facilitar el conocimiento de la ciudadanía sobre la conducta prohibida. Los preceptos de esta rama del sistema jurídico se recogen o tipifican conductas, de manera genérica o abstracta. Más concretamente, lo que se suele tipificar es la infracción de un deber o prohibición, cuya verificación (la de la infracción) se enlaza con una consecuencia jurídica, esto es, la sanción, la cual se aplica al autor de la infracción. A este respecto, tipificar se considera recoger en la ley penal la conducta que se considera antijurídica. La conducta antijurídica constituye una desobediencia o infracción del sistema jurídico, y en el ámbito penal recibe la denominación de delito o contravención (RUIZ, 2016).

Inseparable del derecho penal es el principio de mínima intervención, según el cual, el ejercicio de la facultad punitiva opera cuando las demás alternativas de control han fallado. Esta preceptiva significa que el Estado carece de la potestad de punir toda conducta antisocial, debiendo tipificar sólo las que ofrezcan un verdadero riesgo para los intereses de la ciudadanía de forma individual o colectiva; la decisión de tipificar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comporta-

miento que afecta los intereses sociales. En esta medida, el orden jurisdiccional legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la sociedad (FERRE, 2021). Igual que el legislador actúa autorizando al ius puniendi, debe también a los potenciales sujetos pasivos de las distintas infracciones penales, concederles la más eficaz protección para materializar a la par los fines de prevención general y especial; sin desviarse considerando a cualquier lesión a los derechos humanos, como causa suficiente para calificarlo de punible, ya que siempre el legislador debe orientarse a tipificar sólo las conductas que causan mayor alarma y relegar a otra jurisdicción los supuestos de menor incidencia.

Con el orden punitivo se identifica el principio de mínima intervención. *“...que propone tipificar... las conductas que realmente impliquen un daño o peligro para la sociedad, que solamente se aplique una sanción penal cuando otros mecanismos de control social resulten ineficaces y conlleven una ruptura del orden y la paz social, y exalta la búsqueda de la solución del conflicto social que surge por el quebrantamiento de la norma, a través de los métodos alternos de resolución de conflicto”* (VIDAURRI, 2020). Así, al momento de interpretar el hecho histórico comparándolo con el supuesto preestablecido en la norma penal, debe el órgano jurisdiccional penal, determinar cuál es la lesividad que el legislador pretende precautelar al asignar punición, sin que se le permita al órgano jurisdiccional absolver bajo el entendimiento de que una conducta tipo carece de esa gravedad; ello implicaría una expulsión de comportamientos del orden penal, que de manera previa el legislador por efecto del sistema democrático de los consensos sociales los fincó como hechos punibles, ya que la labor hermenéutica del poder judicial, es distinta a la de legislar colocando o retirando infracciones.

Los motivos del principio político criminal, con los que el legislativo actúa, es la única fuente del principio de mínima intervención e impide al poder judicial al aplicar la ley penal, a pretexto del propio parámetro con que el legislador tipifica infracciones (mínima intervención) realizando exenciones de responsabilidad, sin que éstas se encuentren legisladas. El principio político criminal de mínima intervención del sistema penal carece de potestad para derogar el principio de legalidad.

Por la gravedad de las sanciones penales, el legislador debe alejarse de tipificar con criterios temporales direccionados a la pena, elemento de última ratio, por lo infructuoso de los otros medios de control social. El principio de mínima intervención es el primer freno al poder punitivo, es el parámetro para que se legisle sólo contra ataques de especial gravedad hacia los bienes jurídicos considerados de mayor relevancia. Tal valoración es potestad del legislador gracias a las facultades asignadas en el moderno Estado Social y Democrático de Derecho, imperado por la Constitución en primicia de los derechos humanos. Pueden existir condicionamientos político-criminales de incriminación de ciertas conductas, pero a su vez, ello implica que su tipificación se justifica en la medida que la adecuada protección de esos bienes solo es posible en lo penal, ante el fracaso de los otros órdenes jurídicos. La respuesta punitiva asignada por el legislador a la conducta reprochable debe sustentarse en el principio de proporcionalidad, midiendo la gravedad punitiva señalada. En el Estado social y democrático de derecho, el diseño de la política criminal es exclusivo del poder legislativo y la proporcionalidad de la medida punitiva, por una conducta tipo, debe ser resultado de un complejo análisis oportuno del legislador, debiendo reconocerse sin prescindir de los límites impuestos en la Constitución, que tampoco le dota de un criterio de solución preciso y unívoco. Evidenciándose aquí una vez más la naturaleza del orden penal subsidiario y

fragmentario. “(...) Ahora bien, el carácter fragmentario del Derecho Penal... implica que... deba darse respuesta a las crecientes necesidades de tutela penal de nuevos intereses en una sociedad cada vez más compleja, dando lugar a una ampliación del catálogo de delitos... Esta llamada “expansión del Derecho Penal” ha sido objeto de críticas en la doctrina... pero debe ser vista como el paso a un Derecho Penal de “nuevo cuño”, que responde a nuevas necesidades sociales de protección (...)” (MORENO, 2015)

Desde la significación del principio de legalidad sancionadora como garantía de delimitación y separación de las atribuciones del poder legislativo respecto al judicial y al ejecutivo. Es una exigencia inexcusable de cumplimiento que convoca al resto de poderes a abstenerse de alterar, corregir, suplantar, etc., la política legislativa tipificadora de infracciones aprobada por el legislativo; siendo prohibida cualquier consideración, modulación o discrecionalidad respecto de la aplicación a la ley penal impuesta por éste.

Siendo el sistema procesal medio idóneo para realizar la justicia; la potestad determinadora de conductas de relevancia penal y sus consecuencias, es labor legislativa, cuyo producto es de irrefutable cumplimiento para los operadores jurídicos, por magnificencia de la ley mientras rija su vigencia. Por ejemplo, discrepar si las penas de una u otra infracción penal, son proporcionadas o coherentes con los bienes jurídicos que protegen, le compete al poder legislativo. El judicial, se limita a aplicar tales leyes, por medio de un ejercicio hermenéutico interpretativo.

Hay una alta relación entre los principios de legalidad, tipicidad, libertad y seguridad jurídica, esenciales al Estado de Derecho, implicando que las leyes punitivas deben redactarse y promulgarse con todas sus formalidades, para el futuro, con precisión y suficiencia, con un lenguaje descriptivo respecto a la construcción del tipo en cada artículo. Sin confundirse con un positivismo

fundamentalista, pues la operación de los órganos jurisdiccionales penales al resolver problemas intersubjetivos con el rígido texto fincado por el legislador se logra con la hermenéutica, las posturas ideológicas y la política criminal sin impedir los alcances de la norma del caso concreto; la única limitante es la imposibilidad de aplicar criterios según las convicciones personales de quien corresponda juzgar. Con las indicadas herramientas, se ha de superar al excesivo formalismo de los modelos positivistas, activando la creatividad interpretativa jurídica operando sobre los datos entregados por el texto de la ley ante los límites de los distintos significados posibles en la praxis del derecho. Pues cada caso se resuelve aplicando los hechos a la ley tal y como esta es, evitando la aplicación mecánica del tenor literal sin degradar la discrecionalidad de la razón.ç

3.- Establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso

El derecho a juicio imparcial incluye el inmanente derecho a un debido proceso con todas las garantías, siendo la imparcialidad el núcleo de la función de juzgar, pues sin ella, tampoco puede existir el debido proceso, razón de ser de la administración de justicia en el Estado social de derecho, atiende más allá de los sujetos procesales, lo hace por un interés público. Responde al principio de legalidad en sentido formal, que “(...) a partir de éste nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...)” (PELÁEZ, 2020)

Ostenta rango de derecho humano el presupuesto de que una persona sea juzgada por un juez u órgano jurisdiccional legalmente predeterminado en la ley. Es una garantía básica del procedimiento. Esta impide

establecer jueces de excepción o fuera del rango jurisdiccional, distintos a los especializados a razón de sus competencias, con predeterminación legal de fijación de reglas establecedoras de la competencia de los órganos jurisdiccionales llamados a ventilar un problema intersubjetivo penal; establecidos de forma genérica para que abstraigan los supuestos de reprochabilidad penal con antelación a su conocimiento. Es inadmisibles modificar arbitrariamente los componentes y titulares del órgano; más por motivos derivados de la naturaleza de las instituciones, tal grado de fijeza y predeterminación al órgano y a sus competencias como a sus titulares, puede alterarse siguiendo el circuito jurídico, ya que es inexistente el derecho a un juez concreto.

La fórmula Juez predeterminado por la ley, atiende al momento funcional de distribución de competencia y al ejercicio de la actividad jurisdiccional, por tres órbitas: Primero, parte del concepto de función jurisdiccional, en la fase de la orgánica independencia predicada en la distribución competencial y la abstracta imparcialidad subjetiva; dando idoneidad al juez para ejercer jurisdicción, con todas sus potestades, al estar dotado de las condiciones necesarias para su imparcialidad en el enjuiciamiento. Segundo, el adecuado planteamiento procesal de la pretensión genera la viabilidad condicionada con la previa garantía de que quien desarrolle la función jurisdiccional para conocer tal pretensión, sea apriorísticamente imparcial; también aporta los elementos: sujetos y objeto, que condicionan la concreta imparcialidad del enjuiciamiento. Tercero, se proyecta indirectamente al enjuiciamiento, que exige la concreta imparcialidad del juez, determinando la abstención y recusación previa, debiendo ser el juez abstractamente imparcial, lo cual se garantiza por el derecho al juez predeterminado por la ley (ENCALADA, 2007).

Cualquier cuestión de interpretación por las competencias de los órganos jurisdiccionales,

en principio son temas de legalidad ordinaria distintos al derecho a un juez predeterminado en la ley, salvo que tal interpretación implique una manipulación manifiesta y arbitraria de la normativa que atribuye competencias. Sin poderse confundir al contenido del derecho humano con las normas de distribución y asignación de competencias de los órganos jurisdiccionales.

Los criterios para la determinación de la competencia de un órgano jurisdiccional penal se sintetizan en el criterio objetivo, funcional y territorial. El criterio objetivo distribuye el conocimiento de causas penales entre órganos jurisdiccionales por razones cuantitativas y cualitativas. Las cuantitativas distribuyen el conocimiento de los hechos punibles considerando la menor o mayor gravedad de la pena (delito o contravenciones). Las razones cualitativas fijan la competencia objetiva, en función de la condición de la persona, o por el delito o contravención. El criterio funcional permite distribuir el conocimiento del proceso penal atendiendo a la fase de tramitación. Por último, por el criterio territorial, se distribuye el conocimiento de causas penales entre los diversos órganos jurisdiccionales de igual categoría y que a su vez existen en el territorio nacional (PÉREZ, 2020).

Sólo puede haber un único juicio por una conducta punible, realizado ante un juez predeterminado en la ley, sin interferencia de otro órgano o poder Estatal. “(...) El empleo de la prohibición de doble persecución implícitamente resuelve una cierta colisión de intereses entre la aplicación del derecho y la libertad y/o dignidad del imputado (...)” (VERA, 2020). Nada ha de alterar el procedimiento prefijado en la ley para una conducta punible vigente sin derogatoria legislativa, ni limitar el juzgamiento realizado o en curso. Esto blindará la respuesta jurisdiccional, da firmeza a sus resultados y dota de ejecutoriedad y eficacia a lo decidido. Un paralelo o doble juzgamiento, crearía incertidumbre y haría que la protección Estatal

por estos actos lesivos sea inexistente o relativa y el propio poder punitivo del Estado sería infructuoso. La decisión lograda con el procedimiento previo delineado en la Ley debe impregnar de seguridad; un dual o paralelo juzgamiento hace peligrar la seguridad ante eventuales contradicciones. Es imposible que los mismos hechos cohabiten existiendo y dejando de existir a la vez. En la realidad jurídica e histórica, es inadmisibles que algo esté y a la par sea sin estar, pese su misma entidad interna y externa sean y a su vez nunca lo sean. Esto se opone a los principios de la lógica jurídica y extrajurídica como a los de la seguridad jurídica que erige la tutela judicial efectiva. La dualidad o juicio paralelo, niega al principio de contradicción, afecta a la tutela judicial efectiva, exigencia objetiva del orden jurídico a todo el aparato Estatal; integra a su vez la expectativa legítima del justiciable a obtener para un mismo asunto una respuesta inequívoca jurisdiccional. Al asignarse al juez predeterminado en la ley para practicar un juzgamiento, otro órgano o poder Estatal, es incapaz de reiterar el procedimiento o sustraerlo del sensor penal con comisiones especiales de otro poder u órgano del Estado o jueces creados por excepción o de otra jurisdicción.

Fijado el juez predeterminado en la ley, reluce el derecho humano de la presunción de inocencia, implicando que a quien se acuse de infracción penal, debe ser considerado inocente, mientras una sentencia ejecutoriada determine su culpabilidad conforme a la ley. La presunción de inocencia es un fundamento de las garantías judiciales; por el onus probandi la demostración fehaciente de culpabilidad recae sobre la parte acusadora; sólo debe haber condena penal si existe prueba plena de la responsabilidad del acusado si ésta es incompleta o insuficiente, corresponde absolverlo; y, tampoco se ha de iniciar un proceso con la idea preconcebida de que el procesado ha cometido el delito imputado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que sea condenado, una decisión judicial previa refleja la opinión

de que es culpable (SAGÜÉS, 2017). La inocencia se rompe por efecto de un procedimiento donde la actividad probatoria reluce al calor de una inmediatez concentración y contradicción, cuyo titular de impulso es la Fiscalía General del Estado con interacción del derecho a la Defensa de la persona a quien se endilga una infracción.

En una sociedad democrática, el procedimiento se reviste con una serie de garantías que someten a la potestad de juzgar conductas penalmente relevantes con ineludible observancia y acato de los derechos humanos legislados en los Estados civilizados, tanto en sus Constituciones como en el corpus iuris referente, siendo la médula y antecedente de toda garantía del proceso penal, donde el paradigma del imperativo garantista del sistema se refleja en el derecho al debido proceso realizado por medio de un juicio justo, donde se compendian todas las inmanentes prerrogativas en juego dentro de la tarea de procesar y juzgar, los presupuestos de punición. *"(...) las exigencias del juicio justo forman parte de las razones que justifican que una determinada versión de los hechos sea tenida por verdadera o, dicho de otra manera, el modo de obtención de la verdad forma parte de las razones que... llevan a tenerla por verdad (...)"* (MEDINA, 2016)

Cumplir y observar de manera estricta estas previsiones, factibilizan sin ser obstáculo para preservar el valor primordial del derecho de defensa que se fortalece con mayor alcance cuando en el desempeño del procedimiento se irrespetasen las garantías necesarias, privando a la persona que se procesa del tiempo o los medios adecuados de defensa, ocasionarían la sanción al juicio y abonaría a una ilegítima impunidad a causa de la actuación negativa del órgano jurisdiccional de juicio.

El procedimiento penal se compone por lo general por un impulsor de acusación, una individualidad que se defiende y un órga-

no jurisdiccional que decide; matiza la realización de la justicia conforme a exigencias derivadas de la observancia del derecho a la defensa. Sin poderse asignar dosis punitiva por una infracción donde la defensa haya sido limitada o impedida de actuar. Vibra un factor de legitimidad en el ejercicio del poder punitivo, cuando el Estado representa el interés social, la víctima su interés particular y la defensa también ostenta otro interés particular; cuyo interactivo accionar aporta para el resultado del procedimiento. Así se hace el procedimiento siguiendo las exigencias del principio democrático con el adecuado equilibrio entre acción y defensa en igualdad de armas y vigencia de los principios de contradicción, concentración e inmediatez.

Defensa consistente en una alta gama de inmanencias que satisfacen las exigencias de esta prerrogativa en juicio. Entre ellas: **1)** defensa letrada para la víctima y para el procesado que los asesore en todas las fases procesales; **2)** ningún interrogatorio al procesado, puede considerarse si se acepta sin presencia del defensor o sin asesoría letrada sobre la conveniencia de declarar o del significado inculpativo de las declaraciones; **3)** sólo con decisión judicial motivada y por un cierto tiempo, puede limitarse el derecho a la libertad, en sus varias modalidades al procesado; **4)** las comunicaciones entre el procesado y su defensa, dentro de la relación profesional, serán secretas; **5)** las pruebas obtenidas con violación al derecho a la defensa son nulas, sin utilidad procesal; **6)** el defensor tiene derecho a participar en los actos de investigación que requieran presencia del procesado, aportar pruebas e intervenir en su práctica, por sí o a través de un experto; de denegarse esto, surge el derecho a recurrir; **7)** el defensor está autorizado a conocer el contenido del expediente procesal, con los límites de los fines investigativos; y, **8)** La garantía al letrado que ejerza libre e independiente su actividad profesional (CHIARA, 2013).

El núcleo de los procedimientos se nutre en el principio acusatorio del sistema adversarial que se alberga asegurando el derecho a la defensa, identificando a los sujetos del procedimiento a quienes en rol automático les autoriza operar este derecho con información permanente sin actos sorpresivos o subsunciones inesperadas. Carece de legitimidad una investigación, procesamiento o juzgamiento de conductas penalmente relevantes sin efectividad de esta prerrogativa. Los órganos jurisdiccionales, receptan una cuestión fáctica y hacen una subsunción comunicada y conocida por efectos del derecho a la defensa, con reconstrucción del hecho histórico realizado con interacción aportativa de los sujetos procesales, para asignar respuesta de lo punible.

Con el Estado social de derecho, se presencia una progresiva cristalización del objeto del proceso, cual elemento esencial para estructurar el principio acusatorio, sustentado de manera acumulativa y progresiva en el desarrollo del hilo procesal.

El núcleo inicial de la regla de imparcialidad surge de criterios de normalidad, al integrar los elementos que configuran la función judicial. La parcialidad, afecta la composición del órgano jurisdiccional y al derecho al juez predeterminado por la ley, con antelación, en la medida que aparte a quien corresponda juzgar del conocimiento previo de un asunto se asigna a su vez de las normas preestablecidas que componen la jurisdicción, la competencia y su respectiva distribución aplicada con criterios objetivos.

4.- Promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas

Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad se destinan a satisfacer finalidades para unos de reeducación y reinserción social sin que éstas sean las únicas,

ya que su imposición a consecuencia de conductas de relevancia penal puede encontrar su fin también en la prevención general y/o especial, la reparación integral a la víctima o como barómetro de ponderación del sistema de ejecución y de direccionamiento de las políticas para las entidades encargadas de su cumplimiento.

Al aplicarse la pena privativa de libertad mediante sentencia firme y ejecutoriada, en fase de ejecución, se destina al cumplimiento de una alta gama de fines cuya dispersión ha de evitarse, identificando primero a los que pertenecen a estas penas y luego a los concernientes a su ejecución, que están relacionados con las políticas orientadoras de la actividad del ente penitenciario. Entre los fines de la pena, están los aspectos de la prevención general positiva y negativa y de prevención especial en función de sus destinatarios. Mientras que, los atinentes a la ejecución de la pena, refieren aspectos de reeducación, reinserción, retención, custodia y asistencia de los penados.

Toda sociedad al imponer un catálogo de convivencia realiza sus codificaciones penales, cuyo objetivo en la prevención general positiva, pretende que la pena procure *“... efectos positivos sobre la comunidad, en particular, la confianza en el ordenamiento jurídico – pareciera – una “verdad de Perogrullo” que la reacción social ante la infracción de la norma es esperada por la ciudadanía como confirmación de la vigencia de la norma; de lo contrario... ningún orden social ni jurídico [existiría]. Lograr “confianza normativa”, internalizar la pauta de que la infracción... es una alternativa socialmente [inválida] (fidelidad en el derecho) y asumir las consecuencias de la infracción a la norma son aspectos característicos de esta teoría...”* (González, 2018). Esta clase de prevención se destina a la sociedad en su conjunto, con el cometido de representar la consternación por la alarma social generada en el espectro social, ante la realización de comportamientos subsumibles a los presupuestos penales.

El incumplimiento de la pena o su aplicación selectiva de favoritismo endeble provocaría un sentir social de injusticia y mermaría la confianza y legitimidad del sistema.

Mientras que la prevención general negativa, se encamina a destinatarios concretos, *“...a través de la intimidación a la generalidad inhibiendo los impulsos delictivos de los miembros del grupo social que todavía [están sin delinquir] para que se abstengan de hacerlo por el miedo a la pena...”* (Moreno, 2015); pretende disuadir a potenciales infractores de la ley penal, con la aplicación de las penas en casos comparables, intentando evitar la posibilidad de futuras infracciones. Sea positiva o negativa, la prevención general pretende: primero, infundir la confianza en que la advertencia de imposición punitiva en general sea suficiente conminación disuasiva de comportamientos de reprochabilidad penal; segundo, que con el pronunciamiento judicial de sentencias punitivas singularizadas en los infractores, se irradie una intimidación general; y tercero, que al ejecutar la pena, las consecuencias recaídas en el infractor sobre quien ha sido imposible el efecto preventivo general intimide a los integrantes de la sociedad evitando la realización de infracciones.

Por su parte, la prevención especial se proyecta a influir en la individualidad particular del infractor para moldear su conducta ante la ley, promoviendo su integración social, es una *“... (prevención de la repetición [de la infracción], [con] la acción particular sobre el autor... se presenta de las siguientes formas. a) ...por intimidación (función de advertencia); el [infractor] debe ser disuadido de la comisión de [nuevas infracciones], [con] los efectos de la pena... infligida. b) ...por educación (corrección, resocialización); [con] la ejecución, el [infractor] debe ser preparado para un comportamiento socialmente adecuado en el futuro, efectos disociantes deben ser evitados en lo posible (...con frecuencia se deduce la preferencia de sanciones ambulantes sobre penas estacionarias). c) ...por*

aseguramiento (efecto de separación); [con] la ejecución de la pena sobre un [infractor] en particular, se protege permanente o temporalmente a la sociedad de aquél. Sólo en casos excepcionales... se restringen a una u otra finalidad de la pena. En la mayoría de... casos se presenta una combinación, como, por ejemplo, la de... intimidación preventivo-general de la ejecución con fines preventivo-especiales; [y] dentro de las tareas de prevención especial la intimidación y educación se pueden complementar adecuadamente en forma recíproca. Lo decisivo es el caso concreto y... especialmente la reacción (accesibilidad a la prevención) del [infractor] en cada caso particular..." (Maurach, 1994). Muestra al tratamiento penitenciario, como el camino realizador del fin resocializante de la pena, ante el clamor social de retribución o justicia, que se sosiega a través del cumplimiento de la pena.

Respecto a los fines de la ejecución de la pena, el sistema de rehabilitación social se encamina a reeducar y reinsertar socialmente a quienes se les ha atribuido medidas punitivas limitadoras de la libertad; así como su retención, custodia (cual sea su situación jurídica) y la asistencia que otorgue a las personas privadas de su libertad e incluso luego de su liberación progresiva de ser el caso. Aquí se han de identificar las necesidades, sus prioridades y el desempeño para conseguir el cumplimiento de las penas, evitando que se conviertan en expresión de venganza, expiación o retribución social. La sociedad está impedida de eliminar a los infractores. El principal efecto de la ejecución de la pena para la sociedad es tranquilizar temporalmente la exigencia social ante la alerta pública por las infracciones, creando una sensación de eficacia legal ante comportamientos punibles, para lograr la paz pública; la privación de libertad, por sí sola resulta insuficiente para lograr la tranquilidad afectada por el comportamiento típico de ciertos ciudadanos.

El rol de la víctima expectante para la reparación integral asume relevancia en los fines de las medidas punitivas; y, abre el análisis de las funciones jurídicas que en este tópico debe producir la pena. Como ya se dijo, la prevención general positiva, pretende con la norma satisfacer una exigencia social, reestableciendo la armonía alterada y sostener la confianza en el orden jurídico; así también, intenta entregar una equiparación entre el cumplimiento de la pena y la satisfacción a la víctima, por sus prerrogativas vulneradas. Se proyecta a solucionar el dilema de la inconsistencia de las penas entre lo dispuesto y lo cumplido, como la eventual o reiterante ausencia de satisfacción material o inmaterial de las víctimas, por parte del infractor. Reluce el deber Estatal de garantizar a los habitantes el derecho a una cultura de paz y a la seguridad integral, aplacando la sensación de inseguridad, por lo alarmante del comportamiento reprochable y la peligrosidad de los hechos quienes acceden a beneficios penitenciarios, aunque haya incumplido con las medidas de satisfacción para la víctima y carezcan de muestras que evidencien la voluntad de reinserción del penado.

Con destinatarios más concretos, aparece la prevención general negativa – esta – como se expuso, apunta a eventuales infractores, desalentando futuros comportamientos, con la aplicación efectiva de penas a anteriores infracciones. Para el rol de la víctima, esta prevención, infunde la idea de agravar la punición en régimen carcelario si se desatienden los derechos del sujeto pasivo de la infracción, fijando un mayor rigor correctivo. Limita los beneficios penitenciarios, condicionándolos a la respuesta positiva o negativa del infractor, en el ámbito del resarcimiento en la medida de la expectativa posible del restablecimiento de las prerrogativas afectadas a causa del comportamiento penalmente relevante. Esta advertencia, se potencia a impactar psicológicamente y determinar la intensificación del régimen rehabilitador si el penado incumple la reparación integral para la víctima.

Destinada a la personalidad concreta del infractor, se encuentra la prevención especial, enfocada a modificar su comportamiento ante la ley, incentivando su debida integración social. Concibe al tratamiento penitenciario como un instrumento realizador del fin punitivo para la resocialización del individuo. Pretendiendo que el infractor se aparte de los comportamientos penalmente relevantes, cumpla su responsabilidad social por los resultados del ilícito penal, reestablezca el derecho vulnerado de la víctima en concreto y evidencie su intención de respetar la ley sin regenerar nuevas víctimas, aportando a la cultura de paz.

Para evitar la desproporcionada reacción punitiva, el sistema integral penal gradúa su quantum por medio de circunstancias que pueden modificar la dosis de la pena gravándola o atenuándola. La imposición penal responde a la entidad del hecho típico que contiene su exclusivo parámetro punitivo dentro de cada infracción, que por lo general tiene un piso y un techo, dentro del cual a vista de la discrecionalidad judicial sin extralimitarse de ese rango será asignada la sanción. La apreciación de circunstancias personales del culpable y la gravedad de los hechos en función de los medios y modos evidenciables y verificables del comportamiento de relevancia penal, con las circunstancias concurrentes al tipo, serán los conectores determinantes al momento de la imposición de la pena y de su ejecución.

Se tienen por circunstancias personales del hechor, a aquellos rasgos de su personalidad anteriores y/o durante y/o después del comportamiento reprochable, cuya exteriorización identifica elementos diferenciales para la individualización punitiva. Operan sin desvanecer la responsabilidad penal ni interferir con sus circunstancias modificatorias. Aquí influyen cuestiones del entorno familiar, social e individual de cada persona, su edad, grado de formación intelectual, cuestiones de culturalidad, madurez psicológica, ocupación laboral, conducta poste-

rior al hecho típico y la posibilidad de integración a la sociedad; permitiendo modular la pena dentro del estándar preestablecido para cada infracción entallándola de forma personalizada para el sujeto activo, siendo criterios que se intercomplementan con la incidencia que puede tener la mayor o menor gravedad de la conducta de relevancia penal, ajustados a elementos cuantitativos y cualitativos, conforme a las aportaciones del caso en concreto. Verbo y gracia, cometer la infracción contra la propiedad sin violencia, por la influencia de circunstancias económicas apremiantes; actuar el infractor por temor intenso o bajo violencia; etc.; o así también, ejecutar la infracción con alevosía o fraude; o, por promesa, precio o recompensa; o, como medio para la comisión de otra.

Cualquier afectación a algún derecho humano inspira al filtro sustancial del reproche para determinarlo en sede judicial. Toda infracción punible verificable y evidenciable, conlleva la indiscutible lesión a un inmanente derecho activando la ineludible exigencia de remediarlo mediante los institutos que con sustento constitucional se han creado en la ley. El legislativo, al promulgar normas sustantivas y adjetivas, entrega instrumentos jurídicos necesarios para restablecer la paz social ante la alarma pública ocasionada por los efectos de los comportamientos de relevancia penal, abordando así al conglomerado social hasta la individualización de la víctima para su reparación, por ser producto de una conducta que activa el poder de coerción Estatal. La ley establece parámetros encaminados a remediar la lesión al inmanente derecho causada por el hecho punible, hasta el punto más próximo posible del que se gozase si nunca hubiese existido tal afectación. Es imposible una reparación in natura cuando inmanentes prerrogativas han sido afectadas. El sistema integral penal, contiene mecanismos encaminados a equiparar al daño receptado por la víctima y la sociedad, constreñidos en medidas de restitución, rehabilitación, compensación,

satisfacción, “no repetición”; ya de carácter material e inmaterial, con independencia de las particulares circunstancias de la víctima. Dentro del desarrollo garantista del proceso cuyo fundamento es la intangibilidad de la presunción de inocencia interconectada al derecho a la defensa y la preferente protección a víctimas de infracciones penales, promoviéndose la reparación integral a causa de la infracción, donde el clamor de justicia es más exigente al tratarse de personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria.

La reparación integral por el daño que deja una conducta típica es un concepto que expande el valor a la ausencia, el dolor, el pesar y el sufrimiento causado por la infracción en la víctima. Por lo general esta suma de malestares acaecidos por la conducta penalmente relevante, aún sin acreditación fluyen a consecuencia lógica de hecho punible probado. Para determinar ya sea la forma o el quantum definitivo de esta reparación, luego de evaluar el daño, ha de carecer de repercusión económica y ser intrascendente a la esfera patrimonial. Este valor o medida equiparativa pretende aliviar de una forma global sustentada en el sentimiento social de reparación integral por la ofensa sufrida en la víctima, evitando efectos de desutilidad marginal o forjamiento de equivalencia pecuniaria pretendida de forma particular; el órgano jurisdiccional carece de libre arbitrio para crear otro tipo de daños, que divorcien los fines del poder punitivo.

Siendo injustificados los daños a una individualidad que causa el comportamiento reprochable, exigen la presencia de una reparación integral, la cual, ha de ser tempestiva, en procura de que la víctima y su

núcleo íntimo, pueda llevar una vida digna luego del mal a causa de la infracción. Por el principio pro damnato, las normas relativas a este ámbito, ante cualquier duda han de interpretarse en el sentido que más favorezca su vigencia para remediar o equiparar al máximo posible los daños. Para ser efectiva, posible y proporcionada, debe considerarse la capacidad y condiciones del infractor como de las instituciones públicas que puedan llegar a interactuar en esta materia; visibilizando la disponibilidad y la predisposición de satisfacerla, evitándose asignaciones espurias limitantes del verdadero goce de lo perseguido con la reparación, ya que es un derecho fundamental, compuesto por los daños que pueden ser materiales e inmateriales por lo que rebasa la mínima esfera indemnizatoria pecuniaria, pudiendo tener formas simbólicas o de satisfacción social. Pues casi siempre los daños son invaluable e incuantificables económicamente, por lo que afloran con medidas de equivalencia que genere la compensación o satisfacción del daño causado.

Entonces, son dos las direcciones de las consecuencias jurídicas del comportamiento penalmente relevante; la una vinculada a cuestiones de la política criminal y la otra a la protección de las víctimas, estimulando la reparación integral por los resultados del suceso reprochable. El diseño del Código Orgánico Integral Penal propende a una reparación efectiva, real y proporcionada con las posibilidades y capacidades tanto del sujeto activo de la infracción como de la institucionalidad pública que pueda llegar a intervenir según la naturaleza del daño; criterios sin los cuáles, sería ineficaz el restablecimiento de la tranquilidad pública.

Bibliografía

- ORTS, E. -G. (2020). *Introducción al Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- GALÁN, A. (2021). *Derecho Penal y Política Criminal en Tiempos Convulsos*. México, México: Tirant lo Blanch.
- PARISI, S. -P.-M.-o. (2020). *Derecho Penal y Garantías Constitucionales. Una Perspectiva Iberoamericana*. Va-

lencia, España: Tirant lo Blanch.

MORENO, M. -M.-P. (2010). *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*. México: Tirant lo Blanch.

PÉREZ, M. -P.-G.-o. (2019). *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho Penal sin Estado*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

SEMER, M. (2020). *Princípios Penais No Estado Democrático de Direito Anotado Com Alteracoes Da Ley. Brasil, Brasil*: Tirant lo Blanch.

MONTOYA, Y. (2020). *Derecho Penal de Principios (Vol. I La Justificación de la Intervención Punitiva del Estado en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho)*. Lima, Perú: Palestra Editores.

MUÑOZ, F. (2019). *Derecho Penal Parte General*. VAlencia: Tirant lo Blanch.

PELÁEZ, A. (2021). *Lecciones de Derecho Procesal Penal Colombiano*. Bogotá, Colombia: Tirant lo Blanch.

CARNERO, G. -O.-L.-o. (2020). *Reflexiones y Argumentos Sobre Política Criminal*. México, México: Tirant lo blanch.

CHIARA, C. (2013). *Derecho Procesal Penal (Vol. 2)*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

PRESNO, M. -U.-H.-o. (2019). *Un Sistema de Sanciones Penales para el Siglo XXI*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

VELÁSQUEZ, F. (2020). *Código Penal Colombiano, Comentado*. Bogotá, Colombia: Tirant Lo Blanch.

CARBONELL, C. (2008). *La Justificación Penal: Balance y perspectivas*. Valencia, España: Tirant Lo Blanca.

OBANDO, J. -G.-o. (2018). *Derecho Penal: La Espada y el Escudo de los Derechos Humanos*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

BREGLIA, O. -G. (2007). *Código Penal y Leyes Complementarias (Vol. I)*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

RUIZ, J. (2016). *Teoría del Derecho*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

FERRE, J. -N. (2021). *El Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

VIDAURRI, M. -C. (2020). *Derecho Penal en Tiempos de Cólera. El Hiomenaje a Francisco Muñoz Conde*. México, México: Tirant Lo Blanch.

MORENO, M. -E.-o. (2015). *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

PELÁEZ, J. -Q. (2020). *Esquemas del Delito Requisitos para la Existencia de una Conducta Punible*. Bogotá: Tirant Lo Blanch.

ENCALADA, M. (2007). *Sobre el Juez Ordinario Predeterminado por la Ley*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

PÉREZ, A. -R.-P.-o. (2020). *Derecho Procesal Penal*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

VERA, J. (2020). *Ne Bis In Idem Procesal Identidad de Hechos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

SAGÜÉS, N. (2017). *Derecho Constitucional (Vol. 3)*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

MEDINA, A. (2016). *El Derecho Penal en Tiempos de Cambios*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

CHIARA, C. -L. (2013). *Derecho Procesal (Vol. 1)*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

González, R. (2018). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Moreno, M. -E.-o. (2015). *Lecciones de Derecho Penal (parte general)*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Maurach, R. -G.-Z. (1994). *Derecho Penal, Parte General (Vol. 1)*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

LA MIOPIA EN GÉNERO EMERGE EN INSEGURIDAD JURÍDICA



Dr. Luis Adrián Rojas Calle*

Conjuez Nacional de la Sala Penal, Penal Militar,
Penal Policial, Tránsito, Corrupción y
Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia

RESUMEN

El ejercicio de la violencia como herramienta de poder y dominación, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia de la humanidad siendo así la realidad en la República no ha estado lejana del mismo, por tanto pretendemos despertar el interés en la sociedad, para consolidar un ordenamiento jurídico en materia penal que elimine las aristas que impiden el rápido avance, esta falta de visión que aún no permite despertar de ese letargo, y comprender que se debe encontrar un mecanismo que garantice el derecho de todas las mujeres a vivir una vida sin violencia y sin discriminaciones a fin de encontrar la tan anhelada paz social, misma que se logra con una eficiente administración de justicia, aquella ajustada a las normas éticas y legales, a la actitud limpia y vertical de no favorecer ni perjudicar a nadie; y, a la acción totalmente eficaz, para que la justicia sea oportuna y verdadera.

Palabras claves: justicia, violencia, seguridad jurídica, mujeres

ABSTRACT

The exercise of violence as a tool of power and domination, has been repeated throughout the history of humanity and thus the reality in the Republic has not been far from it, so we seek to arouse interest in society, to consolidate a legal system in criminal matters that eliminates the edges that prevent the rapid progress, this lack of vision that still does not allow awakening from that lethargy, and understand that a mechanism must be found to guarantee the right of all women to live a life without violence and without discrimination in order to find the longed for social peace, which is achieved by an efficient administration of justice, that adjusted to ethical and legal standards, the right attitude of not favoring or harming anyone, and to fully effective action, so that justice is timely and true.

Key words: justice, violence, legal security, women

* Conjuez de la Corte Nacional de Justicia. Nacido en la ciudad de Azogues, provincia de Cañar. Funcionario de la carrera fiscal por el período de 28 años, actuó en calidad de Juez Nacional encargado por un año y hoy en funciones como Conjuez Nacional. Ha colaborado con la Escuela de Función Judicial en sin numeras ocasiones impartiendo materias procesales; así también como expositor en varios seminarios nacionales e internacionales.

Se dijo que en Montecristi, ciudad Alfaro, se escribió la carta del Estado para que esta tenga la subsistencia de trescientos años, conocemos que en su génesis el mandato recogió las grandes aspiraciones de colectivos y grupos sociales que buscan el equilibrio, devastar la piedra y pulirla, buscar la trilogía perfecta, (seguridad, justicia, libertad) estableció el reconocimiento de la madre naturaleza como sujeto de derechos, se ampliaron los mismos, tanto así que el derecho de protección en la garantía del debido proceso los reconoce, los plasma y los efectiviza, empero, que ocurre con la lucha de género, aquella quedo marginada, relegada, tanto más cuanto que, las palabras esbozadas por la Dra. Mariana Yépez cuando sentencio, y que hoy nos hacen eco, "La víctima es un testigo silencioso sometida al drama penal", con esta máxima, diré: posiblemente el constituyente nos queda debiendo y que acontece hasta que los operadores de justicia tengan conciencia de lo que hemos de entender por género, diremos entonces que la víctima de violencia de genero aguarde, hasta eliminar la misoginia jurídica, esta ceguera que resquebraja la novel estructura del Estado y que su praxis atenta a la Institucionalidad del Estado, que se encuentra según el paradigmático cambio sujeto a la obediencia, resguardo y sobre todo al cuidado y protección de los derechos humanos, será que cuando más bregamos para que los derechos y garantías que reconoce la constitución se plasmen en una realidad nos hacemos de oídos sordos, o será que la interpretación que realizamos a la norma convergen en la ausencia de tratamiento constitucional, en caso concreto, (genero) entonces nos perdemos en el horizonte en la búsqueda de otorgar seguridad jurídica y esto ocurre no solo en los quebrantamientos que provienen del Estado, (operadores de justicia), confundidos por su neófito conocimiento en género, sino va más allá de la incomprensión de lo que hemos de entender por el poder del uno sobre la otra y que éste llega al apocalipsis donde termina con su vida. Lo trazado se constriñe en lo

que cito: Álvaro Echeverry, en la obra Teoría Constitucional:

El sueño de BENTHAM, el panóptico, en el que un solo individuo podría vigilar a todo el mundo, es, en el fondo, el sueño, o mejor dicho, uno de los sueños de la burguesía... es una forma de arquitectura, por supuesto, pero es sobre todo una forma de gobierno: es para el espíritu una manera de ejercer el poder sobre el espíritu. Veía en el panóptico una definición de la forma de ejercicio del poder.... Pues el ojo del emperador vigilará a los procuradores generales, que vigilaran a su vez, a los procuradores imperiales y estos vigilaran a todo el mundo.

Nuestra realidad es análoga a la sociedad panóptica tenemos estructuras de vigilancia absolutamente generalizadas, de las que el sistema penal, el sistema judicial es una pieza, y es en esta última donde se pierde el equilibrio en el tema concreto de ello, la inseguridad jurídica proclama de impunidad. Pero que entendemos por seguridad jurídica, esta que tantos reclamos merece y que su falta nos hace concluye en la polarización de criterios.... lo afirma el maestro José García, "no es otra cosa que la posibilidad que el Estado debe darnos mediante el derecho de prever los efectos y consecuencias de nuestros actos.... Pero en este derecho fundamental del Estado Constitucional de Derechos y Justicia hay que entenderla como lo señala Roberto Dromi: "La seguridad originaria, que fue el nuevo derecho para el proceso de reformas del Estado, debe ceder a la seguridad jurídica sobreviviente o derivada que permite la relocalización del Estado... El nuevo derecho se orientará a profundizar el control político, cualificar el administrativo, afianzar el judicial..." La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados, o que, si esto llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad su protección y reparación.

De la cita extraigo, -garantía de que sus derechos no serán violentados-recordemos señala el Art. 1 de la Constitución de la República "Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia", aquello, no puede ser una fachada y la Constitución una mera hoja de papel en blanco, como lo establece Luigi Ferrajoli, pues la Constitución, el estado Constitucional de Derechos y Justicia, no se realizan solos, deben penetrar en la conciencia de los ciudadanos y especialmente en quienes tienen poder y fundamentalmente en quienes administran justicia. Que ocurre y para ser preciso que está ocurriendo en la práctica en el injusto penal que contiene el At. 141 del Código Orgánico Integral Penal, cuando al unísono se nos dice por parte de quienes resuelven: "...NO SE PROBÓ LA RELACIÓN DE PODER..."

Esto nos obliga a interrogarnos: ¿Estamos aplicando de manera directa e inmediata el texto de la carta fundamental? Cuando las sentencias de marras en temas de género, (femicidio) denotan irracionalidad en sus silogismos jurídicos, dejamos de un lado el bloque de constitucionalidad que se traduce a los tratados internacionales de derechos humanos, que incluye los derechos contenidos en Declaraciones de derechos humanos aprobadas por el Estado Ecuatoriano, cuando aquellas contengan derechos no previstos en el texto constitucional o un nivel de protección más amplio que el impuesto por el ordenamiento interno. Incluyamos en estas el numeral séptimo del art.11 ibídem: " El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas..... , que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento " Derechos implícitos que no están siendo reconocidos, V.gra., omisión esta engendra impunidad, cual es la dimensión de género que tenemos, solo la que alcanza a ver nuestros ojos, aquella que hoy se retrotrae a lo que conocíamos como prueba tasada, pues mientras el operador

de justicia no vea, palpe o tenga una medida de protección (boleta de auxilio) testado u otro empírico medio de establecer el poder lo fácil o sencillo, es mirar al otro lado y decir con aplomo inerme – NO POBRO- La virtud que buscamos en el día a día, el camino hacia el centro, como metáfora del lugar desconocido, el sol camino de luz, al punto que el primero se convirtió en centro y eje sobre el que gira todo, con esta analogía pretendo establecer que sobre la Constitución debe girar la norma y en virtud de ella los derechos y principios constitucionales no pueden ser sustraídos individualmente, las previsiones constitucionales y el bloque de constitucionalidad mal pueden ser declinados por parte de operadores.

El ejercicio de la violencia es sus más diversas manifestaciones, físicas, psicológicas, económica, sexual, laboral, etc, como herramienta de poder y dominación, se ha venido repitiendo a lo largo de la historia de la humanidad siendo así la realidad en la República no ha estado lejana del mismo. La cuestión no es nueva. Lo nuevo es el interés que pretendemos despertar en la sociedad, el advenimiento del nuevo ordenamiento jurídico en materia penal que rige el País si bien dio un primer paso al tipificar conductas lesivas a la mujer por el solo hecho de serlo, más quienes han sido víctimas de aquellas agresiones saben que apenas se inicia el camino, y en el encontramos aristas que impiden el rápido avance, miopía en género, esta falta de visión que aún no permite despertar de ese letargo, nos falta mucho por recorrer , empero, si paso a paso los Estados vamos comprendiendo que lo que hoy por hoy más preocupa es el modo de garantizar el derecho de todas las mujeres a vivir una vida sin violencia y sin discriminaciones.

Ahora bien, el principal objetivo a trazar debe ser la erradicación definitiva de la violencia de género, aunque para lograrlo debemos acudir a los mecanismos más rigurosos de lo que cuenta el Estado para solu-

cionar los conflictos sociales, individuales y jurídicos, entre ellos el derecho penal.

La violencia contra las mujeres lo señala Alcalá Sánchez, -abarca una serie de atentados cuyo común denominador no es otra que la presencia de un sujeto pasivo femenino. Decir la mujer que es el objeto del maltrato por su pertinencia de género y su agresor varón, se caracteriza por pertenecer al género opuesto. Un componente subjetivo, misógino que es el que guía la conducta del autor: causar daño por el hecho de ser mujer. Por lo tanto, no cualquier ejercicio de violencia contra una mujer es violencia de género, sino sólo aquella que se realiza contra una persona por el hecho de pertenecer al género femenino.

Hoy en día, se considera violencia de género a aquella que sufren las mujeres por el hecho de serlo, debido a la categorización sexual por género: Femenino/mujer, masculino/hombre, y su diferente valoración determinando en consecuencia desigualdad, jerarquía y poder en las relaciones entre lo masculino y lo femenino. Vemos hoy en día que esta cuestión de afección a todas y todos en alguna medida se va convirtiendo en uno de los pilares que sustentan el mantenimiento y perpetuación de la violencia.

La justicia de género es un asunto necesario, es esta una verdad que no admite concesiones, así lo van evidenciado los movimientos sociales, pues aquellas han ido ya cuestionando las discriminatorias y hegemónicas concepciones acerca de la Justicia, y otros asuntos medulares de la democracia durante más de tres siglos: el feminismo.

La compleja y misógina arquitectura de un derecho y de unas leyes construidas a medida para consolidar y salvaguardar aquel modelo que solo reconoce a los investidos por la potestad de la ley como ciudadanos y que en su gran mayoría fuera pactado vendiendo a las mujeres.

La inequidad de género, sí iniquidad, ha sido normada en la medida en que la justicia so-

cial ha abdicado, tanto en su abordaje teórico como en la praxis cotidiana. Así, el derecho ha tenido la pretensión de convertir en hechos naturales los roles, los estereotipos y los mandatos de género impuestos a las mujeres mediante reiterativos procesos de socialización que se han servido de las normas jurídicas para su mantenimiento. Ese intento de naturalización de las opresiones hacia las mujeres ha llegado incluso a negarles el derecho a tener derechos.

La violencia de género siendo un fenómeno global, en permanente crecimiento, se ha extendido en todos los estratos de la sociedad, su enfrentamiento representa uno de los problemas más graves y complejos que enfrenta la sociedad actual, los casos de violencia contra las mujeres, de maltrato familiar o de violencia de pareja; y, aún no la conviviente, son el germen para el delito de femicidio, estos actos son los factores que coadyuvan para la inconducta referida, convirtiéndose en el gran problema la falta de concienciación que una sociedad exige, respetando el principio de igualdad ante la ley que solo es posible en la medida que estos derechos, cuya base actual de sustentación se enmarca en el derecho internacional de los derechos humanos, sean equivalentes al género humano. La violencia contra las mujeres no sólo importa una grave violación de los derechos humanos más básicos, sino que representan un obstáculo a toda pretensión de conformar una sociedad igualitaria.

Nuestra Constitución dentro del Art. 66 garantiza el derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual y una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, para lo cual según el mismo artículo el Estado deberá adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, etc ; dando cumplimiento a ello la Secretaría Nacional de Planificación y desarrollo dentro de la Agenda Nacional de las Mujeres y la

Igualdad de Género 2014-2017, contempló varios ejes con el fin de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, el segundo eje, tiene como objeto profundizar y mejorar el acceso a la justicia, la transformación de los patrones socioculturales y el fortalecimiento de bienes y servicios, para prevención y erradicación de la violencia de género en todas sus formas, y garantizar a las mujeres y personas LGBTI una vida libre de violencia, entre sus lineamientos se contempló la tipificación del femicidio como delito; para el tema materia del ensayo resulta de trascendental importancia su análisis, pues de ello, podremos establecer que para cerrar el círculo y establecer que entre los eslabones faltantes la falta de comprensión de lo que debe entenderse por relación de poder impide otorgar la anhelada seguridad jurídica, su menoscabo irradia ese error .

En ese orden veamos que la violencia contra las mujeres es producto de un sistema de relaciones desiguales de poder, que privilegia la superioridad de los hombres, este fenómeno no es aislado, afecta a toda la sociedad de forma directa e indirecta, manifestándose de forma diferenciada de acuerdo a la clase, etnia, raza, edad, orientación sexual, entre otras; el femicidio es la forma más extrema de violencia a la mujer y precisamente con el objetivo de proteger el derecho fundamental de las mujeres y las niñas a vivir libres de cualquier tipo de violencia, el Ecuador tipifica a partir de Agosto de 2014 en el catálogo de la infracciones el "femicidio" , con esta medida política/social y jurídica, el Gobierno Nacional, no sólo busca sancionar a quienes adecuan la conducta al injusto penal, sino a más, visibilizar una problemática recurrente e incluso "normalizada", como es la violencia contra la mujer, por el simple hecho de su condición femenina.

Consientes de una realidad la Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, en el informe para segundo debate del proyecto del COIP, de data 4 de octubre de 2013, reconoció que

la normativa internacional que se relaciona con el tema de la violencia o discriminación contra la mujer, es el antecedente para tipificar el femicidio, y lo califica como un avance para luchar contra la violencia que sufren las mujeres, "para evitar la impunidad y visibilizar un problema social oculto, desatendido y extremadamente grave cuya dimensión no se logra comprender todavía".

Mariana Yépez, ex Fiscal General del Estado, manifiesta que fue necesaria su tipificación ya que no existía una norma punitiva específica peor aún, no se contaba para nada con mecanismos de investigación y sanción de los ataques, la sistematicidad y la reincidencia, convirtiendo así en ineficaz la protección integral de los bienes jurídicos tutelados: la vida y la integridad personal de las mujeres. Las normas internacionales sobre derechos humanos, la violencia y discriminación en contra de la mujer, como la "Convención de Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer"; la Convención Interamericana de Belem do Pará; las corrientes socio culturales que incluyen el enfoque de género en las leyes y en la justicia, e igualmente las legislaciones de otros países de la región, las cifras estadísticas que dan cuenta que seis de cada diez mujeres sufren violencia, fueron razones suficientes para la inclusión del femicidio en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Es una gran verdad que la tipificación del femicidio ha permitido dar un nombre propio a esta recurrente problemática que hace poco ocupaba los titulares de la prensa como crímenes pasionales o titulares incluso ofensivos y machistas. Tiene la finalidad de dar un tratamiento específico a los homicidios de mujeres por el hecho de ser mujeres, y con la tipificación de ese delito se enfrenta el problema como parte de la violencia de género contra las mujeres, la estadística ya los identifica.

En línea con lo dicho la información emitida en 2011 por el Instituto de Estadística

y Censos (INEC), en Ecuador, 6 de cada 10 mujeres encuestadas sufrió algún tipo de violencia de género y por ello fue necesario la implementación de estas políticas pues como se dijo el femicidio es la forma más extrema de esta violencia. La tasa de homicidios por cada 100.000 mujeres en Ecuador no muestra reducciones importantes en los últimos años, a diferencia de la tasa de homicidios en general. En el 2012, el homicidio a mujeres representó más del 12 % del total de homicidios, a diferencia del 2008, año en que llegó a 8,5 %.

De acuerdo con la investigación del femicidio en Ecuador, realizada en el 2010 por la Comisión de Transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género, el 93,8 % de los homicidios a mujeres analizados durante la investigación son femicidios o existe sospecha de que lo sean; de ellos, el 66 % son homicidios cometidos por parejas o ex parejas.

Analicemos en este aparte brevemente la tipificación del femicidio en el Código Orgánico Integral Penal, en adelante (CIOP)

Art. 141: reza... "La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de 22 a 26 años".

Art. 142 señala que: "Circunstancias agravantes del femicidio. - Cuando concurren una o más de las siguientes circunstancias se impondrá el máximo de la pena prevista en el artículo anterior:

Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima.

Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidación, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cual-

quier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.

Si el delito se comete en presencia de hijas, hijos o cualquier otro familiar de la víctima. El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público".

¿Qué debemos entender cómo Femicidio? Mariana Yépez cita a Olga Amparo Sánchez y nos dice que "la expresión feminicidio o femicidio se refiere al tipo penal que castiga los homicidios de mujeres por el hecho de ser tales en un contexto social cultural que les ubica en posiciones, roles o funciones subordinadas, contexto que por tanto las expone a múltiples formas de violencia. Es un concepto que contribuye a desarticular los imaginarios, creencias y prácticas sociales que ubican las violencias basadas en relaciones de opresión y subordinación entre hombres y mujeres como algo natural y tolerable"

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se pronunció sobre este delito al manifestar que este presenta rasgos de misoginia y desigualdad severa, por lo que puede estar combinado con formas de tortura, mutilación, saña y se basa en razones asociadas al género de las víctimas, no nos encontramos entonces frente a hechos fortuitos y aislados sino a prácticas generalizadas y sistemáticas llevadas a cabo por varones para controlar, intimidar y subordinar a las mujeres. Siendo así el sujeto pasivo de este delito es ser mujer, el factor de riesgo entonces es la diferencia sexual, o sea ser mujer.

El Artículo 141 tiene como elementos normativos las "relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia", "la condición de mujer", "la condición de género". Al efecto, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia en contra de la Mujer delimita los tipos de violencia y es claro que la misma es el resultado de un abusivo ejercicio del

poder, y por tanto de inequidad en las relaciones hombre mujer.

La práctica diaria, la estadística, la vos quienes han sobrevivido y la tenaz lucha de las madres de quienes fueron segadas la vida por ser mujeres, nos debe llamar a la conciencia y establecer que el hecho va mucho más allá, y se requiere valentía para enfrentarlo, vasta empatía con el dolor humano, pues si bien se ha seguido la corriente que venía dándose en toda Latinoamérica esto es de tipificar el Femicidio, que ha sido una forma de dar respuesta a grupos de mujeres activistas que exigían que se dé un tratamiento diferente a un asesinato, al ser esta la última expresión de la violencia de género, las políticas públicas deberían estar encaminadas a la prevención de esta, revisadas las mismas están destinadas a la no revictimización, a un acceso adecuado a la justicia, sensibilización de funcionarios judiciales encargados de investigación y juzgamiento de este tipo de delitos pero nada se habla de una verdadera forma de erradicación.

Para la última frase –manera de erradicación– debemos hacernos nuestras culpas, comenzar por casa, ya que nuestros vástagos, deben prestar servicios por igual, sacarnos aquello que tú por –mujer– sirve a tu hermano, lava la vajilla, arregla la casa, NO, el contrario igualdad, equidad, todos por igual hemos de colaborar en las tareas dispuestas.

No debemos asociar el servicio como a un castigo, sino siempre a un compartir responsabilidades, camino cerrado el obligar, por el contrario, debemos estimular, mal podremos establecer vía coacción la educación, el temor el miedo, esto que se acumula y luego desemboca en la iracundia agresión de hombre contra mujer.

Parafraseando a un jurista ecuatoriano: ...“Uno de los aspectos que más interés tiene para el ser humano, es la posibilidad de la convivencia pacífica y justa, en otras palabras el logro de una paz social en justicia;

así hoy el derecho se encuentra abocado al estudio del hombre en las relaciones con sus semejantes en el contexto de una comunidad que prioriza la justicia y la paz social; así el derecho es el principal instrumento que el hombre ha encontrado para favorecer la convivencia en sociedad y procurar un desarrollo común de todos quienes participan en ella. Así la anhelada Paz Social, solo puede devenirse cuando tengamos conciencia de género.

A manera de conclusión, la realidad fáctica y jurídica dentro de los estadios procesales, que refleja una averiguación fiscal, dejan como saldo, un llamamiento a juicio en procesos de femicidio, aquello en pro de no invisibilizar y re/victimizar a quien tiene el legítimo derecho de reclamar seguridad jurídica, más el muro indeleble de la cero visión de género de varios NO todos los que tienen que resolver, nos dejan un resultado incomprensible para quien adquirió el rol de sujeto procesal (víctima), entonces resulta que lo expresado por la jurista Dra. Mariana Yépez no es falaz, resulta una verdad “testigo silencioso sometida al drama penal”.

Fausto: Johan Wolfgang von Goethe, expresa: *“La reforma al sistema penal y procesal penal ecuatoriano no sólo ha servido para dar los primeros pasos en la implementación de un sistema de administración de justicia penal más humano, garantista y eficiente, sino que ha generado en Ecuador una reflexión que esgrime el olvido y la marginación a que tradicionalmente se ha sometido a las víctimas de delitos, y ha develado la oposición cerrada y recalcitrante de sectores académicos y políticos al reconocimiento de que un futuro mejor está condicionado a que hagamos nuestra causa de las víctimas y entender de que ningún ser humano está libre de los efectos de la criminalidad....”* Continúa la cita *“En Ecuador, con criterios tradicionales y excesivamente dogmáticos del derecho penal, se ha constituido una visión abstracta, con pretensiones de universalización por tanto deshumanizada la figura*

de víctima. Los protagonistas en el drama que sólo tiene cabida el victimario y el Estado criminal son despojados en el conflicto y el proceso penal pasa a ser un escenario en el

Bibliografía:

- Buompadre, Jorge. *Violencia de Género, femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género*. Argentina: Alveori, 2013
- Donna, Edgardo. *Derecho Penal Parte Especial*. Argentina: Rubinzal-Culzoni. 1990
- Fiscalía General del Estado. *Femicidio. Análisis Penológico 2014-2015*. Dirección General de Política Criminal. Ecuador. 2016
- Vergara Acosta, Bolívar. *El sistema procesal penal*. Ecuador: Murillo Editores 2015
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *El Sistema Penal y su aplicación teórico-práctico*. coord. Ayar Chaparro Guerra, Perú: Adrus Editores, 2013

Normas:

- Constitución de la República del Ecuador. 2008
- Código Orgánico Integral Penal. 2014
- Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

ACCESO A LA JUSTICIA COMO DERECHO DE LAS VÍCTIMAS EN VIOLENCIA DE GÉNERO



Dra. Mercedes Johanna Caicedo Aldaz*

Conjueza de la Sala Penal, Penal Militar,
Penal Policial, Tránsito, Corrupción y
Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia

RESUMEN

Este artículo presenta un detalle de los criterios doctrinarios y recopilación de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del derecho de las víctimas de violencia de género al acceso a la justicia, y la obligación estatal de realizar las investigaciones y el procesamiento penal con enfoque de género, ello con el fin de evitar la impunidad y deconstruir la discriminación histórica contra las mujeres. El propósito es que el lector pueda conocer las barreras que debe traspasar las víctimas cuando incitan el sistema penal y que engloba el verdadero acceso a justicia, evitando la discriminación judicial frente a los actos de violencia contra las mujeres que no solamente constituye una violación del derecho a la verdad, sino graves violaciones a los derechos humanos.

Palabras claves: Corte Interamericana, violencia de género, perspectiva de género, enfoque de género, prueba, derechos humanos, juicio, acceso a la justicia.

ABSTRACT

This article presents a detail of the doctrinal criteria and compilation of jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights regarding the right of victims of gender violence to access to justice, and the state obligation to carry out investigations and criminal prosecution with a focus on gender, in order to avoid impunity and deconstruct historical discrimination against women. The purpose is that the reader can know the barriers that victims must cross when they incite the criminal system and that encompasses true access to justice, avoiding judicial discrimination against acts of violence against women that not only constitute a violation of the right to the truth, but serious violations of human rights.

Key words: Inter-American Court, gender violence, gender perspective, gender approach, evidence, human rights, trial, access to justice.

* Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador, Especialista y Magister en Derecho Penal y Criminología (Universidad de Guayaquil); Doctoranda en Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Jueza Nacional (e) de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador.

1. Introducción.

El presente artículo se escribe con el fin de hacer un análisis de los parámetros actuales de acceso a la justicia en el marco de las agresiones contra las mujeres por discriminación, teniendo como premisa que la intervención del sistema penal en cuestión de violencia machista contra las mujeres no es nueva, en virtud que desde sus orígenes los primeros códigos penales justificaron la violencia contra las mujeres, evidenciándose a través de la historia que el tratamiento machista, atravesado por el desconocimiento, la negación y la culpabilización de las propias mujeres víctimas de esta violencia, estaban justificadas y legalizadas o de no estarlo se encontraban toleradas socialmente; ahora bien, a través de la lucha social de las mujeres se ha logrado la evolución legal y la tipificación de delitos de violencia de género y violencia intrafamiliar de una manera especial, con personal especializado para el tratamiento de primera acogida y acompañamiento durante el proceso a las víctimas y a los familiares de las mismas.

Sin embargo, el fenómeno de la violencia de género se mantiene vigente y por ello el derecho penal moderno debe entender cuáles son las características de este tipo de violencia, que no debe implicar el establecimiento de tipos penales, sino entender el fenómeno a través de dos premisas: a.-) la violencia de género es discriminación social contra las mujeres y b.-) la violencia de género se manifiesta de diferentes formas, aunque se trata de un fenómeno único, se basa exclusivamente en la construcción social de sexo y género. En base a esto el Estado debe planear políticas de protección de derechos (in-

tegridad física, psicológica y sexual) y la criminalización de las conductas que lesionen los bienes jurídicos protegidos de la integridad personal, a su vez el procedimiento a adoptarse para la punición de las mismas, y la preparación para que el personal a quien se le ha delegado la administración de justicia garantice la tutela judicial efectiva de derechos, acceso a la justicia, verdad procesal y debida diligencia, considerando que en un Estado de Derecho y Justicia social, toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso quede en indefensión². (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Bajo estos parámetros es que los organismos internacionales se han pronunciado, sin embargo no es sino hasta el 2006 que la Corte Interamericana de Derechos Humanos empieza a desarrollar en su jurisprudencia lineamientos de acceso a la justicia y verdad procesal con enfoque de género, teniendo en consideración la desigualdad histórica y social que viven las mujeres; en cuanto a violaciones contra la mujer ha determinado posturas claras que conllevan a procurar la Debida diligencia de los Estados en las investigaciones, y considerar las agresiones como graves violaciones a los derechos humanos, teniendo como premisa que la principal obligación del Estado es el respeto, protección y garantía de los derechos de todas las personas, con atención prioritaria a aquellas que tienen necesidades especiales, como las víctimas de violencia doméstica, (Consejo de la Judicatura, 2018) por cuanto los altos porcentajes de víctimas de violen-

2. Constitución de la República del Ecuador. Art. 75.-Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

cia basada en género, así como las características de la violencia contra las mujeres, permiten colegir que no se trata de hechos aislados y coyunturales, sino del resultado de estructuras discriminatorias y violentas hacia lo femenino.

En este artículo entonces abordaremos que es violencia de género, la debida diligencia de los Estados ante la violencia de género en el marco de las investigaciones, en el procesamiento y finalmente los parámetros de acceso a justicia y búsqueda de verdad procesal.

2. Antecedentes.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos que se adoptan durante el marco de las Naciones Unidas, son pilares fundamentales para el reconocimiento de los derechos de las mujeres, así observamos que en 1946 poco después de la formación de las Naciones Unidas resurgió la liga para abolir la esclavitud sexual, y se establece la comisión sobre la condición jurídica y social de la mujer y la rama para el avance de la mujer; en 1949 se adopta la Convención para la supresión de la trata de personas y la explotación de la prostitución ajena; en 1967 se promulga la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, precursora de la convención adoptada en el 1979, que entra en vigor en 1981; en 1975 es declarado el año de la Mujer, por la Asamblea general de las Naciones Unidas; implementándose de 1975 a 1985 la década de la mujer, empezando a denunciarse fuertemente la violencia contra la mujer; en 1976 se instaura el Tribunal Internacional sobre crímenes contra mujeres y en 1978 se promulga la Convención Americana de Derechos humanos, en la que se establece la creación de la Corte Interamericana de derechos humanos, promulgándose en 1979 la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW; emitiéndose la decisión de la Corte Europea de Derechos

Humanos en los casos Airey V. Ireland, que declara al Estado responsable por no haber dado los pasos necesarios positivos para asegurar el acceso de una mujer a los tribunales y separarse de su marido maltratador; en 1980 tiene lugar la Segunda conferencia mundial sobre mujer, adoptándose la Resolución *"La mujer maltratada y la violencia en la familia"*; desde entonces los encuentros feministas se han realizado periódicamente; en 1981 tiene lugar el Primer encuentro feminista, que instaura el 25 de noviembre como el día internacional contra la violencia hacia la mujer; llevándose a efecto en 1985 la Tercera conferencia mundial sobre mujer y se adopta la Resolución *"La eliminación de la violencia contra la mujer y la familia en la sociedad, lo que se tradujo en el Asamblea General de las Naciones Unidas en Violencia Domestica"*.

En la década de 1985 a 1995, las organizaciones que se encontraban divididas empiezan a llegar a consensos en cuanto a temas específicos que afectan a las mujeres, teniendo gran éxito las conferencias internacionales sobre estos temas, por lo cual en 1988 la Corte IDH, resuelve controversialmente en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras; en 1990 se realiza la Consulta interamericana sobre la mujer y la violencia y el Quinto encuentro Femenista; 1991 se promulga la Convención interamericana de violencia contra las mujeres; 1993 da lugar a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Declaración de Violencia contra la mujer; Declaración y Programa de Acción de Viena, que reconoce los derechos de las mujeres como parte integrante de los derechos humanos; 1994 se lleva a efecto la Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la mujer, convención Belém do Pará, único instrumento vinculante que aborda exclusivamente la violencia contra las mujeres a nivel global, que incluye la referencia a la muerte de las mujeres como consecuencia de violencia; en el año 2000 se instaura el Tribunal Internacional sobre crímenes de guerra contra mujeres.

Sin embargo no es sino hasta el 2006 que la Corte Interamericana de Derechos Humanos empieza a desarrollar en su jurisprudencia lineamientos de acceso a la justicia y verdad procesal con enfoque de género, teniendo en consideración la desigualdad histórica y social que viven las mujeres; y en virtud de ello los Estados empiezan a implementar en su legislaciones medidas para garantizar la seguridad de las mujeres, y eliminar la discriminación, mas, en Ecuador, según el informe sombra al comité de la CEDAW 2020 hasta septiembre del 2020 se han reportado oficialmente 100 homicidios intencionales de mujeres de los cuales 41 han sido registrados como femicidios dentro del sistema de justicia. Las organizaciones de la sociedad civil, por su parte, registran 75 femicidios. El informe Mundial sobre trata de personas de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2018) alertó a los Estados respecto del incremento de las víctimas de trata en el mundo, siendo Asia y América los continentes que reportan mayor incremento; en la región sudamericana, la gran mayoría de este ilícito son mujeres. A partir de la tipificación del delito de trata de personas en el 2017 y 2018 se reportan 157 casos donde el 91,08% son mujeres. De la información de estudio de violencia política de mujeres en ECUADOR, con una muestra de 50 candidatas y dignidades electas, se identificó que en el ámbito de violencia psicológica el 66% afirmaban ser discriminadas. El 54% afirmaba haber sido desprestigiadas, el 52% han sido excluidas, marginadas en las campañas y en el cargo; el 46% indica que se les ha ocultado información. En el ámbito educativo desde el año 2014 a 2020, se han recibido 10616 denuncias reportadas a través del sistema educativo nacional. 7023 denuncias son relacionadas con violencia sexual cuyos sospechosos son personas fuera del sistema

educativo. 3593 denuncias receptadas en el sistema educativo son relacionadas con violencia sexual y los sospechosos son personas del sistema educativo. (Informe Sombra al Comité CEDAW, 2020)

Como observamos de las estadísticas detalladas, el fenómeno de la violencia de género se mantiene vigente y por ello el derecho penal moderno debe entender cuáles son las características de este tipo de violencia, que no debe implicar el establecimiento de tipos penales, sino comprender el fenómeno a través de dos premisas: a.-) la violencia de género es discriminación social contra las mujeres y b.-) la Violencia de género se manifiesta de diferentes formas, aunque se trata de un fenómeno único, se basa exclusivamente en la construcción social de sexo y género. En virtud de ello, el Estado debe plantear políticas de protección de derechos (integridad física, psicológica y sexual) y la criminalización de las conductas que lesionen los bienes jurídicos protegidos de la integridad personal, a su vez el procedimiento a adoptarse para la punición de las mismas, y la preparación para que el personal a quien se le ha delegado la administración de justicia garantice la tutela judicial efectiva de derechos, acceso a la justicia, verdad procesal y debida diligencia, considerando que en un Estado de Derecho y Justicia social, toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso quede en indefensión³.

Bajo esta premisa proteccionista, el Estado a través de sus agentes estatales deben entender ante el fenómeno de la violencia, que el problema no son las mujeres y su comporta-

3. Constitución de la República del Ecuador, Art. 75.-Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

miento, sino por el contrario ¿en qué medida el tratamiento penal persigue las conductas denunciadas y protege a las mujeres que sufren violencia antes del inicio del proceso penal y durante el mismo, a través de los propios agentes estatales?, por cuanto, a través del órgano judicial estatal es que la reclamación de derechos vulnerados a las mujeres, en todas las fases de los procesos e investigaciones se efectivizan, convirtiéndose finalmente como los llama el Dr. Jorge Zavala Baquerizo en procesos penales perfectos.

3. ¿Qué es violencia de género?

La violencia de género, es decir la violencia que se ha impuesto contra las mujeres por ser mujer, es un fenómeno que ha sido invisibilizado, pero también es una expresión de discriminación con mayor injusticia e inequidad pues atenta contra la dignidad y la integridad de las niñas y mujeres lo cual lo convierte en un problema de salud pública y de violación de derechos humanos fundamentales, así lo señala la Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, "Convención Bellem Do Para", que dice: "La violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales que limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades"; puesto que la violencia de género lesiona la dignidad humana, siendo una muestra de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

Por otra parte la Declaración sobre la Erradicación de la Violencia contra la Mujer afirma que la violencia contra la mujer trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias base refiriendo en el Art. 1 que esta es la razón por la cual 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", y en el artículo 2 enfatiza los ámbitos en que dicha violencia puede presentarse, siendo estos: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica, b) que tenga lugar en la comunidad, c) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra.

Dentro de este contexto debemos entender a la violencia contra la mujer como discriminación, por ello, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer del año 1979, determina que es discriminación contra la mujer: "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, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera." La definición abarca cualquier diferencia en el trato basada en el sexo que de manera intencional o sin ella, coloque a la mujer en desventaja; impidiendo que la sociedad pueda reconocer los derechos de la mujer en las esferas pública y privada; o no permita que la mujer pueda ejercer los derechos humanos que le son reconocidos. La misma Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su Artículo 2, refiere que los Estados firmantes condenan la discriminación contra la mujer comprometiéndose a que si hasta ese entonces no tuvieron en su legislación parámetros de violencia de género, deberán incluir en sus Constituciones el principio de igualdad del hombre y de la mujer y establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre la igualdad real con el hombre, con ello garantizara través de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección

efectiva de sus derechos, contra todo acto de discriminación. Así mismo, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todo tipo de Discriminación contra la Mujer, estableció para la interposición de quejas por parte de las mujeres o grupo de mujeres, un procedimiento especial para que aleguen violación de sus derechos humanos por el Estado Parte, lo que permite una implementación más efectiva de la CEDAW como mecanismo de tutela directa.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en la Declaración y Programa de Acción de Viena, desde 1993, reconoce que los Derechos Humanos de la Mujer y de la Niña son parte integrante e indivisible de los derechos humanos universales, siendo inalienables y que la violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y deben ser eliminadas, instando a los gobiernos a que sean más rigurosos en sus esfuerzos para proteger y promocionar los derechos humanos de las mujeres y de las niñas.

En este orden de ideas, en un análisis social y jurídico, hay que entender que la violencia contra las mujeres por el hecho de ser mujeres, provocados aún en manos de la pareja o ex pareja es violación de derechos humanos y no simples lesiones de la integridad física, psicológica y sexual, una vez fijado este punto podemos visualizar los obstáculos que se presentan tanto en la vida de las víctimas, así como también en la búsqueda de ayuda, verdad y protección estatal, esto, a pesar que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas se encuentran fijadas medidas cautelares, de protección a favor de las víctimas de violencia de género, tipificaciones delictuales y procedimientos especiales dentro de la norma, que deben ir de la mano con el compromiso de las instituciones públicas entre ellas a las que conforman el sistema de justicia penal, policía, abogados, jueces y fiscales a actuar en bue-

na fe y lealtad procesal, con debida diligencia en las investigaciones de las denuncias y la protección y reparación de la víctima en este tipo de agresiones, analizando particularidades de cada caso, no solo desde el punto de vista procedimental, sino más bien social y victimológico y con enfoque de género, considerando varios aspectos que impiden a la víctima iniciar y hasta concluir el proceso judicial, ello por cuanto la Comisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha constatado que ciertos patrones socioculturales discriminatorios influyen en las actuaciones de los funcionarios en todos los niveles de la justicia ordinaria, lo que se traduce en un número diminuto de juicios orales y sentencias condenatorias que no corresponden al número elevado de denuncias o de conocimiento de noticias delictuales y a la prevalencia del problema.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos verifica que la violencia contra las mujeres es discriminación y que todavía son hechos aceptados en las sociedades americanas, lo cual se ve reflejado en la respuesta de los operadores de justicia y sus auxiliares hacia las mujeres víctimas de violencia y en el tratamiento de los casos particulares, sin que los mismos sean tratados con la diligencia y respeto debido, existiendo una tendencia a considerar los casos de violencia contra las mujeres como problemas de pareja y centrados en el núcleo familiar, o problemas de ámbitos privados y no prioritarios que deben ser resueltos sin la intervención del Estado. (Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, CIDH, 2007)

4. Responsabilidad de los Estados frente a la violencia de género y Obligación de actuar con Debida Diligencia.

Ante el deber de actuar con debida diligencia, debo iniciar aclarando que la obligación del Estado como tal, no es solamente garantizar la debida diligencia una vez ocasionado

el suceso violento, castigar a los responsables o generar políticas de prevención, sino que la Corte se ha pronunciado respecto de obligación de garantizar el derecho a la vida por parte de los Estados que han ratificado la convención, quienes tienen la obligación de generar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de este derecho inalienable, así como el deber de impedir que sus agentes o particulares atenten contra el mismo. La finalidad de la convención, como instrumento para la protección de los derechos de los seres humanos, busca que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de forma efectiva (*effet utile*)” (CIDH, 2006)

Ahora una vez que el derecho a la vida o la integridad ha sido lesionado por actos de violencia de género, en Derecho internacional, el estándar de diligencia debida o de conducta adecuada de los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales ha sido crucial en la declaración de la responsabilidad del Estado en el marco de la protección de los derechos humanos, (Lozano, 2007) la Recomendación General núm. 19, recuerda que la CEDAW se aplica a la violencia ocasionada por las autoridades públicas pero que “los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización” y, más tarde, la DEVAW insta a los Estados a “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares” (artículo 4.c.).⁴ Se trata pues de atribuir responsabilidad al Estado cuando éste no

haya empleado la debida diligencia para dar respuesta a las obligaciones internacionales contraídas, sin embargo, la operatividad de este principio requiere concretar el haz de acciones que se entenderán suficientes para alcanzar el estándar mínimo de debida diligencia en la actuación del Estado y con ello la satisfacción del acceso a justicia y búsqueda de verdad procesal.

Es decir, los Estados responderán internacionalmente por el incumplimiento de este compromiso cuando sus agentes, sus gobiernos o alguien en su nombre, cometa actos violentos contra las mujeres. Pero también incurrirán en responsabilidad cuando la violencia sea infligida por particulares puesto que la CEDAW los compromete a adoptar las medidas adecuadas para eliminarla sea cual sea su origen. Y de ahí, el Comité CEDAW afirma que también serán responsables por los “actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”. (CEDAW, Recomendación General N° 19, 1992).

Esta última perspectiva que reclama la intervención de los poderes públicos cuando los ataques se producen por particulares es extraordinariamente valiosa en el ámbito de la violencia doméstica caracterizada por las agresiones entre particulares en el ámbito de la pareja o expareja. La falta de protección de la mujer y del mismo modo, una vez que un acto ilegal ya ha ocurrido, la inacción del Estado por no haber investigado, procesado, castigado o indemnizado el acto perpetrado por un actor privado equivale a la negligencia de la obligación del Estado de estar debidamente diligente. (CEDAW, 2007)

4. También lo ha reconocido el Comité CEDAW que reafirmó la norma de diligencia debida en el año 2007 a través del examen de dos comunicaciones individuales en las que se alega un incumplimiento por parte del Estado de investigar y enjuiciar los actos de violencia contra las mujeres, en violación de los artículos 1, 2, 3 y 5 de la Convención.

Ahora cuando los Estados a través de sus operadores no cumplen con sus obligaciones y a consecuencia de esta falta de debida diligencia, se genera la impunidad, la misma que supone una falla del Estado en la obligación de garantizar los derechos humanos, lo que no solo constituye un incumplimiento de sus compromisos internacionales en la materia, sino también expresa en sus niveles más severos, la ausencia de Estado, como ha señalado la Corte IDH en el caso Velásquez Rodríguez, en el que dice: "El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación". (Toledo V., 2009)

Oscar Parra Vera, en el documento "La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates", hace mención a los pronunciamientos de la Corte Interamericana sobre debida diligencia y acceso a la justicia en el contexto de la lucha contra la impunidad, (Parra O. , 2012), considerando que el sistema interamericano involucra "una promesa que la comunidad de naciones del hemisferio hace a las víctimas: que si las instituciones del Estado no responden a las violaciones de los derechos humanos, las instancias internacionales están allí para oír sus reclamos y para restablecer la vigencia del derecho" (Méndez, 2012). Con ello la Corte ha pasado de un sistema de denuncia y documentación de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos; al análisis de la impunidad y finalmente la visibilización de patrones estructurales de inequidad y exclusión social y funcionamiento irregular de la administración de justicia, lo que finalmente explica la impunidad.

Dentro de este contexto la Corte Interamericana ha tenido que valorar los obstáculos a

la debida diligencia construidos a partir del abuso irregular de las instituciones procesales de derecho interno de los Estados. (Parra V., 2012). Refiere que la debida Diligencia exige la relevancia de distinguir claramente entre no tener un proceso judicial pendiente por graves violaciones de derechos humanos y no ser investigado por dichas violaciones, por ejemplo en la Sentencia del Campo algodonero, se aporta la viabilización del carácter discriminatorio de la impunidad y el rol de un determinado contexto para valorar la debida Diligencia en la investigación.

Por otro lado, si bien es cierto no se trata de violencia de género, respecto del deber de investigar la Corte en el Caso Baldeón García, Vs Perú, ha manifestado: "La Corte ha señalado que en los casos de ejecuciones extrajudiciales es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida y castiguen a todos los responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales, ya que de no ser así se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que se repitan estos hechos, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida. Además, si los hechos violatorios a los derechos humanos no son investigados con seriedad, resultaría en cierto modo, favorecidos por el poder público, lo que compromete la responsabilidad internacional del Estado." (CIDH, 2006)

<La Corte hace hincapié que "El deber de investigar es una obligación de medios, no de resultados. Esta, debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. Esto último no se contrapone en el derecho que tienen las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares, a ser escuchados durante el proceso de investigación y du-

rante la tramitación del proceso, así como a participar ampliamente de los mismos. Dicha investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables intelectuales y materiales de los hechos, especialmente cuando están o pueden estar involucrados agentes estatales". (CIDH, 2006)

Ya en materia de Violencia de género, la Corte en el caso *González y Otras Vs. México*, resalta como las desapariciones y homicidios de mujeres en ciudad Juárez – Chiguagua-Mexico, han sido recurrentes desde 1990, intensificándose con el cuerpo encontrado abandonado con señales de violencia en 1993, ello se lo asoció con la vulnerabilidad de las obreras maquiladoras, observándose el incremento de hallazgos de mujeres muertas año tras año y reportes de mujeres desaparecidas que jamás fueron localizadas, creándose en 1998 entidades de investigación de homicidios en México, evidenciándose femicidio sexual sistémico. En el 2001 se produce el hallazgo de cadáveres de 8 jóvenes mujeres, en un campo algodonnero en Ciudad Juárez, encontrándose más cadáveres en terrenos baldíos, lo que motivó la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del CAMPO ALGODONERO en marzo del 2002, determinándose responsabilidad estatal, sentenciando la Corte Interamericana en el 2009, condenando al Estado mexicano por no garantizar el derecho a la vida, integridad y libertad de las víctimas, sus familiares, y la impunidad de los crímenes (CIDH, 2009). La Corte verificó que al momento de investigar los agentes estatales lo ocurrido con las víctimas, algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran "voladas" o que "se fueron con el novio", lo cual, sumado a la falta de acuciosidad para el comienzo de la investigación, permitía concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproducía violencia, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia.

Además, la Corte Interamericana señaló que la impunidad a consecuencia de la falta de seriedad en las investigaciones enviaba el mensaje erróneo a la sociedad, que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece en suma su permanencia y acción discriminatoria y con ello la aceptación social de esta violación de derechos, lo que causaba frustración y sensación de inseguridad en las mujeres, así como también desconfianza en el sistema de administración de justicia. Igualmente se señaló que los estereotipos de género son una pre-concepción social de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Por estas razones al haberse acreditado la cultura de discriminación que nacía de la violencia ejercida, el Tribunal señaló que era posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas discriminatorias, por las relaciones de poder existentes en lo masculino y femenino; condiciones que se agravan cuando los estereotipos de género se visualizan en políticas y prácticas gubernamentales, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial. Concluyó la Corte que la creación y uso de estereotipos son las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte reiteró que las investigaciones cuando eluden el análisis de los patrones sistemáticos en los que se enmarcan cierto tipo de violaciones a los derechos humanos, pueden generar investigaciones ineficaces (Parra, 2012). De ello se evidenció que la administración de justicia no observa la importancia del problema de violencia de género, lo que genera una falta de debida diligencia y posteriormente impunidad (CIDH, 2009). Por ende el Estado, debe adoptar las providencias que sean necesarias para verificar si el homicidio concreto que investiga se relaciona o no con dicho contexto y en ese parámetro la debida diligencia a los operadores de justicia tomar en cuenta lo ocurrido en otros homicidios y establecer algún tipo de relación entre ellos (Parra O, 2012).

En el caso de *Yildirim vs. Australia*, El Comité de la CEDAW declara al Estado de Austria responsable de vulnerar los derechos protegidos por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, por no propiciar todas las medidas de protección, positivas y adecuadas para proteger el derecho a la vida y a la seguridad personal de la Sra. Yildirim. Es decir, el Comité encuentra que la falta de coordinación entre las autoridades policiales y judiciales y la falta de formación en violencia de género (intimo) de su personal coadyuvaron a la muerte de la Sra. Yildirim. Siendo esta decisión un precedente fundamental respecto de la debida protección de las víctimas de violencia doméstica y de violencia de género en general, por lo cual la recomendación enfatiza que la violencia doméstica no debe considerarse una falta menor sino un delito. Un error de juicio por parte de la Fiscalía al no autorizar el arresto de Irfan condujo a la muerte de la Sra. Yildirim y el Comité dictaminó con acierto que se produjo una falta de debida diligencia en la actuación del Estado Parte.

La Corte Interamericana de Derechos humanos, sobre la obligación de los Estados de contar con marco jurídico de protección y una estrategia de prevención de la violencia contra las mujeres, refiere en el caso del campo algodonerero que los Estados deben adoptar las medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en caso de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de preven-

ción debe ser integral, es decir, debe prevenir factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Recalcando que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones contenidas en la Convención Americana, adquieren una obligación reforzada a partir de la Convención Belem do Pará (CIDH, 2009.).

La Corte refiere que la falta de debida Diligencia por parte de los agentes estatales, acarrea su responsabilidad respecto a la vulneración de los derechos humanos de las mismas, y dice: "...antes de los hallazgos de los cuerpos el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge el deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medios al ser estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda." (CIDH, 2009)

Los pronunciamientos del Comité CEDAW en relación con la exigencia de responsabilidad internacional de los Estados por la inobservancia del compromiso de protección de las víctimas de violencia de género se articulan en torno al principio de diligencia debida.⁵ Así, el Comité CEDAW admite que esta obligación estatal deberá procurarse, con la

5. Se ha señalado que la incorporación del principio de diligencia debida en relación con las obligaciones estatales en el ámbito de la violencia de género ha sido una de las mayores aportaciones del Comité CEDAW en la labor interpretativa que realiza a través del procedimiento de comunicaciones de particulares. Véase Andrew BYRNES y Eleanor BATH, "Violence against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women –Recent Developments" (2008), 8(3) Human Rights Law Review, p. 517-533.

debida diligencia y con la adopción de medidas razonables para impedir la violación de los derechos de las mujeres y para procurar su seguridad ante posibles riesgos en una situación de violencia contra ellas (CEDAW, 2014.) el estándar de debida diligencia reclama igualmente medidas adecuadas para dar una respuesta específica a cada víctima de violencia. En este sentido, el Comité ha subrayado el carácter necesario y esencial de la colaboración de los agentes estatales competentes encargados de valorar el riesgo de violencia, de acordar las medidas de protección oportunas y de supervisar la situación de las víctimas, ya que son éstos quienes se ocupan de ejecutar con la debida diligencia las obligaciones del Estado (CEDAW, 2014).⁶

La actuación diligente de las autoridades competentes en relación a cada supuesto de violencia exige, a la vez, que se dé una respuesta específica que considere la situación particular de la víctima, es decir, que se valoren especialmente aquellas circunstancias personales o sociales de la víctima que la colocan en una situación de especial vulnerabilidad. el Comité entiende que la situación de vulnerabilidad de la víctima obliga al Estado a ampliar el sistema de garantías, añadiendo medidas adicionales de protección, como por ejemplo, un seguimiento más intenso de la efectividad de las medidas de protección de la víctima, la traducción de las órdenes de protección a la lengua de la víctima para que pueda conocer adecuadamente las medidas acordadas, la asistencia de servicios sociales de apoyo a la mujer extranjera, o la

adopción de un régimen de visitas vigilado por profesionales.

Por otra parte, no se trata de la investigación diligente por la víctima directa de los hechos, sino que los Estados deben tener en consideración el derecho de los familiares de las víctimas a ejercer las acciones adecuadas con el fin de garantizar el acceso a la justicia, tal como en múltiples ocasiones se ha pronunciado la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, sobre el PRINCIPIO DE VERDAD PROCESAL y el derecho al esclarecimiento de los hechos (caso campo algodouero). En Ecuador se intenta cumplir con el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos y se promulgó el Código Orgánico Integral Penal, que difiere del procedimiento penal anterior puesto que le da mayor importancia a la víctima que debe ser reflejada incluso en la atención que se les brinda por el órgano judicial competente, auxiliares y autónomos, atención que parte desde expresarles de manera clara la finalidad del proceso y sus necesidades. (CIDH, 2009)⁷

5. Acceso a la Justicia de las víctimas de violencia de Género.

Silvia Daniela Heim, en su libro *Mujeres y Acceso a la Justicia* hace un análisis de los obstáculos que las mujeres deben cruzar

6. El Comité CEDAW entiende que “para que la mujer víctima de violencia doméstica disfrute de la realización práctica del principio de no discriminación e igualdad sustantiva, y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política expresada en el modelo descrito debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado”.

7. El deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa [300]. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos [301].

para incitar a la administración de justicia, detallándolo:

5.1 Primera acogida. - Se trata de la primera fase para el intervencionismo estatal en la problemática de la violencia de género, que se desemboca en: a.-) Barreras que impiden a la víctima denunciar.- Las víctimas de violencia de género siguen un proceso largo de negación que puede durar años antes de interponer la denuncia, pensando en las barreras sociales y personales lo que le impide excitar el sistema penal. b.-) Decisión de denunciar.- Una vez que se han intensificado los síntomas de la violencia y que víctima ha pensado sobre las barreras que le impiden denunciar, presenta la denuncia y como resultado observa que la violencia se intensifica, siente miedo a las reacciones de su entorno y a sus propias reacciones, observa afectación familiar o su falta de apoyo en muchos casos, pese a existir determinadas en las normas la medidas cautelares y de protección a las víctimas de violencia, estas no se hacen efectivas. (Heim S. , 2016)

5.2 Durante las investigaciones y el proceso. - Una vez que la víctima ha presentado la denuncia y a falta del asesoramiento y protección estatal, la víctima decide: A.-) Retirar la denuncia y no continuar con el proceso considerando la experiencia de contacto en primera acogida, el desconocimiento de los derechos a través de la información legal, y que durante las investigaciones las víctimas se sienten intimidadas, B.-) Decisión de mantener la denuncia.- Las víctimas buscan justicia a través de principios procesales como el de celeridad, tutela judicial efectiva, debida diligencia, derecho a la verdad, a través de las medidas de protección, sistema penal protector a través del elemento humano, profesionales que brinden acceso, buscando: (Heim D. , 2016) medidas De Protección (COIP, 2014), medidas especiales adoptadas en diligencias judiciales (COIP, 10), y justicia, consecuentemente exige reparación integral de los daños causados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe de Acceso a Justicia para las mujeres en las Américas manifiesta que la investigación de casos de violencia contra las mujeres se ve afectada negativamente por una diversidad de factores, entre ellos que existen retrasos injustificados por parte de las instancias encargadas de efectuar la investigación para llevar a cabo las diligencias necesarias, debido a una percepción de estos casos como no prioritarios. La CIDH, ha constatado que la falta de investigación de los hechos denunciados, son producto de la influencia de patrones socioculturales discriminatorios que llevan a descalificar a las víctimas, disminuyendo la importancia en la investigación de los casos por considerar que estos delitos son no prioritarios o hasta justificados en la esfera social. (CIDH, s.f.)

Así mismo se ha pronunciado en relación con los vacíos e irregularidades que afectan las investigaciones de casos de violencia contra las mujeres, la CIDH ha constatado que durante la investigación de la gran mayoría de estos casos no se recopilan pruebas fundamentales para el debido esclarecimiento de los hechos. Por un lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado la ausencia de pruebas físicas, científicas y psicológicas para establecer los hechos, lo cual se traduce en el estancamiento de los casos por falta de prueba. Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha constatado que la mayoría de los esfuerzos para recopilar evidencia probatoria de actos de violencia contra las mujeres desembocan en la búsqueda de prueba física y testimonial, dejando de lado otros tipos de prueba que pueden ser y determinantes para establecer los hechos como la prueba psicológica y científica. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que la falta de protocolos respecto de la complejidad probatoria en los casos de violencia de género, así como el detalle de las pruebas mínimas que son necesarias recolectar hace que muchos operadores de justicia no hagan una valoración probatoria

adecuada, provocando con ello también impunidad.

En vista de lo delicado del tratamiento de las investigaciones y procesos que tienen que ver con violencia de género y de la condición en que las mujeres acceden a incitar la justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso V.R.P., V.P.C.** Y OTROS VS. NICARAGUA (CIDH, 2018)⁸, Sentencia de 8 de marzo de 2018, ha determinado que las conductas que lesionen bienes jurídicos protegidos en favor de las mujeres como la integridad sexual, deben ser investigadas y Juzgadas en base a un enfoque de género que no permita la discriminación y re victimización de la persona agredida. Para cumplir con la resolución vinculante de la Corte Interamericana debemos entender, que la perspectiva de género es una variable de análisis que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía, superar los

estereotipos que provocan discriminación y desigualdad entre hombres y mujeres; siendo el género, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), el conjunto de "roles socialmente construidos, comportamientos, actividades y atributos que una sociedad considera como apropiados para hombres y mujeres" (WHO, 2013)

En razón a la discriminación existente y a los estereotipos de género que aun inconscientemente los sujetos procesales y operadores de justicia tienen preconstruidos, en el tratamiento procesal es indispensable que los operadores de justicia actúen con imparcialidad, identifiquen la discriminación y violencia basada en género y adopten los mecanismos legales y procedimentales que más favorezcan al respeto de la dignidad y a la protección de los derechos de las mujeres. (Cumbre Judicial Iberoamericana, Secretaría Permanente, 2020)

-
8. V.R.P. nació el 15 de abril de 1992 en la localidad de Jinotega, Nicaragua. Es hija del matrimonio constituido por la señora V.P.C. y el señor H.R.A. e integra el grupo familiar también compuesto por sus tres hermanos mayores: N.R.P., H.J.R.P. y V.A.R.P. Hasta el año 2002, tanto V.R.P. como sus hermanos habitaban en una casa propiedad de su madre. La presencia de su padre en el hogar era casi inexistente, ya que el señor H.R.A. tenía una relación extramatrimonial y sólo llegaba esporádicamente a la casa, circunstancia que, a su vez, tornaba muy inestable la relación con su madre. El señor H.R.A. era abogado; se desempeñó como Procurador Auxiliar del Departamento de Matagalpa, entre otros puestos. Asimismo, era miembro del Frente Sandinista para la Liberación Nacional. El vínculo matrimonial se disolvió el 31 de enero de 2002, como consecuencia de una demanda presentada por V.P.C. en noviembre de 2001. B. Los hechos ocurridos en el año 2000 V.R.P. relató que, entre los meses de septiembre y octubre del año 2000, cuando tenía ocho años de edad, su padre la llevó en dos ocasiones a un lugar conocido como "Las Flores". Allí, le dio de tomar café, luego de lo cual se sintió mareada y se durmió. Asimismo, manifestó que, aunque no se enteró de lo que su padre hacía con ella, al despertarse notaba que éste se arreglaba la faja, la parte anterior del pantalón, se subía el "zipper" y, además, le limpiaba la zona anal. El 16 de octubre de 2001 la señora V.P.C. llevó a su hija a una consulta médica privada con un médico cirujano pediatra debido a las dificultades que V.R.P. presentaba para defecar y a los dolores que tenía en la región anal. El médico que la atendió, luego de examinar a V.R.P. y tomar la biopsia respectiva bajo anestesia, encontró que la niña presentaba ruptura del himen y condilomas en la región perianal, indicativo de enfermedad venérea. En atención al cuadro clínico que presentaba, el médico pediatra decidió derivarla al Hospital Victoria Motta. El 17 de octubre de 2001 acudieron a un médico gineco-obstetra para una valoración más especializada. Dicho médico, luego de inspección ginecológica bajo anestesia, confirmó el diagnóstico de himen desflorado de vieja data, presencia de úlceras en el ano, desgarros de la mucosa de la región anal, lesiones en el cuello uterino y se detectó la presencia del virus del papiloma humano y condilomas en la región perianal. Debido a estas lesiones, V.R.P. fue sometida a crioterapia para los condilomas en el cuello uterino y una anoplastia en toda la circunferencia perianal. Ambos médicos concluyeron y declararon en el proceso a nivel interno que, conforme a los hallazgos médicos, V.R.P. era víctima de abuso sexual y había sufrido penetración anal.

Para ello debemos hacer un análisis de los prejuicios existentes en nuestro ámbito personal y proceder a:

5.3 Derribar barreras estructurales de acceso a la justicia, tal como lo ha dispuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH, en la sentencia de 20 de noviembre de 2014, sobre el caso Espinoza González Vs. Perú, en que expresa que una capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino debe generar que todos los funcionarios reconozcan la existencia de discriminación contra la mujer y los daños que provocan a la debida diligencia, tutela judicial efectiva y acceso a justicia, las ideas y valoraciones estereotipadas, sin que se llegue a encontrar la verdad procesal." (CIDH, 2014) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha afirmado en el caso de las Hermanas González Pérez, que el caso se caracterizaba por la impunidad completa, ya que habían transcurrido más de seis años y el Estado no había iniciado proceso alguno para investigar y buscar la verdad, peor aún haber sancionado a los responsables, ni compensado a las víctimas por las heridas y pérdidas derivadas de estos actos. La Comisión en esa oportunidad reafirmó un principio de derechos humanos básico y aplicable a las investigaciones de actos de violencia contra las mujeres y es el hecho que las investigaciones deben ser llevadas a cabo con competencia e imparcialidad por parte de las autoridades, debido a que cuando las investigaciones y los procesos no son llevadas a cabo por autoridades con conocimiento y sensibilización en materia de género, o estas autoridades no se brindan colaboración entre sí, se registran retrasos y vacíos claves en estas investigaciones, los cuales afectan negativamente la búsqueda de la verdad, lo que es derecho de las víctimas, generando impunidad. (CIDH, 2001)

5.4 Cumplir con la obligación constitucional y convencional de respetar, proteger y garantizar los derechos de las mujeres, (CJI-SP, 2020) tal como se ha expresado en

la Cumbre Judicial Iberoamericana "Incorporar la perspectiva de género en la función judicial implica hacer realidad el derecho a la igualdad, respondiendo a la obligación constitucional y convencional de combatir la discriminación por medio del quehacer jurisdiccional para garantizar el acceso a la justicia y remediar, en un caso concreto, situaciones asimétricas de poder." (CJI-SP, 2020) Lo que permitirá comprender los hechos desde el análisis del contexto cultural en el que se llevaron a cabo.

5.5 Desmontar los estereotipos o modelos de hombre y mujer que provocan desigualdad, lo que da lugar a la identificación de aspectos que afectan la distribución de los recursos entre hombres y mujeres, generando discriminación en todos los ámbitos y coartando el poder de decisión. La Cumbre Judicial Iberoamericana añade: "El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Quienes juzgan, son agentes de cambio en el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas." (CJI-SP, 2020) Asimismo, en su informe sobre la situación de Ciudad Juárez, México, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, observó parcialidades y sesgos de género en las actuaciones de los fiscales y agentes investigadores ante casos de violencia contra las mujeres, los cuales descalificaban a las víctimas durante el proceso de investigación:(...) casi al mismo tiempo que comenzara a aumentar la tasa de homicidios, algunos de los funcionarios encargados de la investigación de esos hechos comenzaron a emplear alegatos que culpabilizaba a la víctima por el delito. Según declaraciones de operadores de justicia (autoridades de alto rango), las víctimas utilizaban minifaldas, salían de baile, eran fáciles o prostitutas. Hay informes acerca de que la respuesta de las autoridades pertinentes frente a los familiares de las víctimas que fueron indiferentes y hasta hostiles. (CIDH, 2003)

5.6 Entender el contexto en el que se desenvuelven las mujeres en su jurisdicción, y para ello incorporar la perspectiva de género en el análisis judicial busca que los operadores de justicia reconozcan los roles de género existentes en su jurisdicción y cómo estos roles traducen comportamientos violentos y discriminatorios entre hombres y mujeres, en cada caso y en cada localidad, considerando que los contextos sociales y culturales tienen la influencia de todo tipo de tradiciones y costumbres.

5.7 Considerar otras características biológicas y sociales que dificultan el acceso a la justicia. De acuerdo a las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad:³⁾ Se consideran en condición de 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 para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Se trata de un tipo de discriminación muy especial y que varios autores identifican como una triple discriminación, puesto que ellas pueden

ser víctimas de la discriminación por ser mujeres, por su condición o su etnia. Por todo ello los operadores de justicia en sus resoluciones deberían con enfoque de género: a.-) examinar las características propias de la mujer, adolescente o niña, es decir, aquellas de las que no puede desprenderse, tales como su edad, origen nacional, origen étnico, discapacidad, entre otras; b.-) Examinar las características del entorno en el que se desenvuelve la mujer, adolescente o niña, es decir, la condición socio económica, la situación de desventaja o discriminación, el espacio comunitario, entre otras; c.-) Considerar qué actividades realiza la mujer, adolescente o niña en su diario vivir y si la misma tiene a disposición una red de apoyo, así como dónde vive y su convivencia con la persona agresora, que puede llevar a dependencia económica y emocional. (CNJ, 2018)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha observado que la violencia, la discriminación y las dificultades para acceder a la justicia afectan de diferentes formas⁹ ya que las mujeres indígenas y afrodescendientes están particularmente expuestas al menoscabo de sus derechos por causa de otro tipo de discriminación como el racismo.¹⁰ Tam-

9. En la declaración oficial de Durban, se visibilizó el hecho de que el racismo, la discriminación racial y la xenofobia se manifiestan de forma diferenciada en las mujeres, empeorando su situación de desigualdad social, económica y cultural, todo lo cual desconoce y viola sus derechos humanos: “Consideramos que el racismo, la discriminación racial y la xenofobia se manifiestan de manera diferenciada en el caso de la mujer, haciendo que sus condiciones de vida se agraven, generando múltiples formas de violencia y limitando o negándoles el ejercicio de sus derechos humanos”. Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, Ginebra, 15-16 de enero de 2001

10. El racismo es la ideología que sustenta la dominación étnica, a través de hacer creer que las desigualdades entre los grupos son naturales, y que no son realmente consecuencia de una estructuración social dada. Como tal ideología, el racismo ha ido cambiando a lo largo del tiempo, cambiando para adaptar su función de “naturalización” a las circunstancias. Cuando ya no fue posible aducir diferencias biológicas para justificar la desigualdad, se recurrió a las culturales. Es decir, en su concepción inicial, el racismo estuvo basado en la diferencia e inferioridad biológica; en la actualidad esa interiorización está basada, predominantemente, en los “rasgos culturales”. Esto significa que, hoy en día, el racismo propone que hay grupos étnicos que son “atrasados” y por ello constituyen un obstáculo para el desarrollo, en contraste con otros grupos, cuyas características, valores y logros representan la modernidad a alcanzar. De nuevo, suponen la naturalización de esas diferencias, de una forma que puede parecer aparentemente contradictoria. Programa de Naciones Unidas del Desarrollo, Informe Nacional de Desarrollo Humano 2005, Diversidad Étnico-Cultural: La Ciudadanía en un Estado Plural, Guatemala 2005, pág 14

bién, ha constatado que por su condición enfrenta diferentes obstáculos para acceder a recursos judiciales idóneos que remedien las violaciones sufridas, las mismas que sufren discriminación combinadas, por ser mujeres, por su origen étnico o racial y/o por su condición socio-económica. (CIDH, 2006) Por otro lado, es necesario entonces enfatizar, que las mujeres afrodescendientes enfrentan un impacto diferenciado en comparación con los hombres, puesto que en ellas se entrecruza el componente de género a su raza, haciéndola más vulnerable. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho que, para un análisis de acceso a la justicia para las mujeres afrodescendientes, se debe considerar la gama de diferencias que subsisten al interior de esta población, las cuales están asociadas, a su cosmovisión, a sus tradiciones y cultura, a su posición económica y geográfica entre otras. (CIDH) Es necesario que los operadores de justicia incorporen la perspectiva de género en sus actuaciones y para ello es necesario que conozcan y analicen:

5.8 Roles y estereotipos de género: Deben reconocer las diferencias que han sido transmitidas de generación en generación, como una herencia de clasificación humana y son reconocidas por los niños y niñas desde la primera infancia, y con ello la influencia de los roles y estereotipos de género en los hechos objeto de la litis y en la interrelación de las partes procesales, por ello el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos explica que: "La utilización de los estereotipos de género es dañina cuando genera violaciones de los derechos y las libertades fundamentales. Un ejemplo de lo anterior es la falta de penalización de la violación marital, basada en el concepto social de que la mujer es la propiedad sexual del hombre (ACNUDH, 1996-2022) Al respecto el Comité CEDAW afirmó, en la Recomendación General N°19, que: "11. Las actitudes tradicionales, según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones estereotipadas,

perpetúan la difusión de prácticas que entrañan violencia o coacción (...)". Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos explicó que la concepción, creación y uso de estereotipos se convierten en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer. (CIDH, 2009)

5.9 Normalización de la violencia y la desigualdad. El uso de la perspectiva de género permitirá que los operadores de justicia reconozcan que la normalización de la violencia y la desigualdad entre las mujeres y hombres influyen en los comportamientos de los sujetos procesales, los alegatos y las motivaciones de los informes de los equipos técnicos y los órganos jurisdiccionales. En la administración de justicia, los mitos o las ideas preconcebidas y equivocadas en materia de género, utilizados por los diferentes intervinientes en los procesos penales, pueden afectar el derecho de las mujeres de acceder a la justicia y de contar con un juicio imparcial, consecuentemente la utilización de ideas estereotipadas puede influir en las decisiones judiciales imponiendo un prototipo de víctima correcta y justificando conductas de las personas procesadas. (CNJ, 2018)

5.10 Relaciones de poder; el modelo patriarcal puede entregar distintos estatus a la mujer, relacionados con la cultura, el país o el momento histórico en el que se desenvuelven, imponiendo relaciones asimétricas en la que el ser superior es el hombre, lo que se ve reflejada en las conductas discriminatorias que influyen en el acceso a la administración y la generalización de la violencia contra las mujeres. Los jueces deben identificar las características de poder o ventaja de los intervinientes en un hecho y la forma en el que operó o se aprovechó esta ventaja. (CNJ, 2018) La cultura patriarcal es parte de la mentalidad gran parte de los pueblos, de forma que la violencia contra las mujeres es parte cultural y no la enfermedad. Las mujeres sólo tendrán igualdad de acceso a la justicia, y la violencia contra la mujer sólo será eliminada, cuando se construya una

mentalidad que las conciba como iguales y no como inferiores aun en ámbitos culturales, pues ésta es la causa sistémica de la violencia contra las mujeres. (CNJ, 2018)

5.11 La rigurosidad en el análisis del perfil psicológico y comportamiento de la persona agresora. La normalización de la violencia y de los roles de género pueden entorpecer las investigaciones penales y justificar los hechos criminales contra las mujeres, por lo cual es insuficiente que el análisis del perfil y los comportamientos de la persona agresora se limiten a certificados de honorabilidad o pruebas de psicología que determinan el tipo de la personalidad o incluso la presencia de fobias, complejos o trastornos, sino ir más allá y entender las conductas discriminatorias y su contexto desde el ámbito de la normalización. (CNJ, 2018)

5.12 Flexibilizar la carga probatoria en las infracciones basadas en género. Las infracciones basadas en género son aquellas que se cometen contra una persona por su con-

dición de género, es decir, que lo que motiva estas infracciones tiene relación con los estereotipos de género. Por ello, las Cortes Internacionales han sido claras en sus reglas jurisprudenciales y los lineamientos con los cuales se debe valorar la prueba en delitos de violencia de género, siendo entre otros, los siguientes:

1. La valoración de la prueba no puede ser influenciada por patrones socioculturales discriminatorios, ya que ello puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal y a considerar tácitamente la responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor. (CIDH, 2007) Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Corte IDH. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 2015.¹¹

11. Los hechos del presente caso se enmarcan dentro de un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala e indicaciones de que el mismo era conocido por el Estado. Claudina Isabel Velásquez Paiz, de 19 años de edad y estudiante de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de San Carlos de Guatemala, salió acompañada de su hermano rumbo a la Universidad, aproximadamente a las 8:30 a.m. del día 12 de agosto de 2005. Por la noche, Claudina Velásquez informó a sus familiares que se encontraba en una fiesta y, tras realizar y recibir diversas llamadas por teléfono celular, alrededor de las 11:45 p.m. sus familiares sostuvieron una última llamada telefónica con ella y, con posterioridad, perdieron contacto. Sus padres comenzaron su búsqueda al ser informados, aproximadamente a las 2:00 a.m. del 13 de agosto de 2005, que esta podría encontrarse en peligro, según se los manifestó una persona que acudió directamente al domicilio de la familia para alertarlos de dicha situación. Alrededor de las 2:50 o 2:55 a.m., realizaron una llamada telefónica a la Policía Nacional Civil (en adelante "PNC") y, en respuesta, una patrulla llegó a la garita principal de la Colonia Panorama aproximadamente a las 3:00 a.m. Una vez que los agentes policiales fueron informados por el padre y la madre de la víctima que se encontraban realizando la búsqueda de su hija tras su desaparición, los padres siguieron a la patrulla policial desde la entrada principal de la Colonia Panorama hasta la entrada de la Colonia Pinares, en donde los agentes de la policía les indicaron que no se podía hacer nada más, que ellos seguirían patrullando y que tenían que esperar por lo menos 24 horas para poder reportar a Claudina Velásquez como desaparecida. Entre las 3:00 y 5:00 a.m., los padres de la víctima continuaron su búsqueda con la ayuda de familiares y amigos. Alrededor de las 5:00 a.m., fueron a la estación de policía para reportar su desaparición pero nuevamente les dijeron que debían esperar 24 horas. Fue recién a las 8:30 a.m., que en la Sub-Estación San Cristóbal 1651 de la PNC, se recibió por escrito la denuncia de la desaparición de Claudina Velásquez. Alrededor de las 5:00 a.m., el Cuerpo Voluntario de Bomberos de Guatemala recibió una llamada anónima sobre el hallazgo de un cadáver en la Colonia Roosevelt, por lo que acudieron al lugar. También, dos agentes de la PNC acudieron a dicho lugar, aproximadamente a las 5:30 a.m. Alrededor de las 6:30 a.m., arribaron al lugar la auxiliar fiscal, el médico forense y los Técnicos en Investigaciones Criminalísticas del Ministerio Público, así como miembros de la Unidad de Protección de la Escena del Crimen y de la Unidad Contra Homicidios de Mujeres del Servicio de Investigación Criminal de la PNC. El cuerpo fue identificado "como XX", se encontraba sobre el asfalto cubierto con una sábana blanca con un casquillo y sangre alrededor. Vestía pantalón de lona color azul, blusa negra, suéter rosado, sandalias negras, ropa interior, portaba un arete en el ombligo, una cadena 3 tipo gargantilla, presentaba una herida de proyectil de arma de fuego con tatuaje en la región de la frente y la ropa manchada de sangre, así como indicios

2. La conducta previa de la víctima es irrelevante para el juzgamiento, aceptar prueba de ello dentro del juzgamiento, crea un estereotipo de desconfianza respecto de la prueba presentada por la mujer, desacreditando y humillándola de esa manera. Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. (CIDH, 26)¹²; Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de mayo de 2014; Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de agosto de 2017.
3. La declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho, por cuanto la violación sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se ocurre en ausencia de otras personas que no sea la víctima y el agresor o los agresores, por lo cual no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales con lo que la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho. Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013¹³

de probable violencia sexual y diversas lesiones en el cuerpo. Los padres de Claudina Velásquez se enteraron del hallazgo del cadáver a través de una llamada telefónica de un amigo de la prima de Elsa Claudina Paiz Vidal, quien les informó que en la morgue del Servicio Médico Forense del Organismo Judicial había un cuerpo no identificado con las características de su hija. Ambos se presentaron a la morgue, en donde alrededor del mediodía del 13 de agosto de 2005 y una vez que lo identificaron, les fue entregado el cadáver por el servicio médico forense. Debido a que no se tomaron las impresiones dactilares Claudina Velásquez en el lugar en que se encontró su cuerpo ni en la morgue del Organismo Judicial, la auxiliar fiscal y los Técnicos de Investigaciones Criminalísticas del Ministerio Público arribaron al lugar donde estaba siendo velado el 13 de agosto de 2005 y practicaron la toma de huellas dactilares a pesar de la oposición de sus familiares, bajo amenazas de obstrucción de la justicia. No consta que se haya desplegado actividad alguna por parte de los investigadores del Ministerio Público y de la PNC a raíz de las denuncias sobre la desaparición de Claudina Velásquez presentadas por sus padres aproximadamente a las 3:00 a.m., 5:00 a.m. y 8:30 a.m. ante diversos agentes de la PNC. Tampoco consta reporte policial alguno realizado al respecto, más allá de la boleta de denuncia de desaparición elaborada a las 8:30 a.m. el día 13 de agosto de 2005. La investigación penal no inició a partir de las denuncias sobre la desaparición de la víctima, sino que el momento específico de su inicio fue a partir del hallazgo del cuerpo sin vida de Claudina Velásquez

12. Según declaró Linda Loaiza López el 27 de marzo de 2001, al salir de su residencia en horas de la mañana, fue interceptada por Luis Antonio Carrera Almoína, quien la introdujo a un vehículo marca Jeep, modelo Grand Cherokee, color “vino tinto”. Una vez en el interior del vehículo, bajo amenazas de muerte con un arma de fuego, la trasladó al Hotel Aventura, en la ciudad de Caracas, donde había contratado una habitación varios días antes, para las fechas comprendidas entre los días 26 de marzo a 26 de mayo de No obstante, una vez en el hotel, se le informó que la habitación aún no se encontraba preparada para el ingreso, por lo que Luis Antonio Carrera Almoína trasladó a Linda Loaiza López Soto a la residencia de su padre, permaneciendo allí durante media hora para regresar nuevamente al Hotel Aventura. Al momento del ingreso, únicamente se registró la entrada de Luis Antonio Carrera Almoína y no se requirió Soto ningún documento de identidad a Linda Loaiza López. Linda Loaiza López Soto permaneció privada de su libertad por Luis Antonio Carrera Almoína en la habitación del Hotel Aventura durante una semana, siendo víctima de violaciones sexuales diarias y reiteradas y de maltratos físicos. Asimismo, en diferentes ocasiones fue obligada a salir con él y a fingir que entre ambos existía una relación de pareja. Durante las noches era esposada en la habitación del hotel, para evitar que escapara mientras él dormía, guardando la llave. Una semana después de permanecer en el Hotel Aventura, Linda Loaiza López Soto fue trasladada por el agresor a una casa cerca de la playa en la localidad de Petare, ubicada en la ciudad de Cumana, estado de Sucre. En el mes de mayo de 2001, Linda Loaiza López Soto fue trasladada nuevamente por el agresor a una habitación en el Hotel Minerva de la ciudad de Cumana. El registro de entrada en el hotel fue realizado por Luis Antonio Carrera Almoína sin dejar constancia. Posteriormente, se trasladaron otra vez al Hotel Aventura en la ciudad de Caracas. Por último, Luis Antonio Carrera Almoína alquiló un apartamento en una urbanización de la ciudad de Caracas, donde llevó a Linda Loaiza López Soto en horas de la noche para evitar que fuera vista por otras personas. Es en este apartamento donde se materializó el rescate el 19 de julio de 2001. En dichos lugares, continuaron los abusos sexuales, los maltratos físicos y las amenazas con arma de fuego, además de ser obligada a consumir estupefacientes. En algunas ocasiones, los gritos de la víctima trataban de ser disimulados con el volumen alto de una radio. No obstante, ello no impidió que los gritos llamen la atención de las personas vecinas, a quienes Luis Antonio les decía que eran problemas de pareja. Linda fue rescatada en ese mismo departamento tiempo después.
13. Durante la década de los ochenta hasta finales del año 2000, en Perú se vivió un contexto de violencia terrorista y violación de derechos humanos como resultado del conflicto entre grupos armados y agentes de las fuerzas policiales y

; Caso Espinoza González Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014, Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Sentencia de 16 de febrero de 2017.

4. Que la víctima no se resista, no desplaza la responsabilidad en delitos sexuales; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha verificado la necesidad de considerar pruebas más allá de la constatación médica de lesiones físicas y la prueba testimonial para poder probar casos de violencia contra las mujeres, sobre todo los casos de violencia sexual. Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional también se pronuncian sobre factores que pueden inhibir a una

víctima de resistir físicamente una agresión sexual, aun cuando no ha consentido al acto, y cómo estos factores deben ser considerados en un proceso judicial, siendo estos entre otros la intimidación y el miedo. (Naciones Unidas, Corte Penal Internacional, 2000)¹⁴ Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012., Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Caso Espinoza González Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012¹⁵

militares. En 1992, la DINCOTE (Dirección Nacional Contra el Terrorismo) determinó que la publicación “El Diario” formaba parte del Partido Comunista del Perú- Sendero Luminoso, por lo cual realizó detenciones e intervenciones contra las personas vinculadas a dicha revista. El 13 de abril, personal policial de DINCOTE puso en ejecución el Operativo Moyano, que determinó la intervención de inmuebles, como el de los padres de la señora J., por cuanto indicaron que en tal inmueble se encontraban reunidos terroristas de “Sendero luminoso”. En el marco del operativo, la señora J. fue detenida y llevada ante la unidad policial de la DINCOTE. Durante la detención, los agentes estatales incurrieron presuntamente en actos de tortura y tratos crueles inhumanos y degradantes, incluyendo una alegada violación sexual de la señora J. El traslado a la DINCOTE implicó supuestamente, la privación de libertad sin control judicial, con alegadas vulneraciones al debido proceso, y al principio de legalidad e irretroactividad y en condiciones inhumanas de detención durante 17 días. - Tras la liberación de la Señora J. en junio de 1993, ella viajó al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, donde se le reconoció la condición de refugiada. En diciembre de 2007, la señora J. viajó a Alemania a visitar a su hermana, sin embargo, cuando se disponía a regresar a Londres, fue detenida por la INTERPOL en función a la solicitud de búsqueda y captura enviada por parte de las autoridades peruanas. A partir de 2003 se realizaron una serie de reformas en la legislación antiterrorista peruana, por las cuales se declaró nulo todo lo actuado en el proceso de la señora J. que se llevó a cabo por jueces y fiscales de identidad secreta y, en consecuencia, se retrotrajo el proceso al momento de emisión del dictamen acusatorio por parte del fiscal del Ministerio Público.

14. Las Reglas establecen que: En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará: a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre; b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre; c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual; d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo
15. Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del conflicto armado interno en Guatemala, entre 1962 y 1996. La Comisión de Esclarecimiento Histórico estableció que se cometieron múltiples violaciones de derechos humanos. En ese contexto, se realizaron una serie de masacres que son objeto del caso. Las masacres que involucran el presente caso son las del 04 de marzo de 1980 en la capilla de Río Negro, la masacre de 13 de febrero de 1982 en la Aldea de Xococ, la de 13 de marzo de 1982 en el Cerro de Pacoxom, la de 14 de mayo de 1982 en “Los Encuentros” y la masacre del 14 de septiembre de 1982 en “Agua Fría”. El 04 de marzo de 1980 fueron ejecutados siete líderes de la comunidad Río Negro, otros dos líderes fueron también ejecutados ese mismo día. El 13 de febrero de 1982 aproximadamente 70 personas, entre hombres, mujeres y niños, de la comunidad de Río Negro fueron trasladadas a Xococ, de las cuales solo regresaron 2 personas a Río Negro. El 13 de marzo del mismo año, los patrulleros y soldados escarbaron una fosa y procedieron a matar a las personas de Río Negro que se encontraban presentes. Los cadáveres de las personas masacradas fueron lanzados a

5. Cuando la víctima no esté presente para contar los hechos, otras pruebas pueden informar sobre los padecimientos de las víctimas. Caso Guzmán Albarracín Y Otras Vs. Ecuador, Sentencia De 24 de junio De 2020, Fondo, Reparaciones Y Costas, la CIDH. (CIDH, 2020)¹⁶
6. Se debe tomar en cuenta que las agresiones sexuales corresponden a un tipo de delito que la víctima no suele denunciar, por el estigma que dicha denuncia conlleva usualmente. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Caso Espinoza González Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014,
7. Las variaciones entre las calificaciones jurídicas de violencia o violación sexual en el testimonio de la víctima no desacreditan el testimonio en sí, la calificación jurídica que la víctima le dé a los hechos que describa en sus declaraciones tiene que ser valorada tomando en cuenta el significado común que se les da a las palabras utilizadas, el cual no necesariamente corresponde a su definición jurídica, por lo cual, lo más importante es analizar los hechos descritos en el relato de la víctima fueron consistentes, y no la calificación jurídica dada por ella. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013;
8. La ausencia de señales físicas no implica que no se han producido maltratos y sufrimiento severo, ya que es frecuente que estos actos de violencia contra las personas no dejen marcas ni cicatrices permanentes., ello también implica que en los casos de violencia y violación sexual, no necesariamente se verá reflejada la ocurrencia del hecho violento a través de un examen médico, esto debido a que no todos los casos de violencia o violación sexual ocasionan lesiones físicas o enfermedades verificables a través de una

una quebrada cercana o a una fosa. Durante la masacre, los patrulleros y militares escogieron a 17 niños de la comunidad de Río Negro que fueron obligados a vivir con miembros de la Comunidad Xococ. En la masacre del 14 de mayo fueron asesinadas por lo menos 79 personas y luego el 14 de septiembre, 92 personas. Las personas que lograron escapar de las distintas masacres perpetradas se refugiaron en las montañas, algunos por años, despojados de todas sus pertenencias, durmiendo a la intemperie y moviéndose continuamente a fin de huir de los soldados y patrulleros que los perseguían aún después de las masacres. Además, los integrantes de la comunidad de Río Negro experimentaron severas dificultades para encontrar comida, a la vez que varios niños y adultos murieron de hambre pues el ejército y los patrulleros destruían los sembradíos que lograban tener. Algunas mujeres dieron a luz en la montaña, y sólo pudieron registrar a sus hijos tiempo después, con fechas y lugares de nacimiento falsos, para protegerlos. Al entrar en vigor una ley de amnistía del año 1983, algunos sobrevivientes de las masacres fueron reasentados por el gobierno en la colonia Pacux, ubicada detrás del destacamento militar de Rabinal. Sin embargo, continuó en dicho lugar. Al menos 289 sobrevivientes de las masacres de Río Negro aún residen en la colonia semiurbana de Pacux cuyas condiciones de vida son precarias y las tierras no son adecuadas para la agricultura de subsistencia. Además, el reasentamiento implicó la pérdida de la relación que la comunidad tenía con su cultura, recursos naturales y propiedades y del idioma Maya Achí

16. En el caso, resulta claro que la violencia sexual generó un grave sufrimiento a Paola. En ese sentido, resultan muy graves las implicancias que tiene la violencia sexual para las niñas y los niños. Como también se indica más adelante (infra párr. 157), el sufrimiento de Paola se hizo patente a partir de su suicidio. Este acto evidencia hasta qué punto el sufrimiento psicológico resultó insostenible para la víctima. El vínculo del suicidio con la violencia sexual se infiere de las cartas que dejó Paola, en las que hizo referencia clara a su relación con el Vicerrector, señalando que ya no podía aguantar lo que estaba sufriendo y que por ese motivo ingirió veneno. Esto resulta respaldado por los dichos de la perita Ximena Cortés Castillo, quien señaló que el suicidio en el caso estuvo vinculado a la violencia sexual y debe entenderse “como un impacto de [la misma]: Paola se quitó la vida por la presión de la culpa”, en tanto que lo que estaba viviendo resultaba “insoportable e inaudito para su capacidad psíquica.

pericia física. Caso J. Vs. Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Sentencia de 4 de septiembre de 2012¹⁷

9. Las imprecisiones en declaraciones relacionadas a violencia sexual o la mención de algunos de los hechos alegados solamente en algunas de éstas no significa que sean falsas o que los hechos relatados carezcan de veracidad, por cuanto las declaraciones brindadas por las víctimas de violencia sexual se refieren a un momento traumático de ellas, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.

10. Se debe valorar en la prueba incluso los daños sociales a la víctima, puesto que la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias, dejando daño físico y psi-

cológico, pero también deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación que no se supera con el paso del tiempo. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y aun sociales y hasta efectos psicosomáticos. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 114.

11. Analizar si la violación sexual o violencia de género constituye tortura. La Corte considera que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima, ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren a la cantidad de hechos o al lugar donde los mismos se realizan, sino a la intención que se tiene en el momento que se realiza y a la severidad del sufrimiento. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El

17. Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del conflicto armado interno en Guatemala, entre 1962 y 1996. La Comisión de Esclarecimiento Histórico estableció que se cometieron múltiples violaciones de derechos humanos. En ese contexto, se realizaron una serie de masacres que son objeto del caso. Las masacres que involucran el presente caso son las del 04 de marzo de 1980 en la capilla de Río Negro, la masacre de 13 de febrero de 1982 en la Aldea de Xococ, la de 13 de marzo de 1982 en el Cerro de Pacoxom, la de 14 de mayo de 1982 en “Los Encuentros” y la masacre del 14 de septiembre de 1982 en “Agua Fría”. El 04 de marzo de 1980 fueron ejecutados siete líderes de la comunidad Río Negro, otros dos líderes fueron también ejecutados ese mismo día. El 13 de febrero de 1982 aproximadamente 70 personas, entre hombres, mujeres y niños, de la comunidad de Río Negro fueron trasladadas a Xococ, de las cuales solo regresaron 2 personas a Río Negro. El 13 de marzo del mismo año, los patrulleros y soldados escarbaron una fosa y procedieron a matar a las personas de Río Negro que se encontraban presentes. Los cadáveres de las personas masacradas fueron lanzados a una quebrada cercana o a una fosa. Durante la masacre, los patrulleros y militares escogieron a 17 niños de la comunidad de Río Negro que fueron obligados a vivir con miembros de la Comunidad Xococ. En la masacre del 14 de mayo fueron asesinadas por lo menos 79 personas y luego el 14 de septiembre, 92 personas. Las personas que lograron escapar de las distintas masacres perpetradas se refugiaron en las montañas, algunos por años, despojados de todas sus pertenencias, durmiendo a la intemperie y moviéndose continuamente a fin de huir de los soldados y patrulleros que los perseguían aún después de las masacres. Además, los integrantes de la comunidad de Río Negro experimentaron severas dificultades para encontrar comida, a la vez que varios niños y adultos murieron de hambre pues el ejército y los patrulleros destruían los sembradíos que lograban tener. Algunas mujeres dieron a luz en la montaña, y sólo pudieron registrar a sus hijos tiempo después, con fechas y lugares de nacimiento falsos, para protegerlos.

Salvador. Sentencia de 25 de octubre de 2012¹⁸, Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Sentencia de 16 de febrero de 2017.¹⁹

12. Con el fin de analizar la severidad del sufrimiento padecido, la Corte debe tomar en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.- Para ello, se deben considerar las características del trato, tales como la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infligidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que éstos pueden causar, y la condición de la víctima que padece dichos sufrimientos, entre ellos, la edad, el sexo, el estado de salud, entre otras circunstancias personales. Caso Fernández Ortega y otros. Vs. México. Sentencia de 30 de agosto de

2010, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

13. Se debe analizar toda la prueba en el contexto, para determinar si constituye discriminación contra la mujer, puesto que la violencia basada en el género, es decir la violencia dirigida contra una mujer por ser mujer o la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada, es una forma de discriminación en contra de la mujer, por ello no se debe invisibilizar la gravedad de la violencia verbal y psicológica. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. (CIDH, 2018)²⁰

18. Los hechos del presente caso sucedieron entre el 11 y el 13 de diciembre de 1981 cuando la Fuerza Armada de El Salvador con el apoyo de la Fuerza Aérea salvadoreña, realizó una serie consecutiva de ejecuciones masivas, colectivas e indiscriminadas de civiles, en el caserío El Mozote, el cantón La Joya, los caseríos Ranchería, Los Toriles y Jocote Amarillo, así como en el cantón Cerro Pando y en una cueva del Cerro Ortiz. Estos ataques se dieron en el marco de una supuesta operación de contrainsurgencia que formaba parte de una política de “tierra arrasada” planificada y ejecutada por el Estado. Tras doce años de conflicto armado, el 16 de enero de 1992 se firmó el Acuerdo de Paz que puso fin a las hostilidades entre el Gobierno de El Salvador y el FMLN. El 23 de enero de 1992, la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador dictó el Decreto Legislativo N° 147 denominado “Ley de Reconciliación Nacional”. El 20 de marzo de 1993, cinco días después de la presentación del Informe de la Comisión de la Verdad, la Asamblea Legislativa dictó la denominada “Ley de Amnistía General para la Consolidación de la Paz”.

19. Durante la audiencia pública de este caso y en sus alegatos finales escritos, el Estado reconoció que las conductas perpetradas por los agentes públicos durante dos incursiones policiales en la Favela Nova Brasília el 18 de octubre de 1994 y 8 de mayo de 1995, consistentes específicamente en el homicidio de 26 personas y en la violencia sexual de otras tres, representan violaciones al artículo 4.1 (derecho a la vida) y al artículo 5.1 (derecho a la integridad personal) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a pesar de que tales hechos no se encuentran bajo la jurisdicción temporal de la Corte. En la primera incursión, la policía mató a 13 residentes de sexo masculino de la Favela Nova Brasília, cuatro de los cuales eran niños. Asimismo, algunos policías cometieron actos de violencia sexual en contra de tres jóvenes de sexo femenino, dos de las cuales eran niñas de 15 y 16 años de edad. La segunda incursión tuvo como resultado tres policías heridos y 13 hombres de la comunidad muertos. Dos de ellos eran menores de edad. Con motivo de ambas incursiones policiales se iniciaron investigaciones por parte de la Policía Civil de Río de Janeiro y una Comisión de Investigación Especial establecida por el Gobernador del Estado de Río de Janeiro. Durante las investigaciones, las muertes fueron registradas bajo la categoría de “resistencia al arresto resultante en la muerte de los opositores” y “tráfico de drogas, grupo armado y resistencia seguida de muerte”. Ambas investigaciones fueron archivadas en el año 2009 por haber prescrito. Con posterioridad, en virtud de la notificación a Brasil del Informe de Fondo emitido por la Comisión Interamericana, el 16 de mayo de 2013 el Ministerio Público del Estado de Río de Janeiro, inició una acción penal en contra de seis involucrados en el primer operativo en la Favela Nova Brasília. Esa acción penal se encuentra pendiente hasta la emisión de la presente Sentencia. En lo que se refiere a la segunda incursión, la reapertura de la investigación fue denegada por el Poder Judicial. Las investigaciones no han esclarecido las muertes y nadie ha sido sancionado por los hechos denunciados relativos a la primera incursión policial. Respecto a la violencia sexual, las autoridades jamás realizaron una investigación sobre esos hechos concretos.

20. El 28 de noviembre de 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una Sentencia mediante la cual declaró responsable internacionalmente a los Estados Unidos Mexicanos por la violación de los derechos a (i) la integridad

Respecto de los alcances de la violencia de género la corte ha determinado:

- La violación sexual, en términos generales, trata “de intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre” (CIDH, 2009) (CIDH, 2011), y en los conflictos armados, la violación sexual es utilizada, a menudo, “para humillar a la parte contraria”, y “como un medio de castigo y represión” contra una colectividad en su conjunto (CIDH, 2009).
- Todo acto de violencia sexual, tiene consecuencias físicas, emocionales y psicológicas devastadoras para las mujeres, que se ven agravadas en los casos de mujeres embarazadas y mujeres detenidas. (CIDH, 2006)
- La violación sexual, es un suceso enormemente traumático, que causa un grave daño físico y psicológico a la víctima, que no se supera con el paso del tiempo; además de esto el sufrimiento moral es de mayor intensidad cuando la violencia a la víctima es presenciada por otras personas, aumentando en esta circunstancia el grado de indefensión y humillación de la víctima. (CIDH, 2009) (CIDH, 2011)
- La violación sexual lesiona la vida privada de la víctima, como “su vida sexual” y anula su “derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales”, determinando la completa pérdida de control sobre “las deliberaciones más personales e íntimas y sobre las funciones corporales básicas. Además de constituir discriminación. (CIDH, 2011) (CIDH, 2011) (CIDH, 2009)
- la Corte IDH considera que los asesinatos y actos de tortura ejecutados en esos contextos constituyen “crímenes de lesa humanidad”, cuya perpetración es prohibida por una norma imperativa del Derecho Internacional. (CIDH, 2006)

Postura de los Estados ante la violencia de género.- La CIDH ha determinado:

- Es obligación inderogable del Estado de perseguir eficazmente conductas de violencia de género y sancionar a sus autores, con el fin de prevenirlas y evitar que queden en la impunidad. (CIDH, 2009)

personal, a la vida privada, y a no ser sometido a tortura, consagrados en los artículos 5.1, 5.2 y 11 de la Convención, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar dichos derechos sin discriminación, consagradas en los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado, así como en los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura y el artículo 7 de la Convención de Belem do Para’; (ii) el derecho a la libertad personal, consagrado en el artículo 7, numerales 1, 2, 3 y 4, y el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 8.2, literales b, d y e, de la Convención Americana; (iii) los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana contra la Tortura, y el artículo 7.b de la Convención de Belem do Para’; todo ello en perjuicio de Yolanda Muñoz Diosdada, Norma Aide’ Jiménez Osorio, Mari’ a Patricia Romero Hernández, Mariana Selvas Gómez, Georgina Edith Rosales Gutiérrez, Ana Maria Velasco Rodriguez, Suhelen Gabriela Cuevas Jaramillo, Bárbara Italia Méndez Moreno, María Cristina Sanchez Hernández, Angélica Patricia Torres Linares y Claudia Hernández Martínez. Asimismo, la Corte encontró al Estado responsable por la violación del derecho de reunión, consagrado en el artículo 15 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Norma Aide’ Jiménez Osorio, Suhelen Gabriela Cuevas Jaramillo, Bárbara Italia Méndez Moreno, Angélica Patricia Torres Linares, Claudia Hernández Martínez, Mariana Selvas Gómez y Georgina Edith Rosales Gutiérrez. Finalmente, la Corte declaró’ al Estado responsable por la violación del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de las once mujeres víctimas de tortura sexual, enlistados en la sentencia

- Es deber del Estado organizar su aparato gubernamental a modo de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos de toda persona, y ello implica el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar adecuadamente todas sus violaciones. (CIDH, 1988) (CIDH, 2009)
- Además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, unas "obligaciones reforzadas" de prevención e investigación, de conformidad con el estándar de "debida diligencia" establecido en el art. 7 (b) de la Convención contra la violencia hacia la mujer. (CIDH, 2009)
- Los Estados deben "contar con un adecuado marco jurídico de protección y "adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia (CIDH, 2009).
- El Estado debe asegurar la debida diligencia en las investigaciones, las mismas que no deben ser estereotipadas. La Corte ha establecido la responsabilidad de las autoridades estatales por violar su deber de investigar con debida diligencia frente a las denuncias de desaparición de las víctimas, con base en que dichas autoridades, "dado el contexto del caso", o sea, un contexto de discriminación histórica y estructural hacia un grupo en condición de vulnerabilidad, tenían conocimiento de que existía "un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas" En particular, es importante que en estos casos la investigación "sea realizada con vigor e imparcialidad", "con determinación y eficacia", teniendo en cuenta la necesidad de reiterar la condena de la violencia por parte de la sociedad y de fortalecer la confianza de las mujeres en la capacidad de las autoridades de protegerlas de la violencia (CIDH, 2009). Por lo cual se le atribuye responsabilidad al Estado cuando éste no haya empleado la debida diligencia para dar respuesta a las obligaciones internacionales contraídas.
- Es también deber del Estado garantizar las investigaciones, por ello es importante que: a) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza, y se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; b) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima; c) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado; d) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima y la investigación inmediata del lugar de los hechos, y e) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso (CIDH, 2009) (CIDH, 2020).
- La discriminación judicial frente a los actos de violencia contra las mujeres constituye una violación del derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas, pero también propicia un ambiente de impunidad enviando el mensaje de que la violencia puede ser tolerada "como parte del diario vivir", y, por el otro, incrementa la sensación de vulnerabilidad e inseguridad en las mujeres, así como su desconfianza en el sistema de administración de justicia (CIDH, 2009) (CIDH, 2020)

6. REPARACIONES

La determinación concreta de las medidas reparatorias, debe tratar de privilegiar una eficaz rehabilitación de las víctimas; igualmente, resulta de especial importancia la definición de medidas capaces de impulsar una transformación de las situaciones es-

estructurales de discriminación contra las mujeres, por ello la CIDH, ha determinado que en los casos de violación sexual, se debe considerar:

1. Si la violación sexual se ha tomado como un medio de castigo y represión. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Sentencia 25 de noviembre de 2006.
2. Verificar si la violación sexual de la mujer ha sido dirigida a destruir la dignidad de la mujer a nivel cultural, social, familiar e individual, "las torturas ejemplificantes, las violaciones sexuales y los actos de crueldad extrema, produjeron en las víctimas un daño grave a la integridad mental" (Cfr. Dictamen pericial de Nieves Gómez Dupuis, 2005). Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Sentencia 19 de noviembre de 2004.
3. Que la violación sexual es una experiencia traumática que tiene consecuencias y causa gran daño físico y psicológico y deja a la víctima "humillada física y emocionalmente", situación difícilmente superable por el paso del tiempo. Las mujeres víctimas de violación sexual también experimentan daños físicos, secuelas psicológicas y daños sociales. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

7. Conclusión.

En conclusión, debo advertir que el derecho de las víctimas de violencia de género al acceso a la justicia, y la obligación estatal de realizar las investigaciones y el procesamiento penal con enfoque de género, busca evitar la impunidad y deconstruir la discriminación histórica contra las mujeres. Sin embargo el verdadero acceso a justicia debe ser garantizado por los mismos operadores quienes deben actuar con debida diligencia

en el desarrollo de las investigaciones, por conciencia moral y puesto que el Derecho internacional consuetudinario obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia los actos de violencia contra la mujer (NNUU, Consejo Económico y Social. Informe, 2006), y con ello, desarticular los estereotipos de género en las resoluciones judiciales, a través de la implementación de la perspectiva de género, siendo necesario derribar las barreras estructurales de acceso a justicia, cumplir con la obligación estatal y convencional de respetar y proteger los derechos de las mujeres, desmontar los estereotipos de género y ampliar las comprensión del contexto en que se desenvuelven las mujeres en su jurisdicción, así como considerar otras características biológicas y sociales que ponen en desventaja a las mujeres; sin embargo para incorporar esta perspectiva de género en la sentencia los juzgadores deben tener entendimiento de los roles y estereotipos de género, aboliendo la normalización de la violencia y las relaciones de poder masculino y femenino, y estudiando sobre la obtención y valoración de la prueba en infracciones basadas en género.

Por todo lo expuesto concluimos arribando a la certeza que la única manera de garantizar el acceso a la justicia de víctimas de violencia de género, es que los operadores de justicia actúen con diligencia debida y desarticular la aplicación de los estereotipos de género en las sentencias, tramitando la causa y resolviendo conforme lo ha determinado la CIDH, esto es, aplicando enfoque de género, pero este enfoque no debe ser mera legalidad, sino más bien con conocimiento, amor y empatía, teniendo claro que no se debe analizar la discriminación por género solamente por el hecho de ser mujer, sino también identificar otras calificaciones específicas que además de "por ser mujer" conllevan a la discriminación, como son: la edad, identidad sexual, origen étnico, condiciones migratorias, económicas, discapacidad o gravidez, pues estos profundizan las situaciones de riesgo.

Bibliografía:

Cumbre Judicial Iberoamericana, Secretaría Permanente. Guía para la aplicación sistemática e informática del “Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias”, Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. <http://www.cumbrejudicial.org/productos/97-edicion-xviii-2014-2016/915-guia-para-la-aplicacion-sistemica-e-informatica-del-modelo-de-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-las-sentencias>

ACNUDH. (1996-2022). Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/es/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.ap>

CEDAW. (06 de agosto de 2007). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Consideración de Fondo, 12.1.). <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:c5HQIbKOITIJ:docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx%3Fenc%3D6QkG1d%252FPPRiCAqhKb7yhsmrNXN7wurSbJudsNLX-9hleTz3ZgAuaAcBvdJwtbjG%252B4%252BWQ6Pa5Fh3ayGcfPcjxRY3e2%252BMUpsn-NxdyblQpqr5F%252B0GBx3>

CEDAW. (16 de julio de 2014). Dictamen del Comité CEDAW relativo a la Comunicación 47/2012, González Carreño contra España, de 16 de julio de 2014, §9. https://www.csjn.gov.ar/om/guia_ddmm/docs/cedaw47_2012.pdf

CEDAW. (16 de julio de 2014.). Dictamen del Comité CEDAW relativo a la Comunicación 47/2012, González Carreño c. España. https://www.csjn.gov.ar/om/guia_ddmm/docs/cedaw47_2012.pdf

CEDAW, Recomendación General N° 19. (29 de enero de 1992). Recomendación general N° 19, La Violencia contra la Mujer. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres3/html/cedaw/Cedaw/3_Recom_grales/19.pdf

Cfr. Dictamen pericial de Nieves Gómez Dupuis. (Agosto de 2005). “Sobre el daño a la salud mental derivada de la Masacre de la Aldea Las Dos Erres [...] y las medidas de reparación psicosocial” (anexos a la demanda, anexo 8, f. 2811).: <https://summa.cejil.org/api/files/7877.doc>

CIDH. (29 de julio de 1988). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, fondo, sentencia de 29 de julio de 1998, Serie C No. 4, párr. 166. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

CIDH. (04 de abril de 2001). Informe de Fondo, N° 53/01, Ana, Beatriz, y Cecilia González Pérez (México), 4 de abril de 2001, párr. 88. <https://www.google.com/search?q=CIDH%2C+Informe+de+Fondo%2C+N%CB%9A+53%2F01%2C+Ana%2C+Beatriz%2C+y+Ce->

cilia+Gonz%C3%A1lez+P%C3%A9rez+%28M%C3%A9xico%29%2C+4+de+abril+de+2-001%2C+p%C3%A1rr.+88.&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b

CIDH. (07 de marzo de 2003). *Situación de los Derechos Humanos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: El Derecho a No Ser Objeto de Violencia y Discriminación*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de marzo de 2003, párr. 4. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/cap.vi.juarez.htm>

CIDH. (06 de abril de 2006). *Caso Baldeón García vs Perú*, párr. 83. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf

CIDH. (06 de abril de 2006). *Caso Baldeón García vs Perú. Reparaciones y Costas*. Párr. 92 y 94. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf

CIDH. (06 de abril de 2006). *Caso Baldeón García Vs. Perú*. Párr. 91. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf

CIDH. (25 de noviembre de 2006). *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 313. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

CIDH. (25 de noviembre de 2006). *Caso del Penal Miguel Castro Castro*, párr. 402. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf

CIDH. (18 de octubre de 2006). *Las Mujeres Frente a la Violencia y la Discriminación Derivadas del Conflicto Armado en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 67, párr. 102. <http://www.cidh.org/countryrep/colombiamujeres06sp/informe%20mujeres%20colombia%202006%20espanol.pdf>

CIDH. (20 de enero de 2007). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 enero 2007 (expediente de anexos a la demanda, tomo VII, anexo 2, folio 1822). <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/indiceacceso.htm>

CIDH. (24 de noviembre de 2009). *Caso de la Masacre de Las Dos Erres vs. Guatemala*, párr. 140. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf

CIDH. (18 de agosto de 2009). *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 194;. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf

CIDH. (22 de septiembre de 2009). *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*, párr. 62. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf

CIDH. (16 de noviembre de 2009). *CASO CAMPO ALGODONERO, Sentencia González y Otras vs México*, del 16 de noviembre del 2009.- 289. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

CIDH. (18 de agosto de 2009). *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, párr. 104, 124-

125. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
CIDH. (18 de agosto de 2009). Caso Fernández Ortega y otros vs. México, párr. 127. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- CIDH. (18 de agosto de 2009). Caso Fernández Ortega y otros vs. México, párr. 193. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/fernandez_ortega/esap.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009). Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México (párr. 35-77). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009). Caso González Y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas, Párr. 283. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009). Caso González y otras ("Campo algodónero") vs. México, párr. 143. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009). Caso González y otras ("Campo algodónero") vs. México, párr. 258. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009). Caso González y otras ("Campo algodónero") vs. México, párr. 283. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009). Caso González y otras ("Campo algodónero") vs. México, párr. 401. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009). Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (26 de noviembre de 2009). Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009). Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 205. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009). Corte IDH, Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, 2009, párr. 40. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (16 de noviembre de 2009.). Caso Gonzalez y Otras ("Campo Algodonero") Vs. Mexico, Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas, Parr. 258. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf
- CIDH. (31 de agosto de 2010). Caso Rosendo Cantú y otra vs. Mexico. <https://www.cor>

[teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf)

CIDH. (15 de mayo de 2011). Caso Fernández Ortega y otros vs. México, párr. 129. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf

CIDH. (15 de mayo de 2011). Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, párr. 117. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf

CIDH. (15 de mayo de 2011). Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, párr. 119. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf

CIDH. (15 de mayo de 2011). Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, párr. 91-92, 115. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf

CIDH. (20 de noviembre de 2014). Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf

CIDH. (28 de noviembre de 2018). Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, F Fondo, Reparaciones y Costas. . https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf

CIDH. (08 de marzo de 2018). CASO V.R.P., V.P.C.** Y OTROS VS. NICARAGUA, Sentencia de 8 de marzo de 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_350_esp.pdf

CIDH. (12 de marzo de 2020). Casi Rosendo Cantú y otra vs. México. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rosendo_12_03_20.pdf

CIDH. (24 de junio de 2020). Caso Guzmán Albarracín Y Otras Vs. Ecuador, Sentencia De 24 De Junio De 2020, Fondo, Reparaciones Y Costas. Párrafo 51. . https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf

CIDH. (12 de marzo de 2020). Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, párr. 177. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/rosendo_12_03_20.pdf

CIDH. (2018 de septiembre de 26). Caso López Soto y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018.oto37. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_362_esp.pdf

CIDH. (s.f.). RELATORIA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER. ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA. <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm>

CIDH. (s.f.). RELATORIA SOBRE LOS DERECHOS DE LA MUJER. ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA. <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap2.htm>

CJI-SP. (01 de abril de 2020). Guía para la aplicación sistemática e informática del "Modelo

de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias”, Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. <http://www.cumbrejudicial.org/productos/97-edicion-xvii-2014-2016/915-guia-para-la-aplicacion-sistematica-e-informatica-del-modelo-de-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-las-sentencias>

CJI-SP. (01 de abril de 2020). Guía para la aplicación sistemática e informática del “Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias”, Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. <http://www.cumbrejudicial.org/productos/97-edicion-xvii-2014-2016/915-guia-para-la-aplicacion-sistematica-e-informatica-del-modelo-de-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-las-sentencias>

CJI-SP. (01 de abril de 2020). Guía para la aplicación sistemática e informática del “Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias”, Cumbre Judicial Iberoamericana, Secretaría Técnica, Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. <http://www.cumbrejudicial.org/productos/97-edicion-xviii-2014-2016/915-guia-para-la-aplicacion-sistematica-e-informatica-del-modelo-de-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-las-sentencias>

CNJ. (2018). GUÍA PARA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%202018genero.pdf>

CNJ. (2018). Guía para la Administración de Justicia con Perspectiva de género, Consejo de la Judicatura. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%202018genero.pdf>

CNJ. (2018). Guía para la Administración de Justicia con Perspectiva de género, Consejo de la Judicatura. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%202018genero.pdf>

CNJ. (2018). Guía para la Administración de Justicia con Perspectiva de género, Consejo de la Judicatura. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%202018genero.pdf>

CNJ. (2018). Guía para la Administración de Justicia con Perspectiva de género, Consejo de la Judicatura. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%202018genero.pdf>

COIP. (2014 de agosto de 10). Código Orgánico Integral penal. Art. 510. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf

COIP. (10 de agosto de 2014). Código Orgánico Integral Penal, Art. 558. https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_

ECU_18950_S.pdf

Consejo de la Judicatura. (2018). Guía para administración de justicia con perspectiva de género. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/Gu%C3%ADa%202018genero.pdf>

Constitución de la República del Ecuador. (20 de octubre de 2008). Artículo 75 (...). https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

CORTE INTERAMERICANA DERECHOS HUMANOS. (30 de agosto de 2010). Caso Fernández Ortega y otros vs México. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

Cumbre Judicial Iberoamericana, Secretaría Permanente. (01 de abril de 2020). Guía para la aplicación sistemática e informática del "Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las Sentencias", Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. <http://www.cumbrejudicial.org/productos/97-edicion-xviii-2014-2016/915-guia-para-la-aplicacion-sistemica-e-informatica-del-modelo-de-incorporacion-de-la-perspectiva-de-genero-en-las-sentencias>

Heim, D. (2016). Mujeres y acceso a la justicia. De la tradición formalista a un derecho no androcéntrico. <https://edicionesdidot.com/sitio/uploads/archivos/20200624-124553.pdf>

Heim, S. (2016). Mujeres y Acceso a Justicia, ediciones Didot, 2016. <https://edicionesdidot.com/sitio/uploads/archivos/20200624-124553.pdf>

Informe Sombra al Comité CEDAW. (2020). Una Mirada desde las organizaciones de mujeres de la sociedad civil, a los derechos de las niñas, adolescentes y mujeres ecuatorianas. <https://www.coaliciondemujeresec.com/wp-content/uploads/2021/03/Informe-Sombra-Cedaw-2020-formato-web.pdf>

Lozano, J. F. (2007). La noción de debida diligencia en el derecho internacional público. Barcelona: Atelier Procesal.

Méndez, J. (2012). Prólogo, Sistema Interamericano para la Protección de los Derechos Humanos. pp. 6. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/01-Revista-Juridica-La-jurisprudencia-de-la-Corte.pdf

Naciones Unidas, Corte Penal Internacional. (2000). Las Reglas de Procedimiento y Prueba, U.N. Doc. PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), regla 70. <http://hrlibrary.umn.edu/instree/S-ic-crulesofprocedure.html>

NNUU, Consejo Económico y Social. Informe. (20 de enero de 2006). La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yakin Ertürk, E/CN.4/2006/61. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4169>.

pdf?view=1

Parra. (2012). *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*; Oscar Parra, pp. 22.

Parra O. (2012). *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*. pp. 22.

Parra V., O. (2012). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*. pp. 5. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30797.pdf>

pdf

Parra, O. (2012). *La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*. pp. 5. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30797.pdf>

pdf

Relatoría sobre los Derechos de la Mujer, CIDH. (20 de enero de 2007). Acceso a la Justicia para Mujeres víctimas de violencia en las Américas. <https://www.cidh.oas.org/women/acceso07/cap4.htm>

Toledo V., P. (2009). *Feminicidio Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de NNUU para los DH. México: OACNUDH.*

WHO. (2013). WHO. «What do we mean by “sex” and “gender”?». *Gender, women and health (en ingles).* <https://www.legal-tools.org/doc/a33dc3/pdf/>

PERSPECTIVA DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN MATERIA PENAL



**Dr. Bolívar Augusto
Espinoza Astudillo***
Juez Multicompetente cantón
El Pangua

RESUMEN

El presente artículo, tiene por objeto explicar la perspectiva de la cooperación judicial internacional en materia penal. Abordando conceptos básicos que implica la activación de la asistencia mutua en materia penal. Revisa además recursos que otorga el Derecho Internacional, especialmente en la activación de las técnicas especiales de investigación.

Palabras claves: Cooperación judicial internacional, asistencia mutua en materia penal, técnicas especiales de investigación, delincuencia organizada transnacional, legislación interna ecuatoriana.

ABSTRACT

The purpose of this article is to explain the perspective of international judicial cooperation in criminal matters. Addressing basic concepts that the activation of mutual assistance in criminal matters implies. Also review resources granted by international Law, especially in the activation of special investigation techniques.

Key words: international judicial cooperation, mutual legal assistance in criminal matters, special investigation techniques, transnational organized crime, Ecuadorian internal legislation.

* Juez Cantón El Pangua, Estudió en las Universidades: Central del Ecuador, Andina "Simón Bolívar", Escuela Diplomática -España, estudios posteriores en: Corte Interamericana DD.HH, Fiscalía General de España y Delincuencia Organizada en Escuela de la Magistratura de Francia.

Con carácter previo a desarrollar este presente artículo escrito de opinión; quiero subrayar y a la vez expresar un sólido agradecimiento al Editor de la presente publicación, la cual me permite a través de este espacio, transmitir superficialmente el conocimiento que tiene relación con lo que respecta a los mecanismos de cooperación judicial internacional, herramientas procesales de especial interés – en lo que respecta a nuestra profesión- en razón de diversas circunstancias que atraviesa la era delictiva actual, lo hago de manera superficial, por cuanto es un tema muy amplio, con varias aristas, el cual merece ser abordado, por ahora con un enfoque general, para que en un futuro, sea tratado de forma específica en los varios aspectos que le involucra. Resultado, de algunas experiencias de trabajo tanto en la Fiscalía General del Estado, en la Dirección de Asuntos Internacionales, Fiscalías Especializadas de Delincuencia Organizada y Presidencia de la Corte Nacional, me ha permitido plasmar este artículo de opinión, el cual estoy seguro que será de utilidad para los colegas que abordan esta temática.

Me he permitido esquematizarlo de esta manera, por lo que espero que lo disfruten en su lectura.

1. Derecho Procesal: Cooperación Judicial Internacional y Policial

Tras el desarrollo de un trabajo continuado en la Fiscalía General del Estado, Corte Nacional de Justicia en sinergia con el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador y contacto permanente con aproximadamente 23 Fiscalías Generales, Ministerios Públicos y Procuradurías a nivel internacional, es la motivación permanente para abordar este tema aterrizando a un enfoque estrictamente práctico y eficaz.

Más allá de las intensas y largas reuniones de trabajo, que pretenden seguir el cumplimiento de agendas internacionales, en las que sirven en algunos casos – no en todos- para fortalecer posicionamientos políticos, es relevante otorgar un matiz a un enfoque de utilidad práctica procesal.

La creciente interdependencia en una sociedad globalizada y crítica, ha dado origen no solo a espacios en la que el crimen estructura su forma de actuar, sino a crear, generar la delincuencia organizada transnacional. Esto ha obligado a que los sistemas judiciales de otras regiones – los más fuertes y sólidos- a nivel internacional, ajusten sus [velas] y pretendan responder de forma efectiva y eficaz en la persecución penal de los delitos transnacionales.

Este es un elemento muy importante que el lector, tiene que comprender, en razón de una importante circunstancia, el impacto que tendrá dentro del proceso penal. Aparte de ello existe otra reflexión adicional que consiste en discernir que el pensamiento jurídico – generado - muchas veces se nos es impuesto y no es de obligatoria aceptación ni valoración, mucho más cuando no es producto de la creación de sistemas jurídicos externos con realidades totalmente diferentes.

No obstante, estos lineamientos sirven de guía, pero no de aceptación tácita por parte de los lectores, que en la realidad se encuentran frente a otros escenarios sociales, procesales y probatorios.

Así mismo, factores como la frecuente movilidad de las personas, ha permitido a que las personas de forma frecuente trasladen requerimientos ante los sistemas de administración de justicia, para reclamar el auxilio de otras autoridades judiciales, con el fin de reclamar auxilio de otras autoridades judiciales extranjeras ya sea para recibir algún elemento probatorio, que a posterior tendrá su categorización en un proceso judicial, pudiendo ser esto en cualquier materia del Derecho.

Esta ayuda judicial solicitada, genera –para el caso de la aplicación de la materia procesal penal- que, por ejemplo: se tenga que recibir declaración a un testigo residente en el extranjero, se coordine cualquier actividad investigadora de los agentes policiales de otros países, o por así decirlo de forma simple y concreta- reclamar cualquier tipo de auxilio judicial que se requiera-.

Para el caso de Ecuador, la frecuencia de estas solicitudes –en materia procesal penal- en estos últimos años, ha tomado un incremento notorio en su tráfico, tanto de ida como de retorno. En este contexto –jurídico internacional- Ecuador no podía permanecer ajeno a esta realidad, por lo que se observa muy importante que se adquiera un conocimiento profundo y constante de este tema – en razón de su impacto- y no hay opción a la improvisación.

Uno de los importantes avances que el país ha logrado, corresponde el haber incorporado dentro del ordenamiento jurídico, específicamente en el Código Orgánico Integral Penal, y en demás directrices administrativas –que tienen espacio e impacto de soft law- una regulación escasa de este tópico, la cual ayuda de una u otra manera para resolver este desafío que los profesionales del Derecho debemos atender y tenerlo claro.

Así, la administración de justicia ecuatoriana, compuesta – para la presente área de análisis- por la Fiscalía General del Estado, Órganos Jurisdiccionales y Órganos policiales, les corresponde establecer una regulación seria, trascendental y específica sobre estos importantes aspectos de impacto procesal.

Le corresponde a la Fiscalía General del Estado, por mandato constitucional, perseguir o mejor dicho investigar delitos de acción pública con sujeción a los principios procesales como lo es el de oportunidad y de mínima intervención penal, la cual ha hecho severos intentos para generar una actualiza-

ción frente a los desafíos de investigación criminal internacional y otorgar respuesta inmediata a la aplicación de los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador en materia de cooperación mutua en materia penal.

El Ecuador, a raíz de la vigencia del nuevo Código Orgánico Integral Penal, destaca la innovación jurídica de precisar de forma superficial, pero con un alto impacto en la aplicación de la norma, la configuración de uno de los mecanismos fundamentales de cooperación mutua en materia penal, como lo es la asistencia mutua en materia penal.

Así, el COIP, a partir de las disposiciones establecidas en los Arts. 485, 486, 488 y 497, precisa determinadas figuras jurídicas de cooperación procesal penal internacional, regula un somero procedimiento para ejecutarlas, la cual abarca principalmente: la remisión de elementos probatorios -o comprendiendo en mejor sentido- la cuasi práctica del mecanismo fundamental como lo es la asistencia penal internacional.

Las normas establecidas en el COIP, se complementan con las existentes en el Código Orgánico de la Función Judicial, normativa interna ecuatoriana que el cual dispone en los artículos número 143 y 144, cuestiones destinadas al proceso de reconocimiento y ejecución de las sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional en el extranjero.

Es en este contexto, como se ha precisado anteriormente, la necesidad de formación por parte de los profesionales y conocimiento del órgano jurisdiccional en este tema, es imprescindible e inevitable.

Una vez preparado el espacio de contextualización para el lector, podemos determinar que el área de estudio de la cooperación judicial es parte del derecho procesal penal, y porque no decirlo del Derecho Procesal Penal Internacional, la cual tiene por objeto – entre una de sus diversas líneas de actua-

ción- establecer y regular los mecanismos a través de los cuales los Estados se presentan asistencia con el fin de favorecer el desarrollo de un proceso penal o la ejecución de una sanción. En concreto, se puede entender que la Cooperación judicial internacional, puede comprenderse desde tres áreas: **a.** La colaboración con el procedimiento penal que se desarrolla en otro Estado. **b.** La colaboración con el fin de ejecutar una sanción impuesta por otro Estado. **c.** La colaboración con el fin de establecer qué ordenamiento resulta mayor situado para llevar a cabo un determinado proceso.

Es en realidad que en los últimos tiempos y como respuesta a la moderna criminalidad organizada transnacional que han sido los [factores de riesgo] para que la cooperación judicial internacional presente un acelerado proceso de evolución y estudio.

Para el desarrollo de un proceso o investigación penal, especialmente con un alto componente internacional, el aspecto más clásico de la cooperación se traduce con la activación de la "asistencia mutua en materia penal" en la cual se resume en la obtención, de evidencia con componente internacional y que su objetivo final consiste en que dicha evidencia sea valorada como tal, para posteriormente alcanzar el nivel de prueba [previa validación y aceptación del órgano jurisdiccional], no obstante en la práctica la ejecución de estos mecanismos, especialmente el más clásico como lo es de la asistencia mutua en materia penal, determina por un lado un dominio de aspectos claves y construcciones conceptuales fundamentales por parte de los operadores judiciales; otro de los elementos implica a que esta aparente facilidad de la cooperación judicial inter-

nacional, pueda desenvolverse en espacios gubernamentales ejecutivos, con amplio conocimiento del área, y con miras a aportar efectivamente a su misión de ser.

Es así en este escenario que podemos entrar a comprender determinados conceptos básicos, que permitan aclarar determinadas –construcciones conceptuales- a los operadores judiciales para el adecuado desenvolvimiento de los procedimientos derivados de la activación del mecanismo de cooperación judicial internacional. En este momento vamos a entrar a desarrollar el ítem relacionado con los conceptos básicos, los cuales servirán de guía para el adecuado entendimiento de esta área de estudio, si bien es cierto son pocos y principales.

2. Conceptos básicos:

La Guía práctica para la asistencia penal internacional, preparada por la Fiscalía General del Estado, recoge la construcción conceptual respecto de los conceptos fundamentales que se maneja en esta materia.

1. Autoridad Central define como "órgano responsable" que cada Estado designa para canalizar las solicitudes de cooperación jurídica internacional" aporta además la función principal de las autoridades se encuentra relacionada con la recepción, transmisión y seguimiento de las solicitudes de cooperación, en el marco de los convenios internacionales suscritos y ratificados por los Estados"¹
2. Autoridad Competente: Es aquella que no siendo "Autoridad Central" o siendo "Autoridad Central"

es la encargada del conocimiento, admisibilidad o ejecución, diligenciamiento de un requerimiento de auxilio judicial internacional.

3. **Autoridad Ejecutora:** Es aquella que no siendo la "Autoridad Central" o "Autoridad Competente" es la encargada del diligenciamiento o cumplimiento del mecanismo de cooperación internacional.

En la mayoría de ocasiones para efectos de ejecutividad una autoridad puede reunir las tres condiciones es decir puede ser: Autoridad Central, competente y ejecutora, con el caso en el Ecuador, que le corresponde a la Fiscalía General del Estado [entre la principal] esta sección dependerá de qué mecanismo de cooperación internacional esté activándose o aplicándose.

Así mismo en el ámbito de estudio de estos temas procesales se aplica y se maneja determinadas –construcciones conceptuales- como:

Estado requirente: Es el Estado legalmente constituido el que solicita a otro Estado - legalmente constituido- la activación de un mecanismo de cooperación judicial internacional.

Estado requerido: Es el Estado legalmente constituido- en algunas veces- suscriptor o no de una Convención, en el que pretende ejecutar y activar el cumplimiento de un mecanismo de cooperación judicial internacional.

3. Aproximación del derecho procesal a los mecanismos de cooperación judicial internacional.

Hay primero que entender – para este estudio- que la adecuada aplicación de los mecanismos de cooperación judicial internacional, en la mayoría de veces, no se ha limitado a contar con la legislación interna y estructuras administrativas amplias; esto va más allá "de"; en algunos casos se puede contar con un sistema legislativo robusto y con una amplia gama de tratados multilaterales así como con normativa soft law que permita generar eficacia en la activación de estos mecanismos, pero en la mayoría de ocasiones esto podría ser obsoleto a la hora de ponerlo en práctica en razón de que el éxito de esto depende de una variante determinante que se denomina " conocimiento" de quien está a cargo y lo aplica, esto es en razón de que es el conocimiento del tema que facilita enormemente la aplicación y adecuada ejecución y garantiza un "feliz término" en el aspecto procesal penal².

Este es el primer elemento fundamental [pragmático] que lo sostiene ; aparte de que los participantes en la activación de estos mecanismos de cooperación judicial internacional en materia penal; como lo son jueces, fiscales y abogados, estén conscientes de la diversa existencia de sistemas jurídicos y sepan diferenciar y apreciarlos en su contexto integral, no solo desde un enfoque de "pasa papeles", con miras para poder trabajar adecuadamente dentro de un entorno donde los criterios locales de las autoridades de un determinado Estado no podrían ser adoptados sin flexibilidad alguna; pues habrá que aceptar la existencia de otros ordenamientos jurídicos, tradiciones normativas existentes en otras realidades locales.

Así, cuando corresponde la tramitación de este tipo de requerimientos de cooperación judicial ponen de relieve estas "carencias"

² Kimberly Prost: "Breaking down the barriers: International Cooperation in Combating Transnational Organized Crime" Se puede consultar en: www.oas.org/juridico/MLA/en/can/en_can_prost.en.html.

de conocimientos jurídicos en las que a menudo sus efectos son nefastos, con un grave impacto a los procesos judiciales y la adecuada aplicación de la norma.

Pero la respuesta a este obstáculo como tal; va más allá el solo hecho de tener una voluntad y capacidad profesional implicaría un elemento importante para el éxito que como autoridad central, ejecutora o competente correspondería cumplir.

Previo al haber contextualizado estos importantes parámetros, corresponde partir sobre un punto referencial y esto es lo siguiente: “ La ley es parte de la trama de una nación y es un reflejo de su historia y cultura”³ y sobre ello hay que iniciar nuestra reflexión, puesto que los abogados, jueces, fiscales estamos acostumbrados al régimen jurídico existente y nos es difícil superar salir de esta “zona de confort legal” pensamos que solamente el ordenamiento jurídico interno es fuente de normativa e inconscientemente eliminamos de nuestra contabilidad normativa valiosos instrumentos internacionales de gran utilidad legal que podría fortalecer la calidad de nuestro trabajo; esto ocasiona a la existencia de barreras en las que los abogados deben dar paso a una nueva etapa de gestión de la cooperación internacional.

Ecuador, al igual que el resto de países sigue – en la mayoría de ocasiones- por tradición la suscripción de sus compromisos internacionales; se estima que para el ámbito de la política exterior que solo basta y sobra firmar una convención multilateral, más lo que demanda – en el futuro- es contar con una adecuada política criminal que

permita su aplicación y materialización efectiva de dichas convenciones internacionales, que para el caso amerita -la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional-.

Así mismo, tras ser lo enunciado anteriormente un desafío de emergencia para el Ecuador, el próximo paso es elaborar el instrumento que permita generar una regulación normativa respecto del análisis y examen de la admisibilidad del acto de requerimiento de la cooperación judicial internacional solicitada, lo que es importante explicar que si bien es cierto no se requiere mucha o abundante regulación procesal pero si se demanda el conocimiento preciso, claro y actualizado de quien está al frente de este tema, pues esto favorecerá que los instrumentos como tal pierda o fortalezca su razón de ser, esto es el enfoque técnico el cual está destinado a resolver los conflictos procesales penales con componente internacional.

El éxito de la acción, está en la precisa aplicación del conocimiento básico de tradiciones jurídicas globales, descubrir y entender que -aparte de la existencia del principio de reciprocidad [principio fundamental en la gestión de los mecanismos de activación de la cooperación judicial] que hay nuevos principios que favorecerían de gran manera el desarrollo del trabajo y la judicialización de casos penales con alto componente internacional.

Así, en algunos países, no lejos de éstos el Ecuador, que ha creado en algunos casos para la aplicación y ejecución de la asistencia penal internacional de forma artesanal

3 UNODC: “Manual de Asistencia Judicial y Recíproca” Pg. 12.

formatos que de fondo y forma pretenden resolver someramente la activación de este mecanismo, inclusive automatizando a través de la herramientas y sistemas informáticos, que a la realidad emergente son de gran ayuda, pero que en un grado de aplicación analítica y con visión jurisdiccional, lo único que hacen es debilitar el proceso, pues no responden a exigencias fundamentales legales que requiere el Juez o el operador judicial para que tenga impacto en su proceso judicial.

Una vez aclarado el diagnóstico, quiero entrar para referirme a la regulación normativa procesal penal, y no quiero dejar pasar y mencionar la existencia [para efectos de su comprensión] de tres tradiciones jurídicas que sobre esta base, diversos países, han sostenido como "líneas guía" el diligenciamiento de las solicitudes de auxilio judicial y manejo de fuentes normativas internacionales, esto me he permitido mencionar en razón de que puede orientar al lector, su visión técnica jurídica y la razón de ser de las normas.

El autor Philip Reichel, en su estudio "Comparative Criminal Justice Systems" Tercera Edición, (pg. 81-98) considera establecer y delimitar las siguientes:

- a. "La tradición del derecho continental, que se basa en el sistema de codificación, se basa en el sistema de codificación de las leyes, que de este modo ofrece a los ciudadanos de un Estado orientaciones claras sobre cuál es la ley. Es la tradición más difundida en el mundo."
- b. "La tradición del Common Law, se basa en el que el derecho se desarrolla por conducto de la jurisprudencia, lo que esencialmente entraña es que son los Tribunales crean el Derecho. El sistema de Common Law se originó en Inglaterra y es la tradición jurídica que se sigue más

comúnmente en los países del common wealth del antiguo imperio británico. Es la segunda tradición jurídica más difundida en el mundo.

- c. La tradición jurídica islámica se basa en que no hay distinción entre el ordenamiento jurídico y otro tipo de controles sobre la conducta de una persona. La tradición funciona sobre la base de que el Islam como religión da todas las respuestas a los interrogantes sobre cuál es la conducta adecuada y aceptable.
- d. Como forma innovadora, el autor consideró que existe la tradición jurídica propia y diferente la cual se encuentra en evolución en el nuevo orden mundial y aparentemente se ha convertido en una amalgama de tradiciones y diversos ordenamientos jurídicos.

Sobre este punto doctrinario es importante destacar la cuestión que para el caso que amerita, explicar al lector, un breve recordis de lo que consiste el régimen de aplicación dualista y monista.

Este régimen o sistema dualista, considera que el derecho internacional y el derecho interno son entidades separadas y que la mayoría de veces funcionan de forma independiente el uno del otro.

Así los Estados de tradición del Sistema Jurídico del Common Law, siguen la tradición dualista. Por ejemplo, un Estado puede ratificar el tratado o la convención internacional, pero esta no entra automáticamente en vigor en este Estado o particular hasta que se promueva una nueva legislación o enmienda vigente a fin de reflejar las disposiciones del tratado de la Convención.

Mientras que el sistema Monista, el derecho internacional y la legislación interna están unificados de modo que un Estado ratifica el tratado y este automáticamente tiene la mis-

ma autoridad que la legislación interna y no es necesario pasar por la etapa adicional de incorporarlo en la legislación interna. En el caso de Ecuador en la que de forma directa la Constitución establece que el orden jerárquico de las leyes en su aplicación se resume y determina el orden de aplicación, siendo estos los siguientes: La Constitución, Los Tratados y Convenios Internacionales, las Leyes orgánicas, las leyes ordinarias, las normas regionales y las ordenanzas distritales (etc).

En este contexto, hay que tener en claro dos cosas que estas diferencias de categorización de los compromisos internacionales pueden tener, es importante conocer a qué país se encuentra sometido, pues al respecto en Ecuador, se regula en el Código Orgánico Integral Penal, importantes disposiciones que mencionan a la aplicación de determinados mecanismos de cooperación judicial internacional, especialmente la existencia de la asistencia penal internacional y estos son:

REGULACIÓN NORMATIVA EN EL COIP

No.	Artículo	Norma Jurídica
1	485	COIP
2	486	
3	488	
4	496	
5	497	
6	143	COFJ
7	144	

Autor: Bolívar Augusto Espinoza

Fuente: Código Orgánico Integral Penal

El Art. **485** del Código Orgánico Integral Penal, regula el concepto de lo que implica la entrega vigilada o controlada, la cual tiene por objeto identificar e individualizar personas que participen en la ejecución de actividades ilícitas, conocer sus planes y evitar el uso ilícito o prevenir y comprobar delitos. La o el fiscal de la Unidad Especializada de la Fiscalía podrá autorizar y permitir que las remesas o envíos ilícitos sospechosos tanto de instrumentos sirvan o puedan servir para la comisión del delito Los efectos y productos de las actividades ilícitas y sustancias catalogadas sujetas a fiscalización.

De igual manera en el Art. **486** que se describe el procedimiento para la entrega vigilada

en la cual corresponde a que procesos penales de componente internacional se puede activar este mecanismo cuando existen antecedentes y elementos en los cuales se está preparando o ejecutando actividades constitutivas de delitos.

Otro elemento procesal importante al considerar es el establecido en el Art. **488**; el cual considera la remisión de los elementos probatorios el cual faculta – de forma general- al fiscal; aparte del desarrollo de las: a. investigaciones conjuntas y b. de la asistencia judicial recíproca otorgando al fiscal la posibilidad que de forma directa – pida, requiera o exija – a las autoridades policiales y judiciales extranjeras, la remisión de elemen-

tos probatorios necesarios para acreditar el hecho constitutivo de la infracción y la presunta responsabilidad penal de las personas investigadas en el país. Esta opción legal- independiente de todo- no podría considerarse válido en razón de dos circunstancias: la primera que no tiene sustento técnicamente y la segunda que no es garantía para el respeto al debido proceso.

Este artículo, no tiene que entenderse como una opción y una atribución de concesión y manipulación de información [que en la mayoría de casos sucede]; puesto que todo lo ordenado debe entenderse estructurado jurídicamente dentro de la base de la existencia de un proceso penal investigativo; más si se quiere hacer entender o comprender la transmisión espontánea de la información debe considerarse con otro matiz, puesto que esto en algunas ocasiones puede considerarse como una arbitrariedad en la transmisión de información, violando garantías y normativas.

Así mismo, es importante mencionar la existencia de la [institución jurídica] investigaciones conjuntas; esto es más conocidas como técnicas y correctamente como los equipos conjuntos de investigación, siendo esta una técnica especial de investigación más importante y de mayor relevancia. La cual merece ser enunciada y desarrollada en este pronunciamiento tanto en su regulación y aplicación en el ámbito investigativo, siendo claros, por parte de la Fiscalía General del Estado.

La normativa comprende y regula a las investigaciones conjuntas de esta manera:

“La República del Ecuador en sujeción a las normas de asistencia penal internacional podrá desarrollar investigaciones conjuntas con uno o más países u órganos mixtos de investigación para combatir la delincuencia organizada transnacional.”

Tenemos que comentar lo siguiente, primero éste artículo como tal tiene que ser analizado en su integridad y desde varios matices:

1. No existen normas de asistencia penal internacional; únicamente existe una disposición en todo el sistema normativo procesal penal, y es el Art. 497 del COIP que regula este mecanismo de cooperación penal internacional. En concreto, no se puede confundir una técnica especial de investigación -como lo es los equipos conjuntos de investigación o investigaciones conjuntas tal como lo llama el COIP- repetido con un mecanismo de cooperación judicial, que es la asistencia judicial recíproca.
2. Al ser una investigación conjunta con uno o más países naturalmente – la construcción conceptual correcta – es el equipo conjunto de investigación en la que tácitamente se entiende como actor principal el operador judicial y policial.
3. La disposición procesal menciona que se puede desarrollar estas investigaciones conjuntas – con órganos mixtos de investigación- mismos que no se encuentran definidos, dando origen a que se pueda cometer arbitrariedades jurídicas; y legitimar en algunos casos actuaciones, investigaciones y procesos judiciales violando determinadas garantías. Siendo importante que esto vaya enfocado a un respeto al derecho procesal como tal.
4. Debe dejarse de limitar y entender que las investigaciones conjuntas únicamente son aplicables a los posibles delitos provenientes de Delincuencia Organizada, pudiendo ser esta técnica no solo para los delitos de delincuencia organizada de sino también de otra índole adicional.

Es por esta razón que no debe confundirse la actuación clave y precisa de esta Técnica Especial de Investigación peor aún vincularla procesalmente como un mecanismo de cooperación judicial como lo es la Asistencia Penal Internacional, pues esa confusión, genera dificultades y fracasos procesales que a la larga no permiten ser subsanados.

4. La asistencia jurídica:

El COIP, en el **Art. 497** regula, lo que entiendo por "Asistencia Judicial Recíproca", en la que dispone que la y los fiscales podrán solicitar asistencia directa a sus similares u órganos policiales extranjeros para la práctica de las diligencias procesales, pericias e investigación de los delitos previstos en el Código", esta disposición la hemos revisado en el espacio de contextualización de este artículo, ahora bien, entraremos al desarrollo de una importante línea de reflexión que consiste en determinar el estado de situación actual de este mecanismo de asistencia penal internacional de uso frecuente, el cual lo desarrollamos a continuación.

- a. *Observaciones Preliminares y diagnóstico práctico y real de la Asistencia Penal Internacional Clásica a la Asistencia Penal Internacional Ejecutiva.*

Quiero entrar -previo a desarrollar este espacio escrito-, explicando de primera mano el ejercicio de la autoridad central, competente y en la mayoría de casos ejecutora para este mecanismo de cooperación internacional como lo es la asistencia mutua en materia penal, y a ello le corresponde a la Fiscalía General del Estado, institución que aparte del mandato constitucional establecido en el Art. 195 y otros más de la Constitución de la República, en el marco de la vigencia del nuevo sistema procesal penal – con la cual se le atribuyó en el año 2000 la responsabilidad de la investigación preprocesal y procesal penal- se creó la Unidad [para la época] de Asuntos Internacionales, mediante

un Acuerdo Ministerial No. 061-Ministerio Fiscal General- de 10 de diciembre de 2004.

Esta Unidad, en sus albores – y tras haber formado parte de ésta por muchos años- tenía por objeto facilitar el desarrollo apropiado de este mecanismo de cooperación existente en el ámbito del Derecho Público Internacional, a través de la comunicación en tiempo real con el resto de países que demandaban frecuentemente el requerimiento de la solicitud de asistencia penal internacional.

Una de las principales funciones de esta Unidad, creada en el año 2004, era aparte de ejercer como autoridad central, ejecutora y competente de este mecanismo de cooperación judicial internacional, proponer lineamientos de la política criminal internacional que debía cumplir para este caso –la Fiscalía General del Estado- frente a sus pares en el ámbito internacional, misión que se fue diluyendo de a poco, pues hoy se encuentra categorizada a una Dirección, que responde a espacios de cooperación internacional y gestión del mecanismo de auxilio judicial de asistencia mutua.

Este contexto nos permite establecer reflexiones desde dos perspectivas la primera la función y la razón de ser de la autoridad central, la cual debe responder de forma eficiente a los requerimientos de auxilio internacional; y la segunda a la función de comprender si estos requerimientos de auxilio judicial internacional, tienen impacto notorio en la judicialización de procesos penales ante el órgano jurisdiccional.

Actualmente, el volumen de requerimientos de auxilio judicial, es copioso, pero este volumen esconde dificultades en su tramitación y gestión, la razón principal, y me atrevo a decirlo por este texto, es que responden únicamente a caprichos institucionales, de posicionamiento, y no a la razón de ser del instrumento internacional, como para el presente caso, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada

Transnacional o Convención de Palermo, la Convención Interamericana de Asistencia Mutua en Materia Penal, y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

Esta afirmación aparte de ser estrictamente personal, está sustentada en el *“Estudio sobre Cooperación Jurídica, auxilio judicial internacional y extradición en materia de tráfico de drogas y otros delitos relacionados entre la UE y sus Estados miembros y los países de América Latina y el Caribe”*, estudio en la que colaboramos activamente y se llegó a determinar la conclusión que si bien es cierto los instrumentos multilaterales como las Convenciones de Viena y Palermo contienen disposiciones relevantes para activar la Asistencia Judicial ésta base no es suficiente para enfrentar los retos que implican los casos graves de delincuencia, por esa razón las solicitudes como tal deben ser flexibles y eliminar requisitos formales innecesarios para minimizar su impacto, y más bien enfocarla a una adecuada valoración futura en el proceso penal de la que se demanda su aplicación.

Esto nos otorga una importante reflexión, que más allá de conocer un trámite administrativo del cómo se gestiona una solicitud de asistencia penal internacional, extraemos de primera mano que se ha patentizado una complejidad, ineficacia y lentitud en la ejecución de la cooperación, lo que ha beneficiado directamente la acción de la delincuencia organizada transnacional, y a los protagonistas de la corrupción, narcotráfico y la delincuencia económica, pues la estructura actual de la Fiscalía General del Estado no responde a combatir la acción de las bandas armadas, la trata de personas, la inmigración ilegal y otras más manifestaciones de delincuencia grave que se sirven de la carencia de una política criminal estructurada y un Estado sólido para mantener la impunidad en este tipo de delitos.

Estos factores, sumado a que los sistemas procesales desordenados, insuficiencia de

medios técnicos, el desconocimiento y sobre todo la desconfianza mutua, la falta de especialización en la materia jurídica como tal, y el protagonismo político institucional son elementos de riesgo grave para resistirse a aplicar marcos más estrechos de cooperación, y me estoy refiriendo a que no está el terreno idóneo para implantar un principio de trabajo clave, como lo es el “principio de reconocimiento mutuo”, lo que facilitaría de gran manera dar el paso a la nueva visión de la asistencia penal internacional ejecutiva.

Más allá de comprender que a nivel de contar con sendas resoluciones locales (soft law) y convenciones que son suscritas –gracias al impulso de la Cancillería- la cual debería fortalecer a través de un apoyo la gestión de la Autoridad Central, con la ejecución de planes de acción viables, en un diagnóstico a “simple vista” cuenta con una amplia gama de convenios, memorandos de entendimiento, que a la corta o a la larga, no responde la necesidad inmediata que el Fiscal o el administrador de justicia lo requiere; pues tal es así, que las formas tradicionales de asistencia, como lo es: Notificación de resoluciones, comparecencia de testigos o peritos, remisión de antecedentes e informaciones documentales, práctica de registro, embargos y secuestro y entrega de objetos, traslado temporal de detenidos, ha variado; pues ya son en menor grado la solicitud de activación de la asistencia penal internacional en este tipo de diligencias, sino que por la complejidad del contexto social y delictivo, se demandan otro tipo de requerimientos de auxilio judicial.

Una importante alusión que favorecería de gran manera la aplicación de la asistencia penal ejecutiva, radica en la implementación del Espacio Judicial Americano, si bien es cierto, es una fórmula que dista mucho de su activación, no se puede dejar de pensarlo.

Así, la Unión Europea viene trabajando activamente a través de un grupo de trabajo, en la creación o fortalecimiento de líneas base para la construcción de un espacio jurídico denomi-

nado la Fiscalía Europea, esto puede aparecer a la realidad actual como una utopía, pero será la misma condición de avance de la criminalidad organizada que lleve a los países a organizarse internacionalmente.

En un espacio de conocimiento general, éstos espacios jurídicos organizados internacionalmente para combatir la delincuencia como tal debe tener como soporte, espacios policiales internacionales que faciliten su ejecución, en el caso de América Latina – AMERIPOL-, siendo este un tema que en el futuro podría ser desarrollado, es importante dejarlo en claro y sentado, puesto que esta organización institucional, es la máxima expresión de la activación del principio de reconocimiento mutuo.

Abordar el principio de reconocimiento mutuo, genera otorgar otro matiz a la ejecución de diligencias y requerimientos de auxilio judicial, uno de ellos, y la materialización de esto, es lo que el Consejo Consultivo de Fiscales Europeos en el Dictamen 1/2007 ha sostenido en su pronunciamiento sobre “La mejora de la cooperación internacional en el ámbito penal” es la recomendación de espacios jurisdiccionales especializados en la tramitación de cuestiones relacionadas con la cooperación judicial y procesos penales con componente internacional. Así mismo para la viabilidad del trabajo, se cuenta con dos elementos normativos destinados a la regulación sobre el intercambio de información de antecedentes penales y el reconocimiento mutuo de resoluciones penales dictadas en el espacio de la UE.

Así mismo, las recomendaciones se encuentran destinadas a que los países, cuenten con un corpus iuris normativo, ordenado y sistematizado, lo cual permita tener la estructura y regular adecuadamente la actividad tanto del operador judicial como del administrador de justicia en este ámbito, pues el impacto procesal por ahora no es visibilizado, en razón de que la falta de contacto, con el tema abordado podría ser un elemen-

to que permita llevar al órgano jurisdiccional a aceptar todo lo que la Fiscalía propone ser valorado en un expediente penal con alto componente internacional, de esta manera es que el Ecuador, debe preparar sus innovaciones jurídicas a fin de que se facilite, de mejor manera el manejo futuro de estos desafíos normativos en lo que respecta a la judicialización de procesos provenientes de delincuencia organizada transnacional.

Otro de los elementos que favorecería al cambio ejecutivo es el fortalecimiento en conjunto y no de forma separada de todos los mecanismos de cooperación judicial internacional, a esto me refiero a los siguientes: extradición, asistencia mutua en materia penal, traslado de personas condenadas, reconocimiento y homologación de sentencias extranjeras.

Los pasos para lograr la activación de una solicitud de asistencia penal ejecutiva, son aspectos que tiene que vincularse al órgano jurisdiccional desde un inicio, es decir desde su admisibilidad, tramitación y gestión, obviamente dependiendo del tipo penal y la categoría de solicitud.

A modo de conclusión de este ítem no se puede descuidar nuevas formas de criminalidad como por ejemplo el cibercrimen, en la cual el Ecuador, a través de una adecuada gestión por parte de la Cancillería, se puede incitar a ejecutar y aplicar la Adhesión de la República del Ecuador al Convenio de Budapest también llamado como Convenio del Cibercrimen, facilitando de gran manera establecer procesos de judicialización exitosa de casos provenientes de esta rama, la cual tiene una amplia vinculación con la Delincuencia Organizada Transnacional.

5. Instrumentos internacionales

Para abordar este tema tenemos que comprender que para efectos de este estudio, hemos escogido a la Asistencia Penal internacional – como mecanismo de coopera-

ción judicial principal de estudio- la cual es la entreyuda jurídica consistentes en actos procesales en la que un operador judicial le solicita a otra autoridad del Estado, apoyo en su diligenciamiento.

Cuando la cooperación judicial exige la realización de algún tipo de actividad procesal, como ya lo habíamos visto anteriormente por ejemplo: la incautación de documentos, registros o allanamiento de una identidad, interceptación de comunicaciones, declaración de testigos, el Estado como tal debe activar la asistencia, conforme a las reglas de su ordenamiento.

La solicitud llegará al otro Estado en el que se realizará y atenderá el acto de acuerdo y conforme al derecho del Estado requirente, que podría aplicar la infracción del propio ordenamiento jurídico.

No obstante dentro de este contexto, es importante mencionar a una Convención, que para efectos de nuestro estudio es determinante, y es la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, o mejor conocida como la Convención de Palermo, siendo esta un importante esquema de delineación de una política criminal asertiva con miras a responder los desafíos emergentes en la sociedad actual, para ello me permito comentarla brevemente, lo que podría ser un punto de referencia para los operadores judiciales, comentario que ha sido resultado de un espacio de experiencia de trabajo en el área señalada.

a. *Breve opinión a la "Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional"*

El contenido de dicha Convención es amplio, pero el autor desea explicar al lector, aspectos generales, que sin perjuicio del criterio y opinión profesional de cada uno de ustedes, posteriormente puedan ir alimentando en el estudio de estos instrumentos normativos. Ecuador es un Estado Parte, que suscribió

esta Convención, que en su nombre completo se define como la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y para efectos de comprensión la vamos a conocer como la Convención de Palermo del año 2000.

Esta es una importante herramienta que facilita el adecuado y técnico abordaje de los casos reales y verdaderos de la delincuencia organizada con conexiones internacionales, donde la criminalidad organizada transnacional, es una tarea compleja, tanto desde su investigación como su judicialización ante el órgano jurisdiccional.

Existen alcances y efectos de aplicación de la Convención y la comentaremos brevemente, para no cansar al lector, pues estos comentarios determinan que tanto para el ámbito legislativo como al encargado de delinear la política criminal tiene una ardua tarea de trabajo en el futuro.

La Convención de Palermo tiene un amplio alcance, especialmente en el ámbito internacional y me atrevería a decir que es el mejor producto que nos otorgó las Naciones Unidas, esta fue adoptada el 15 de noviembre del 2000, y está compuesta por varios protocolos. Tiene un amplio alcance internacional en razón de que varios países lo han suscrito así como de los 147 Estados firmantes, 99 lo han ratificado.

Los países que podemos destacar que la han ratificado, son: Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Francia, México, Holanda, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Rusia, Sudáfrica, España, Suecia, Venezuela.

La Convención de Palermo, objeto de estudio en el curso "Criminalité Organisée et coopération judiciaire" en Francia, abordó algunas reflexiones que considero merecen la pena ser transmitidos a los lectores en esta publicación.

Primero: El ámbito de aplicación de la Convención, la Convención solo se aplica a la prevención, investigación y enjuiciamiento de: Los delitos graves y transnacionales en que participe un grupo delictivo organizado. Los delitos de participación en este grupo delictivo organizado, lavado de activos, corrupción y obstrucción de la justicia, con independencia de si son o no transnacionales o los cometa o no un grupo organizado.

Segundo: La Convención como tal, dispone la penalización de participación en un grupo organizado, es decir se exige que los Estados Partes tipifiquen el acuerdo de una o más personas para cometer un delito grave o la participación en actividades ilícitas del grupo delictivo organizado, o ambas situaciones. Si revisamos en el Art. 5 de la Convención en su numeral tercero, ésta demanda a los Estados que requieran la participación de un grupo delictivo organizado para poder sancionar como tal esa "conspiración", siendo importante que lo "notifiquen" expresamente al momento de depositar el instrumento de ratificación en las Naciones Unidas, desconozco si Ecuador lo hizo.

Tercero: La Penalización y medidas para combatir el blanqueo producto del delito; la convención como tal exige a los Estados Partes que incluyan como delitos bases o determinantes de lavado a una amplia gama de delitos, entre ellos todos los delitos graves en los términos del Art. 2 de la misma, además es importantísimo delimitar los delitos de participación en grupo delictivo organizado, corrupción y obstrucción de la justicia.

Otro elemento importante es mencionar el reconocimiento expreso de la procedencia de la prueba indirecta, esto específicamente para lavado de activos como para el delito de participación en el grupo delictivo organizado.

La convención obliga, además a los Estados Partes, que en los casos de delitos de lavado de activos, se esfuercen los Estados en

promover la cooperación a escala mundial, regional y bilateral entre las autoridades judiciales."

Cuarto: Penalización y medidas contra la corrupción: Se establece la obligación de tipificar diversas figuras asociadas a la corrupción y se reconoce el concepto amplio de funcionario público, esto es fundamental para generar procesos de persecución penal efectiva.

Quinto: Responsabilidad de las personas jurídicas: Se exige a los Estados Partes, que establezcan la responsabilidad de las personas jurídicas, por su participación en los delitos graves que esté involucrado un grupo delictivo organizado y en la participación de delitos de lavado de activos, corrupción y obstrucción a la justicia.

Sexto: Proceso Judicial, Resolución Jurisdiccional y Sanciones: Se destaca en este punto el mandato a los Estados Partes para que las sanciones de los delitos de participación en el grupo delictivo organizado, lavado de activos, corrupción y obstrucción a la justicia se tenga en cuenta la gravedad de ellos. Se hace necesario el garantizar la comparecencia de los imputados en relación a la concesión de la libertad en espera de juicio. Se dispone que los Estados partes deben establecer plazos para la prescripción prolongados en los delitos materia de esta Convención.

Octavo: Decomiso, incautación, cooperación internacional en decomisos y disposición de activos decomisados: Esta materia cabe destacar la procedencia de decomisos extendibles a bienes por el valor equivalente al producto del delito, a bienes transformados o convertidos parcial o totalmente y bienes "mezclados con". Esto se señala expresamente que los Estados no pueden ampararse en el secreto bancario para no aplicar las normas de la Convención sobre decomiso e incautación y sobre cooperación internacional.(sic)

Noveno: Asistencia judicial y extradición: En relación a la asistencia judicial se exige a los Estados Parte que se presten “la más amplia asistencia judicial recíproca respecto de las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales” relacionadas con los delitos materia de la Convención, este concepto se interpreta en sentido amplio, no solo para la cooperación entre fiscales sino aborda a los jueces. La convención como tal incorpora la opción de activar la transmisión espontánea de información la cual facilita la labor investigativa.

Décimo: Investigaciones Conjuntas y la activación de las Técnicas Especiales de Investigación: se reconoce la posibilidad de acuerdos de todo tipo entre los Estados Parte respecto a las investigaciones o actuaciones judiciales, incluso se permite acuerdos caso a caso para abordar investigación conjunta, se fomenta la activación de las entregas vigiladas, la vigilancia electrónica y otro tipo de operaciones encubiertas.

Con respecto a los Equipos Conjuntos de Investigación, es una técnica que está cobrando especial interés y valía, tal es así que la Red de cooperación penal en el 2016 de la AIAMP, la cual tiene por objeto hacer más eficiente la ejecución del trabajo en respuesta a la investigación, y fortalecimiento de los sistemas penales criminales a través de las herramientas en el marco de la transnacionalización de los productos de gestión para desarrollar investigaciones transnacionales más eficientes, generó la Guía de Uso de Acuerdo de Cooperación internacional, la cual puede ser descargada de la página respectiva, la que permite y orienta el desarrollo de esta eficiente herramienta denominada Equipos Conjuntos de Investigación.

Este tema podría ser objeto de análisis en otro artículo, pero ahora lo abordaremos someramente para facilitar una comprensión generalizada al operador, órgano jurisdiccional y profesional del Derecho.

6. Técnicas especiales de investigación

- a. *El Equipo Conjunto de Investigación como mecanismo idóneo para el desarrollo de una investigación de alto estándar: Conceptos, Composición y Activación.*

De primera mano tenemos que entender que el Equipo Conjunto de Investigación es un grupo operativo, no es una herramienta para posicionarse políticamente ni garantizar la permanencia en cargos peor aún en unidades investigativas especializadas. Esto es una herramienta técnica jurídica, que bien llevada genera enormes beneficios procesales. Me gustaría que esto quede claro en la mente de mis lectores.

Al ser esto una herramienta, permite que dos o más Estados, que aportan recursos: personales, económicos, tienen la finalidad de llevar a cabo en un plazo limitado, una investigación concreta en un territorio de alguno de los Estados involucrados, además de los órganos judiciales que intervienen de los Estados, pueden intervenir órganos policiales.

Esta actividad comprende básicamente, transmitir la información, ejecutar diligencias de investigación, puede evitar demoras innecesarias así como puede facilitar la ejecución en el extranjero de lo requerido en el proceso penal, para este caso ecuatoriano.

La normativa básica que regula esta Técnica Especial de Investigación (TEI) en razón de que existen más; es la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, la cual ya determinamos un breve comentario anteriormente.

Esta herramienta ha sido desarrollada con gran éxito en Europa, especialmente en el ámbito de la Unión Europea, en razón de varias circunstancias, la primera por la estructura de integración, la segunda por cuestiones

de conocimiento en la materia, y la tercera por cuestiones presupuestarias. Puesto que en el ámbito de la UE no se crean este tipo de técnicas especiales de investigación para fortalecer el posicionamiento político.

El procedimiento para constituir un Equipo Conjunto de Investigación, en el Ecuador no está regulado como tal, se puede proceder por iniciativa propia, y la solicitud como tal puede proponerse como requerimiento de asistencia mutua en materia penal, es decir un fiscal puede solicitar esto a otro fiscal a través del requerimiento de asistencia mutua o más conocido como Asistencia Penal Internacional.

Pero esta solicitud tendrá una variación, que consiste en la activación del ECI con sus contrapartes.

Aquí hay un punto relevante, la falta de estructura policial sólida, es decir no contamos con una estructura policial que pueda garantizar el adecuado cumplimiento de esta técnica especial, para el caso que nos compete la **AMERIPOL**, no facilita el apoyo necesario e inmediato. Las razones son varias, las cuales podrían ser objeto de análisis en otro espacio.

Para materializar este Equipo Conjunto de Investigación tiene que elaborarse y redactarse un Acuerdo de Constitución del ECI entre los Estados, debe contener como mínimo determinados requisitos, los cuales no se pueden ajustar a formatos preestablecidos, peor aún ser cumplimentado a través de un sistema informático, debido a que cada caso es diferente en su naturaleza.

La motivación necesaria del caso, la voluntad de las partes, el objeto determinado y los fines de la investigación, son elementos claves, la regulación a través de la precisión del detalle de la composición del equipo, la referencia explícita a la legislación aplicable, a la actuación del equipo constituido, la especificación en su caso de las medidas or-

ganizativas que sean necesarias para poder actuar, los pasos de trabajo y las competencias y funciones de cada uno de ellos, es importante describir en el Acuerdo Marco.

Dentro de los principales cuestiones prácticas que se tiene que tomar en consideración, corresponde la delimitación precisa de los objetivos del equipo, es decir precisar qué se quiere lograr y cuál es el objetivo principal a llevar a cabo. Otro del elemento importante es la delimitación de la jurisdicción de modo que se aclare previamente qué Estado enjuiciará y formalizará cada delito, me refiero a los Estados que componen el ECI. Siempre es importante contar con la especificación de los plazos que se consideran en la cuál se pueda llevar a cabo el trabajo investigativo, se deberá detallar las reuniones previas y la evaluación a cada una de éstas.

Un punto crítico es lo que respecta al presupuesto, qué Estados cubrirá qué costos. El Intercambio de información y las formas de producción es importante detallar, cómo se repartirá los insumos de la prueba y el plan de acción de recuperación de activos – en los casos que amerite-.

Para estructurar un ECI, que en el caso de Ecuador, ya se produjo uno de éstos, es muy importante considerar las funciones de quienes lo conforman, esto es, está conformado por el Jefe del Equipo, el cual tiene como cometido general dar instrucciones a los miembros del equipo. Los miembros del Equipo, quien tiene facultades distintas y podrán facilitar la información de que se disponga, siempre que los fines de la investigación motive la constitución del Equipo; y, los participantes, que podrán estar compuestos por parte de los Agentes policiales de la estructura regional y local para el caso de América, **AMERIPOL**.

El comprender de forma general la activación de esta herramienta facilita de gran manera el desarrollo de esta técnica especial de investigación en los futuros esquemas de persecución e investigación penal.

Les exhorto a mis lectores, que en la próxima ocasión que tengan en sus manos un proceso penal con alto componente internacional, se motiven a desarrollar sus investigaciones con una calidad superior, estoy seguro que tendrán excelentes resultados.

Ahora bien a modo de conclusión quiero culminar este artículo con el desarrollo de una línea de pensamiento general, que servirá de utilidad al lector, y tiene que ver con el aspecto de la imposición de las penas, a la hora de dictar la sentencia en este tipo de delitos provenientes de delincuencia organizada transnacional, nos hemos nutrido con el desarrollo de diversas técnicas especiales de investigación, pero ahora falta comprender cuál es la labor del órgano jurisdiccional frente a estos delitos, a continuación desarrollaremos este planteamiento de una forma breve y generalizada, pues como ya les comenté, este tema aparte de apasionante en su estudio, dispone de varias aristas, los cuales merece tratar y estudiar por separado.

7. La labor judicial frente a un caso de delito proveniente de delincuencia organizada.

Para desarrollar este artículo consideré compartir la opinión del Magistrado de Enlace Jean – Philippe Rivaud así como de la Magistrada Jefe de los Asuntos Exteriores Europeos e internacionales del Ministerio de Justicia de Francia – formadores en el estudio del curso académico en el año 2017- quienes claramente, expresaron que: *“la labor del magistrado en este tipo casos de delincuencia organizada transnacional, donde la criminalidad organizada el terrorismo se ha desarrollado mundialmente, es importante ajustarse tanto al derecho comparado, a ejecutar reformas legislativas, a la reorganización de la estructura judicial y fiscal; y a crear magistrados polivalentes en el área de la delincuencia organizada, lo que genera un híbrido en su actuación, en razón de que su preparación no solo debe estar enfocada de*

una manera limitada a seguir esquemas nacionales, sino que se debe nutrir de las informaciones de múltiples interlocutores que facilitarían de gran manera el juzgamiento de este tipo de conductas.”

Su acción determinante dentro de las actuaciones judiciales, se verán evidenciadas con romper esquemas, manifestados a través de la aplicación idónea de los instrumentos internacionales, aplicando el rigor, certeza, convicción y credibilidad a la labor que realiza, pues su éxito no dependerá de la cantidad de procesos penales que tenga que resolver en esta materia, sino de la calidad de material probatorio que disponga, así como de la argumentación para imponer su sanción.

En este contexto, quiero entrar a abordar un aspecto determinante que seguro será de interés para la labor del órgano jurisdiccional, y tiene que ver con lo respecto a los criterios que podrían utilizarse para el manejo de la sanción en este tipo de delitos provenientes de delincuencia organizada transnacional.

- a. *Penas y consideraciones a la hora de dictar las sentencias en delitos provenientes de Delincuencia Organizada Transnacional.*

Se recomienda que al momento de imponer una pena en este tipo de delitos, el Tribunal puede considerar los siguientes elementos que de forma general se enuncia, esto es:

- a. *Verificación de condenas anteriores, es decir si por uno de los delitos contemplados en las disposiciones de la Convención de Palermo que abarca esta especialidad, o un delito grave, precisar si existe condenas en otro Estado.*
- b. *El hecho de que una persona involucrada haya cooperado voluntariamente facilitando la información o ayudando de cualquier otro modo a las autoridades encargadas de investigar, hacer cumplir la ley.*
- c. *Al imponerse una condena por un*

delito de esta materia podría considerarse lo siguiente: a. Prohibición con carácter permanente del ejercicio directo o indirecto de una o más actividad profesional o con el ejercicio de un cargo. b. La exclusión de las licitaciones públicas o el derecho a percibir prestaciones. c. La inhabilitación temporal o permanente de participar en procesos determinantes. d. La inhabilitación temporal o permanente para trabajar como abogado, notario, contador fiscal.

Si bien estos elementos son estrictamente generales, no es menos cierto que pueden aportar para efectos de esta publicación un espacio futuro de estudio en este tema de alto interés ahora en la actualidad.

Espero que los colegas, operadores judiciales se puedan nutrir de este artículo de opinión el cual ha recogido enseñanzas resultados de una intensa formación cumplida en la rama. Estoy muy agradecido por la oportunidad concedida en poder escribir en esta sección.

Bibliografía:

1. *Código Orgánico Integral Penal, actualizado a 2022*
2. *Código Orgánico de la Función Judicial, actualizado a 2019*
3. *Constitución de la República del Ecuador, 2014*
4. *Código Orgánico General de Procesos, actualizado a 2022*
5. COMISION EUROPEA, *Estudios sobre cooperación jurídica, auxilio judicial internacional y extradición en materia de tráfico de drogas y otros delitos relacionados entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, y los Países de América Latina y el Caribe, 2013.*
6. CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL. R.0/197, de 24 de octubre del 2003
7. CONVENCION INTERAMERICANA DE ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL. R.0/147, de 14 de agosto del 2003.
8. FISCALIA GENERAL DEL REINO DE ESPAÑA. *Memorias de la Fiscalía de Cooperación Internacional. Madrid 2013.*
9. UNODC. *Manual de Asistencia Judicial Recíproca.*
10. *Informes y Notas al Fiscal General del Estado de Ecuador, relacionados con el cibercrimen, documento inédito. 2019.*
11. *École de la Magistrature. Memorias informativas- Delincuencia Organizada Transnacional.*

EL ARCHIVO PASIVO Y EL PASADO JUDICIAL DESDE LA PERSPECTIVA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA DEL ECUADOR



**Dr. Fabricio Grismaldo
Menéndez Macías***
Juez Penal de Manabí

RESUMEN

El objetivo general del estudio fue analizar el archivo pasivo y el pasado judicial de las personas que han cumplido condena desde la perspectiva del Estado constitucional de derechos y justicia del Ecuador, siendo necesario contrastar, a partir del estamento filosófico que sustenta la organización política del país los principios de aplicación de los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, entre estos la igualdad y no discriminación, examinando la naturaleza jurídica de esta prerrogativa con los efectos que se originan mediante la ponderación del pasado judicial. La relevancia del estudio consiste en estimar el acogimiento de los valores axiológicos que están contenidos en el texto fundamental y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Palabras Claves: Archivo activo, pasado judicial, cumplimiento de condena, Estado democrático de derechos y justicia.

ABSTRACT

The general objective of the study was to analyze the passive file and the judicial past of the people who have served sentences from the perspective of the constitutional State of rights and justice of Ecuador, being necessary to contrast, from the philosophical establishment that supports the political organization of the country, the principles of application of the rights recognized in the Constitution of the Republic of Ecuador, including equality and non-discrimination, examining the legal nature of this prerogative with the effects that originate through the weighting of the judicial past. The relevance of the study is in estimating the acceptance of the axiological values that are contained in the fundamental text and in the international human rights instruments.

Key words: Active file, judicial past, serving sentence, democratic state of rights and justice.

* Abogado de la Universidad Laica Eloy Alfaro Manabí, Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena de la Universidad UNIANDES de Ambato, Magister, en Derecho Penal y Criminología UNIANDES, Candidato a Doctor en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Zulia Maracaibo Venezuela, Formador de Jueces de la Escuela Judicial del Consejo de la Judicatura, Coordinador de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia.

Introducción:

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, se forja bajo la visión garantista, que, entre otros aspectos, permite definir al Estado como un ente “constitucional, de derechos y de justicia”,

Se integra el análisis de los aspectos modulares del garantismo constitucional en el Ecuador, como teoría del derecho, acogida en el año 2008, que se evidencia en el desarrollo normativo con gran claridad, imponiendo una cultura distinta en los órganos del poder público, quienes en el ejercicio de sus funciones tienen el deber ineludible de acatar estas condiciones, pero también afecta a la ciudadanía, quien ahora tiene un rol relevante para lograr la materialización del contenido esencial de los derechos fundamentales.

De igual modo, realizamos algunas precisiones sobre el garantismo penal de Ferrajoli, doctrina que surge en el Ecuador del propio estamento constitucional, y que se relaciona con instituciones como el pasado judicial de las personas que se han visto involucradas en la comisión de una infracción penal, y conforme los requerimientos del principio de legalidad y culpabilidad, han sido condenadas en un juicio justo, relevando algunas consecuencias de la instrumentación de estos registros (archivo activo y archivo pasivo) que contienen dicha información.

Entre las medidas que el Ecuador se ha visto compelido a instrumentar para evitar que el pasado judicial sirva como una impronta que impida el desarrollo evolutivo de las personas que ya han pagado su condena, se encuentra el archivo pasivo y el activo, figuras que fueron analizadas desde la perspectiva garantista, por el gran impacto que tienen en el ámbito de los derechos humanos.

Nos trazamos como objetivo general el analizar el archivo pasivo y el pasado judicial de las personas que han cumplido condena

desde la perspectiva del Estado constitucional de derechos y justicia del Ecuador, contrastando, a partir del estamento filosófico que sustenta la organización política del país los principios de aplicación de los derechos reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador, entre estos la igualdad y no discriminación, examinando la naturaleza jurídica de esta prerrogativa, para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo analítica-sintética, que nos llevó a descomponer cada uno de los elementos que integran la relación entre el archivo pasivo y el registro permanente del pasado judicial, estudiándolos de manera exhaustiva para comprender la esencia del derecho a la igualdad y no discriminación como garantía personal, articulando este conocimiento con el complejo campo de actuación del Estado ecuatoriano quien es el ente encargado de cumplir los compromisos adquiridos ante la comunidad internacional, relativos al respeto y protección de los derechos humanos fundamentales.

De los aspectos considerados se extrae la relevancia del estudio que propone una reflexión crítica sobre el Archivo Pasivo, que contrasta con la garantía personal, taxativamente enunciada en el artículo 11 numeral 2 del texto constitucional, que prohíbe la discriminación de los ciudadanos argumentando aspectos relativos a su pasado judicial.

La reflexión crítica de estos aspectos, servirá para entender la necesidad de instrumentar medidas que impidan la materialización de los efectos perniciosos que se ciernen sobre el derecho a la igualdad, llamando la atención sobre el uso y disposición de los archivos pasivos que revelan datos sobre el pasado judicial, y las posibilidades reales que existen para que los ciudadanos puedan revelarse contra este tipo de acciones que involucra a los servidores y servidoras públicas, y los entes privados, en virtud de que todos somos garantes del cumplimiento de los derechos, garantías y deberes dispuestos en la Constitución de la República del Ecuador.

Fundamentos Teóricos

1. El garantismo constitucional en el Ecuador.

El garantismo, como doctrina, como base de una teoría general o modelo de derecho, como lo describe Moreno (2007), se impone en el Ecuador a partir de la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, como una decisión de los legisladores que se dieron cita en Montecristi, provincia de Manabí, quienes concertaron en definirlo como un "Estado constitucional de derechos y de justicia" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 1), ocasionando una verdadera transformación que impactaría seriamente la estructura político, jurídica y filosófica de la nación, hace más de una década.

Concretamente, Moreno (2007: 825), explica las dos acepciones o significados genéricos del garantismo que perfilara su creador en los términos que siguen:

"Por garantismo, Ferrajoli, enuncia dos significados genéricos: un modelo de derecho y una propuesta de teoría general del derecho. El primer supuesto se presenta como una alternativa al Estado de derecho; el segundo, como una superación de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas. Ambos significados confluyen en un axioma distintivo: el derecho como garantía de limitación al poder".

Se configura entonces en el Ecuador una verdadera alternativa al Estado de derecho incorporándose la alternativa del Estado constitucional de derechos y de justicia, que consiste en crear necesarios límites al poder, que subyacen bajo el bloque de la constitucionalidad, sea este parte del ejercicio público o privado de una nación, con lo cual, cada norma que se redacte en el país será producto del estricto reconocimiento de estas barreras de orden legal, así se verifica del

contenido de los primeros artículos del texto fundamental, y de otros cuerpos legales, que nacen desde el año 2008, como parte de los compromisos adquiridos a partir del proceso constituyente.

En este particular, el Ecuador se enfrenta a grandes desafíos que terminaran por probar la conciencia humanista del mismo, estos retos vienen dados por la adopción de una concepción garantista, que impone al Estado, desde el tercer artículo del texto constitucional, algunos deberes primordiales, imponiéndose el aseguramiento del goce efectivo de los derechos establecidos en la Carta Política y en los instrumentos internacionales, sin ningún tipo de discriminación. El Título II de la Constitución del Ecuador, vigente desde el año 2008, nos enuncia una serie de derechos, incorporando los principios que propenden a su materialización. Surgen así un conjunto de normas que revelan el talante garantista, entre estas, el contenido del artículo 11, que dispone importantes garantías para el ejercicio, promoción y exigencia de los derechos, que deberán ser tenidos en consideración por las autoridades competentes, quienes a su vez están compelidas a su cumplimiento (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 11 Num. 1)

Es esencial, conforme el objetivo general del estudio, detenernos en el contenido expresado en el artículo 11 numeral segundo, que literalmente señala:

"Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2. Todas las personas son iguales y gozaran de los mismos derechos, deberes y oportunidades.

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación

sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación.

El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad." (Subrayado propio)

Constatamos que la norma constitucional dispone el derecho a la igualdad ante la ley, pero al mismo tiempo expresa que en el ámbito territorial patrio está expresamente prohibida la discriminación, conducta que en muchos casos se materializa aduciendo condiciones de género, de edad, de condición social, étnica o religiosa. Especial cuidado ha tenido el legislador en colocar entre estas condiciones el pasado judicial, que como todos sabemos pudiera comprometer no solamente el trato igualitario, sino también, las oportunidades que se le presentan a las personas en la dinámica social, para su desarrollo evolutivo, destacando las de tipo educativo y laboral, por solo mencionar algunas.

En este contexto, es importante señalar que las normas constitucionales son plenamente justiciables y no se puede alegar falta de ley para su aplicación inmediata, pero nuestra constitución no es la única norma que precisa esta situación, en el ámbito internacional se instrumentan una serie de documentos y acciones que buscan evitar los efectos perniciosos que genera el apelar a la condición judicial del ciudadano/a para la toma de alguna decisión o ponderación de sus habilidades en los campos señalados.

En este espectro jurídico, encontramos el derecho a la igualdad y no discriminación que nos lleva al campo del derecho a la intimidad y su protección, en la Declaración

Universal de los Derechos Humanos del año 1948, se reconoce en el artículo 7 la igualdad jurídica de las personas sin distinción al establecer: "Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación", con lo cual se colige que ambos fungen como un derecho inherente al ser humano que permite su desinvolvemento como tal.

La Declaración América de Derechos Humanos, del año 1948, en su artículo 5 dispone: "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada o familiar"

En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del año 1966, en el artículo 26 se prevé el derecho a la igualdad ante la ley, en los términos que siguen:

"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Se desprende de este contenido, una verdadera similitud con lo expuesto en la Carta Política del Ecuador. Esta previsión se constata para los fines del estudio con el derecho a la privacidad, por lo que en este caso se amplía la previsión de la Declaración Americana, al señalar el artículo 17 ordinal primero, que: "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación", en virtud de lo cual el ordinal segundo, expresa que: "Toda persona tiene

derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

El artículo 11 numeral primero, segundo y tercero de la Convención Americana de Derechos Humanos del año 1969, señala enfáticamente que: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, por su parte el numeral 2, dispone que: “Nadie puede ser objeto de injerencias, arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”, y finalmente, el numeral tercero, se expresa en los mismos términos del ordinal segundo pacto supra transcrito.

En el contexto nacional, se dispone en el artículo 23 numeral 8 de la Constitución de la República del Ecuador, la salvaguarda de la privacidad y el buen nombre de las personas, estimando García Falconi (2005), que se trata de valores íntimamente vinculados a la personalidad humana, que deben ser protegidos como bienes jurídicos específicos, pues sólo así el hombre puede desarrollar todas sus capacidades.

El conjunto de instrumentos jurídico citados, nos permite tener claro el ámbito de protección del derecho a la vida privada, al honor, a la reputación, que impide que cualquier información, en especial aquella que revele el pasado judicial de una persona, sirva como un elemento estigmatizante, que a la postre impida acceder a nuevas oportunidades y al desarrollo personal del mismo, lo que atenta contra el ejercicio pleno de sus derechos.

El garantismo constitucional, que evoca la obra del maestro Ferrajoli, nos lleva a razonar con mayor atención, los límites del Estado ecuatoriano, en el ejercicio de la función judicial, y en especial en el ejercicio del *ius puniendi*, en este sentido realizaremos una revisión sucinta de la corriente del garantismo penal y las medidas que disponen su instrumentación en la práctica.

2. El garantismo penal de Ferrajoli y su instrumentación en la praxis.

En relación con el garantismo penal, solo nos detendremos para explicar su gran influencia en el tema relativo al pasado judicial y la vulneración de derechos como el de igualdad ante la ley, y otras garantías de importante envergadura como el de privacidad personal y familiar, y protección de datos de carácter personal.

Así, la repercusión del modelo de derecho que se acoge en la Constitución de la República del Ecuador, se puede inferir de la propia exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal, vigente desde el año 2014, que refiere:

“La Constitución al declarar al Estado como constitucional de derechos y justicia, define un nuevo orden de funcionamiento jurídico, político y administrativo. La fuerza normativa directa, los principios y normas incluidos en su texto y en el Bloque de Constitucionalidad confieren mayor legitimidad al Código Orgánico Integral Penal, porque las disposiciones constitucionales no requieren la intermediación de la ley para que sean aplicables directamente por los jueces”.

Se legitima ciertamente el texto penal integral, el cual se formula a partir de otra concepción del maestro Ferrajoli, como lo es el garantismo penal, que implica una adecuación a los parámetros constitucionales, que responden a esta misma lógica, la limitación del poder del Estado, encontrando como principal obstáculo la dignidad humana, que es el valor fundamental del proceso, que sirve como escudo protector del débil ante el poderoso, situación que fue cotidiana en la época de la inquisición pero que se revierte en la etapa del iluminismo, conforme lo explica Pacheco (2015).

Por su parte, Moreno (2007), argumenta ya en el campo del garantismo penal que Ferrajoli, desde sus inicios ya:

“había señalado con claridad que “El poder —todos los poderes, sean estos públicos o privados— tiende en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho”. Su inquietud, desde luego, es una de las intranquilidades que siempre han impaciado a los pensadores de corte liberal. Ante ello, el jurista italiano no duda en asumir una postura respecto al derecho: el derecho es la garantía de los más débiles frente a los más poderosos”.

Inferimos que el resguardo de las garantías de las personas que se encuentran en un proceso penal (sea en condición de víctima o de procesado) se convierten en la condición sustancial de la actuación de los operadores de justicia, con lo cual, estos deberán preservar los derechos humanos fundamentales que, siempre estarán en constante tensión con el ejercicio del *ius puniendi*, por lo que la Exposición de Motivos, expresa que todo sistema penal se encuentra en la disyuntiva entre combatir la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal, por lo que la medida justa según Binder (2009), pasa por respetar los límites impuestos y procurar que exista la paz social en el combate de la delincuencia.

En este contexto, aparece el tema del pasado judicial, que demanda una visión integral respecto de la dialéctica: eficiencia y garantía, en ocasión a los fines que se han dispuesto en el texto constitucional y penal integral, y las medidas de política criminal que debe adoptar el Estado para la garantía de los Derechos Humanos fundamentales de la población ecuatoriana. No en vano se apuesta por una verdadera transformación del sistema penal, que permita proscribir prácticas que dan cuenta de la cultura fas-

cista que rigió el enjuiciamiento penal en el país, por largos años, entre estas, la prohibición de las penas indefinidas, la proscripción de delitos imprescriptibles, el destierro del derecho penal de autor, por solo nombrar algunas de sus novedades.

En tal sentido, el Archivo Activo y el Archivo Pasivo, como forma de registro del pasado judicial, y los efectos que trae aparejado su utilización, son aspectos nucleares de la tensión existente, entre el cumplimiento de los fines garantistas y de los que involucran la eficacia del Estado, cuando ejerce el poder punitivo, en virtud de esto, entraremos a precisar estas categorías que permitirán tener un panorama claro del problema.

3. El pasado judicial y el archivo activo y pasivo desde la perspectiva garantista.

Entre las razones que se aducen para la adopción de medidas como el archivo activo y pasivo, que da cuenta del pasado judicial, se encuentran que estas son parte de las acciones que realizan las autoridades en materia de seguridad pública relativas a mantener una base con estos datos para fines estadísticos, cuyo estudio permitirá ejercer de una manera más efectiva y eficaz la labor que realizan, aun así, no podemos ignorar la prohibición de orden constitucional prevista en el artículo 11.2. del texto fundamental, y que pudiera quedar afectada con el archivo pasivo, que implica que, aun dado de baja los antecedentes penales, las autoridades competentes mantendrán un registro de estos datos bajo la modalidad del archivo pasivo.

Independientemente de que sea un Archivo Activo o Pasivo, se ha argumentado en favor de estas medidas que las mismas servirán para ejercer un mayor control sobre la concesión de medidas cautelares sustitutivas de la privación de libertad, respecto de aquellos sujetos cuyo carácter primario amerite este beneficio. En la fase de ejecución de las sentencias condenatorias, ha servido el alu-

dido registro para garantizar la idoneidad en el otorgamiento de los beneficios procesales relacionados con el régimen progresivo de ejecución de las penas, entre otros efectos procesales.

Pero fuera del espacio de la función judicial, son otros propósitos los que están relacionados con el registro que devela el pasado judicial de una persona, así, se advierte la clara tendencia, mucho más marcada en el siglo pasado, de utilizar estos datos para impedir el acceso a cargos laborales, a reconocimientos personales, al ejercicio de cargos públicos, entre otros, que en la práctica funciona como una especie de cadena perpetua de quien ya ha pagado su deuda con la sociedad, con la consabida consecuencia, ya que estas acciones repercuten en la reinserción del sujeto, que ha sido una de las finalidades de cualquier sistema penitenciario moderno, conspirando contra las propias estrategias del Estado para minimizar la comisión de las conductas delictivas.

Respecto del Archivo Activo, como medida del Estado ecuatoriano, representan en la práctica acciones contradictorias con lo dispuesto explícitamente en la constitución, pero el mantenimiento del Archivo Pasivo, del mismo modo evidencia una afectación del ejercicio de los derechos fundamentales de aquellos sujetos que ya han pagado su deuda con la sociedad, y a los cuales debemos alentar permanentemente a reinserirse socialmente, evitando la exclusión que se produce cuando se le discrimina atendiendo a su condición de expresidiario. En virtud de estas presiones el Estado debe manejar estos datos sensibles con estricto apego a lo dispuesto en las normas nacionales e internacionales expuestas, para evitar la lesión de los derechos y garantías enunciados.

Todos estos aspectos han sido objeto de debates bajo las consideraciones de la Criminología Crítica de los Derechos Humanos, autores que han puesto su énfasis en los efectos del estigma que genera este tipo de

acciones. En efecto, Goffman (2006:25) señala acertadamente que:

“El individuo estigmatizado puede descubrir que se siente inseguro acerca del modo en que vamos a identificarlo y a recibirlo (...) Para la persona estigmatizada, la inseguridad relativa al status, sumada a la inseguridad laboral, prevalece sobre una gran variedad de interacciones sociales”

Como salvaguarda jurídica de esta situación las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas en el año 1957, en el artículo 64 prevé:

“El deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso. Se deberá disponer, por consiguiente, de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permitan readaptarse a la comunidad”.

Dicha norma es aplicable en el contexto jurídico patrio con fundamento en el bloque de la constitucionalidad, por lo que el Estado debe disponer de todas las medidas que aseguren la reinserción del expresidiario, y que por sobre todas las cosas, evite el sometimiento de este a tratos humillantes, vejatorios y estigmatizantes, que disminuyan sus posibilidades para lograr su pleno desarrollo personal.

El pasado judicial, trae importantes consecuencias en la vida de un sujeto, efectos negativos que buscan aminorarse tras la determinación de otro claro límite al ejercicio del poder del Estado, cuando se dispone el derecho a la privacidad personal y familiar, que se encuentra afectada cuando estos datos son expuestos impidiendo que esta persona tenga oportunidades efectivas para lograr la reinserción social y el pleno desarrollo de sus facultades.

Es así como el artículo 23 de la Constitución de la República del Ecuador, en el ordinal 8, reconoce y garantiza: “el derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona”, aspectos que involucra el derecho a la intimidad, que explica García Falconí (2005:1), permite a toda persona conservar su existencia con un mínimo de injerencia, lo que permitirá lograr: “la tranquilidad del espíritu, la paz interior y el desarrollo de su personalidad”.

Respecto de estas garantías, se abre paso el derecho a la protección de los datos de carácter personal, que conforme al artículo 12.6 del Código Orgánico Integral Penal, consiste en que: “la persona privada de libertad tiene derecho a la protección de sus datos de carácter personal, lo que incluye el acceso y uso de esta información”, se desprende de este contenido que se hace alusión al sujeto que está procesado o cumpliendo condena.

El antecedente de esta disposición se encuentra en el Convenio 108 para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal del Consejo de Europa de 1981, cuyo artículo 6 dispone concretamente que están bajo un estatus de protección: “Toda aquella información relativa a una persona que la identifica o la hace identificable”, estos pueden ser los relativos a su origen racial, opiniones políticas, convicciones religiosas, pero también a otros más “sensibles” los cuales abarcan por ejemplo, a las condenas penales, que es el objeto de estudio.

Observamos que es más amplio el tratamiento que realiza el Convenio 108, que el que se instrumenta en el interior de la República del Ecuador, con respecto a la protección de datos de carácter personal, pero insistimos en destacar dos aspectos fundamentales de la acogida del modelo de Estado garantista supra señalado, el primero relativo al bloque

de la constitucionalidad, que debe entenderse como el estricto reconocimiento del conjunto de normas constitucionales, donde se ubican los instrumentos internacionales de derechos humanos, y el segundo, la exigencia del respeto y promoción de los derechos humanos, los cuales son de aplicación directa, es decir son plenamente justiciables para lo cual no se puede alegar falta de ley para su aplicación inmediata (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Art. 11.3).

Dentro de este marco de ideas, nos interesa destacar lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 16 del instrumento internacional que revisamos, el cual es del siguiente tenor:

“Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.”

Adicionalmente, el Convenio 108 del Consejo de Europa, dispone dos garantías adicionales que podrían coadyuvar en la diatriba acerca de la existencia de estos registros, del Archivo Activo y Pasivo, por un lado, la exactitud de los datos, y por el otro, la determinación de un tiempo que no exceda el necesario para que se cumplan las finalidades del registro, es decir, abogar por un periodo de permanencia del registro, según el numeral 5 incisos d y e.

Discusión :

Recordemos que el ejercicio del poder punitivo o *ius puniendi*, se encuentra formalmente limitado, por una serie de garantías, entre las que destaca, el principio de legalidad, que impide cualquier actuación por parte

de los órganos del poder público en contra de un sujeto, sin que se haya precisado la comisión de alguna infracción de las que están expresamente contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, vigente desde el año 2014, incluso la determinación de la responsabilidad penal deviene únicamente de la realización de un juicio justo y previo, bajo las consideraciones de orden explícito, que se han delineado entorno a la figura central del derecho al debido proceso, que tiene rango constitucional y legal, en claro acatamiento del principio de culpabilidad.

Ambos principios, el de legalidad y de culpabilidad, nos lleva al controversial asunto del Derecho Penal de Acto y del Derecho Penal de Autor, último que ha sido erradicado de todos aquellos países de raigambre democrática, o que por lo menos de aquellas naciones que se precien de serlo, con lo cual hay un criterio claro acerca de la necesidad de existencia de una conducta típica, antijurídica y culpable (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 18), para que se active legítimamente el ejercicio de la violencia legítima del Estado, imposibilitando cualquier actuación que se asiente en argumentos relativos a las características personales del autor, entre estos, su nacionalidad, su condición social, y mucho menos su peligrosidad.

Es particularmente la peligrosidad, propia de la corriente positivista del derecho penal, y cuyo mayor desarrollo se manifestó en el campo de la criminología, la que se filtró en los textos sustantivos y adjetivos penales del mundo. Esta doctrina ya superada, permitió específicamente la promulgación de leyes, reglamentos, decretos y directrices, que avalaban el ejercicio del poder punitivo con bases en las características personales y no a la materialización de una conducta que lesionara o pusiera en peligro concreto un bien jurídico determinado, vulnerando la mayor conquista del Derecho Penal, desde los tiempos de Cesar Beccaria, como lo es el principio de legalidad de los delitos y de las penas.

Del mismo modo, la utilización de los criterios relativos al pasado judicial para condicionar en muchos casos el otorgamiento de medidas cautelares o beneficios procesales, como parte de las garantías de la ejecución de las penas, lo cual compromete de manera concreta la igualdad ante la ley, en el caso de que existan dos personas que en similares condiciones opten a estas prerrogativas, negándole, en la mayoría de los casos, el beneficio a quien presente este pasado o récord judicial, lo que constitucional y legalmente esta proscrito, pudiera interpretarse como un acto discriminatorio.

La Asamblea General de Naciones Unidas, en el Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, dispone la necesidad que tiene cada uno de los Estados de: "prohibir el uso de los datos personales para fines contrarios a los previstos en los tratados de derechos humanos, así como a crear mecanismos de supervisión y sanción efectivos".

Pero la realidad fuera del contexto de la función judicial, es realmente más compleja, ya que la utilización del pasado judicial, que genera una cuestionable discriminación permanente, ha servido como un argumento infeliz para negar el acceso al campo laboral, educativo, político, y hasta para la obtención de algunos reconocimientos en otros ámbitos, atentando no solo contra los derechos, que de manera explícita, subyacen en el orden constitucional patrio, sino en contra de las oportunidades que permiten el desarrollo evolutivo personal y social, que el Estado está en obligación de preservar conforme lo disponen los artículos 3 y 11.

Ahora bien, no podemos ocultar la necesidad, en términos estratégicos, que existe, en el campo del ejercicio de la función judicial, de conocer el récord de un ciudadano/a, que con base en la determinación de la perpetración de un delito se enfrenta a la Administración de Justicia Penal, y even-

tualmente, de que las autoridades competentes estén al tanto de esta situación, evitando una inadecuada toma de decisiones, por ejemplo, el de seleccionar a una persona que ha sido procesada por un delito de abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, en un cargo relativo a la educación o instrucción de esta parte sensible de la población.

Esta información estratégica, eventualmente, pudiera asegurar que no se verifique un peligro potencial de vulneración de los derechos de los otros ciudadanos/as, de allí el sustento de medidas como el Archivo Activo y Pasivo, que revela datos importantes sobre el pasado judicial de una persona, como una condición necesaria para el pleno reconocimiento y ejercicio de las garantías fundamentales, que como entendemos, también servirá para evitar la responsabilidad del Estado cuando este haya realizado u omitido la toma de decisiones que los afecten, y así se infiere del ordinal 9 del artículo 11 constitucional.

Respecto de lo expresado, lo que debe entender el Estado, al generar medidas como el Archivo Activo y Pasivo, es que no le está dado convertir el pasado judicial en una sentencia a cadena perpetua, la cual también queda abolida en nuestro reciente pasado republicano, compromiso que se ratifica cada vez que se promulga un nuevo texto constitucional.

Será entonces urgente, articular una serie de mecanismos que impidan la materialización de la discriminación de algún ciudadano/a apelando a su pasado judicial, equilibrando la fortaleza que hoy demanda la cultura garantista, y la consolidación del derecho a la igualdad, en términos materiales, reduciendo a su mínima expresión los efectos colaterales que genera, como estrategia táctica el reconocimiento de esta condición bajo la figura del archivo activo o pasivo, ya que cada vez que se hace uso del mismo se recrea la situación, muchas veces superada, de infractor de la ley, con el agravante de que

se vuelve una vez más tras los pasos de la corriente positivista de orden peligrosista, que en nada tributa al Estado constitucional de derechos y de justicia que se desarrolla bajo el nuevo pacto social que firmamos los ciudadanos ecuatorianos una vez que se promulgara la Constitución de la República en el año 2008.

Conclusiones:

Los resultados del estudio permitieron examinar la vigencia de los derechos y garantías en favor de las personas bajo la figura del archivo activo y pasivo, precisando que el Estado ha adoptado algunas medidas para impedir la revelación del pasado judicial de una persona que ha cumplido una condena, pero estas aun no son suficientes para garantizar la igualdad real en favor de los titulares de derechos, ya que la utilización de estos datos que aparecen registrados, pudieran generar algún tipo de discriminación, por lo que en la praxis, habría que extremar estas medidas, garantizando que el contenido de los artículos 3 numeral 1 y 11 numeral 2 de la Carta Política, no se convierta en un simple enunciado teórico.

En consecuencia, será una tarea primordial de todos los entes involucrados sentar las bases para generar un dialogo consciente, sobre la situación de los derechos humanos de las personas que, por alguna razón, cuenten con un pasado judicial, y sobre la necesidad de instrumentar medidas como el archivo abierto y el archivo pasivo, que entre otras finalidades busca precaver algunos efectos negativos que pudiera generar el sujeto en los derechos de los otros, pero por otro lado, inciden de forma negativa en la reinserción social de los mismos, en razón de lo cual, es prudente que el Estado se avoque a formular algunas propuestas específicas, que impliquen en el plano real una mejor protección de los derechos humanos en el país, como una estrategia de política criminal que no puede desligarse de las políticas públicas que se deben diseñar en el or-

den social, económico y jurídico, para atender los factores y carencias que han incidido en su conducta para infringir la ley.

También será necesario que el Estado, pueda instrumentar algunas medidas que permitan el ejercicio efectivo de la garantía de la privacidad personal y familiar, entendiendo que en muchos casos el pasado judicial llega a afectar al núcleo familiar, cuando por ejemplo, en las fichas que registran los datos se dispone de alguna información sobre su círculo más cercano, este problema más común de lo esperado y deseado, atenta contra otro principio de orden constitucional, que impide la trascendencia de los efectos de las penas a otras personas que no han sido objeto de la condena.

Otra garantía particular, cuyo desarrollo es muy incipiente como lo es el Derecho a la Protección de los Datos Personales, alertan sobre la necesidad de evitar la divulgación de información relativa al pasado judicial, que en términos generales es una conquista del hombre, que se cuele bajo el bloque de la constitucionalidad, y que amerita un respeto y reconocimiento sobre su ejercicio pleno, a pesar de esto queda pendiente un desarrollo teórico y jurisprudencial que permita conocer sus límites y alcances, buscando resolver la tensión individuo-sociedad que subyace en esta relación.

Sobre lo planteado, sirva recordar que, ante la vulneración de los derechos humanos de las personas, entre estos de un valor tan significativo como la igualdad ante la ley, la per-

sona que haya sido objeto de discriminación con ocasión de su pasado judicial cuenta con acciones específicas para reclamar, ante las instancias nacionales e internacionales, las responsabilidades y las reparaciones debidas, a las que no se puede negar el Estado en correspondencia con lo dispuesto en el texto constitucional, por lo que el Ecuador debe acreditar ante las instancias correspondientes que ha concebido o diseñado una política pública generadora de igualdad y no discriminación en este campo, como por ejemplo, la prohibición de solicitud de estos registros para optar a cargos, o a prestamos mercantiles, o cualquier otro efecto. Advertimos la necesidad de conciliar ambos supuestos, el de preservar la igualdad y no discriminación de la persona que cuenta con un pasado judicial y el del interés general de conocer los potenciales efectos que puedan derivarse de la conducta desplegada por este sujeto.

A tal efecto, el Archivo Activo y el Archivo Pasivo, debe cumplir una serie de condiciones que articuladas entre sí, puedan prevenir el daño que pudiera afectar a otros en sus derechos, para lo cual sugerimos atender a la exactitud de los datos objeto de registro, la individualización de estos evitando la referencia a los familiares, a la privacidad de los datos que permitan la identificación de la persona, a la utilización de los mismos cuando sea estrictamente necesario, a la determinación de un plazo para el mantenimiento de los mismos y a la proscripción de los efectos procesales, que impiden la reinserción del individuo.

Bibliografía:

- Asamblea Nacional Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Ecuador.
Decreto Legislativo 0. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Ecuador. Diario Oficial. Registro Oficial 180. 10 de febrero de 2014.
- Binder, Alberto (2009). Introducción al Derecho Procesal Penal. Segunda Edición. Editorial Ad-Hoc. Buenos

Aires-Argentina.

Consejo de Europa (1981). Convenio 108 para la Protección de las Personas con Respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

García Falconi, José (2005). Derechos Constitucionales a la intimidad, privacidad y a la imagen. Recuperado en 22 de marzo de 2019. Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/derechos-constitucionales-a-la-intimidad-privacidad-y-la-imagen>.

Goffman, Erving (2006). Estigma. La identidad deteriorada. Amorrortu editores, Buenos Aires-Madrid.

Moreno Cruz, Rodolfo (2007). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli: Lineamientos generales. Boletín mexicano de derecho comparado, 40 (120), 825-852. Recuperado en 5 de junio de 2019. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332007000300006&lng=es&tlng=es.

Asamblea General de Naciones Unidas (2011). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. párrafo. 58. Recuperado en 17 de mayo de 2019. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85.

Organización de Estados Americanos (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la XI Conferencia Internacional Americana de Bogotá, del 30 de abril de 1948.

Organización de Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en San José de Costa Rica, en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969.

Organización de Naciones Unidas (1957). Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

Organización de Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del Hombre. Adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Pacheco, Mauricio Enrique (2015). Fundamentos del Derecho Penal en el Ecuador. Universidad Central del Ecuador. El Forum Editores. Quito-Ecuador.

VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO FRENTE A LA VICTIMIZACIÓN Y SU PRELACIÓN VICTIMAL



Dra. Norma Ivón Vallejo Aillón*
Fiscal de Género de la Provincia de
Pichincha en la Unidad Judicial de
Infracciones Flagrantes contra la
Mujer-Quito

RESUMEN

En los casos de Violencia contra la mujer, suelen acaecer una serie de infracciones concurrentes o conexas, en donde la importancia del sujeto victimal es de especial atención y se le debe garantizar todos los ejes de protección, bajo la mirada de su especialización jurisdiccional conforme la Constitución de la República y los diferentes enfoques de Control Convencional.

Palabras claves: : Violencia familiar, victimización, convencionalismo, discriminación, tutela judicial efectiva, enfoque intergeneracional, garantías, medidas de protección, victimización prioritaria.

ABSTRACT

In cases of violence against women, a series of concurrent or related infractions usually occur, where the importance of the victim subject is of special attention and all the axes of protection must be guaranteed, under the gaze of their jurisdictional specialization, according to the Constitution of the Republic and the different approaches of Conventional Control.

Key words: : Family violence, victimization, conventionality, discrimination, effective judicial protection, intergenerational approach, guarantees, protection measures, priority victimhood.

* Abogada, Master en Derecho, con Posgrado en Derecho Constitucional, Ex Directora Nacional de Gestión Procesal y Directora Nacional de Escuela de Fiscales de la Fiscalía General del Estado; Docente de la USFQ, actualmente Fiscal de Género de la Provincia de Pichincha en la Unidad Judicial de Infracciones Flagrantes contra la Mujer-Quito

Aclaraciones Conceptuales

Uno de los principales problemas está en conceptualizar la violencia desde nuestro contexto en análisis, de allí la importancia de buscar un ámbito general para abordar, y es indudable que la complejidad de la violencia y su diversidad de formas tanto desde los enfoques teóricos como las disciplinas que la abordan y más cuando son tomados en cuenta elementos como los actores y las víctimas pues son de trascendental importancia para el derecho.

Respecto de este aspecto entonces, vamos a encontrar que esta concepción o definición es polisémica, sin embargo, para efectos de este ensayo he decidido utilizar la definición construida por Keane quien la define como ... aquella interferencia física que ejerce un individuo o un grupo en el cuerpo de un tercero, sin su consentimiento, cuyas consecuencias pueden ir desde una conmoción, una contusión o un rasguño, una inflamación o un dolor de cabeza, a un hueso roto, un ataque al corazón, la pérdida de un miembro e incluso la muerte... siempre como un acto relacional en el que su víctima, aun cuando sea involuntario, no recibe el trato de un sujeto cuya alteridad se reconoce y se respeta, sino el de un simple objeto potencialmente merecedor de castigo físico e incluso destrucción. (Keane, 2000, págs. 61-62)

En este aspecto existen un sinnúmero de tratadistas que hacen referencia a la violencia y al conflicto desde un ámbito estructural; es decir, pese a que existen una serie de teóricos contemporáneos que hacen referencia a la violencia como parte natural del ser humano, Johan Galtung afirma que, "la violencia no es natural a las personas, como proponen algunos autores y tradiciones filosóficas, y tampoco es una afrenta "inevitable" contra la vida." (Galtung, 2003, pág. 9), por ello la importancia de tomar en cuenta la teoría del conflicto como potencial nicho de violencia y creador de fenómenos en donde las estructuras económicas, políticas y socia-

les fomentan de una u otra manera la forma de ejercerla y quien han de ser sus víctimas.

La violencia humana depende de la razón, de la capacidad de libre determinación y de autonomía, de las decisiones que nos permite tomar. Se trata de una violencia respecto de la cual existe una responsabilidad, una imputabilidad humana, individual o colectiva. Esta imputabilidad puede ser inmediata, es decir, presente, o bien puede ser histórica y referirse a actos pasados, más o menos alejados, en cuyo caso no tiene otra significación práctica en la medida en que se inscribe en las situaciones actuales (Cauchy, 1992, pág. 198)

Con la finalidad de no adentrarnos en aspectos eminentemente filosóficos, es importante destacar que la violencia contra la mujer o en el contexto violencia de género, no está limitada a una cultura, una región o un país, o a grupos de mujeres dentro de una sociedad. Sin embargo, según la Asamblea General de Naciones Unidas (2006) las distintas manifestaciones de dicha violencia y la experiencia personal de las mujeres que la sufren están moldeadas por numerosos factores, entre ellos, la condición económica, la raza, el origen étnico, la clase, la edad, la orientación sexual, la discapacidad, la nacionalidad, la religión y la cultura

Otro de los aspectos de trascendental importancia es diferenciar lo que comprendemos por género, sexo y la forma en la que se utilizan estas categorías en el presente ensayo. Para ello es importante destacar que durante los últimos años género es sinónimo de mujeres, si bien es cierto esto se refiere a ciertos conceptos analíticos pues esta acepción, género no comporta una declaración necesaria de desigualdad o de poder, ni se refiere al débil; pues es innegable también que el género, sería la forma en que se construyen culturalmente las diferencias biológicas y se tejen relaciones sociales y simbólicas de poder, mientras que el sexo

por si solo es entendido como las diferencias biológicas, relacionadas con los rasgos físicos de hombres y mujeres.

Entender el género como una construcción cultural, implica superar los binarismos basados en el sexo, esto es, en las diferencias físicas y biológicas entre macho y hembra, que oponen lo femenino a lo masculino "por lo general, no en un plan de igualdad, sino en un orden jerárquico (Conway, et al. 2000).

La idea de que el género es una construcción cultural no es novedosa. (Orejuela Ruiz, 2012)

De igual forma e incluso de una manera mucho más sutil y explicando las características de la necesidad de romper con los aspectos binarios Margaret Mead, planteo la idea de que el género no se estructura o se diferencia por las características determinadas biológicamente, sino fundamenta sus ideas, trabajos e investigaciones en una "construcción cultural", razón por la cual se la puede asumir en un momento de la vida; de ahí, el deber de la sociedad en respetar este tipo de procesos humanos

¿Por qué género y violencia? Es una pregunta que se repite con mucha frecuencia y en muchos de los casos tanto defensores como detractores de estos dos elementos, bajo la perspectiva de análisis, por su puesto; es que cuando nos referimos al género no incluye mujeres, cuando son ellas las principales víctimas de la violencia.

Es claro comprender que género, como categoría conceptual, además de constituir una construcción social, esta deriva de la socialización del sexo a partir de sus diferencias, que de forma indudable subyace a la relación entre hombres y mujeres. "Ésta es una dimensión de la sociedad que surge de la existencia de cuerpos sexuados, una categoría o subconjunto de los cuales tiene (tendrá o tuvo) la probabilidad de producir otro(s) cuerpo(s). (De Barbieri, VI)

Las estructuras de poder socializadas generan violencia, e incluso están relacionada con aspectos ancestrales de sumisión entendidos como naturales en contra de las mujeres, y no se trata de radicalizar el tema, sino de sustentarlo de forma histórica como lo han hecho muchos autores, en el caso de Lagarde (1997) hace una denominación muy cruda al llamar nichos o estados de cautiverio, en donde hace referencia A "...las madres, esposas, monjas, prostitutas, presas y locas..." se encuentran aprisionadas, quienes lastimosamente asumen un rol social pasivo, muchas sin ser conscientes de la violencia y los diferentes tipos de esta que pueden ejercerse sobre ellas, como un rol normal sin tomar en cuenta la afección a la dignidad humana y esa relación de poder desigual entre mujeres y hombres.

Convenios y Tratados Internacionales

Bajo el marco internacional y convencional si bien tenemos a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, conocida por sus siglas en inglés (CEDAW), de 1979, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de 1994, conocida como convención de Belém do Pará, plantean un marco para definir la violencia, y la necesidad de un plan de acción para eliminarla, bajo un esquema de protección y vulnerabilidad, en donde el corte y raíz histórica y cultural está estrechamente ligada a las características victimales, basada en una serie de estudios e investigaciones.

La violencia de género dentro del núcleo familiar, sin lugar a dudas constituye un acto penalmente relevante que requiere la función de garantía tipológica y de función, sino para erradicarla para mitigar su incidencia dentro de la sociedad constituye, por ende, bajo un sistema de maximización y racionalización de derechos, su existencia constitui-

ría una transgresión a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La violencia contra las mujeres es una violación del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3); del derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 5); de la igualdad ante la ley y el derecho a igual protección de la ley (art. 7); del derecho a recurrir a un tribunal imparcial (arts. 8 y 10); del derecho a circular libremente (art. 13), y de la libertad de reunión y asociación (art. 20). (CEPAL, 1996)

La mayoría de los estudios serios sin radicalización, han reconocido que la violencia de género constituye una violación del derecho a la identidad, por la subordinación existente, si bien esta muestra no ha sido generada solamente en el núcleo familiar se evidencia la fragilidad del sujeto pasivo y la subordinación de la mujer al varón, en la cual ya se evidencia también la falta de protección y desamparo, que no proviene sólo de los miembros del núcleo sino también del Estado.

Con lo dicho, es importante señalar que en el ámbito del Derecho Internacional de Derechos Humanos no ofrece una definición explícita de violencia de género de acuerdo a las definiciones contenidas ut supra, para lo cual debemos diferenciar dos tipos de instrumentos unos de carácter general sobre derechos humanos y aquellos que se relacionan directamente con el tema en los cuales se define la violencia contra la mujer y se abstienen de referirse al género como categoría de análisis o, entienden la violencia contra la mujer como sinónimo de la violencia de género, razón por la cual en la estandarización internacional la mayoría de legislaciones hace referencia a este particular (mujer-género) pero articulado junto con la violencia.

Desde esta base mundial y comunitaria de un ius commune, las características que le

son propias a lo que denominamos “violencia contra las mujeres” ha tenido sus cimientos en un estado de prohibición que tiene que ver con la “no discriminación”, pues a partir de ésta son exigibles una mayor cantidad y oportunidad y exigibilidad de derechos; es decir no se basa en la característica de solo ser mujer, mientras que en el ámbito de las categorías sexo y género, normativamente jamás podría limitarse, sino garantiza la naturaleza y condición de ser humano.

Desde el ámbito americano como europeo podemos encontrar aspectos de imposibilidad en la discriminación; por ejemplo, en el artículo 27 de la Convención Americana, como en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se exige la no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social; de igual manera el artículo 15 de la Convención Europea prohíbe todo tipo de discriminación en el ejercicio de cualquier derecho reconocido en la Convención.

En la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, sin embargo, se hace referencia a la violencia contra las mujeres desde un punto de vista autónomo que violenta los derechos humanos, dicho instrumento señala que “la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales e impide total o parcialmente a la mujer gozar de dichos derechos y libertades” (Asamblea General de Naciones Unidas, Preambulo, 1993)

El citado Instrumento cuando hace referencia a la violencia contra las mujeres, hace relación a la desigualdad existente entre hombres y mujeres, dejando a estas últimas en una posición de subordinación, incluyendo aspecto de no discriminación como lo son la raza, situación económica, migratoria, discapacidades entre otros aspectos, lo cual genera o incrementa su vulnerabilidad, incluyendo en estos elementos de subordinación la estructura de poder y la diferen-

cia física, sexual o psicológica relacionales al núcleo familiar, sus grupos de desarrollo, etnias, comunidades y el mismo Estado de forma individual o colectiva, ubicando en un eje de prioridad a la mujer con la finalidad de que no se ejerza violencia en su contra o los lugares donde se desarrolla de forma integral

Bajo las características regionales un año después de haberse suscrito la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer por parte de Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos en Asamblea General de 1994 suscribe la Convención de Belem do Pará, instrumento relacionado con la violencia contra las mujeres en la cual se afirma, al igual que en la anterior Declaración de Naciones Unidas, que la violencia contra las mujeres es una violación de los derechos humanos incapacitando para ejercer las libertades fundamentales, limitando el ejercicio, goce y reconocimiento de los derechos de las mujeres y definiendo a la violencia contra las mujeres como "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" (Organización de Estados Americanos, 2021)

Revisados estos dos instrumentos internacionales los elementos principales que hacen referencia a la violencia contra la mujer, no constituyen en sí su principal relevancia, su fuente básica es la prohibición de discriminación, la garantía de diversidad, y la igualdad frente a las estructuras de poder, la que ubican a la mujer como vulnerable y prioritaria dentro de la sociedad, no debiéndose entender que es por su característica de sexo, sin embargo en lo que respecta a características de género ya existen antecedentes jurisdiccionales en Argentina por ejemplo, ya existe una condena por el femicidio de una mujer trans, situación que la verificaremos más adelante.

Antecedentes de Convencionalidad - Corte Interamericana de Derechos Humanos

Respecto a la violación de los derechos de las mujeres y teniendo como base aspectos de violencia ejecutados por diferentes actores, me he permitido hacer referencia algunos casos de suma importancia para establecer la garantía de no discriminación a la mujer (Dentro de los cuales se verifican actos de violencia por condición) entre los que podemos destacar:

Karen Atala Riffo, y las niñas M., V. y R. vs Chile

79. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. La jurisprudencia de la Corte también ha indicado que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico." (Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, 2012)

Castro Castro Vs. Perú

"Los hechos del presente caso se desarrollan en marco del conflicto armado en el

Perú. Entre el 6 y 9 de mayo de 1992 el Estado peruano ejecutó un operativo denominado "Mudanza 1", cuya presunta finalidad era el traslado de aproximadamente 90 mujeres recluidas en el centro penal "Miguel Castro Castro", a centros penitenciarios femeninos.

En los párrafos 304, 305, 308, 310, 311 y 312 la Corte hace referencia a:

308. El haber forzado a las internas a permanecer desnudas en el hospital, vigiladas por hombres armados, en el estado precario de salud en que se encontraban, constituyó violencia sexual en los términos antes descritos, que les produjo constante temor ante la posibilidad de que dicha violencia se extremara aún más por parte de los agentes de seguridad, todo lo cual les ocasionó grave sufrimiento psicológico y moral, que se añade al sufrimiento físico que ya estaban padeciendo a causa de sus heridas. Dichos actos de violencia sexual atentaron directamente contra la dignidad de esas mujeres. El Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, en perjuicio de las seis internas que sufrieron esos tratos crueles, cuyos nombres se encuentran incluidos en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma. (...)

310. Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril... (Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, 2006)

González y Otras Vs México "Campo Algodonero"

258. [En relación al deber de prevención], se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará. La Corte pasará ahora a analizar las medidas adoptadas por el Estado hasta la fecha de los hechos del presente caso para cumplir con su deber de prevención. (...)" (Caso González y Otras Vs. Mexico " Campo Algodonero", 2009)

Rosendo Cantú y Otra Vs. México

119. En cuanto a la alegada violación, con base en los mismos hechos, del artículo 11 de la Convención Americana, la Corte ha precisado que, si bien esa norma se titula "Protección de la Honra y de la Dignidad", su contenido incluye, entre otros, la protección de la vida privada. Por su parte, el concepto de vida privada es un término amplio no susceptible de defini-

ciones exhaustivas, pero que comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. La Corte considera que la violación sexual de la señora Rosendo Cantú vulneró valores y aspectos esenciales de su vida privada, supuso una intromisión en su vida sexual y anuló su derecho a tomar libremente las decisiones respecto con quien tener relaciones sexuales, perdiendo de forma completa el control sobre sus decisiones más personales e íntimas, y sobre las funciones corporales básicas.

120. Como ha sido señalado anteriormente por este Tribunal, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha sostenido que la definición de la discriminación contra la mujer "incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque [i] es mujer o [ii] le afecta en forma desproporcionada". Asimismo, también ha señalado que "[l]a violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre". (Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, 2011)

Caso Guzmán Albarracín y Otras Vs. Ecuador

118. Ahora bien, una educación que se imparta vulnerando derechos humanos no permite cumplir los cometidos señalados, resulta frontalmente contraria a los mismos y, por ende, violatoria del derecho a la educación...120. De todo lo expuesto surge, entonces, que los deberes de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y de adoptar medidas de protección respecto de niñas y niños, así como el derecho a la educación, conllevan la obligación de proteger a las niñas y adolescentes contra la violencia sexual en el ámbito escolar. 131. Así, la vinculación sexual fue obtenida por el

aprovechamiento de la relación de poder y confianza..." (Caso Guzmán Albarracín y Otra Vs. Ecuador, 2020)

María Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En 1983, el ex-marido de la Sra. María Da Penha Maia Fernandes, el economista y profesor universitario colombiano Marco Antonio Heredia Viveros, intentó matarla en dos ocasiones. La primera vez le disparó con un arma de fuego mientras ella dormía y simulando un asalto, causándole paraplejía irreversible; y en la segunda intentó electrocutarla. Como resultado, Penha sufrió de paraplejía. Nueve años después, su agresor fue condenado a ocho de prisión, de donde salió mediante recursos jurídicos, al cabo de sólo dos años de privación de libertad."

En los párrafos 55, 57 y 58 la Comisión hace referencia a:

55. La impunidad que ha gozado y aún goza el agresor y ex esposo de la señora Fernandes es contraria a la obligación internacional voluntariamente adquirida por parte del Estado al ratificar la Convención de Belém do Pará. La falta de juzgamiento y condena del responsable en estas circunstancias constituye un acto de tolerancia por parte del Estado de la violencia que Maria da Penha sufrió, y esa omisión de los tribunales de justicia brasileños agrava las consecuencias directas de las agresiones por su ex-marido sufridas por la señora Maria da Penha Maia Fernandes. Es más, como ha sido demostrado previamente, esa tolerancia por los órganos del Estado no es exclusiva de este caso, sino una pauta sistemática. Es una tolerancia de todo el sistema, que no hace sino perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que

mantienen y alimentan la violencia contra la mujer. 57. En relación con los incisos c y h del artículo 7, la Comisión debe considerar las medidas tomadas por el Estado para eliminar la tolerancia de la violencia doméstica... que las ampare contra actos que violen sus derechos (artículos 4(a), (b), (c) (d), (e), (f) y (g)). (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2001)

Este caso es considerado como uno de los primeros respecto de crímenes o delitos de violencia doméstica. Se ha establecido que el Estado sería responsable por la violación de derechos y garantías judiciales y a la protección necesaria sin dilaciones por una presunta negligencia en la tramitación del caso

La Perspectiva Orgánica y la Descripción Típica en la Legislación Nacional.

El Código Orgánico Integral Penal, por su naturaleza más allá de construir una definición de los ámbitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, realiza una conceptualización de lo que considera núcleo familiar y en este sentido prescribe: Se consideran miembros del núcleo familiar a la o al cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanas, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación. (Código Orgánico Integral Penal, 2021)

Bajo esta consideración inicial es la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en el numeral 4 del Art. 4 la que prescribe: "Víctimas. - Se considera a la mujer y/o demás miembros integrantes del núcleo familiar que sufran violencia o afectación ejecutada por un miembro de la familia." (Ley para Prevenir

y Erradicar la Violencia contra las Mujeres , 2018)

Circunstancias que individualizan al sujeto pasivo sin perjuicio de lo que prevé el Art. 441 del Código Orgánico Integral Penal, y que no se limita a vínculos de afinidad o consanguinidad, es decir los amplía a aquellas características íntimas, afectivas, de convivencia, noviazgo o de cohabitación buscando una esfera de protección mucho mayor en cumplimiento al ámbito constitucional y convencional, para lo cual el juzgador en esta materia especial y de alta vulnerabilidad debe tener en cuenta lo previsto en el control concreto de constitucionalidad; es decir, no se circunscribe solamente a lo que el Código Civil define como afinidad, por el parentesco que existe entre una persona que está o ha estado casada y los consanguíneos de su marido o mujer, o bien, entre uno de los padres de un hijo y los consanguíneos del otro progenitor, pues esta concepción limitaría de forma clara la característica funcional y de garantía en la estructura del tipo penal.

Pero los tipos penales tienen características de acuerdo con el bien jurídico protegido describiendo esta conducta en la esfera de la violencia física, psicológica y sexual en prima fase; pero no podemos bajo ningún factor dejar de lado la descripción respecto de los tipos de violencia que adicionalmente describe la Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en el Art. 10.

En nuestro sistema penal, han existido modificaciones más en el ámbito punitivo, tipos penales descritos o nominados de forma diferente y se verifican errores de redacción, omisiones legislativas e inclusive violación de DDHH y esa garantía de límites es la que debe tener el Estado para establecer las funciones del tipo (Merchán Aguirre, 2020)

En esta perspectiva, la función del tipo penal se lo estructura por las condiciones de la

víctima(s) y se establece un enfoque seleccionador, de garantía y motivador o general, sobre el cual al hacer un desglose la función seleccionadora establece los comportamientos humanos penalmente relevantes; la de garantía, la medida que solo los comportamientos subsumibles en él, pueden ser sancionados penalmente y la motivadora o general que con la descripción del tipo penal, el legislador indica a los ciudadanos, qué comportamientos están prohibidos y espera que, por la conminación penal contenida en los tipos, los ciudadanos se abstengan de realizar la conducta prohibida.

Bajo estas características es importante distinguir que cuando se hace referencia al núcleo familiar, no se cierra el tipo solamente a la mujer, sino que cubre un mayor espacio respecto del núcleo familiar, sobre el cual no pueden existir vacíos o indeterminaciones que desnaturalicen la verdadera función del tipo penal, como tampoco los espacios del desarrollo integral que lo conforman, como hemos podido darnos cuenta, de acuerdo a las sentencias dictadas por la corte Interamericana de Derechos Humanos en donde la segmentación del núcleo familiar quizás no abarca todos los ámbitos de su protección, razón por la cual la Ley específica, trata de abordar todos los niveles y ámbitos de desarrollo de los grupos prioritarios.

Si bien es cierto que otros cuerpos legales como el Código Civil en su título preliminar aborda aspectos como los grados de consanguinidad y afinidad; el primero marcado por las generaciones y el segundo por la afinidad, que tiene como génesis el contrato de matrimonio; este no es el único elemento que los vincula, sea por la unión de hecho, la convivencia, la cohabitación, la concurrencia en espacios educativos, laborales, sociales y de cualquier índole, en los cuales puede desarrollarse; el estado debe garantizar la tutela efectiva libre de todo tipo de violencia, la no discriminación e incluso la imposibilidad de desarrollar aspectos de victimización y revictimización.

Las diferentes manifestaciones de violencia contra la mujer, pueden encontrarse en los diferentes niveles de la sociedad, sin dejar de tomar en cuenta factores como, el origen étnico, la religión, la posición económica, la clase social, la orientación sexual y la discapacidad, que históricamente se han visto marcadas, y que no deben ser toleradas o vistas como propias de la naturaleza humana, incluso para reflejar condicionantes o justificativos de su existencia, la visión del fenómeno debe realizarse en su conjunto. En este sentido el estado ecuatoriano ha realizado grandes esfuerzos para contar con jueces especializados para conocer, sustanciar y resolver las diferentes infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, además de ello, aspectos como el femicidio, los delitos contra la integridad sexual y reproductiva contemplados en el Código Orgánico Integral Penal.

Este marco es importante destacar que la Corte Nacional de Justicia se ha ocupado también de aquellos aspectos de territorialidad, en donde no existan jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, los delitos de violencia contra la Mujer construyendo un sistema de "prelación", que se contempla de la siguiente manera:

1. Jueces y juezas de garantías penales
2. Jueces y juezas multicompetentes penales
3. Jueces y juezas multicompetentes generales

El nuevo Procedimiento

Con las reformas realizadas por el Art. 97 de la Ley s/n, publicada en el Registro Oficial Suplemento 107 de fecha veinte y cuatro de noviembre del dos mil diecinueve, se establece el nuevo "Procedimiento unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar."

Con esta reforma se establecen una serie de características adicionales para mejorar el sistema de justicia y los elementos necesarios para este tipo de procesos como: a) Oficinas técnicas con profesionales en medicina, psicología y trabajo social, para la atención integral de las víctimas; b) La obligación de un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en todas las etapas del proceso (Defensoría Pública); c) La práctica de las diligencias judiciales en otra jurisdicción para que las practiquen en un término máximo de tres días, bajo el deprecatorio correspondiente; d) La actuación de oficio de los juzgadores cuando de cualquier manera lleguen a conocer la noticia de los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; e) La aplicación del procedimiento abreviado siempre que se ponga en conocimiento de la víctima sobre la disminución de la pena para que valore su acuerdo o desacuerdo en la aplicación de este procedimiento; f) Respecto de la reparación integral, considerar la opinión de la víctima más la opinión de un equipo técnico de apoyo sobre la reparación; y, g) La posibilidad de suspender la sustanciación del proceso a petición de la víctima, bajo las circunstancias conocidas por fiscalía hasta la audiencia preparatoria de juicio, solamente en aquellos delitos cuando la lesión no supere 30 días y cuya pena máxima sea de un año sujeta a condiciones.

Naturaleza Victimal

La comisión de infracciones de violencia intrafamiliar en la estructura de sus tipos, establece diferentes tipos de víctimas desde la víctima directa, indirecta y conexas, incluidos en el ciclo de violencia o reproductores de conductas, esto nos hace observar y realizar un análisis más allá del reduccionismo de "mujeres versus patriarcado", sobre lo cual es indudable se incorpora un fenómeno invisible, que no siempre alcanza a ser abordado por la ley, por más esfuerzo que realice en el contexto de la estructura de los tipos

penales, creados por la ley bajo una noción de género.

En esta línea de razonamientos, no resulta desmedido asegurar que la Victimología Crítica asume una postura progresista en relación a las propuestas feministas en el ámbito global: al buscarse el poder transformador en la ley, esta ha acabado por generar una imagen determinista y calculada de las mujeres, al confundirse los deseos políticos con las posibilidades reales del sistema judicial (Smart, 1998, págs. 21-37)

Y dentro de esta cosmovisión la corresponsabilidad respecto del Estado en su deber de garantizar el derecho de las mujeres y los grupos de prioridad como niños, niñas, adolescentes y adultos mayores, mantiene la necesidad de estructurar planes y programas para la erradicación de la violencia, por ende es de suma importancia el focalizar los enfoques por la naturaleza victimal de estos sujetos pasivos como intergeneracional, integral e interseccional, quizás como los más importantes, pues de estos se derivan algunos aspectos: a) La existencia de necesidades y derechos específicos en cada etapa de la vida; b) El fenómeno estructural y multicausal y está presente en todos los ámbitos de la vida, por lo tanto, las intervenciones deben realizarse en todos los espacios; y, c) Es importante determinar factores y condiciones sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas, étnicas, geográficas, físicas que trascienden en aspecto de vulnerabilidad.

Victimización y la violencia de género

La Victimología ha desarrollado un papel fundamental respecto de la protección de los derechos de las mujeres víctimas de violencia de género y violencia intrafamiliar bajo los conceptos ya desarrollados.

Al mismo tiempo que las víctimas por las diferentes luchas sociales han ido conquistando una serie de reconocimientos respecto de sus derechos vulnerados por mucho tiempo por el tipo de sociedad y los elementos estáticos de las diferentes normativas centralizadas, si bien es cierto han existido avances con el ámbito del control de convencionalidad, no es menos cierto que también la lucha de las víctimas en diferentes sectores ha conseguido sus frutos, reforzando de una u otra forma el Derecho penal como instrumento legítimo para su protección.

Los diferentes estudios respecto de estos temas y de enfrentar al fenómeno victimal de una manera adecuada, ha posibilitado que, en la actualidad se comprendan y toleren una serie de circunstancias que hasta hace poco no eran visibilizadas dentro de la sociedad; y, hoy puedan ser entendidas con profundidad respecto de las causas y consecuencias de la violencia de género, en todas sus formas, siendo vital el entender los círculos de violencia para poder atacar el problema no solo desde el ámbito jurídico sino con la intervención multidisciplinaria de los núcleos sociales.

“El movimiento feminista tuvo un rol decisivo en la asignación a las mujeres de un espacio en el ámbito de las Ciencias Criminales” (Van Swaaningen, 2011) en donde el autor hace serias aseveraciones respecto de los grupos gestores, la inclusión de la mujer en la política, la creación de políticas criminológicas, y los avances del movimiento feminista, de manera especial respecto del derecho de las mujeres e incluso de otros grupos de vulnerabilidad estrictamente de género, constituidos antes como minorías.

Hoyle y Zedner de igual manera en el tema victimológico, hace referencia a países con un alto desarrollo en este campo como Inglaterra, Estados Unidos y Canadá, en donde la alta tasa de violencia y el estudio adecuado han permitido poner en “...funcionamiento una serie de servicios destinados a su asis-

tencia. “De esta forma, aparte de la atención que los administradores de la justicia y los servicios sanitarios fuesen capaces de proporcionar a la víctima...” (Hoyle & Zedner, 2007) buscando generación de cultura desde un ámbito multidisciplinario, desarrollado en entidades públicas y/o privadas.

No puede tampoco descontextualizarse la cruel realidad utilizada como plataforma política respecto a la utilización de este tipo de víctimas, buscando desarrollar aspectos normativos, bajo el argumento de que la sociedad y sus instituciones no estaban preparadas para entender totalmente las causas estructurales de victimización femenina.

Es importante destacar que esta ola generada en el siglo veinte en Europa recién se trata de fortalecer en Latinoamérica, en países como Argentina, Chile y México, sin tener una respuesta adecuada en otros países de la región, pero focalizando el ataque hacia las garantías normativas y la construcción de leyes sin tomar en cuenta el fenómeno de manera estructural, pues incluso ataca directamente a la forma de cultura y porque no decirlo de percepción.

La utilización y etiquetamiento del patriarcado

Uno de los argumentos más explotados para explicar la violencia intrafamiliar y de género, ha sido y posiblemente lo seguirá siendo; que los modelos y sistemas son dominados por sociedades patriarcales, el cual parte de una estructura e ideología jerárquica, donde los hombres poseen más poderes y privilegios que las mujeres, llegando a los extremos de “...teorizar entre el patriarcado y crimen...” (Chesney-Lind, 2006)

No considero que podría utilizarse al patriarcado como una forma de explicar el fenómeno por si solo, pues esto implica que otras teorías no sean acogidas para poder explicar las relaciones de género radicalizándolo

y en muchas ocasiones haciéndolo esquivo a la sociedad que debe garantizar su protección, pues en el ámbito de la criminalidad intervienen otros factores de alta tolerancia y generando resistencias entre los mismos sujetos a proteger, pues aparentemente se escondería una relación de discriminación positiva en donde la mujer requiere derechos por considerarse inferior, cuando el principio de igualdad, es el que debe focalizar el derecho y de manera específica la condición de ser humano no inferior que tiene tanto la mujer como el diverso, no se trata de obtener lo que por derecho nos corresponde como seres humanos en detrimento del otro, pues desde un aspecto victimológico y criminológico existen dinámicas subculturales, en las cuales los hombres encuentran en sus pares una forma de legitimar y expresar su condición masculina, la cuestión está en el respeto a mantener una cultura de no violencia y no lo contrario identificarla como algo normal en las relaciones humanas.

Tipos de Victimización

La Victimología hace referencia a tres grandes grupos de victimización; una de naturaleza primaria, una victimización secundaria y una de carácter terciario

Victimización Primaria. - Es aquella que se orienta de forma dolosa y directa contra el denominado sujeto pasivo de la conducta penalmente relevante, es decir aquella persona que, en el ámbito de la violencia intrafamiliar ha sufrido el resultado del hecho delictivo sea directa o indirectamente, a quién se le ha generado el daño físico psicológico o sexual. "La victimización primaria se refiere a la experiencia personal, al actuar que constituye delito sobre el sujeto pasivo, esto es, a la propia vivencia del crimen por la víctima del mismo." (Silva Sánchez, 1993, pág. 312)

Este tipo de victimización es producida directamente por el sujeto activo hacia la víctima, siendo el primero, él que produce un re-

sultado lesivo, descriptible y comprobable, sancionado por la ley penal, que en la mayoría de los casos su producción es dolosa y como habríamos dicho se lesiona el bien jurídico protegido, y en donde por su puesto intervienen los elementos constitutivos de la infracción penal que, de acuerdo a nuestra legislación puede establecerse en delito o contravención, conforme el catálogo de infracciones descrito en la parte especial de nivel orgánico y que se sustancia en los dos casos bajo un régimen especial.

El esquema de protección y por el grupo prioritario y altamente vulnerable trae consigo un severo impacto psicológico, que incluso puede modificar la forma de vida de la víctima inclusive frente a la sociedad y a su desarrollo integral.

El efecto de naturaleza primaria, bajo la perspectiva de género incluso puede llevar implícito el silencio o la vergüenza, adentrándose la víctima en lo que denominamos "ciclo de violencia" "La victimización primaria identificando impotencia ante la agresión, miedo a que se repita, producción de ansiedad, surgimiento de sensación de culpabilidad..." (Landrove, 1998, pág. 187), generando su aislamiento familiar y social.

Victimización Secundaria. - Por su parte la victimización secundaria tiene que ver con la relación existente ente la víctima y el sistema judicial, de protección policial, o de cualquier eje público, cuando al tratar de hacer valer sus derechos y garantías en estas esferas, vuelve a ser víctima sea de la negativa de asistencia o de atribuirle al sujeto pasivo el resultado del que habría sido víctima inicialmente o en su fase primaria, sea porque se justifica el actuar el victimario o por la degeneración del sistema destinado a su protección; por ende, "... deriva de las relaciones de la víctima con el sistema jurídico, cuando haciendo uso de su derecho, decide poner en conocimiento de las autoridades el hecho criminal.

Es necesario aclarar que en el caso de la victimización o coloquialmente "revictimización secundaria" no solo se encuentra el vínculo de la víctima con el sistema de justicia, sino con el aparato público, pues no necesariamente puede esta introducida la víctima en el sistema judicial, y que este tipo de victimización, "...supone una segunda experiencia, más cruel que la primaria, en este caso el daño sufrido es incrementado como consecuencia de su contacto con los distintos órganos públicos... Es por ello que algunos autores le denominan revictimización por referirse a los nuevos sufrimientos que padece la víctima durante el proceso penal." (Gómez Pérez, 2004, pág. 82)

Victimización Terciaria. – Aquella que tiene que ver con un conjunto de costes adicionales a la penalización sobre quien soporta personalmente o sobre terceros, consecuencias del estigma infringido, entre los cuales podemos encontrar a los hijos de madres encarceladas que conviven con ellas en prisión, hijos de padres encarcelados a quienes se los consideras disfuncionales.

Sobre la victimización terciaria LATORRE y MUÑOZ alegan que "...es propia del delincuente o victimario, que se convierte en una víctima institucional, de estructuras sociales injustas que le acercan forzosamente a la comisión de hechos delictivos" (Latorre & Muñoz, 2001, pág. 75)

Bajo una percepción del sistema "...la victimización terciaria está asociada "a la acción o resultado dañoso que sufre el delincuente, a la victimización por parte del sistema legal del victimario mismo" (García-Pablos de Molina, 1993, pág. 89).

Por ende, su aplicación se extiende además a situaciones patológicas del funcionamiento del sistema legal, en sus diversos espacios organizativos: normativista, policial, jurisdiccional,

Como podemos ver el hecho victimal es un proceso dinámico, que depende de varias circunstancias como lugares, ambiente, pares, convivencias entre otros, de igual manera los factores vitimógenos endógenos y exógenos, es por ello que la doctrina nos hace referencia a la precipitación victimal como aquellas que generan su propia victimización y entre las cuales podemos encontrar lo que Von Heting (1948) hacía referencia a la contribución e incluso repetición del hecho criminal, por su puesto siempre sumado a la vulnerabilidad de la víctima.

Prelación Victimal

En el ámbito de nuestra legislación se pueden presentar una serie de inconvenientes, cuando a la víctima de violencia intrafamiliar o de género en el ámbito preventivo o de fase pre procesal se le han concedido medidas de protección, no solamente establecido por la Constitución y la ley sino por aquellas características que las podemos encontrar en el ámbito de la convencionalidad; respuesta del Estado que debe ser inmediata para mitigar el fenómeno.

De acuerdo a la clasificación de la infracción penal de acuerdo a nuestra legislación, tenemos delitos y contravenciones, cuyos regímenes ordinario y especial, diversa mucho de la naturaleza de garantía y prevención del tipo penal, como es de lato conocimiento en las circunstancias propias del tipo contravencional (violencia física inferior a tres días por ejemplo) Fiscalía no actúa como titular de la acción penal pública, por ende, se deja este tipo de protección y sustanciación tanto a la víctima como al victimario y como su defensa técnica, por tratarse de régimen especial de carácter expedito, en el cual no es posible la concurrencia.

Bajo estas características, es importante considerar que, si existen medidas de protección debidamente notificadas, muchos de los jueces y juezas especializados remiten estas causas al juez general de carácter pe-

nal, por considerar al delito (incumplimiento de orden legítima de autoridad competente) como más grave; frente a la contravención, la pregunta que nos hacemos es ¿Hasta qué punto esto es cierto y correcto?, inicialmente debe tenerse en cuenta un aspecto victimal, en el ámbito de la contravención la naturaleza propia de la conducta que puede ser la lesión física que afecta directamente a la víctima, y no al sistema que puede estar representado por el Juez o por cualquier autoridad (medidas de protección administrativa), en donde pese a existir un antecedente de génesis cuya víctima es directa, se lo sustenta por el incumplimiento de orden legítima de autoridad competente.

En este sentido y con los conceptos que hemos visto, si bien estamos conscientes que no puede existir doble juzgamiento por los mismos hechos, se está desplazando a la víctima real de contravención a un plano secundario, maximizando la intervención penal por la intervención de una autoridad, en la cual el riesgo victimal puede ser mayor, ya que existe un sinnúmero de causas en las cuales el victimario por lo general obtiene medidas alternativas, vuelve a su comportamiento incluso más agresivo; de ahí, la importancia de la evaluación del riesgo como una herramienta de no victimización secundaria, crucial para no padecer más violencia en el futuro, y así asegurar los aspectos de protección y prevención adecuada, incluidos los demás miembros del núcleo (hijos e hijas, familia, etc.).

En el contexto de la conducta, debe tenerse en cuenta que el agresor o victimario responde por sus actos de acuerdo a los elementos subjetivos y objetivos del tipo, no podemos desconocer que ha sido notificado con las medidas de protección, pero es claro que la intención no es violentar la orden del juzgador, por el círculo de violencia que pue-

de existir; a ello debe sumarse el informe leisionológico muchas veces inexacto, y que siempre va acompañado un ámbito psicológico que tampoco puede ser minimizado.

A modo de conclusión

Debe garantizarse el acceso adecuado a la justicia, y su acceso a la verdadera víctima, dando paso a la transformación de paradigmas, como tipos y arquetipos socio-culturales, históricamente discriminatorios.

No puede haber revictimización o victimización secundaria, pues la víctima de infracciones penales goza de protección especial, particularmente en la obtención y valoración de pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos determina que los Estados deben actuar (obligación de garantía y protección), en determinadas situaciones, o abstenerse de actuar en otras (obligación de respeto), con la finalidad de salvaguardar los derechos y libertades fundamentales de las personas.

El enfoque intergeneracional, es muy claro, pues en la violencia intrafamiliar supone un ciclo que afecta a todos sus miembros, por ende, la atención es directa y colateral en el desarrollo integral de sus miembros, ya que en este aspecto la actuación judicial, debe discernir las consecuencias en el desarrollo, crianza de los descendientes y los roles en la sociedad; por ello, el proceso judicial debe tener como objetivo ético la posibilidad, en el marco legal, de contribuir a detener la violencia y en el ámbito de la justicia restaurativa, y posibilitar a las víctimas retomen su proyecto de vida y rehabilitación del comportamiento violento del que la provocó.

Bibliografía

- Asamblea General de Naciones Unidas, Preamble. (03 de 06 de 1993). Naciones Unidas, Derechos Humanos. Obtenido de Naciones Unidas Derechos Humanos: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx>
- Asamblea General de Naciones Unidas. (2006). Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Naciones Unidas.
- Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, Serie C. No. 239 y 254 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 02 de 11 de 2012).
- Caso González y Otras Vs. Mexico " Campo Algodonero", Serie C No. 205 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 16 de 11 de 2009).
- Caso Guzmán Albarracín y Otra Vs. Ecuador, Informe 110/18 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de 06 de 2020).
- Caso Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Casos Nos. 160 y 181 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 25 de 11 de 2006).
- Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, Serie C Nos. 216 y 225 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 15 de 05 de 2011).
- Cauchy, V. (1992). Las sociedades contemporáneas y la violencia original. *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, 197-204.
- CEPAL, N. U. (1996). *Violencia de Género un problema de Derechos Humanos*. Mexico: Serie Mujer y Desarrollo.
- Chesney-Lind, M. (2006). Patriarchy, Crime, and Justice Feminist Criminology in an Era of Backlash. *Feminist Criminology*, 6-26.
- Código Orgánico Integral Penal. (17 de 02 de 2021). Registro Oficial Suplemento 180. Quito, Pichincha, Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Maria da Penha Maia Fernandes. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Cuarezma Terán , S. (1996). *La Victimología*. San José - Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- De Barbieri, T. (VI). Sobre la Categoría de Género. Una Introducción teórica-metodológica. *Revista Interamericana de Sociología* No. 2 y 3, 145-147.
- El Consejo de Europa y la Violencia de Género, Varios Autores. (2008). *CAMPAÑA PANEUROPEA PARA CONBATIR LA VIOLENCIA DE GENERO*. Madrid: Consejo de Europa, Ministerio de Igualdad España.
- Escuela Politécnica Nacional. (20 de 11 de 2020). <https://www.epn.edu.ec>. Obtenido de <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2020/11/ana%CC%81lisis-de-la-violen>

cia-de-genero: <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2020/11/ana%CC%81lisis-de-la-violencia-de-genero-en-ecuador-2020.-20-11-2020ai.pdf>

Galtung, J. (2003). *Paz por medios Pacíficos "Paz y conflictos, desarrollo y civilización.* Bilbao: Bakeaz/Gernika Gogoratz.

García, E., Herrero, J., Lila, M., & Fuente, A. (2010). *Percepciones y Actitudes hacia la Violencia de Pareja contra la Mujer en Inmigrantes Latinoamericanos en España.* Madrid: Intervención Psicosocial.

García-Pablos de Molina, A. (1993). *La denominada victimización terciaria (el penado como víctima del sistema legal).* Cuadernos de Derecho Judicial Volumen XV, 89-105.

Gómez Pérez, Á. (2004). *Aspectos Puntuales a cerca de la Victimología.* Criminología . Habana: Félix Varela.

Hoyle, C., & Zedner, L. (2007). *Victims, Victimización, and Criminal Justice.* The Oxford Handbook of Criminology, 462-495.

Keane, J. (2000). *Reflexiones sobre la Violencia.* Madrid : Alianza. Traducción de Josefa Linares de la Puerta.

Landrove, G. (1998). *La Moderna Victimología .* Madrid: Tirant lo Blanch.

Latorre, A., & Muñoz, E. (2001). *Educación para la Tolerancia. Programa de Prevención de conductas agresivas y violentas.* Madrid: Desclée De Brouwer.

Ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres . (05 de 02 de 2018). Registro Oficial Suplemento 175 . Quito, Pichincha, Ecuador: Asamblea Nacional del Ecuador.

Merchán Aguirre, I. (2020). *Garantías y Principios Rectores del Proceso Penal.* Quito: CEC.

Orejuela Ruiz, A. (2012). *Concepto de Violencia de Género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 89-114.

Organización de Estados Americanos. (03 de 06 de 2021). www.oas.org. Obtenido de Organización de Estados Americanos: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Silva Sánchez , J. (1993). *La Victimología.* Madrid: Mateu Cromo.

Smart, C. (1998). *The Woman of Legal Discourse.* Oxford: Daly&Maher Oxford University Press.

Van Swaaningen, R. (2011). *Perspectivas Europeas para una Criminología Crítica.* Buenos Aires: B de F.

LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL RECURSO DE REVISIÓN EN MATERIA PENAL



Dr. Luigi Sebastian Cruz Ponce*
Subcoordinador Jurídico
Corte Nacional de Justicia

RESUMEN

El recurso de revisión en materia penal exige no sólo la invocación de una causal determinada en la ley para el efecto, sino que la misma se justifique a través del aporte de pruebas nuevas que den sentido a la propuesta invocada. En este sentido, resulta interesante determinar si aplica el principio de reversión de la carga de la prueba en el accionar del impugnante.

Palabras claves: Recurso, recurso de revisión, pruebas nuevas, error de hecho, propuesta fáctica, principio de inversión de carga de prueba, impugnante.

ABSTRACT

The appeal for review in criminal matters requires not only the invocation of a cause determined in the law for this purpose, but also that it be justified through the provision of new evidence that gives meaning to the proposal invoked. In this sense, it is interesting to determine if the principle of reversal of the burden of proof applies to the actions of the challenger.

Key words: Appeal, review appeal, new evidence, error of fact, factual proposal, principle of reversal of burden of proof, challenger.

* Nacido en Quito. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Especialista en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar, y Maestrante en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Subcoordinador de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia desde el año 2017.

1. Del principio de presunción de inocencia y de la carga de la prueba en materia penal.

En primer lugar, al encontrarnos en un Estado Constitucional de derechos y justicia, existe un deber primordial del mismo para reconocer derechos y principios a efectos de optimizar los primeros. En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador, establece en su artículo 76 aquellas garantías y principios básicos que busquen el reconocimiento y ejercicio del derecho al debido proceso.

La ex Corte Constitucional para el Período de Transición, en varias de sus sentencias, afirmó que en un Estado Constitucional de derechos y justicia es aquel en el que se toma como objetivo primigenio a la persona humana, por lo que la aplicación e interpretación de la ley tan sólo es viable cuando esta se ajuste y no sea contraria a lo establecido en su Constitución y en los Tratados y Convenios Internacionales.

En este sentido, debe entenderse al debido proceso en su sentido formal como el adelantamiento de las etapas del proceso y el cumplimiento de las distintas actuaciones judiciales, con sujeción a las garantías constitucionales y legales, como límite de la función punitiva del Estado; y en su sentido material, cuando se busca que se respete los fines superiores como la libertad, la dignidad humana, la seguridad jurídica y los derechos y principios constitucionales, como el principio de presunción de inocencia.

Uno de los pilares que asegura el derecho al debido proceso es el reconocimiento del principio de presunción de inocencia de toda persona, al amparo de lo que estatuye la Constitución de la República del Ecuador en su artículo "76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho

al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada." (EC 2008, art. 76.2), en concordancia de lo que dispone el Código Orgánico Integral Penal en su artículo "5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: (...) 4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario." (EC 2014, art. 5.4)

El legislador, consciente de la magna importancia de este principio, de forma consonante en los mencionados cuerpos de leyes, ha manifestado que existe una presunción de que la persona que se encuentra procesada dentro de una causa penal, es inocente hasta que se demuestre lo contrario, lo que se transparenta una vez que emitida una sentencia que cambia su estatus jurídico de inocente al de culpable, siendo esta la única forma de desvirtuar esta garantía, esta adquiere ejecutoria.

En este sentido, es preciso hacer mención al criterio que sostiene el maestro Julio Maier, quien afirma que el principio de presunción de inocencia "(...) impide que se trate como si fuera culpable a la persona a quien se le atribuye un hecho punible, cualquiera que sea el grado de verosimilitud de la imputación, hasta tanto el Estado, por intermedio de los órganos judiciales establecidos para exteriorizar su voluntad en esta materia, no pronuncie la sentencia penal firme que declare su culpabilidad (...)" (Maier 1989, 490)

De lo manifestado, es menester advertir que el principio de presunción de inocencia, al ser una característica preponderante en el sistema acusatorio, surge en contraposición

a lo que se profesaba en el sistema inquisitivo, esto es, la presunción de culpabilidad.

Es preciso rescatar que, independientemente de que a meras luces exista un alto –y casi irrefutable– nivel de verosimilitud de que una persona ha ejecutado un accionar criminoso, cuando por ejemplo se ha sorprendido a alguien en la comisión de un delito flagrante, no es correcto que se la catalogue como culpable de una infracción, sin que antes exista una sentencia, con autoridad de cosa juzgada, esto es, que se encuentre ejecutoriada por el ministerio de la ley, en la cual efectivamente se revierta su estatus de inocencia, sobre la base de que en el curso del proceso, pueden surgir varias circunstancias que alejarían a esta cuestión de plantarse como una realidad.

Sobre la misma línea argumentativa, los juristas Rodrigo Cerda San Martín y María Felices Mendoza, sostienen que el principio de presunción de inocencia *“(...) busca evitar los juicios condenatorios anticipados en contra del inculpado, sin una consideración detenida en la prueba de los hechos y la carga de la prueba, como asimismo obliga a determinar la responsabilidad del acusado a través de una sentencia fundada, congruente y acorde con las fuentes del derecho vigente”* (Cerda San Martín y Felices Mendoza 2011, 147)

En tal virtud, a más de ser enfáticos con la noción de lo equívoco y violatorio de derechos y garantías que es el emitir un juicio de condena anticipado en contra de una persona, a menos que exista una sentencia en firme que así lo determine, este fallo debe valerse de determinados escenarios, siendo estos el fáctico, el probatorio y el jurídico, a fin de considerarse como motivado, de conformidad con lo que dice la constitución de la República del Ecuador en su artículo *“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

(...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados” (EC 2008, art. 76.7.l), que dicho sea de paso, se planta como una garantía del derecho a la defensa de los sujetos procesales, en expresión del debido proceso.

Ahora bien, a la luz de la materia penal, el deber de motivar las resoluciones por parte de los administradores de justicia, parecería no explicar a grandes rasgos el sentido en el que una sentencia debería expedirse, por lo que es preciso remitirnos al contenido del inciso primero del artículo 621 del Código Orgánico Integral Penal, que estatuye que *“(...) Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos”* (EC 2014, art. 621), que explica que la motivación del fallo no sólo debe limitarse a los estándares recogidos en la norma jurídica suprema, sino que este debe reflejarse tanto en la determinación de la responsabilidad penal de una persona (ergo, de la materialidad de la infracción), la pena a imponerse y –en caso de corresponder– la reparación integral de la víctima, o la desestimación de la misma.

En consecuencia, podemos observar el importante papel que lleva a cabo la prueba dentro del procesamiento penal, ya que esta, como finalidad, al amparo de lo que estatuye el Código Orgánico Integral Penal en su artículo *“Art. 453.- Finalidad.- La prueba*

tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.” (EC 2014, art. 453), es llevar al convencimiento más allá de toda duda razonable -por ser el sistema de valoración probatoria y el grado del conocimiento al que debe arribar el juzgador-, tanto del escenario fáctico planteado, como de las circunstancias presentes alrededor de la infracción y de la responsabilidad de quien está siendo procesado.

Para absolver tal duda, tomamos lo manifestado por Luis Miguel Reyna Alfaro, sobre esta institución, sostiene que “(...) El principio de presunción de inocencia plantea, en resumidas cuentas, que el ciudadano debe ser considerado inocente en la medida que no exista una declaración judicial que sea consecuencia de, al menos, una mínima actividad probatoria. En tal virtud, corresponde a la parte acusadora desbaratar la vigencia concreta de dicha presunción, en la medida que ella ejercita la pretensión punitiva. Todo esto provoca el desplazamiento de la carga de la prueba hacia el Ministerio Público” (Reyna Alfaro 2015, 465-466)

En virtud de la existencia del principio de presunción de inocencia, es preciso recordar que su postulado marca que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, y tan sólo se llega a este fin al emitirse una sentencia condenatoria que declare su culpabilidad en el cometimiento de determinada infracción.

Ahora bien, el hecho de que exista un fallo de condena, implica per sé que existió un proceso penal en contra de una persona, y en este, surge la figura del acusador, que – sin afán de ser redundante- es quien acusa, quien activa el andamiaje penal en contra de un individuo, para mostrar al juzgador que existe un nexo de causalidad entre la comisión del tipo penal y la responsabilidad de este último.

Es necesario aclarar que, al hablar de la figura del acusador de forma genérica, nos referimos tanto a la Fiscalía General del Estado a través de sus representantes, como portadores del poder punitivo del estado, para perseguir e investigar los delitos de acción penal pública, como al querellante que es el legitimado activo dentro de los delitos de acción penal privada.

El acusador, al ser quien afirma que una persona debería ser declarada culpable por adecuar su conducta a determinado delito, es quien tiene la intensión primigenia de desvirtuar su estado constitucional de inocencia, ergo, la carga de la prueba recae sobre éste, pues está obligado a demostrar ante la autoridad competente su pretensión en específico.

En complemento a lo manifestado, el reconocido jurista Eduardo Jauchen, al respecto de quien tiene la carga de la prueba, señala que “(...) El imputado goza de su natural estado de inocencia, y en consecuencia nada “debe” probar (...) Es el Estado el que debe probar su culpabilidad para destruir el estado de inocencia (...)” (Jauchen 2006, 39)

De este criterio, podemos colegir la exclusividad de la carga de la prueba del acusado en el proceso penal, pues más allá de las discusiones doctrinarias al respecto de si el procesado deba defender sus alegaciones cuando esgrima, por ejemplo, una causa de exclusión de la antijuridicidad en reproche a la teoría del caso del acusador, la regla general es que quien está obligado a probar es quien acusa, por ende la existencia del aforismo jurídico de que “quien acusa, prueba”.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro del caso Herrera Ulloa Vs Costa Rica, ha sido categórica en manifestar que “es debido, como lo requiere el Derecho penal de orientación democrática, poner la carga de la prueba en las manos de quien acusa y no de quien recibe y

rechaza la acusación amparado por el principio de inocencia” (Corte IDH 2010, párr. 13)

Esto no da más que un realce al sistema acusatorio, pues forma un pilar del proceso el tener conocimiento que quien tiene el poder de acusar, debe demostrar su imputación, toda vez que la persona procesada se encuentra al amparo del principio de presunción de inocencia, por lo que se afirma que éste no debe probar nada, más allá del hecho de que tampoco exista una prohibición de que practique medios probatorios, sino quedaría sin sustento la prueba de descargo que surge en contra de la prueba de cargo contra él emanada.

Ahora bien, lo que se ha manifestado, es dentro de una causa, en donde aún -no existe sentencia ejecutoriada que declare la culpabilidad de una persona, ergo, permanece -aún- incólume su estado constitucional de inocencia; sin embargo, nos resta por analizar qué sucede una vez que un individuo ya no se ve amparado por el principio de presunción de inocencia, y su estado de procesado cambia por el de condenado, por lo que es preciso revisar, de forma puntual, el tratamiento del onus probandi dentro del recurso extraordinario de revisión, y si este implica o no una inversión para la persona que sufre el impacto, en calidad de condenado, en el proceso penal.

2. Del recurso de revisión en materia penal.

A criterio del tratadista Orlando Rodríguez, este medio de impugnación *“Es un mecanismo a través del cual se busca la invalidación de una sentencia que ha adquirido firmeza y autoridad de cosa juzgada, en procura de reivindicar la justicia material, porque la verdad procesal declarada es disonante con la verdad histórica del acontecer objeto de juzgamiento; esta demostración solo es posible jurídicamente dentro del marco que delimi-*

tan las causales taxativamente señaladas en la ley. Pretende la reparación de las injusticias a partir de la demostración de una realidad histórica diferente de la del proceso.” (Rodríguez 2008, 393)

En tal virtud, podemos disgregar que a este recurso se lo toma como un mecanismo que marca un pie de quiebre para la sentencia ejecutoriada que tiene autoridad de cosa juzgada, esto es, que procede cuando una persona ya ha perdido su estatus constitucional de inocente y es declarada culpable de la comisión de determinada infracción.

En este recurso se pretende una contraposición a la justicia procesal que se encuentra demostrada en la causa, toda vez que se afirma que lo considerado como probado en la causa es disidente con la realidad histórica de la misma; esta cuestión se transparenta a través del correcto ejercicio de este medio de impugnación, cuya naturaleza jurídica de extraordinario y técnico, se encuentra dotada por el ejercicio de determinadas causales taxativamente previstas en el ordenamiento jurídico para el efecto.

De igual manera, nos servimos del criterio de la autora Raquel Ramírez Bastidas, quien de forma coincidente ha sabido manifestar que este recurso es *“(…) aquel mecanismo mediante el cual se pretende la invalidación de una decisión que ha puesto fin a la actuación (…) y ha adquirido firmeza, por los motivos consagrados de manera específica en la ley procesal a efectos de restablecer el derecho quebrantado y hacer prevalecer la justicia material.” (Ramírez Bastidas 2010, 297).*

En mérito de esto, podemos complementar lo antes referido con la vigencia de que los recursos son mecanismos que existen para garantizar el efectivo ejercicio de los derechos, y el de revisión no es la excepción, tanto más que en materia penal, es el único que puede irse en contra de una sentencia que se encuentra en firme y que ostenta la

calidad de cosa juzgada, y su esencia es tan fuerte, que puede marcar una invalidación absoluta de aquel fallo que se encuentra ejecutoriado.

Este medio de impugnación, en virtud de su carácter técnico, extraordinario y limitado, ostenta una gama de principios reconocidos por la doctrina, que le dan sentido y que componen su naturaleza jurídica pues se interrelacionan el uno con el otro.

A saber, estos principios son los siguientes:

i) Taxatividad: Que implica que el recurso de revisión se encuentre estructurado por determinadas y ciertas causas, siendo estas las únicas sobre las cuales se puede incoar este medio de impugnación.

Estas causales se encuentran previstas de forma expresa en la ley procesal, por lo que nada fuera de esta puede entenderse como una de estas modalidades, que en nuestra legislación están establecidas en el artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal.

ii) Limitación: El mismo que va de la mano del principio de taxatividad, pues parte del hecho de que el recurrente escoja una de las causales constantes en la ley para efecto de dar soporte argumentativo a su medio de impugnación.

Sobre esto, debe tomarse en consideración que si el censor se apoya en una causal no aplicable al caso, el juzgador no podrá enmendar esto y enmarcar su pretensión en la causal apropiada, esto en cumplimiento del principio de legalidad.

Además, la materia de análisis y resolución debe versar estrictamente sobre lo expuesto por el recurrente, por lo que no puede permitirse que surjan nuevas pretensiones ajenas a estas.

iii) Trascendencia: Implica que los argumentos expuestos al respecto de la nueva pro-

puesta fáctica y los medios de prueba con relación a esta sean sólidos, contundentes, acorde a la naturaleza jurídica técnica que exige este medio de impugnación y cada una de sus causas, con aptitud para dar un pie de quiebre a la sentencia con autoridad de cosa juzgada.

Para esto, cada alegación tendiente a dar soporte a una de las dimensiones invocadas debe estar compuesta por premisas de causa y efecto, para así dotarla de fundamentación.

iv) Autonomía: Este principio puede entenderse desde dos acepciones:

a) En sentido amplio: Implica que cada causal de revisión debe ser entendida con su propia naturaleza jurídica y su definido ámbito de aplicación y explicación, esto en virtud de que cada una de las reglas, acorde a la construcción legislativa, trata fenómenos distintos con su propia estructuración.

b) En sentido restringido: Implica que el recurrente debe identificar una de las causas de forma autónoma para efectos de sustentar su pedido, partiendo del hecho de que cada una de estas tiene alternativas plurales a tomarse en cuenta de cara a su formulación.

Una vez que se han dado lineamientos generales al respecto de la naturaleza jurídica del recurso de revisión, es preciso remitirnos a lo que estatuye de forma puntual nuestra legislación, que marca el régimen de este medio de impugnación.

En primer término, es preciso remitirnos al contenido del Código Orgánico Integral Penal, que en su artículo dice "658.- *Procedencia.- El recurso de revisión podrá proponerse en cualquier tiempo, ante la Corte Nacional de Justicia, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria por una de las siguientes causas: 1. Si se comprueba la existencia*

de la persona que se creía muerta. 2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada. 3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados. La revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada. No serán admisibles los testimonios de las personas que declaren en la audiencia de juicio. La interposición de este recurso no suspende la ejecución de la sentencia.” (EC 2014, art. 658). Así, señala que la oportunidad para interponer el recurso de revisión no tiene un tiempo en específico, ya que puede incoarse en cualquier momento, pues el único requisito para este efecto es que sea en contra de una sentencia que se encuentre ejecutoriada por el ministerio de la ley, por lo que constatamos que su ejercicio podría entenderse como perpetuo hasta que los intereses de quien funge como legitimado activo, sean los de proponer este medio de impugnación.

Lo que lo dota del carácter de técnico, extraordinario y limitado, es que, a más de no tener un efecto suspensivo de la ejecución del fallo, tan sólo puede sustentarse sobre la base de determinadas causales, las cuales a su vez ostentan su naturaleza jurídica propia –y dicho sea de paso, no son antagónicas la una de la otra, por lo que estas podrían coexistir dentro de un mismo petitorio-, conforme se analiza a continuación:

i) La primera causa de revisión, es aquella cuando se comprueba la existencia de una persona que se creía muerta, o en otras palabras, cuando en el procesamiento de un individuo, alguien ha sido condenado por el fallecimiento de determinada persona, pero este “occiso”, después de haberse ejecutoriado el fallo en el que se declara la materialidad del ilícito por el que se produjo su muerte y la responsabilidad de un procesa-

do por la misma, resulta que no ha fallecido, por lo que el delito por el que la persona fue sentenciada no se consumó.

Esta causa hace referencia a una condición en específico, la comprobación conforme a derecho de la materialidad de una infracción cuyo bien jurídico protegido es la vida de otra persona, ya que si se evidencia que quien se creía muerto no lo está, excluye que se haya incurrido en un ilícito contra este objeto jurídico.

ii) La segunda causal, tiene que ver cuando de forma simultánea, existen dos fallos de carácter condenatorio, sobre un mismo delito en contra de diversas personas, que dan a entender que por su efectiva contradicción, dan luces de que una está errada, pues no es posible que en el procesamiento de un delito cometido por determinada persona, se haya condenado a dos, por los hechos similares.

La clave para entender esta causal está en partir de que nos encontramos ante un delito en específico, y frente a este se han dictado dos fallos, que existen en el mismo tiempo y espacio jurídico –lo que explica la simultaneidad-, que condenan a distintas personas, cuestión que implica que una de ambas verdades procesales constantes en los fallos es la verdad material, es decir, que una de las personas que fue sentenciada ha sido condenada por un error judicial.

Debe tomarse en cuenta que estas sentencias condenatorias deben ostentar –ambas- la autoridad de cosa juzgada, pues si una se encuentra en trámite aún podría modificar su contenido, y por ende, podría no cumplirse con el escenario que exige esta causal.

Además, lo que debe concurrir en ambas sentencias condenatorias es el mismo aspecto sustantivo emanado de la comisión de una infracción, por lo que no podría afirmarse que existe contradicción si una sentencia condena a “A” en calidad de autor de

asesinato y a "B" como cómplice del mismo ilícito, pues son condiciones que pueden coexistir en el accionar típico.

En este sentido, tenemos que la contradicción entre ambos fallos condenatorios ejecutoriados debe ser idónea y con vocación de revisar uno de los dos.

iii) Y, la tercera modalidad de error de hecho, es cuando el fallo incoado se ha servido de documentos o testigos falsos, o de informes periciales maliciosos o errados. Es preciso entonces disgregar cada una de estas alternativas que se muestran como plurales, siendo así:

a) Documentos o testimonios falsos: Aquellas pruebas que consignan datos inexactos o contradictorios con la realidad.

b) Informes periciales maliciosos: Aquellas pruebas generadas con intención de alterar la verdad, ya sea omitiendo datos relevantes o agregando otros para perjudicar al sentenciado.

c) Informes periciales errados: Aquellas pruebas que en cuya realización se denota la falta de técnica, por no cumplir con los protocolos y metodología prevista para el efecto, que trae como consecuencia inconcreciones, pero que en su generación no existe dolo de perjudicar al sentenciado.

Ante esto, colegimos que en esta causa se especifica la prueba que se va a refutar, frente a lo cual podría surgir la interrogante del por qué se cuestionan los informes periciales cuando estos no ostentan valor probatorio sino hasta que el profesional que lo suscribió rinda testimonio.

Debemos entender que la intención del legislador fue plasmar que no sería suficiente con atacar de falso al testimonio rendido por un perito, pues los datos contradictorios a la verdad –que eventualmente pueda introducir-, se deben a la elaboración de un informe

pericial, en cumplimiento de una obligación legal, por lo que se reprocha su dolo de alterar la verdad, o su falta de técnica.

Ahora bien, estas causas de revisión únicamente pueden tener soporte argumentativo mediante la invocación de pruebas nuevas. Al respecto de estos aportes ex novo, debe entenderse como aquellos que aporten información contundente de cara a desvirtuar un hecho considerado como probado, y suficiente para probar un nuevo hecho, de cara a demostrar la causal que invoca.

Como prueba nueva debe entenderse a aquella que no fue pedida, ordenada, practicada e incorporada durante la etapa de juicio, que da cuenta de hechos y circunstancias distintos a los que se consideraron demostrados en la sentencia reprochada y que eran desconocidos por el Tribunal que emitió la condena.

En otras palabras, no sólo se deben tomar en consideración elementos de prueba que hayan servido de sustento jurídico para la decisión, sino todo aquello que haya sido practicado en la causa acorde a los principios y trámite propio designados para el efecto, por lo que no sería correcto alegar como prueba nueva una que no sirvió de sustento de condena, en virtud del sistema de valoración probatorio constante en nuestro sistema procesal, que pretende llegar al grado de conocimiento de convencimiento más allá de toda duda razonable, pues este implica que el juzgador ha tomado una decisión tras una revisión integral de todo el acervo probatorio, y tras excluir las dudas más importantes que impedían que arribe al convencimiento de los hechos y circunstancias alrededor de la infracción y de la responsabilidad del procesado, lo cual es canalizado a través de los determinados criterios de valoración de la prueba.

La mentada cuestión no podría concurrir si es que la prueba fue sustanciada con base al Código Penal y al Código de Procedimien-

to Penal, pues en esta normativa procesal se empleaba el grado de conocimiento de certeza, al cual se arribaba tras la aplicación de las reglas de la sana crítica, pero que no suponía excluir los elementos los elementos de prueba en los que no sustentaría su decisión de condena, ergo, una revisión integral de todo el acervo probatorio.

En este punto es importante puntualizar que la prueba nueva adquiere tal calidad por la información que se introducirá a través de la misma, lo que deja abierto a que con base al principio de libertad probatoria, el revisor solicite la práctica de una prueba justificando la novedad de la misma, y así por ejemplo, solicitar el testimonio de una persona que ya lo rindió, pero en virtud de que introducirá hechos nuevos, con plena atención a que los mismos no sean contradictorios con lo referido en su primer testimonio, o que pretendan ampliar lo antes manifestado, cuestión que también tiene mérito de discusión doctrinaria, pues el artículo 658 estatuye una prohibición clara al determinar que no serán admisibles los testimonios de las personas que declaren en la audiencia de juicio, lo que excluiría ipso iure cualquier testimonio que ya haya sido practicado con antelación en la causa.

El objetivo de la prueba nueva en el recurso de revisión va dirigido a aportar información que permita desvirtuar la verdad procesal establecida en la sentencia reprochada, y dependiendo de la causal invocada, atacar los sustentos de la sentencia condenatoria respecto a la existencia de la infracción o de la responsabilidad del procesado.

En atención al principio de inmediación, los elementos probatorios deben ser actuados ante el Tribunal de Revisión, que tomando en cuenta la fundamentación del recurrente, deberá determinar si la información puesta en su conocimiento es suficiente para establecer el error de hecho incurrido en la sentencia condenatoria y dejar sin autoridad a la cosa juzgada.

Ante esto, es menester indicar que la prueba no adquiere pertinencia por sí sola, sino que esta debe explicarse, en sentido de permitir justificar la causal invocada, y así demostrar que es relevante para desvirtuar la verdad procesal y determinar que no corresponde a la verdad histórica que se alega, y suficiente para probar esta última, a través de la demostración de la propuesta fáctica incoada.

3. De la carga de la prueba en el recurso de revisión en materia penal.

En este punto es de trascendental análisis referirnos a los incisos primero y segundo del artículo 659 del Código Orgánico Integral Penal, donde se establece que "El recurso de revisión podrá ser interpuesto por la persona condenada, por cualquier persona o por la o el mismo juzgador, si aparece la persona que se creía muerta o se presentan pruebas que justifiquen su existencia, con posterioridad a la fecha del cometimiento del supuesto delito. En los demás casos, solo podrá interponer el recurso la persona condenada y si ha fallecido, podrán hacerlo su cónyuge, su pareja en unión de hecho, sus hijos, sus parientes o herederos." (EC 2014, art. 659), donde se refiere quién es el legitimado activo para proponer este recurso.

El legislador, haciendo referencia a la causal primera, consciente de que no únicamente puede reservar la legitimación activa a un condenado, que en la mayoría de veces se estaría cumpliendo la pena privativa de libertad en un centro de rehabilitación, y no tendría el mismo acceso que cualquier otro individuo, para determinar si efectivamente ha existido alguna circunstancia que de sustento al recurso de revisión, ha amparado dentro de esta categoría a cualquier persona o al juzgador –de ejecución del fallo-, pues se entiende que al haberse ejecutoriado la sentencia, el expediente fue devuelto a él para que se ejecute la pena-, para que interponga el recurso de revisión –a favor

del sentenciado- en caso de que se llegue a comprobar –ya sea porque aparezca o porque existan medios probatorios que así lo demuestren- que la persona que se creía muerta no lo está; es decir, los legitimados activos para incoar el recurso de revisión, por la primera causal del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, puede ser el condenado, el juez de ejecución, o cualquier persona.

Por otra parte, se estatuye que, con referencia a las causales segunda y tercera del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, quien podrá interponer este medio de impugnación y ostentar la calidad de revisionista, es la persona que haya sido condenada, pues esta es quien, por antonomasia, estaría disconforme con la realidad procesal que se ha demostrado dentro de una causa que ha terminado con una sentencia condenatoria –en su contra- que se encuentra ejecutoriada por el ministerio de la ley, ergo, en firme; o, en caso de que haya fallecido, en salvaguarda de la justicia material, puede hacerlo su cónyuge, su conviviente en unión de hecho, sus hijos, sus parientes, o herederos, lo cual no da un sentido específico de hasta qué persona podría ser legitimada en este sentido, tanto más que si se afirma que puede ser el heredero del fallecido que fue condenado, este inclusive podría ser hasta el Estado.

Resulta evidente, a la luz de lo que dispone el tercer inciso del artículo 659 del Código Orgánico Integral Penal “el escrito de interposición del recurso será fundamentado y contendrá la petición o inclusión de nuevas pruebas, caso contrario se declarará inadmisibles y se lo desechará sin lugar a uno nuevo por la misma causa.” (EC 2014, art. 659), donde se instaura una fase previa de admisión del recurso de revisión, sobre la base del cumplimiento de determinados requisitos, entre estos la fundamentación y la petición –solicitar la práctica- o inclusión –adjuntar como anexo la práctica de determinada prueba, siempre y cuando no vulnere las solemnidades que

debe ostentar el medio probatorio- de nueva prueba, que la persona que interponga el recurso de revisión, esto es, el legitimado activo –conforme lo que se ha analizado ut supra- es quien tiene la obligación de cumplir con lo antes descrito.

En este punto, es menester que entendamos cómo opera el principio de oportunidad de la prueba dentro de la sustanciación del recurso de revisión, así, evidenciamos que acorde a lo que determina el inciso tercero del artículo 659 del Código Orgánico Integral Penal, se puede solicitar la práctica de las pruebas -dentro del escrito de interposición del recurso de revisión- o incluirse aquellas practicadas -al referido escrito-, cuestión que, en virtud de la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión, supone que la prueba para llegar a ser tal se salte todas las fases que la componen dentro del procedimiento ordinario -de evidencia a indicio, y de indicio a elemento de convicción que ulteriormente se convertirá en prueba-, cuestión que no daría cabida para que se alegue que la prueba -nueva- no es oportuna al no haber sido antes un elemento de convicción.

En consecuencia, vale señalar que una prueba nueva es oportuna, en materia de revisión, cuando ha sido debidamente solicitada o incluida en el escrito de interposición del medio extraordinario de revisión, y a partir de esto, ha sido debidamente practicada en la respectiva audiencia. Esto nos permite entender que, si bien no existe una fase previa en donde se califiquen los elementos de convicción que podrían ser pruebas, existe un filtro -la admisión- para determinar si la prueba debe practicarse.

Así, una prueba nueva en sede de revisión no sería oportuna cuando su petición o inclusión no se encuentra aparejada al escrito de interposición, o cuando la misma pretenda practicarse de forma previa al desarrollo de la audiencia de fundamentación del referido medio de impugnación.

Es imperativo hacer mención a quien tiene la carga de la prueba dentro del recurso de revisión, es el revisionista, esto es, quien ha propuesto este medio de impugnación, ya que, a fin de dar soporte a su recurso, sobre la base de alguna de las causas contenidas en el artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, tiene la obligación de solicitar o incluir aportes ex novo.

Ahora bien, es menester enfatizar en que, independientemente de que sea un juez de ejecución, el condenado o cualquier persona, quienes interpongan el recurso de revisión, esto es en beneficio de quien pesa una sentencia condenatoria ejecutoriada, quien – además- es quien en la gran mayoría de ocasiones propone este medio de impugnación.

Entonces, surge la interrogante de cuál es la motivación para que una persona, que en su momento tuvo vigente a su favor el estatus constitucional de inocencia en expresión de la presunción de la misma, sea la que tenga la carga de la prueba dentro del recurso de revisión.

Para absolver esta duda, tomando en consideración que la revisión no es tomada como una acción autónoma, sino como un recurso más de los reconocidos de forma taxativa en el ordenamiento jurídico penal, la respuesta a la interrogante se ve inmersa en su propia formulación, toda vez que, en una causa donde no existe una sentencia ejecutoriada, ergo, la presunción de inocencia de procesado permanece incólume, una expresión de este principio es que la carga de la prueba le corresponde al acusador –como se explicó al comienzo de este ensayo-, no obstante, al ya haber cumplido con su objetivo primigenio el acusador, ergo, tras haberse desvirtuado el estatus constitucional de inocencia del acusado, tornándose en condenado, su obligación de probar lo alegado ha quedado satisfecha.

Ante esto, tenemos que el principio de reversión de carga de la prueba no opera dentro

de la sustanciación del recurso de revisión, sino que en este opera el principio de carga de la prueba per sé, pues no estamos frente a un escenario en el que un acusador alega una teoría del caso a demostrar con base a determinados elementos probatorios por éste practicados y ante los cuales se deba presentar una defensa en la que se puede practicar pruebas de descargo -lo que tampoco implica una reversión en la carga de la prueba, pues no existe obligación para el efecto de que un procesado practique prueba, pues podría someterse a una defensa pasiva alegando que es suficiente la vigencia del principio de presunción de inocencia-, sino que nos encontramos en un escenario en el que ya no existe la presunción de inocencia, pues se logró el objetivo que perseguía el acusador, sea público o privado.

Aquí es preciso puntualizar que si bien en un proceso donde aún no existe una sentencia condenatoria ejecutoriada y con autoridad de cosa juzgada, todos los sujetos procesales pueden practicar pruebas, en la sustanciación del recurso de revisión se la instaura como una obligación exclusiva del recurrente, y se entiende que con su nueva propuesta pretenderá demostrar los hechos considerados como probados por un andamiaje probatorio pre existente, por lo que no existe mérito alguno en que los demás sujetos procesales que intervienen en la sustanciación del referido medio de impugnación presente prueba, pues la causa está revestida con la determinación de la verdad procesal.

Esto no afecta al derecho a la defensa en la dimensión de contradicción, porque el recurso de revisión, tras someterse al tamiz de la admisibilidad y superarlo exitosamente, supone que se lleve a cabo la diligencia de audiencia oral, pública o reservada -dependiendo de la naturaleza jurídica del delito materia de la causa- y de contradictorio.

En este sentido, debe tenerse claro que por la naturaleza jurídica del recurso de revi-

sión que –como ya se indicó con antelación- busca que se reivindique la justicia material por encima de la procesal, se garantice el correcto ejercicio de los derechos –del sentenciado, primordialmente- y se discutan los hechos que se consideran como probados, al existir la necesidad de que quien propone este medio de impugnación invoque alguna de las causales contenidas en el artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, y nutra su pretensión con la invocación de pruebas nuevas, la carga de la prueba, recae de forma directa sobre el revisionista.

4. Desafíos actuales en el recurso de revisión.

Una vez que se ha explicado la naturaleza jurídica del recurso de revisión y que la carga de la prueba -nueva- le corresponde exclusivamente al revisionista, es preciso que entendamos que en la sustanciación de este medio de impugnación extraordinario surgen varios desafíos a superar, que van ligados estrictamente al rol que debe cumplir quien interpone este recurso.

Así, es menester que nos refiramos al artículo 660.4 del Código Orgánico Integral Penal que estatuye como regla de sustanciación del recurso extraordinario de revisión “4. El rechazo de la revisión, no impedirá que pueda proponerse una nueva, fundamentada en una causa diferente” (EC 2014, art. 660), por lo que debemos entender que cuando se ha rechazado un recurso de revisión por una causa -de las contenidas en el artículo 658 *ibídem*- ya no se lo podrá volver a interponer con base a la misma, sino estrictamente con base a otra causa.

En virtud del referido postulado, es menester que entendamos si el rechazo de la revisión se refiere a la inadmisión -fase previa a la convocatoria a audiencia- o a la improcedencia -mediante audiencia y ulteriormente motivada en sentencia-

De esta forma, de la lectura de las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Integral Penal que regulan el régimen jurídico de sustanciación del recurso de revisión, la respuesta a esta interrogante se encuentra contenido en los dos incisos finales de su artículo 659, donde se explica que no podrá volverse a interponer un recurso de revisión por la misma causa por la que haya sido inadmitido o por la que haya sido declarado su abandono, y de forma complementaria, el ya citado numeral 4 del artículo 660, estatuye que tampoco podrá interponerse un nuevo recurso de revisión por la misma causa por la que fue rechazado en audiencia. En conclusión, podemos afirmar que el rechazo y nueva interposición del recurso de revisión no se supedita a la exposición del error de hecho, sino que debe circunscribirse -por su tecnicidad- estrictamente a la mención de las causales.

Frente a esto, *prima facie* evidenciamos que los recurrentes tienen tres posibilidades -de encontrarse facultados por las circunstancias particulares del caso- de interposición y fundamentación del recurso de revisión, pues son tres las causas de este medio extraordinario conforme lo prevén el artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal en su parte pertinente.

No obstante, en la causa tercera encontramos cuatro escenarios distintos, ergo, cuatro causales distintas, por lo que el error de hecho expuesto por el recurrente puede subsumirse en documentos falsos, o testigos falsos, o informes periciales maliciosos, o informes periciales errados, por lo que no sería atinado jurídicamente el que, tras la inadmisión, declaratoria de abandono o improcedencia del recurso de revisión por la causa tercera, no se permita volver a interponer este medio de impugnación por la misma causa, pero individualizando una nueva dimensión de error de hecho distinta a aquella que efectivamente fue incoada en su primer momento. Por ejemplo, si un condenado interpone el recurso de revisión

con base a la causa tercera del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, identificando como escenario causal el de un testigo falso, y el mismo es rechazado, este sentenciado puede volver a interponer este medio de impugnación por la misma causa, pero identificando como escenario causal el de un documento falso, sin que esto amerite que se va a rechazar su pretensión por alguna de las disposiciones constantes en los dos incisos finales del artículo 659 *ibídem* y 660.4 *ejusdem*.

Ahora, este no es el único desafío que se evidencia, pues ahora nos surge la interrogante de si la causal siempre debe comprenderse como un todo, o si es el error de hecho individualizado por el recurrente el que da vida a esta causal. La problemática aquí se muestra cuando, por ejemplo, el condenado alega que el testimonio de X es falso, pero ya sea por inadmisión, declaratoria de abandono o improcedencia se ha rechazado este medio de impugnación, y luego, el sentenciado alega que el testimonio de Y es falso. Aquí vemos que, sin lugar a duda, se hace mención a un nuevo error de hecho -so pena de que sea el mismo escenario de

la causa tercera del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal-, por lo que tampoco sería atinado jurídicamente que en casos como este no se permita la nueva interposición del recurso por la misma causa.

Independientemente de lo manifestado, colegimos que estos desafíos responden estrictamente al desarrollo procesal de este medio de impugnación y deben ser resueltos en la práctica jurisdiccional, por lo que debe existir pronunciamiento al respecto de la más alta Corte de administración de justicia, a efectos de que no surjan problemas de legalidad y de seguridad jurídica.

En consecuencia, constatamos que el sentenciado a más de ostentar la carga de la prueba en la sustanciación del recurso de revisión, debe tener en consideración los mentados desafíos que surgen en mérito de su proposición jurídica compuesta por el error de hecho y su subsunción en alguna de las causales contenidas taxativamente en el artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, a efectos de poder fundamentar de forma correcta su recurso y así pretender que se revise el fallo.

Bibliografía

Cerda San Martín, Rodrigo y Felices Mendoza, María. 2011. *El nuevo proceso penal. Constitucionalización, principios y racionalidad probatoria*. Lima: Grijley, 2011.

Jauchen, Eduardo. 2006. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Maier, Julio. 1989. *Derecho procesal penal argentino*. Buenos Aires: Hammurabi.

Ramírez Bastidas, Raquel. 2010. *Elementos del Sistema Penal Acusatorio*. Bogotá: Leyer.

Reyna Alfaro, Luis Miguel. 2015. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Breña: Instituto Pacífico.

Rodríguez, Orlando. 2008. *Casación y Revisión Penal*. Bogotá: Editorial Temis.

Sentencias

Corte IDH. 2010 "Sentencia de 02 de julio de 2004". Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. 02 de julio.

Normas

EC. 2008. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, 20 de octubre.

EC. 2014. Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero.



Gaceta
Judicial

