

REVISTA ENSAYOS PENALES SALA PENAL

Edición N°2/ marzo 2013



CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
Ecuador



Gaceta Judicial

Libros - Revistas - Folletos - Dípticos - Trípticos
 Tarjetas personales - Boletines - Carpetas - Carátulas - Afiches
 Volantes - Sobres - Invitaciones - Formularios - Recetarios
 Cuadernos - Agendas - Anillados - Espiralados
 Reproducciones, duplicado y copias b/n y a color
 Empastados al calor

Av. Amazonas N37-101 y UNP Telf.: (02) 2273 286
gacetajudicial@cortenacional.gob.ec

CONSEJO EDITORIAL

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

Director Publicación: Dr. Jorge Blum Carcelén
 Diagramación e impresión:
 Imprenta de la Gaceta Judicial
 Editor: Dr. Santiago Aráuz Ríos
 Impreso en Quito, en marzo del 2013
 ISSN N° 1390-7972
gacetajudicial@cortenacional.gob.ec
www.cortenacional.gob.ec
 Av. Amazonas N37-101 y UNP
 Telf.: (02) 2273 286
 Quito-Ecuador

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

Queda prohibida cualquier forma de reproducción, total o parcial, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra, sin contar con la debida autorización de los titulares de su propiedad intelectual. Copyright ©



Prefacio

Ensayos Penales, es una Revista que nació en el seno de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador y se proyecta, no solo a los servidores judiciales, sino también a los estudiosos del derecho penal del país, como un órgano de difusión del pensamiento jurídico, con estructura académica, para transmitir nuestros conocimientos y experiencia, originados en la práctica diaria del quehacer judicial.

La labor de confeccionar una Revista no es sencilla, demanda de todas y todos, esfuerzo y sacrificio, en la construcción de temas diversos y de actualidad, precisamente para provocar el debate académico, respecto de la aplicación de la normativa constitucional y legal en materia penal. Para ello presentamos en esta segunda publicación once Ensayos Penales, donde han participado Juezas y Jueces Nacionales, Conjuez y Juez Temporal de la Corte Nacional, que servirán para su estudio.

Nuestra Revista, posibilita la expresión plural del pensamiento jurídico, con enfoques debatibles, que entregamos al lector, con la única intención de contribuir con la Academia, en el análisis de temas especializados, en momentos que experimentamos un cambio en la administración de justicia.

Los trabajos de la presente Revista, contienen la visión jurídica de cada uno de los expositores sobre un tema específico, pero ninguno de ellos se refiere a casos particulares, ni pueden ser considerados como la opinión o resolución de un caso en concreto, que a no dudarlo se expondrán en los fallos emitidos.

La portada de la Revista “Ensayos Penales”, en el mes de marzo, por el día internacional de la Mujer y su lucha contra la violencia y desigualdad brindamos un justo y merecido homenaje a la mujer ecuatoriana, representada por la mujer judicial y personificadas por las nueve señoras Juezas Nacionales que integran la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

DR. JORGE M. BLUM CARCELÉN
Juez Nacional - Presidente de la Sala Penal
Corte Nacional de Justicia

CONTENIDO

1	Prefacio
3	Seminario Internacional "El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia"
7	El Femicidio: Punto de Quiebre de la Conciencia <i>Dr. Johnny Ayluardo Salcedo</i>
13	Apuntes a la Investigación "Rutas de la Impunidad, un estudio sobre el Femicidio íntimo en Guayaquil" <i>Dra. Lucy Blacio Pereira</i>
19	El derecho de no incriminación <i>Dr. Paúl Iñiguez Ríos</i>
23	La etapa intermedia en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano <i>Dra. Gladys Terán Sierra</i>
30	Audiencia para el Diseño de la Pena "Es inocente...pero hay atenuantes" <i>Dr. Vicente Robalino Villafuerte</i>
35	La Prisión Preventiva y el Respeto de los Derechos Fundamentales <i>Dr. Merck Benavides Benalcázar</i>
50	Una Reflexión sobre el "Hábeas Corpus" <i>Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo</i>
64	El enfoque de género en los delitos de odio <i>Dr. Richard Villagómez Cabezas</i>
70	El Juez Imparcial <i>Dr. Luis Quiroz Erazo</i>
76	Constitucionalización del Proceso Ecuatoriano - Segunda Parte <i>Dr. Wilson Merino Sánchez</i>
88	Código Orgánico Integral Penal Proyecto Borrador - Segundo debate <i>Dr. Jorge Blum Carcelén</i>

“El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia”



La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, realizó el 21 y 22 de marzo de 2013, el Seminario Internacional denominado “El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia”, contando con la participación de distinguidos catedráticos y Magistrados de Argentina, Colombia, Chile, España, Uruguay y Ecuador.

Entre los principales temas de exposición estuvieron:

Historia y Naturaleza Jurídica del Recurso Extraordinario de Casación, por el señor Doctor Sergio Muñoz Gajardo, de Chile.

El Recurso Extraordinario de Casación en el Derecho Procesal: La experiencia uruguaya a más de veinte años de la entrada en vigencia del Código General del Proceso, por el señor Doctor Jorge Chediak González, de Uruguay.

El Recurso Extraordinario de Casación y la Jurisprudencia, por el señor Doctor Carlos María Folco, de Argentina.

La Casación Civil en el Sistema Continental Europeo, por el señor Doctor Nicolás González - Cuellar Serrano, de España.

El Recurso de Casación en el Sistema Continental Europeo, por la señora Doctora Ágata Sanz Hermida, de España.

El Recurso Extraordinario de Casación en el Sistema Latinoamericano, por el señor Doctor Xavier Zapata Ortíz, de Colombia.

La Acción Extraordinaria de Protección. Eficacia y efectividad en el orden garantistas, por el señor Doctor Patricio Pazmiño, Presidente de la Corte Constitucional de Ecuador.

El Recurso de Casación en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, por la señora Doctora Maritza Tatiana Pérez Valencia, Magistrada de Ecuador, Jueza de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

El señor Doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el acto inaugural, indicó que el objetivo del evento académico es establecer dentro del marco constitucional ecuatoriano, los lineamientos y políticas de aplicación del Recurso de Casación en el quehacer de la Función Judicial, ya que la Corte Nacional lidera la discusión y análisis del Anteproyecto de Código General del Proceso, en materias no penales, que en lo fundamental promueve un cambio radical del procedimiento, para pasar del sistema escrito, al oral, cumpliendo de esta forma con el mandato de la Constitución del Ecuador.

Para ello aprovechamos la experiencia de las administraciones de justicia de países Iberoamericanos, con la participación de ilustres Magistrados y académicos de países amigos. Por Argentina, el Dr. Carlos María Folco, Juez federal; de Colombia Dr. Javier Zapata Ortiz, Magistrado de Corte Suprema; de Chile Dr. Sergio Muñoz, Magistrado de Corte Suprema de Justicia; de Uruguay el Dr. Jorge Chediak González, Magistrado de la Corte Suprema; de España Dr. Nicolás González-Cuéllar Serrano, catedrático de derecho procesal y Dra. Ágata Sanz, profesora titular de derecho procesal de la Universidad de Castilla la Mancha; de Ecuador el Dr. Patricio Pazmiño Freire, Presidente de la Corte Constitucional y la Dra. Maritza Tatiana Pérez Valencia, Magistrada de nuestra Corte Nacional; expresando su homenaje de gratitud y reconocimiento a

los distinguidos colegas Magistrados, que con generosidad aceptaron nuestra invitación, para brindarnos sus valiosos conocimientos y sus apreciadas experiencias en la aplicación diaria de la ley, sobre el Recurso extraordinario de Casación.

El señor Presidente destacó, que existen valiosos criterios de Magistradas y Magistrados de nuestra Corte Nacional, de que quizás convenga expedir una Ley de Casación, que contenga lo relativo a la materia penal, como a materias no penales; en todo caso, estamos en el momento de análisis de la normativa, por ello, la Corte Nacional organizó este Seminario Internacional sobre la Casación en un Estado constitucional de derechos y justicia, por lo que los aportes que se hagan sobre el tema nos resultan inmensamente útiles, valederos y oportunos, realizando las siguientes reflexiones:

Toda actividad humana, por su naturaleza está sujeta a error. El juez, entonces, puede incurrir en error al expedir una sentencia, en error de juzgamiento, al apreciar el derecho sustantivo, al que lo llama la doctrina vicio in judicando; puede también infringir las normas procesales, entonces incurre en un vicio de actividad y a ello la doctrina lo llama error improcedendo. Por eso es que nunca, a lo largo de toda la historia, ha estado en discusión el derecho a la impugnación de un fallo, porque además no se puede desconocer el derecho a disentir y a discutir, pues esto es una garantía del debido proceso, que ahora tiene rango constitucional. Pero, ante la dinámica social y jurídica debemos analizar la función que cumple un recurso, sus causales y los sistemas de la Casación, para establecer en nuestro caso, qué queremos que sea la

Casación?, que sistema debemos establecer?. El sistema de Casación semipura para dar preeminencia a la función unificadora, o queremos un Sistema de Casación Pura, que pretende la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación jurisprudencial, o queremos el Sistema de Casación Impura, que por conducto de la doctrina, de la arbitrariedad o absurdidad fáctica, permita la revisión de los errores de derecho, en ciertos casos de los errores de hecho, o admitimos la Casación Directa o per saltum, o debemos establecer un sistema de casación que tenga como fin la efectivización de los derechos de ciudadanas y ciudadanos que tenga como fin la tutela de la Constitución y de los derechos fundamentales.

En su evolución histórica, la Casación ha pasado por algunas etapas, entre ellas, por ser una garantía de defensa del rey en el régimen monárquico, ante el hecho de que los parlamentos de ciudades en Francia, invadan la esfera del poder soberano, y para evitarlo se ideó la anulación de la sentencia y con esto se defendía su poder; luego con la revolución francesa, la Casación se convirtió en una garantía de defensa de la ley, pero seguía teniendo un fin predominantemente político, puesto que se creó un Tribunal de Casación, pero no como parte de la Función Judicial, sino como parte de la Función Legislativa para defender a la ley; pero en la actualidad y sobre todo en un Estado constitucional de derechos y justicia como es el Ecuador, la Casación tienen que redefinirse en favor de los derechos y garantías fundamentales, debe tener como fin la efectivización de los derechos de ciudadanos y ciudadanas; definitivamente, la Casación no puede quedarse en la defensa de la ley, tiene que ampliarse, extenderse,

proyectarse hacia la tutela de la Constitución, de la normativa internacional, sobre derechos fundamentales.

En suma de las reflexiones de los constitucionalistas sobre este nuevo paradigma del Estado Constitucional de derechos y justicia, debemos tener presente tres elementos:

1. Que el Ecuador es un Estado Constitucional (primer elemento)

En el Estado Constitucional la Constitución es norma; y, por tanto la justicia ordinaria es garante de la Constitución.

Al Juez o Jueza corresponde aplicar las leyes formalmente vigentes y válidas constitucionalmente.

2. Es un Estado de Derechos (segundo elemento)

Para la actividad jurisdiccional y para toda relación jurídica en un “Estado de Derecho” la única fuente es la Ley. En cambio, en el “Estado de Derechos” como es el Ecuador, el sustento, la referencia, ya no es exclusivamente el sistema jurídico, sino los derechos de las personas (más allá de la Ley), reconociendo varios sistemas jurídicos. El Estado Constitucional de derechos se estructura por un derecho, por principios. De ahí la trascendencia de la labor del juez, el juez crea derecho cuando concreta un principio.

3. La justicia (tercer elemento)

De acuerdo a la Constitución, el Juez crea derecho para hacer justicia, construye una norma a raíz y a la luz de los principios.

Para hacer justicia el juez no tiene que atarse a la ley; el juez no puede estar sojuzgado por la ley. Definitivamente el juez ya no es la boca de la ley; no es el frío aplicador de un texto legal.

Por lo dicho, en el Ecuador definitivamente hemos superado el Estado legalista que regía desde 1830.

Ya no tenemos que abordar y tomar partido entre legalismo y principialismo.- De acuerdo a la Constitución vigente los jueces y juezas materializan las normas y principios constitucionales. La Casación tiene que ajustarse a esa realidad.

En resumen, el Estado Constitucional de derechos se caracteriza por lo siguiente:

1. Tiene una finalidad material: la garantía efectiva de los derechos de las personas;
2. La Constitución es la norma suprema por encima de la Ley;
3. La Constitución es norma jurídica directamente aplicable, sin que se requiera desarrollo normativo secundario y corresponde a toda autoridad administrativa y jurisdiccional su aplicación.
4. Existe un reforzamiento del papel del juez: el juez crea derecho;
5. Para que una norma sea válida no solo se requiere el cumplimiento de los procedimientos establecidos (validez formal) sino la coherencia con principios y valores constitucionales (validez material).

Todas estas características y elementos inciden en la redefinición que tenemos que hacer de la Casación.

En un Estado Constitucional de derechos y justicia a la Corte Nacional, Corte de Casación, le corresponde dotar de “contenidos específicos y concretos a los derechos y principios constitucionales”.

Sabemos también, que con la Casación se trata de preservar el interés privado de los justiciables, pero también un interés colectivo en cuanto se trata de asegurar un marco de justicia material, como fuente de la paz y de la seguridad jurídica.

En la discusión del tema debemos tener presente que en el Ecuador la jurisprudencia es fuente de derechos; y, corresponde a la Corte Nacional de Justicia que es Corte de Casación y Revisión, el desarrollo de precedentes jurisprudenciales, los que tienen que actualizarse a la luz de la norma fundamental, a la Corte Nacional de Justicia le corresponde constitucionalizar el derecho ordinario mediante el desarrollo jurisprudencial y debemos tener presente los lineamientos y principios de la Constitución; todo ello, nos lleva a la redefinición de la Casación en el Ecuador.

El Dr. Carlos Ramírez, culmina su intervención, expresando su agradecimiento infinito a las Autoridades, a todo el personal de la Corte Nacional, del Consejo de la Judicatura, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Policía Nacional, Corte Constitucional y a todos los que han participado en la realización de este evento, sobre todo a los distinguidos colegas, Magistrados y Magistradas, Conjueces y Conjuezas por su colaboración y aporte; y finalmente indicó, que la Justicia es el fin de toda actividad. ❖

El Femicidio: Punto de Quiebre de la Conciencia



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

*“Mira...♪ no te vayas, quédate un momento, /
♪ Quédate conmigo, tú no te me vayas; /
Pase lo que pase, digan lo que digan /
♪ Tú me perteneces, esa es la verdad. ♪ ♪”*
Chugo Tobar.

La Filosofía del Derecho y, concretamente, la teoría General del Derecho cotidianamente nos pone a prueba y nos obliga a replantear las categorías del derecho, pues la dinámica social requiere, constantemente, ajustarlas a la praxis, por lo que se hace necesario que, dialécticamente, estemos dimensionando y redimensionando sus contenidos.

En esta tarea las Escuelas Penales se constituyen en los espacios adecuados que permiten contrastar las diversas concepciones respecto a la naturaleza del delito, el fin de las sanciones y de la auto atribuida legítima potestad estatal de imponer el derecho de penalizar.

Entre las diversas Escuelas, los aportes realizados por Franz Von Liszt,

Adolfo Prins y Gerardo Von Hamel de la Sociológica Escuela de Política Criminal Alemana, así como también de la conocida teoría “Causalista Naturalista”, resultan trascendentes a la cientificidad de la dogmática penal.

Apartándose de las interpretaciones anteriores, irrumpe Liszt para sostener que “el delito no es resultante de la libertad humana, sino de factores individuales, físicos y sociales, así como de causas económicas.” Valora el ius penalista alemán el contenido sistemático de principios garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena y su ejecución como contraposición al crimen, denominándose a todo ello “política criminal”, cuya herramienta es la aplicación lógica y sistemática de la ley.

Esta breve introducción la plantea en el marco de una nueva discusión que en materia penal está por iniciarse con la aprobación del nuevo Código

Orgánico Penal Integral, y que, como asunto novedoso e interesante, incorpora en su normativa sustantiva un nuevo tipo penal: el Femicidio.

Es de suponer que para esta importante tarea de investigación criminológica se contó con un método jurídico experimental, que permitió, inicialmente, indagar el contenido del derecho positivo existente, y que sirvió de fundamento a tan innovadora figura delictiva masculina en cuanto a su denominación, pero de antigua práctica, hoy en plena discusión, para la tranquilidad y protección del género femenino, o lo que es lo mismo: para la defensa y seguridad de la propia sociedad contra la violencia, como fin prioritario.

LA VIOLENCIA DE MATRIZ Y ESTRUCTURA ESTATAL

“Un joven de 19 años, murió de una puñalada y golpes en el rostro. Familiares del occiso responsabilizaron del hecho a la conviviente, una menor de 17 años, que fue aislada por la Policía”
El Universo, 31-III-2013, pág. 4.

Es importante visualizar el tema no sólo desde una perspectiva exclusivamente jurídica pues, como lo señala Marta Lamas “[d]el triunfo de la perspectiva de género como requisito exigido para las políticas públicas, su verdadero éxito radica en que la comprensión de dicha perspectiva implica

un salto conceptual: reconocer que los comportamientos masculinos y femeninos no dependen de manera esencial de los hechos biológicos, sino que tienen mucho de construcción social.”¹

La violencia encuentra su expresión, también, en la muerte de mujeres a manos de individuos de género masculino y estas ocurren con frecuencia no solamente por conductas y patologías insanas, sino que, contrariamente, refleja la existencia de un sistema estructural de opresión, sumisión, dependencia, control y alienación.

Este tipo específico de violencia, cruenta e irracional, no puede ni debe ser analizada al margen del círculo que encierra la violencia como sistema de dominación social que se esparce por todo el tejido colectivo y se evidencia, inhumana y desgarradoramente, en la vida intrafamiliar.

No es menos lacerante la violencia infantil, laboral, política, económica, religiosa, deportiva, mediática; todas ellas con sus propias y particulares explicaciones y como efecto de la violencia de origen estatal. En definitiva se impone y justifica la cultura de violencia.

Se ponderan y aúpan guerras con cínicas y perversas razones, sin que produzcan sus efectos el más leve estupor:

masacres, violaciones masivas, pobreza y destrucción.

Aun permanecen intactas las motivaciones que condujeron a escribir a John Stuart Mill, sobre la violencia de género, «la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva entre mujeres y hombres [«aquella perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros»].

Este ambiente desolador de ninguna manera debe impedir que la particular violencia femicida sea traspapelada y peor aún invisibilizada en la inmensa montaña de violencia acumulada y generalizada, justo en estos especiales tiempos de garantía de derechos, de justicia y no discriminación.

Ha llegado la hora de ajustar cuentas con la impunidad e indiferencia. Se debe asumir responsablemente el compromiso para enfrentar la violencia desde una perspectiva integral, en la que participemos todos y todas, desde todas las aristas posibles.

LA NATURALEZA SOCIAL DEL FEMICIDIO

“Una menor de 12 años (...) luego de haber sido rescatada en horas de la noche (...) con ayuda de la fiscal (...) se allanó el domicilio de caña y encontraron a la infante recostada en una cama, con el sujeto que había abusado de ella por varios días” El Universo, 27-III-2013, pág. 5.

El tipo penal, de asesinato a mujeres por razón de su sexo, debería identificarse como ¿femicidio o feminicidio? Al parecer no se trataría de un sinónimo sino de concepciones distintas en el interior del feminismo, asunto que no ha sido resuelto aún, pero que, frente a la situación de violencia social, resulta, en principio, intrascendente porque cada día se visibiliza más la situación de riesgos que a todo nivel se cierne sobre las féminas.

Parte de esta explicación en cuanto a su denominación se la encuentra por la versión en inglés femicide, que hace referencia a los asesinatos de mujeres que forman parte del amplio esquema de la violencia de género.

En un intento por aproximarnos a la comprensión de este delito vale recurrir al último glosario de género de IPS², que, en forma sintética, señala que:

² IPS es una organización pionera dedicada a la comunicación, cuyo eje es su agencia internacional de noticias (www.ipsnoticias.net). Se centra en la producción independiente de informaciones y contenidos, en su difusión a través de diferentes plataformas y redes, y en la capacitación de quienes trabajan en los medios y en las ONGs.

“Se trata del asesinato de la mujer en razón de su género, por odio hacia las mujeres, por rechazo a su autonomía y su valor como persona o por razones de demostración de poder machista o sexista. El feminicidio incluye una connotación de genocidio contra las mujeres. Por esta razón se prefiere femicidio a femicidio, un término que hace referencia a todos los homicidios que tienen como víctima a una mujer, sin implicar una causa de género.”

Desde el feminismo se denuncia al femicidio como efecto de un sistema estructural de opresión y de ser la forma más extrema de terrorismo sexista, motivado, por un sentido de control y propiedad natural sobre las mujeres.

De estas afirmaciones es preciso develar dos categorías, por lo menos, trascendentes para la comprensión mínima del problema, dentro de un contexto de cientificidad: i) El carácter estructural de la opresión; y ii) El sentido de propiedad natural.

¿Cómo explicar y entender el carácter estructural de la opresión?

Según Godelier³ (1986 citado en Lamas, 1997) la situación de las mujeres es claramente de subordinación, es decir, separadas del principal factor de producción (tierra) y de los principales medios de destrucción y represión (armas), excluidas del conocimiento

de los más sagrados saberes, mantenidas al margen o en un lugar secundario durante las discusiones y toma de decisiones concernientes al interés general. Una de las posibles explicaciones sería la diferencia biológica entre los sexos, pudiendo aparecer como la justificación natural de la diferencia socialmente establecida entre los sexos y en especial de la división sexual del trabajo. el término femicidio “remueve el velo oscurecedor con el que cubren términos ‘neutrales’ como homicidio o asesinato”. Como expresión de poder y dominación machista, el femicidio ha sido considerado “como una forma de pena capital que cumple la función de controlar a las mujeres como género (...) una expresión directa de una política sexual que pretende obligar a las mujeres a aceptar las reglas masculinas y, por lo tanto, preservar el statu quo genérico”.

Desde la dogmática penal se reconoce al delito como un concepto jurídico pero también como fenómeno natural, que surge en la vida (realidad objetiva) por el impulso de factores endógenos y exógenos de la realidad social, en otras palabras como una entidad jurídica y como fenómeno natural.

El escudriñamiento experimental del delito (femicidio), para determinar sus causas como fenómeno social y jurídico, debe conducir al análisis, también, de la pena, la que, para cumplir su

finalidad esencial, debe, como corresponde, direccionarse a los delincuentes, como consecuencia de la responsabilidad, que es el vínculo subjetivo que ata al delincuente con el delito, en tanto que, como parte de la «política criminal», los sujetos potencialmente en “estado peligroso” deben serle aplicadas medidas de seguridad y corrección.

EL FEMICIDIO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

La política criminal contra la violencia machista debe incluir, como estrategia, no sólo los medios penales clásicos (penas y formas de ejecución), sino también, los de carácter asegurativo. De tal manera que se cumpla no solo el fin crítico, sino, también, el constructivo del Derecho Penal.

De allí que el proyecto de Código Orgánico Penal Integral, que se discute actualmente en la Asamblea Nacional, el femicidio se encuentra incluido dentro de la gama de delitos contra la inviolabilidad de la vida, señalándose que lo comete quien, en el contexto de una relación de poder, de muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, fijándose como sanción punitiva la privación de libertad de veinticinco a veintiocho años, debiendo concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

1) Ser resultado de la reiterada manifestación de violencia, amenazas, in-

timidación o extorsión en contra de la víctima.

- 2) Que la víctima haya sido incomunicada o mantenida en cautiverio o aislamiento.
- 3) Misoginia.

El proyecto incorpora como agravantes del femicidio algunas circunstancias que bien merecen ser particularmente explicadas en análisis posterior:

- Haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima. Situación que pone en entredicho la posibilidad conciliación por el riesgo que sobrevendría a la víctima de una nueva y definitiva agresión.
- Exista o haya existido entre el sujeto activo y la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, de intimidad, noviazgo, amistad, de compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad.
- Si la víctima presenta signos o huellas de violencia sexual.
- Cuando el delito se cometa en presencia de hijas, hijos, o cualquier otro familiar de la víctima.
- A la víctima se le hayan infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previa o posterior a la privación de la vida;

Dr. Johnny Ayluardo Salcedo

- Existan datos que establezcan que se han cometido amenazas, acoso, violencia o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima;
- El cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en un lugar público; o
- Si fuere realizado por autoridad, funcionario o empleado público.
- Si fuere realizado por más de una persona.
- Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad, adulta mayor o sufre discapacidad física o mental.
- Si el autor se prevaleciere de la superioridad originada por relaciones de confianza, amistad, doméstica, educativa o de trabajo.

Esta propuesta de proyecto, debe posibilitar, inicialmente, abrir el debate orientador que esclarezca nítidamente lo que debe y tiene que construirse o ser transformado respecto de la «política criminal» sobre la base de apertura, pues, como dijera Marta Lamas “si no se llega a una claridad prístina de lo que hay que hacer, por lo menos es posible saber qué medidas, políticas o proyectos están bien encaminados y cuáles son pura simulación.” Las salidas sólo las podremos encontrar con apertura común, desmontando todo el aparataje ideológico que nos limita la comprensión y la posibilidad de una vida conjunta, -si optamos por esa decisión-, de respeto a las diferencias, en un espacio de igualdad plena, sin odiosos e injustificados privilegios. En consecuencia, como ya se ha dicho el género debe ser un punto de partida y no de llegada, para todos y todas. ❖

Apuntes a la Investigación “Rutas de la Impunidad, un estudio sobre el Femicidio íntimo en Guayaquil”¹



Dra. Lucy Blacio Pereira

*Jueza de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia
y Presidenta de la Sala Penal Militar y Tránsito*

Antecedentes de la investigación.-

La investigación “Rutas de la Impunidad, un estudio sobre el femicidio íntimo en Guayaquil”, fue presentada el jueves 14 de marzo del 2013, en el marco de la conmemoración del 8 de marzo, “Día internacional de la Mujer”, y los 30 años de lucha contra la violencia, del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer -CEPAM Guayaquil-. Esta investigación fue realizada por la psicóloga Patricia Reyes Peña, en colaboración de la Embajada de Finlandia y el Fondo de Filipinas.²

Como se menciona en la presentación de la investigación, en esta se exponen los resultados sobre las respuestas dadas a mujeres víctimas de fe-

micidio, antes de ser muertas por sus parejas, sobre la base de cinco casos emblemáticos.

Los datos de los que habla esta investigación fueron obtenidos de los archivos de la Unidad de Personas y Garantías de la Fiscalía del Guayas, los mismos que, en palabras de la autora, le permitieron extraer un aproximado sobre los casos que guardaban características de ser considerados femicidios.

El presente estudio tiene por objeto realizar ciertos apuntes a la investigación antes mencionada, investigación que al evidenciar estos casos aportó una perspectiva diferente a la mirada que se ha tenido, de manera histórica, a la violencia contra la mujer y conceptos de

¹ Los apuntes a la investigación “Las Rutas de la Impunidad. Un estudio sobre el femicidio íntimo” fueron presentados en el acto de presentación de la investigación por CEPAM Guayaquil, el 14 de marzo del 2013.

² Este documento es propiedad del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer- CEPAM-Guayaquil.

femicidio, lo cual, la hace un documento de gran importancia y valía investigativa y técnica, en la lucha constante contra la violencia contra la mujer.

Apuntes a la investigación.-

La violencia intrafamiliar en el Ecuador, y principalmente la violencia contra la mujer, es un problema que se invisibilizó por décadas. La sociedad ecuatoriana, la misma estructura social, la educación, la forma de crianza de las generaciones más jóvenes, produjo que esta sea vista como cotidiana, normal y hasta permitida. En general, un asunto privado de no intromisión de la justicia y menos penado; y claro, si llegaba a terminar con la vida de la mujer, como bien menciona la investigación “Rutas de la Impunidad, un estudio sobre el Femicidio Íntimo en Guayaquil”, era visto como un crimen pasional, de arranque de celos, culpa de la misma víctima.

La violencia contra la mujer se produce por diversas razones, las mismas que no necesariamente se encuentran asociadas por el entorno de la víctima, su condición económica o su estatus social, de manera exclusiva, sino que nace como resultado de la interacción de factores individuales, sociales, educativos, estructurales, políticos, legales, de la administración de justicia, etcétera.

Considero necesario, previo a comentar la investigación, mencionar datos históricos, avances sociales y legales

obtenidos en base a la lucha contra la violencia a la mujer, la misma que no está por demás decir, fue la lucha de nosotras, las mujeres, en contra de la violencia, contra la invisibilización, contra el odio y la desigualdad.

La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó, en el año 1979, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), que es el instrumento de derechos humanos que se dio como un resultado del esfuerzo sostenido por activistas sociales para fortalecer los derechos humanos de las mujeres. Dieciocho años después, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó el Protocolo Facultativo a la CEDAW.

Otro de los hitos más importantes es el logro obtenido por el movimiento de mujeres, en la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, realizada en Viena en 1993. Allí se reconoció que los derechos de las mujeres son derechos humanos y que la violencia contra ellas es una violación de los derechos humanos. En ese mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer que expresa claramente que ésta “*constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre y ha impedido el adelanto pleno de la mujer*”. Igualmente, pone de relieve que la violencia contra la mujer

se presenta en distintos escenarios: en la familia, en la comunidad, y aquella cometida o tolerada por el Estado, enunciando una serie de obligaciones y medidas que los estados deben adoptar para prevenirla y eliminarla.

La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, que nació en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, ratificada por el Ecuador el 16 de mayo de 1995, conceptualizó a *la violencia contra la mujer 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*. Mediante esta convención, el Estado Ecuatoriano se comprometió, entre otras cosas, a incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

Finalmente, el Estado ecuatoriano en cumplimiento de su obligación internacional de adecuar su legislación nacional en concordancia con los instrumentos internacionales aprobados, el 11 de diciembre del año 1995 promulgó la Ley contra la Violencia contra la Mujer y la Familia.

Con estos antecedentes quisiera mencionar que esta investigación, da clara cuenta de la necesidad que existía y existe aún en el Ecuador de realizar más y mayores esfuerzos en exponer

mediante el conocimiento académico la realidad del proceso investigativo, juzgamiento y sanción de los delitos e infracciones cometidas en contra de las mujeres en Ecuador.

Para poder realizar un análisis se ha dividido el estudio de la investigación, “Rutas de la Impunidad, un estudio sobre el Femicidio Íntimo en Guayaquil”, en tres grandes puntos, los cuales se observarán con el fin de aportar, con una visión desde la administración de justicia y la experiencia obtenida en el tema, al enriquecimiento de la misma.

El primer gran tema tiene que ver con el marco teórico y metodológico de la investigación, el mismo que considero se ha desarrollado de manera tal que permita que quien lea y analice, pueda entender las bases de la misma y le permita iniciar el estudio del documento desde la mirada que la autora ha querido conducirla, esto en el sentido de realizar un análisis de los casos investigados, a la luz de lo que se identifica como Femicidio.

La investigación permite diferenciar los conceptos de Femicidio y Femicidio, tanto en la doctrina internacional como en la práctica de los mismos, además de mencionar que estos conceptos se encuentran en construcción. Rescato el concepto que la investigación devela para el Femicidio como: “la manifestación más extrema y evidente de la violencia que se ejerce contra las mujeres, sin importar, la

edad de ellas, ni su país de residencia, etnia, ni condición social, sino más bien las razones están dadas por las relaciones desiguales de poder que se han establecido entre hombres y mujeres, perpetuado y mantenido por el sistema patriarcal”, mientras que el feminicidio, lo categoriza, en palabras de Marcela Lagarde, como “la inacción de la justicia frente a las demandas de una vida libre de violencia, de acceso a la justicia, de seguridad en la casa, en el trabajo, en los centros de estudios y en la calle donde transita la mujer”. Además, luego de determinar tres tipos de femicidio: íntimo o familiar, no íntimo y femicidio por conexión, selecciona como el eje central de la investigación al femicidio familiar o íntimo, analizando que este concepto comprende los homicidios (simples, agravados, asesinatos) ejecutados por hombres con quien la víctima tenía al momento de los hechos, o tuvo en el pasado, alguna relación de pareja³, o relación de parentesco por consanguinidad o afinidad.

Dentro de este mismo punto, con respecto al sustento metodológico y conceptual, destaca la utilización de cifras derivadas de la propia investigación, así como cifras oficiales, las cuales permiten apreciar de mejor manera y sustentar las hipótesis de la investigación. Un ejemplo de esto son las cifras que permiten visualizar tanto la caracterización de las víctimas como los victimarios, tanto en las circunstancias en

las que se dio el femicidio, edades de las víctimas, el medio utilizado, su estado civil, e inclusive, comprobar la cercanía del mismo y su directa vinculación con los episodios de maltrato previos; los cuales son elementos que comprobarían y sustentarían el hecho de que no nos encontramos ante casos de homicidios o asesinatos, sino, frente a femicidios.

El segundo tema es la focalización geográfica de la investigación. Se entiende que haber escogido a la ciudad de Guayaquil responde a temas metodológicos y logísticos, así como de presupuesto, más es menester mencionar que debido a la calidad de la investigación y la pertinencia de la misma, como sustento de las decisiones de las autoridades judiciales, como para poder generar políticas públicas y como parte de un cambio en la concepción social y legal del delito de femicidio, la misma debería tener un espectro geográfico más amplio, es decir, que pueda extenderse a más ciudades e inclusive regiones del país como la sierra y el oriente ecuatoriano, poderlas comparar e inclusive contrastarlos con datos obtenidos en la región insular.

Esta puntualización se la hace en el sentido de destacar que pese a las diferencias socioculturales, de distancia e inclusive clima, las causas y las circunstancias en las cuales se investigó, juzgó y sancionó el delito fueron similares, o de ser el caso evidenciar diferencias.

El tercer gran tema es lo que quisiera llamar “Una verdad incómoda: la realidad de la investigación y el conocimiento de las causas de violencia intrafamiliar y femicidio”. Puntualizando lo que bien se sustenta en la investigación, esto es, que pese a la creación de las comisarías de la mujer, dependencias de la Fiscalía General del Estado especializadas en el tema de tratamiento de casos de violencia, así como, a los continuos espacios de capacitación que varios servidores/as administradores de justicia han asistido, no se ha llegado a interiorizar en la profunda necesidad de abordar la violencia intrafamiliar como un problema social que merece una investigación y atención emergente; que requiere un conocimiento especializado y especial de los casos llegados a su conocimiento; que la pertinencia de la solicitud de práctica de pericias, la no revictimización y en general, la aplicación de estándares mínimos de respeto de la víctima, sus familiares y sus hijas e hijos, en la administración de justicia hacen la diferencia entre la sanción del delito y la impunidad.

De la lectura del documento analizado, así como de los casos que este presenta, se hace evidente que la investigación llevada a cabo por parte de la policía nacional y fiscalía, tanto en el juzgamiento de los delitos, dejaron en la familia de las víctimas y en la misma investigadora una sensación de impunidad; esto, en el sentido de que estos delitos, por citar un ejemplo, fueron catalogados en determinado momento

procesal como crímenes pasionales y no un homicidio o asesinato, así como que, pese a que las víctimas denunciaron los continuos episodios de violencia en las Comisarias de la Mujer de la ciudad de Guayaquil, además de que fueron atendidas en hospitales, centros y sub centros de salud o acudieron a determinadas instancias, las medidas tomadas o la atención recibida fue insuficiente, tanto es así que en sus casos para que el agresor sea procesado tuvo que mediar la muerte de la víctima.

En general, la investigación evidencia desde varias perspectivas que la violencia contra la mujer y en especial la concepción del femicidio como un delito diferente al de homicidio y asesinato es ajena tanto a los administradores de justicia, como a la sociedad en general.

De manera categórica podemos mencionar que si tanto la Policía Nacional, la Fiscalía, como los Jueces y Juezas de la administración de justicia penal hubiesen tenido en cuenta las implicaciones y las profundas diferencias que conllevan la investigación y juzgamiento de un delito de femicidio, definitivamente hubieran podido identificar mejores fuentes de investigación, se hubiera sustentado sus decisiones, de manera que se pueda apreciar claramente como las víctimas, de manera sistemática, sufrieron maltratos, acoso e intimidación por parte de sus victimarios, y las causas exactas del cometimiento de estos delitos.

Es necesario mencionar que si bien es cierto, la investigación realizada se centró en casos suscitados en la ciudad de Guayaquil, como se mencionó en párrafos anteriores, esta es una problemática nacional. Diariamente, a nivel nacional, se conocen casos, en los cuales una mujer fue sometida por su pareja, ex pareja o familiar, en presencia de sus hijos e hijas, las cuales fueron víctimas de este delito, luego de haber sufrido por varios años de maltratos, denunciados o no.

Como conclusión quisiera señalar que si bien es cierto los hechos expuestos anteriormente son una incómoda

realidad, también existen grandes avances en la administración de justicia, en específico con respecto al tema de violencia. Rescato, tanto como lo hace la misma investigación, que la creación de los juzgados especializados en violencia contra la mujer y la familia, el proceso de selección de sus titulares, la dotación de un equipo interdisciplinario de profesionales a cada juzgado, como el reconocimiento de la violencia como un problema social, constituyen esfuerzos dignos de resaltar, los cuales con el debido seguimiento y participación social podrán marcar la pauta para la nueva administración de justicia.

Retos de la administración de justicia en el Ecuador

Tomando en cuenta que el femicidio íntimo es el que se presenta estadísticamente como el de mayor frecuencia, evidenciando una vinculación entre el femicidio y la violencia contra la mujer en el espacio intrafamiliar, precisamente porque esta violencia sobre la mujer es una violencia de carácter instrumental, discontinua, invisible, genera daños gravísimos en la víctima, en su familia y en la sociedad; es hoy y ahora que con el entendimiento de que la violencia sobre la mujer no es ocasional, sino habitual; la tipificación de la muerte dolosa de una mujer por el simple hecho de ser mujer constituye una necesidad imperiosa. Como también es imperiosa la

vigencia de un procedimiento especial y expedito para el juzgamiento y sanción de este grave delito⁴.

Sin embargo, de plantear que la respuesta penal es importante por sí sola no acabará con este gravísimo problema, se requiere también de una respuesta global, integral y multidisciplinar. Una respuesta en la cual se opte por las víctimas de forma preferente, que sea un compromiso político de la institucionalidad del Estado, y también de la sociedad. En la lucha contra la impunidad todas y todos podemos aportar. Hagámoslo... ❖

El derecho de no incriminación



Dr. Paúl Iñiguez Ríos
Juez de la Corte Nacional de Justicia

“Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores.” Ferrajoli

El Art. 77, numeral 7, literal c, de la Constitución de la República establece: *“El derecho de toda persona a la defensa incluye: ...c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de si mismo sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”*. De la norma Constitucional citada, se deduce, que nos encontramos ante la presencia inequívoca del principio de no autoincriminación, en su más amplia y contemporánea expresión, el cual viene a ser una legítima y abierta reafirmación de los derechos de defensa y de la presunción de inocencia, reconocidos por las modernas sociedades democráticas -de manera especial en nuestro sistema jurídico- en las cuales el respeto de los derechos humanos, de las garantías constitucionales y procesales, son el pilar fundamental en su

estructuración y a la vez constituyen un limitante al poder del Estado, como así categóricamente lo sostiene Julio Maier: *“una garantía frente al Poder del Estado y representa una limitación del poder estatal”*.

La presunción de inocencia (enunciado -presunción- con el que personalmente mantengo cierta discrepancia; pues, la inocencia no se presume, es un atributo de toda persona), es el derecho del ciudadano o ciudadana, de decidir voluntariamente incriminarse o no en el hecho delictivo que se acuse, esta facultad no es más que el ejercicio de su derecho a declarar; presunción que presupone la carga de la prueba hacia quien acusa, por tanto, impide que recaiga en el inculcado la obligación de declarar o de aportar elementos de prueba que lo lleven a su propia incriminación. En este sentido, los derechos de presunción de inocencia y de defensa, dan origen al derecho a la no incriminación. El fundamento de estos derechos

lo encontramos en la dignidad humana y al tratarse de Ecuador, en el establecimiento de un Estado constitucional de derechos y justicia, todo lo cual caracteriza a los sistemas procesales garantistas.

Este derecho a no declarar contra sí mismo (*Nemo tenetur se ipsum accusare*) y a no confesarse culpable, o simplemente el **derecho a la no incriminación** se muestra como expresión del derecho de defensa, el procesado tiene el derecho a defenderse y a ser escuchado en cualquier estado del proceso. El interrogatorio al acusado es uno de los momentos procesales importantes, es en esta etapa donde se enfrenta a la administración de justicia y a todo lo que quiera o no declarar, circunstancia que debe ser considerado como un acto de autodefensa. Derecho de defensa, que a su vez impide que recaiga en el procesado la obligación de declarar o de aportar elementos de prueba que lo lleven a su propia incriminación, de modo que, debe ser considerado como un derecho intangible que le asiste a todo ciudadano y ciudadana como sujeto del proceso, de defenderse de todos los cargos que le presenten en el curso de un proceso legal penal, en igualdad de condiciones (principio de igualdad), que siendo fundamental, en su ausencia, las demás garantías que aseguran el respecto a las garantías básicas del debido proceso y a la tutela judicial efectiva, serían inefectivas.

nación, dentro de la libertad a declarar del ciudadano o ciudadana, que plantea precisamente eso, “**libertades**”; es decir, contempla una visión distinta al sistema inquisitivo, en que el procesado era considerado objeto de prueba, cambiando esta visión del derecho penal, a un sistema garantista, en el que en virtud del derecho a la no incriminación, conlleva a tratar al procesado como sujeto del proceso: *“un participante provisto de derechos independientes, que toma parte en el proceso, es decir, en un sujeto activo del proceso. Este papel de sujeto, hoy en día, está reafirmado; pues la “dignidad humana” garantizada en la Constitución es intangible respecto del inculpado y porque esa dignidad prohíbe degradar a un individuo a un objeto involuntario”* (Sentencia de la Corte Constitucional N° 1211-2005). Este reconocimiento exige, como correlato de su dignidad, a no obligar a una persona a que contribuya a su propia condena por ser contraria a la dignidad humana.

Busca asimismo equilibrar el interés del Estado en ejercer el *ius puniendi* y el derecho del individuo a no ser condenado por sus propias declaraciones, además también es partida de nacimiento de un derecho protector, que lo constituye “*el derecho a guardar silencio o derecho a callar*”, que precisamente es un derecho instrumental de la prohibición de la autoincriminación y del derecho a la defensa, que a su vez, también lo es del debido proceso, derechos estos que tienen un rango constitucional, que

Una mirada más amplia nos lleva a enmarcar este derecho a la no incrimi-

en nuestro sistema se encuentra consagrados en los artículos 75, 76, 77 y 82 de la Constitución de la República.

Es necesario aclarar que, a pesar que suelen equipararse, el derecho a la no autoincriminación y el derecho a guardar silencio, no son equivalentes, están íntimamente vinculados, pero son dos instituciones jurídicas diferentes. Así el derecho a la no autoincriminación garantiza a no ser obligado a declarar contra sí mismo, y el derecho de guardar silencio, a no responder contra sí mismo o contra otro, a abstenerse de responder sobre interrogatorios investigativos y declaraciones, al respecto, el artículo 55 Estatuto de la Corte Penal Internacional establece, de manera expresa, que aquel que se cree que ha cometido uno de los delitos que son competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) tendrá el derecho “[a] guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia” en el momento de desarrollarse los interrogatorios por parte de la fiscalía u otra autoridad de orden nacional. Este precepto normativo, que en materia penal no sólo implica la protección de un derecho fundamental, sino a su vez una garantía para el acusado en el desarrollo del proceso penal, implica de suyo que bajo ninguna circunstancia se podrá derivar una interpretación negativa o positiva del ejercicio efectivo del derecho a guardar silencio.

El derecho de no autoincriminación, en nuestra Constitución se hace

extensivo a la familia, conforme así se encuentra establecido en el artículo 77, numeral 8, de la Constitución de la República, ya que debido a los naturales vínculos de solidaridad y afecto que se dan dentro del círculo familiar valorados y respetados por el orden jurídico, que al proteger a ciertos familiares mediante este derecho, como excepcionalmente se lo hace, el Estado se abstiene de invadir la esfera íntima de las relaciones familiares, en aras de preservar la armonía y unidad de esta célula básica de la sociedad, abandonando definitivamente los métodos de averiguación de la verdad que prescindiendo de este concepto, admitían cualquier forma de llegar a ella. De esta manera, se proscriben las presiones ejercidas sobre los acusados o sus familiares, que bajo el apremio del juramento o cualquier otra forma de intimidación moral, física o psicológica, conduzcan al declarante a confesar su delito o a delatar a aquellos con quienes está unido por vínculos muy cercanos de parentesco; por ello, el principio de no incriminación, se concreta en una regla jurídica de respeto a la persona y su dignidad humana.

En el contexto de este análisis, también en el derecho convencional, se ha desarrollado y consagrado, el derecho al debido proceso, el derecho a guardar silencio, el cual se ha protegido como derecho fundamental del procesado en los diferentes instrumentos internacionales, tanto en materia de derechos humanos, como en materia del derecho penal internacional. Incluso,

ha tenido mayor protección el derecho a la no autoincriminación, que en materia de estándares internacionales ha implicado el amparo directo al derecho a guardar silencio sin que aquella actuación implique, cualquier tipo de indicio en contra del procesado. Al efecto encontramos diferentes normas internacionales, tales como: Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, artículo 21: “Derechos del acusado (...) 4. *Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena igualdad, de al menos las siguientes garantías: (...) g) De no ser forzada a testimoniar en contra de sí misma o de declararse culpable*”. Estatuto del Tribunal Penal Internacional de Ruanda, artículo 20: “Derechos del acusado (...) 4. *Toda persona contra la cual pese una acusación en virtud del presente Estatuto tiene derecho, en uso del principio de plena igualdad, de al menos las siguientes garantías: (...) g) A no ser obligada a testimoniar en contra de sí misma o declararse culpable*”. 3 Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 55: “Derechos de las personas durante la investigación. 1. *En las investigaciones realizadas de conformidad con el presente Estatuto: a) Nadie será obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)*”. 4 Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 8: “Garantías judiciales. (...) 2. *Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el pro-*

ceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable (...)”. 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14: “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) g) *A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable*”. 7 Estatuto de la Corte Penal Internacional, artículo 55: “Derechos de las personas durante la investigación. (...) 2. *Cuando haya motivos para creer que una persona ha cometido un crimen de la competencia de la Corte y esa persona haya de ser interrogada por el Fiscal o por las autoridades nacionales, en cumplimiento de una solicitud hecha de conformidad con lo dispuesto en la Parte IX, tendrá además los derechos siguientes, de los que será informada antes del interrogatorio: (...) b) A guardar silencio, sin que ello pueda tenerse en cuenta a los efectos de determinar su culpabilidad o inocencia*”; preceptos que han sido recogidos en los indicados instrumentos internacionales, en pos de proteger el derecho a la no incriminación, de ahí la obligación de los administradores de justicia, de desarrollar criterios jurisprudenciales, que hagan efectiva su vigencia, y de esta manera garantizar el respecto a la dignidad humana, haciendo propicio lo que sostiene Claus Roxin: “...*la jurisprudencia llega allí donde la ley escrita calla*”. ❖

La etapa intermedia en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano



Dra. Gladys Terán Sierra
Jueza de la Corte Nacional de Justicia

El proceso penal, atraviesa por cuatro etapas: De instrucción fiscal, intermedia, del juicio y de impugnación.

Antes de las reformas al Código de Procedimiento Penal, de 24 de marzo del 2009, la etapa intermedia, motivo de este trabajo, iniciaba con la “Audiencia Preliminar”, diligencia, que adoptaba actuaciones orales y escritas como el dictamen fiscal. Esta etapa, que se encontraba claramente demarcada a partir del artículo 227; es así, que el artículo 229, le indicaba al juez de garantías penales, con claridad meridiana, cada uno de los pasos que debía dar para conducir la audiencia y la manera como cada uno de los sujetos procesales podía intervenir, hasta su conclusión y posterior auto resolutivo, el que era netamente escrito y dado a conocer a los intervinientes en el proceso penal, a través de la notificación, por escrito, en los respectivos casilleros judiciales.

Es a partir de la vigencia de la Constitución de la República del 2008, y con ella el cambio de paradigma de actuaciones escriturales tanto del juez de garantías penales como del fiscal, el acusador particular y el imputado, que los assembleístas, conscientes de este cambio hacia el sistema oral, convienen en realizar reformas al Código de Procedimiento Penal, vigente desde el 2000; y es así, que a partir 24 de marzo del 2009, rige el sistema de audiencias públicas orales y contradictorias en casi todos los actos procesales que el fiscal solicite al juez de garantías relacionados con la concesión, suspensión o revocatoria de medidas cautelares, especialmente, la prisión preventiva; asimismo se innova en procedimientos especiales que den anticipadamente fin a un proceso penal, como el principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del procedimiento y el procedimiento simplificado, con ciertos requisitos establecidos

en la norma, que en esta oportunidad no son objeto de mi análisis.

Posteriormente, con una nueva reforma, el 29 de marzo del 2010, se restringe a ciertos ámbitos el sistema de audiencias orales, como el caso de las desestimaciones y archivos de denuncias, entre otros.

Con las reformas de marzo del 2009, la etapa intermedia, que iniciaba con la audiencia preliminar, cambia de nombre y estructura, por “audiencia preparatoria del juicio y de formulación del dictamen”, incorporándose a partir del artículo 224 del C.P.P. nuevas disposiciones que deberán cumplir, tanto el juez de garantías penales como los sujetos procesales durante la sustanciación de la audiencia, hasta la remisión de actuaciones procesales a los tribunales de garantías penales, en el caso de haberse dictado auto de llamamiento a juicio en contra de la procesada, procesado o de existir varios, para todos ellos. Las actuaciones que deben realizar los intervinientes en esta audiencia de la etapa intermedia no se encuentran dispuestas en la norma de manera sistemática ni cronológica, con el objeto de que el juez de garantías penales, quien la dirige, y los sujetos procesales, actúen de manera uniforme, respetando el procedimiento acorde al momento y circunstancias, es por ello, que considero importante ajustar sus actuaciones conforme a la lógica y a la finalidad que se persigue, considerando que esta audiencia no tiene un carácter secundario,

con relación a las demás, sino esencial porque de ella depende el resultado del juicio oral.

- Para efectos de señalar fecha en la que tenga lugar esta diligencia, el Fiscal, una vez que haya fenecido el plazo legal para la conclusión de la instrucción fiscal, o el que indicó al juez de garantías penales, deberá solicitarla a fin de sustentar y presentar su dictamen de manera “oral”.

Con el objeto de identificar cuál debe ser el procedimiento a seguir, en esta audiencia de la etapa intermedia, debemos partir de la finalidad que persigue, conforme a la norma adjetiva penal, constante en el artículo 226.1, esto es:

- Conocer de los vicios formales, que se hubieren producido hasta ese momento procesal; entendiéndose a aquellos que no afectan la esencia misma del acto jurídico, por el hecho de haber incumplido con una formalidad legal en el trámite y que puedan convalidarse o subsanarse en la propia audiencia.
- Resolver sobre planteamientos relacionados con procedibilidad, procedimiento, prejudicialidad y competencia, que afecten o puedan hacerlo a la validez del proceso;
- Anunciar las pruebas que los sujetos procesales presentarán en la audiencia de juicio

- Resolver sobre las solicitudes de exclusión de prueba; y,
- Aceptar, entre los sujetos procesales, acuerdos probatorios, los que no serán controvertidos en el juicio oral.

Por su parte, el Art. 226.2, indica cuál debe ser el procedimiento a seguirse durante esta audiencia; con respecto a sus intervinientes principales, es el juez de garantías penales, quien dirige esta audiencia, con la presencia del fiscal y el abogado del procesado, sea el de su confianza, o a falta de éste, la jueza o juez le designará un defensor público (no a la Defensoría Pública para que elija o nomine a uno, porque quien designa es la jueza o juez, a pedido del procesado, o a falta de defensor de confianza de éste, y con la debida antelación, con el objeto de que ese profesional tenga el tiempo y los mecanismos necesarios para preparar su defensa técnica, solo así se cumple con uno de los derechos del debido proceso). No es requisito que esté presente el procesado en la audiencia, así como tampoco lo es, para este efecto, el acusador particular o su abogado, excepto, en los casos en los que el imputado haya rendido caución, porque al no estar presente, el juez ordenará que se haga efectiva; y asimismo la ausencia del acusador particular no trae como efecto el abandono -no así en la audiencia de juicio.

Una vez constatada la presencia de los intervinientes en la audiencia, la jueza o juez consultará a los sujetos pro-

cesales para que de manera directa, o a través de sus abogados se pronuncien “(...) acerca de la existencia de los vicios de procedimiento que pudieran afectar la validez del proceso (...)”; entendiéndose por tanto que serán los vicios formales, (subsanales) y además todo lo relacionado con cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad y competencia, debiendo la juez o juez resolver en la propia audiencia; entendiéndose con ello, que al ser ésta la primera parte de la diligencia, en la que se decide la validez de las actuaciones procesales hasta ese momento, la juez o juez debe pronunciarse sobre éstos requisitos, -antes de iniciar con el dictamen fiscal- porque de existir algún vicio de fondo, deberá declararse la nulidad de todo lo actuado -con las excepciones legales-, convirtiéndose en inoficioso continuar con la audiencia preparatoria del juicio oral.

De no existir vicios de fondo, y los de forma haberse subsanado en la propia audiencia, esta diligencia procesal continúa con su segunda parte, -el dictamen fiscal-, que será pronunciado de manera oral, y contendrá, principalmente los hechos objeto de la imputación, así como todas las actuaciones, que de manera objetiva, recaudó durante su investigación y con relación a cada uno de los imputados, -de existir varios-, recaudos de investigación que el fiscal irá entregando a la jueza o juez de garantías penales, uno a uno, conforme avance su intervención; para luego, expresar los motivos y fundamentos de su resolución, concluyendo con la acusación

fiscal o su abstención de acusar; de existir acusación fiscal se indicará la disposición legal y constitucional que sanciona dicho acto; y, de ser abstentiva, la jueza o juez de garantías penales mandará en consulta del fiscal superior, en todos los casos en los que el delito objeto de la investigación sea sancionado con pena de reclusión mayor especial (16 a 25 años) o reclusión mayor extraordinaria (12 a 16 años), se trate de delitos contra la administración pública, o exista acusación particular; si el fiscal superior decide ratificar el dictamen abstentivo, la jueza o juez deberá dictar auto de sobreseimiento; pero si decide revocarlo, remitirá las actuaciones a la judicatura corrigiendo el dictamen con la designación de otro fiscal, quien sustentará la acusación en una nueva audiencia.

Finalizada la intervención del fiscal y emitido su pronunciamiento con respecto a los resultados de la instrucción fiscal o investigación, podrá intervenir el acusador particular de haberlo; y alegará también, -del dictamen fiscal- el procesado (defensa material) o su abogado (defensa técnica).

Es importante aclarar, que a partir del 26 de marzo del 2010, el artículo 226.3 del Código de Procedimiento Penal, fecha en que la Corte Constitucional declaró la inconstitucionalidad de esta norma, y tres días después, esto es el 29 de marzo del 2010, se publicaron las nuevas reformas al Código de Procedimiento Penal, en las que el juez de garantías penales, ya no está en la obliga-

ción legal de dictar auto de llamamiento a juicio a un imputado por el hecho de existir acusación fiscal, le deja en libertad de actuar, claro está, limitada por las reglas de la sana crítica.

De lo anotado, se entiende, que el proceso de exclusión de prueba, operará en el evento de que el juez decida llamar a juicio al imputado; es por ello, que en la audiencia preparatoria de juicio, de existir dictamen acusatorio, el juez de garantías penales, expresará a los sujetos procesales, que por existir un pronunciamiento fiscal de esta naturaleza, *en el evento de que su decisión sea la de llamar a juicio al presunto responsable de los hechos investigados por el Fiscal y que constituyen un presunto delito*, -no estaría prevariando, porque además, la exclusión de prueba podría ser determinante en su resolución- los sujetos procesales deberán anunciar la prueba que sustentará su teoría del caso en la etapa del juicio; una vez enunciada, primeramente por el fiscal, acusador de haberlo y procesado o imputado -sin necesidad de expresar nuevamente su contenido, porque ya fue objeto del dictamen fiscal-, se procederá a que con base a la prueba indicada, se fundamente, si existe en alguna de ellas motivos para que sean excluidas de ser presentadas e incorporadas en la etapa del juicio, conforme a las reglas que establece el código.

Tanto la Constitución, (art. 76.4) como en el Código de Procedimiento Penal, (arts. 80 y 83) determinan

taxativamente, que no tendrán ningún valor probatorio las actuaciones procesales que hayan sido obtenidas con violación a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, o contraviniendo expresas disposiciones legales; por tanto se estará debatiendo en esta parte de la audiencia, sobre la prueba ilegal, la prueba ilícita, la que acredita hechos públicos y notorios, que son conocidos por todas y todos y por ende por las juezas y jueces integrantes del tribunal; y, la prueba manifiestamente impertinente, esta última, porque se dedica a acreditar hechos y circunstancias que no tienen ninguna importancia o relevancia para el caso concreto que se va a juzgar; para ello la jueza o juez de garantías debe declarar inadmisibles una prueba, principalmente, como ya se indicó *supra*, la que vulnera derechos fundamentales -por regla general, deben ser admitidas todas las pruebas-; sólo así, estaríamos cumpliendo con el objetivo de esta audiencia, que es depurar y preparar la prueba que será incorporada en el juicio oral para sustentar nuestra teoría del caso, y asimismo, estaríamos dando cumplimiento, *inter alia*, al principio de igualdad de armas, de contradicción, inmediación, y publicidad; la jueza o juez debe hacer conocer de manera oral, en la misma audiencia, las razones para excluir o no una prueba solicitada por los sujetos procesales, convirtiéndose este acto en uno de los de mayor trascendencia que desarrolla el juez de garantías penales al determinar las pruebas que deberán ser recibidas en el juicio.

Al concluir la fase de exclusión de prueba, recién, los sujetos procesales y el juez de garantías penales, conocerán cuáles van a ser los medios probatorios que se considerará por las juezas y jueces de los tribunales de garantías penales, en la etapa del juicio, es por ello, que existirá una última intervención de la jueza o juez, al procesar los “acuerdos probatorios” o “convenciones probatorias”, conforme se conoce en otras legislaciones, que deberán ser concertadas por los sujetos procesales, del anuncio de prueba que quedó en firme, luego de la exclusión de prueba.

Previo a ultimar con la resolución de la etapa intermedia, la jueza o juez de garantías penales, debe aprobar los acuerdos de prueba a los que han arribado los sujetos procesales; generalmente, considero, se debería convenir con los medios probatorios del objeto material del delito, para que en la audiencia de juicio se desarrolle la prueba con respecto a la responsabilidad; empero, se estará a la estrategia que sobre la prueba y la etapa del juicio, tendrán los sujetos procesales. Una vez, aprobadas las convenciones, por la jueza o juez de garantías penales, se debe entender que el contenido de la prueba es verídico y por tanto dará a las juezas y jueces de los tribunales penales, la garantía de certeza, de este medio probatorio, lo que le dispensará al fiscal, acusador particular, o procesado, de ser el caso, de la carga de probarlos en la audiencia de juicio.

La audiencia preparatoria de juicio oral, concluye con la resolución que el juez adoptará con base a las actuaciones procesales discutidas en esta fase, sobre las cuales, el juez de garantías penales deberá dictar auto de llamamiento a juicio o de sobreseimiento, sea provisional o definitivo; de ser llamado a juicio la persona procesada, sobre este auto no existirá recurso de apelación, -excepto en los casos de fuero- solamente el de nulidad y los horizontales dispuestos en el Código de Procedimiento Civil, norma supletoria; de haberse interpuesto recurso de nulidad, se esperará la decisión de la Corte Provincial respectiva. Una vez que el auto de llamamiento a juicio se encuentre ejecutoriado, los sujetos procesales tendrán tres días para que presenten ante el juez de garantías penales “ (...) la enunciación de la prueba con la que sustentarán sus posiciones en el juicio (...)”; esta prueba no puede ser otra que la conocida mediante el dictamen fiscal, y que pasó el debate de exclusión de prueba, así como la que no fue objeto de acuerdo probatorio; en este escrito, se deberá indicar el medio de prueba; de ser testimonial, fundamentalmente, se consignará, los nombres y apellidos del testigo, así como la dirección en la cual deberá recibir su notificación para que acuda a rendir testimonio en la audiencia de juicio; de ser documental, se detallará el tipo de documento, sea público o privado; si es público no necesitará acreditación de la autoridad que lo otorgó, y de ser privado, deberá enunciar cómo lo acreditará ante el tribunal de garantías penales, si

para ello necesita prueba testimonial de la persona que lo otorgó, se indicará con precisión el porqué de su requerimiento, así como los nombres y apellidos de los testigos, con la indicación de la dirección domiciliaria o del trabajo para hacer efectiva la notificación- esta no es prueba nueva-; en los casos de prueba material, el sujeto procesal indicará a quién o a quienes se debe requerir para que la presenten al momento de la audiencia de juicio.

Recibido el escrito de anuncio de prueba, y una vez que ha concluido los tres días posteriores a la ejecutoria del auto de llamamiento a juicio, la jueza o juez de garantías, devolverá todas los actos investigativos, y que por escrito, presentó el Fiscal al momento de pronunciar su dictamen; y concomitantemente, si la persona procesada no se encuentra prófugo, remitirá a la oficina de sorteos del distrito provincial -cuando haya más de un tribunal de garantías penales- un expediente, que necesariamente deberá contener las siguientes piezas procesales: el auto de llamamiento a juicio, el acta de la audiencia preparatoria de juicio oral y dictamen fiscal, suscrita por el secretario de la judicatura -en el acta deberá constar el dictamen que de manera oral emitió el fiscal en la audiencia- los acuerdos probatorios arribados durante la audiencia, los anticipos de prueba (testimonios urgentes), y el escrito de anuncio de prueba.

Erróneamente, los sujetos procesales, se han acostumbrado a entregar el

anuncio de prueba, de que trata el art. 232.4 del Código de Procedimiento Penal, en la secretaría del tribunal de garantías penales, aduciendo que tienen tres días antes de instalarse la audiencia para hacerlo; lectura o interpretación, por demás inexacta o antojadiza del artículo 276, ejusdem; pues esta lista de testigos que hace mención la precitada norma, se refiere a aquellos que no hubieren sido anunciados y discutidos en la audiencia preparatoria de juicio oral, esto es, de los que no fueron objeto de la investigación del fiscal; así también pedirán la práctica de prueba que no se ejecutó durante la instrucción fiscal; denominada por la doctrina como “prueba nueva”, la que podrá ser objetada por los sujetos procesales en la audiencia de juicio; entendiéndose por tanto, que esta prueba nueva, de ser concebida y practicada de manera indiscriminada, vulneraría los principios constitucionales de contradicción y concentración, así como el de igualdad de armas, por tanto esta prueba, deberá ser excepcional, y además su peticionario debe justificar la necesidad y relevancia para el caso, así como también el por qué no se

practicó durante la indagación previa o instrucción fiscal, bajo la dirección del fiscal que intervino en la investigación, sin que deba ser considerado, hecho común de justificación, el cambio del profesional de derecho que ha actuado en la defensa durante la instrucción fiscal y otro en la etapa de juicio; en igual sentido, puede actuar la Fiscalía, al poder afirmar que un fiscal fue quien actuó en la etapa investigativa, otro en la intermedia, y uno diferente en la del juicio; es por ello, que el debate y la justificación sobre este tipo de prueba, debe ser de tal trascendencia, que al momento de ponderar derechos y aplicar el test de razonabilidad, las juezas y jueces del tribunal de garantías penales, realicen una adecuada ponderación de los derechos en juego, y acepten que se considere en juicio la prueba nueva.

De haberse cumplido con todos los pasos indicados en este artículo, se habrá conseguido la finalidad de la audiencia de la etapa intermedia, esto es, preparar los medios de prueba idóneos que serán objeto de la audiencia de juicio. ❖

“...defensor público señala...que el Tribunal que sentenció no tomó en cuenta la eximente trascendental a favor su defendido, por lo que solicita se revise la sentencia dictada, confirmando la inocencia de su defendido...por último manifiesta que el tribunal no ha valorado la atenuante trascendental que el señor Fray es una persona problemática, acostumbrada a poner quejas por lo que solicita se considere la atenuante o eximente trascendental y pide se reforme la sentencia...”

Corte Provincial de Justicia de Chimborazo
Sala Especializada de lo Penal
Juicio N° 0047-2012

Audiencia para el Diseño de la Pena “Es inocente...pero hay atenuantes”

Dr. Vicente T. Robalino Villafuerte
Juez de la Corte Nacional de Justicia

Empiezo por exponer los propósitos del presente artículo. El primero es explicar lo que ocurre actualmente en los juzgados y tribunales penales ecuatorianos en materia de construcción de la pena, debido al divorcio perfecto entre los estándares constitucionales y las reglas penales y procesales. Y el segundo proponer lo que considero deberíamos hacer los jueces y juezas, así como las y los asambleístas para solucionar este problema.

En los tribunales penales, en una misma audiencia de juzgamiento, y con dos narraciones contradictorias, la del fiscal y la del defensor, se practica la prueba sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado, así lo establece el Código de Procedimiento Penal, y como tema, en consecuencia,

la determinación o construcción de la pena a imponérsele, lo que implica la exposición no solo de los elementos que prueben las posiciones de las partes, sino que, al mismo tiempo, se indiquen las agravantes y atenuantes que modifican la pena, lo que para la defensa, en especial, es de por sí contradictorio.

El fiscal por Ley (artículo 303 del Código de Procedimiento Penal) concluye sus expresiones solicitando la pena. El defensor a la vez que contradice la prueba del fiscal, del acusador particular, genera prueba, acredita atenuantes para que “en el supuesto no consentido que mi cliente sea condenado” se le rebaje la pena considerando los artículos 29 y siguientes del Código Penal, según sea el caso. Lo cual en ocasiones conlleva a contradicciones como alegar

la vigencia del estado de inocencia y a la vez invocar causas de atenuación de la pena¹.

Para la construcción de la pena el Tribunal Penal tiene una tarifa de sanciones, siendo la de mayor trascendencia la privación de la libertad, a la que se pueden añadir: pecuniarias, administrativas, interdictorias, civiles. Sin embargo, por estar la audiencia de juzgamiento dedicada precisamente a juzgar los hechos y a los presuntos responsables, no hay tiempo para discutir con meticulosidad:

- Quién es el acusado
- Qué pena es la necesaria (no si es necesario punir)
- En qué grado se requiere la pena (respecto del acto y del sancionado)
- A quienes afectará la pena
- Qué obligaciones asumirá el Estado al punir, tanto frente al condenado como a terceros que dependen de él.

Todo pese a que la Constitución de la República establece, en el artículo 76, que “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:..6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”

Y, el artículo constitucional 77 dice que “En todo proceso penal en que

se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:...11. La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.”

Y qué es la proporcionalidad? la ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición Quito, en sentencia Nº 005-11-SCN-CC, del 03 de marzo del 2011, en el caso Nº 0003-11-CN, estableció qué debe entenderse por tal, e indicó:

“El célebre filósofo italiano Cesare Beccaria, en su Tratado de los Delitos y las Penas, afirmaba ya en 1764: ‘que no solamente es interés común que no se cometan delitos sino que sean más raros en proporción con el mal que causan a la sociedad por consiguiente, los obstáculos que detengan a los hombres de los delitos, deben ser más fuertes a medida que sean contrarios al bien público y a medida de los impulsos que arrastren a ellos, es decir, que debe haber proporción entre los delitos y las penas’. Igualmente manifestaba que: ‘si el placer y el dolor son los motores de los seres sensibles; si entre los motivos que empujan a los hombres hasta las obras más sublimes, el invisible Legislador puso el premio y la pena, de la inexacta distribución del uno y de la otra nacerá la tanto menos observada contradicción cuando más común es, de que las penas deben castigar los delitos que hayan hecho nacer. Si una pena igual se impone a dos delitos que ofenden a la

¹ Las y los abogados en Ecuador no están obligados a reconocer la responsabilidad penal de sus defendidos.

sociedad desigualmente, los hombres no encontrarán obstáculo más fuerte para cometer el delito mayor, si con ello va unida una mayor ventaja’.

Kant sostenía, en la teoría del retribucionismo, que la pena retribuye el mal causado por -el delito y, por tanto, ha de ser adecuada a la gravedad de la culpabilidad reflejada en el hecho.

Como se observa, ya en aquellos tiempos se establecía la íntima relación que debe existir entre el hecho delictivo y la pena que el Estado retribuye al actor del ilícito, por lo que se hace evidente que la proporcionalidad se instituye como un elemento de lo que ha de ser la intervención penal, que refleja el interés de la sociedad en imponer una sanción, pena necesaria y suficiente para la represión y la prevención de los comportamientos delictivos, así como para el establecimiento de la garantía a favor del acusado de que no sufrirá un castigo que vaya más allá del mal causado.

Gonzalo Quintero Olivares, respecto al principio de proporcionalidad manifiesta: ‘En general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta)’.”.

Y la pena debe ser individualizada: “Existen tres clases de individualización, la que hace el Poder Legislativo, al fijar en la norma jurídica la sanción adecuada a cada delito, de acuerdo a la violación del bien jurídico que pretende tutelar y que va dirigido a todos los ciudadanos (prevención general); la segunda la individualización judicial, la realizada

y operada por el juez, al momento de dictar la sentencia, desentrañando entre ese mínimo y máximo que el legislador señaló, y que aplica a un individuo en especial, concretando de esta forma, cuando menos en teoría, la pena más adecuada y que se merece en justicia el sujeto que delinquiró; y finalmente la individualización ejecutiva, la que ejerce el poder ejecutivo, la administración penitenciaria al estar ejecutando la sentencia, y que se encuentra regulada en una ley, la que regula la ejecución de la pena, conteniendo entre otros temas, los beneficios legales a que tiene derecho el recluso, el interno”².

Como construir una pena que sea individualizada y por lo tanto proporcional, cuándo el juzgador está imbuido principalmente en determinar hechos y responsabilidades?.

El mapa de la rehabilitación no tiene comienzo ni fin. Nadie garantiza que la condena dictada “EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA” no sea sino el comienzo de una serie de acontecimientos que provocan más problemas para la sociedad, que el provocado por el condenado cuando cometió el delito: la pena actualmente es un buen ejemplo de cómo organizar una gran derrota.

La pena, aún la privación de la libertad, debe encaminarse a asegurar

condiciones de rehabilitación, la misma pena es parte de este proceso, puesto que implica un conjunto de elementos como tiempo, lugar y acciones que integradas deben dar al sujeto condenado o condenada dichas condiciones.

En un primer momento, la pena estuvo pre establecida en los Códigos Penales, entonces, los jueces debían imponer penas fijas, con la introducción de la categoría de la culpabilidad en la infracción penal, se estableció la lógica de “pisos y techos”, y esto dio un margen de discrecionalidad al juez.

Una respuesta al tema de la proporcionalidad es que la jueza o el juez, predeterminado por la hipótesis del hecho pueda construir una pena adecuada, personal y proporcional con la persona. Para evitar la discrecionalidad y la arbitrariedad, al establecer la pena debe haber debate, debe ser demostrable, debe motivarse, el juez o jueza debe respetar principios, y se pueda apelar.

Para lograr esto se requiere:

- Separar el tratamiento de los temas existencia del delito y participación

o responsabilidad, del tema pena a imponerse.

- El diseño individualizado y proporcional de la pena. Cada procesado debe tener su propia pena y rehabilitación.
- La participación de un equipo profesional en el diseño de la pena, que asesore al juez al resolver las preguntas de quién es el punido y qué requiere para rehabilitarse.
- Tomar la decisión de la pena aplicable en una audiencia oral, pública y de contradictorios.

Por otra parte, una de las penas menos comentada pero que sin embargo reviste mayor importancia es la reparación a la víctima, la que tiene fundamento constitucional (artículo 78) y proporciona grandes ventajas como:

- a.- Da respuesta a las pretensiones de la víctima que no busca del sistema venganza y dinero.
- b.- Visualiza la complejidad de lo que implica el daño ocasionado por la infracción penal, y permite indemnización y formas simbólicas o no materiales de reparación, como la disculpa o las medidas para prevenir la no repetición³.

³ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador ha sostenido que la sentencia es una forma de reparación (párrafo 250) y otras formas de reparación como la obligación de investigar, las medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición (párrafos 261 al 263); además de la capacitación a agentes de autoridad (párrafos 272 y 273).

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:

“Art. 18.- Reparación integral.- En caso de declararse la vulneración de derechos se ordenará la reparación integral por el daño material e inmaterial. La reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación. La reparación podrá incluir, entre otras formas, la restitución del derecho, la compensación económica o patrimonial, la rehabilitación, la satisfacción, las garantías de que el hecho no se repita, la obligación de remitir a la autoridad competente para investigar y sancionar, las medidas de reconocimiento, las disculpas públicas, la prestación de servicios públicos, la atención de salud...”

c.- Acerca al derecho penal a la justicia restauradora, y deja de ser simplemente justicia represiva.

La posibilidad de restituir, en la medida de lo posible, a la víctima como elemento integrante de la pena, y la individualización y la consecuente proporcionalidad de la misma, considerando “quién” es el procesado constituye un avance, no solamente en cuanto a las medidas de rehabilitación, también individualizadas, sino en lo que tenemos como concepto de la realización de la justicia.

Antes de concluir, indico que al expresar personalidad no se trata de elaborar perfiles criminales como lo propuso el positivismo. El Código Penal y el Código de Procedimiento Penal acuden al perito sicólogo, psiquiatra, para que se pronuncie sobre el estado mental del sospechoso al momento de cometer el acto, esto porque la pericia puede decirnos si estamos o no ante un imputable.

La Constitución de la República, (artículo 76.6) busca que la respuesta del Estado sea adecuada, personal, singular, individual, respetando las cualidades del condenado que deban desarrollarse y fomentando cambios en

aquellas en que hay distorsión.

CONCLUSIONES:

- a.- Las sentencias penales condenatorias dictadas a partir del 20 de octubre de 2008, no se compadecen con los mandatos constitucionales, por no considerar la proporcionalidad, y la personalidad, al estar atadas a penas establecidas en forma no individualizadas.
- b.- La Asamblea Nacional debe generar una ley penal con rangos más amplios que los actuales, amplios entre el mínimo y el máximo de las penas privativas de libertad, de manera que la o el juzgador puedan tener mayores opciones para construir la pena adecuada.
- c.- Para discutir y resolver la pena aplicable debe realizarse una audiencia distinta a la del juicio, la que se realizaría para debatir estrictamente sobre la existencia del delito y la responsabilidad.
- d.- Contar con equipos multidisciplinarios que puedan proporcionar insumos técnicos para determinar el tipo, tiempo y forma de cumplimiento de la pena, más adecuada al hecho, al derecho de la víctima y a las necesidades de rehabilitación del procesado. ❖

La Prisión Preventiva y el Respeto de los Derechos Fundamentales



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

1.1. La prisión preventiva como medida de excepción

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, que tiene como finalidad la restricción que se le impone al procesado respecto de su libertad individual, para asegurar la prosecución del proceso tendiente a establecer la verdad de los hechos y la aplicación de la ley penal. Sin embargo la prisión preventiva constituye la figura jurídica que atenta contra la libertad de los individuos reconocida y protegida por la Constitución de la República del Ecuador y el Código de Procedimiento Penal, razón por la cual se la debe aplicar como medida de excepción, ya que tiene como propósitos específicos garantizar la comparecencia de procesado o acusado a las demás etapas del proceso penal, y de existir sentencia condenatoria ejecutoriada, asegurar el cumplimiento de la pena impuesta.

Así tenemos que el numeral 1 del Art. 77 de la Constitución dispone: “1.

La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para asegurar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de la libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.”

Por lo expuesto es necesario que el juzgador analice jurídicamente cada caso en particular, a fin de que aplique la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter personal de ultima ratio; pues nuestro Código de Procedimiento Penal establece doce medidas cautelares de carácter personal a más de la medida antes indicada, lo cual le permite tener una actuación adecuada

para no violar el derecho a la libertad individual de los ciudadanos. Al respecto el numeral 11 del Art. 77 de la Constitución de la República dispone: “La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.”

Al respecto Alfredo Vélez, al referirse al tema dice: “Los actos de cohesión personal procuran impedir que el procesado, por estar en libertad, observe una conducta que haga imposible o ponga obstáculos a la actuación efectiva de la ley penal, ya sea por impedir o estorbar la investigación, ya sea por eludir la acción de la justicia”. (VELEZ, Alfredo. Tomo II Pág. 477)

En tal virtud la prisión preventiva debe ser ordenada por el juez competente en los casos estrictamente necesarios, siempre que se cumplan los requisitos determinados en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, que en forma expresa manifiesta: “Cuando el juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor ó cómplice del delito; 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año; y, 4.

Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; y, 5. indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio”. Pues esta norma jurídica le da la facultad al juzgador para poder ordenar la prisión preventiva en contra del procesado, previa petición expresa del fiscal, siempre que cumpla con los requisitos antes indicados, lo cual implica que sólo la razón y la recta inteligencia del juez, determinará si ordena o no esta medida privativa de la libertad individual en cada uno de los casos puestos a su conocimiento y competencia, por cuánto la prisión preventiva es considerada como una medida de excepción, lo que significa que no es aplicable en todos los casos sino cuando no se garantice la presencia del procesado en la sustanciación del proceso e incluso después de haber sido ordenada puede ser revocada, sustituida o suspendida si a criterio del juez ya no la considera pertinente y por ser atentatoria a la Constitución de la República, los tratados y acuerdos internacionales vigentes en nuestro país y a las demás leyes que hacen referencia a esta figura jurídica.

Cabanellas al referirse al tema dice que: “La prisión preventiva durante la tramitación de una causa penal se dispone por resolución de un juez competente, por existir sospecha contra el detenido por un delito de cierta gravedad al menos y por razones de seguridad para evitar su fuga u ocultación, así como la ulterior actividad nociva”.

(CABANELLAS, Guillermo. 1999, Tomo VI Pág. 420.)

Por esto se comparte la tesis de que esta medida cautelar debe ser adoptada únicamente después de discernir por parte del juzgador sobre aspectos relacionados con la gravedad del delito, sobre la fuga u ocultación del procesado y en especial sobre las futuras actuaciones de este individuo frente a la sociedad. Por esto el Doctor Efraín Torres dice: “Después de la vida, la libertad es el principal derecho de todo ser humano. El quitar o restringir la libertad es grave decisión del Estado, por su deber a la conservación del orden social. Así, pues, si por un lado vela por el imperio de la libertad, como esencial derecho humano, por otro lado, juega con ella con una dura arma para el restablecimiento del equilibrio social que con el delito se resquebraja”. **(TORRES, Efraín. Tomo II Pág. 20)**

Por esto los juristas debemos tener una concepción clara sobre esta medida de privación de la libertad individual, a fin de que sea utilizada siempre pensando en los derechos humanos y constitucionales de los presuntos responsables del cometimiento de un delito y de los sagrados derechos de la colectividad, que siempre buscan el interés común y el bienestar de sus asociados.

Así tenemos que: “La carta de San Francisco y la Declaración Universal, si bien no establecieron obligaciones jurídicas para los Estados en cuanto a derechos humanos proclamaron el principio de la protección internacional de tales derechos y reconocieron que este asun-

to ya no era simplemente una cuestión doméstica de los Estados sino materia cuya reglamentación había entrado en la esfera del derecho internacional”. **(VALEN西亚, Luis. 1972, Págs. 20-21).**

Por lo anteriormente analizado, es necesario que tanto el fiscal como el juez que conocen una causa concreta, actúen en una forma equilibrada tomando en cuenta el marco jurídico vigente, asociado la experiencia y la psicología, con la finalidad que sus actuaciones estén enmarcadas en derecho, donde prime la equidad y la imparcialidad, lo cual permitirá garantizar una paz social duradera, teniendo siempre presente que la prisión preventiva es una medida cautelar excepcional. Por esto Alfredo Vélez, concluye manifestando: “De esto resulta que el acto de coerción sólo puede tener un carácter provisional y cautelar; que por naturaleza es una garantía que la ley consciente para asegurar su efectiva vigencia; que se basa en una necesidad de tutela jurídica”. **(VELEZ, Alfredo. Tomo II Pág. 480)**

En el mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a decidido que: “El objeto de la detención preventiva es asegurar que el acusado no se evadirá o interferirá de otra manera la investigación judicial. La comisión a subrayado que la prisión preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos que haya una sospecha razonable de que el acusado podrá evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia”.

1.2. La prisión preventiva y el respeto de los derechos fundamentales del privado de su libertad individual

La prisión preventiva se encuentra regulada por la Constitución de la República, los tratados y acuerdos internacionales vigentes en el Ecuador, así como en el Código de Procedimiento Penal, normas jurídicas que garantizan que las autoridades que gozan de jurisdicción y competencia, tienen la obligación de respetar y hacer respetar los derechos fundamentales de las personas que se encuentren involucradas en actos delictivos, que por su gravedad e incidencia se hace indispensable ordenar la prisión preventiva, con la exclusiva finalidad de asegurar el imperio de la ley penal.

Frente a esta realidad jurídica del procesado, los abogados litigantes, los miembros de la Policía Nacional, los fiscales y jueces tienen la gran responsabilidad de velar por el respeto de los derechos fundamentales de estos individuos, entre los cuales podemos destacar el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad individual, el derecho a ser considerados inocentes mientras no se demuestre lo contrario, la inviolabilidad del domicilio, los cuales deben ser respetados por ser connaturales al ser humano. En nuestro país existen cientos de personas que se encuentran privados de su libertad individual, algunos de ellos sin que existan presunciones de responsabilidad y otros que han sido sentenciados con prisión o reclusión y que cumplen sus penas en condiciones infrahumanas, por cuánto los centros de

rehabilitación social se han convertido en instituciones inadecuadas para la real rehabilitación integral de los sentenciados, razón por la cual se ha hecho necesario la intervención de organismos internacionales, tales como la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos para proteger en forma inmediata, efectiva e integral sus derechos, ya que de conformidad con lo que dispone el Art. 35 de la Constitución de la República, son personas que deben recibir una atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado.

Así el principio cuatro del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometida a Cualquier Forma de Detención y Prisión, en forma expresa preceptúa: “Toda forma de detención y prisión y todas las medidas que afecten todos los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención y prisión deberán ser ordenadas por un juez u otra autoridad, o quedar sujetas a la fiscalización efectiva de un juez u otra autoridad”. Además es necesario hacer referencia a lo que dispone el Art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice: 1. Nadie será objeto de injerencia arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, y de ataques ilegales a su honra y reputación 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. De esto se desprende que la prisión preventiva debe ser ordenada por parte de un juez competente, el cual según nuestra legislación es el que tiene la obligación de garantizar los derechos fundamentales

de los procesados o acusados, ya que su incumplimiento pueda acarrear responsabilidades de carácter administrativo, civil e incluso penal. Pues el procesado en una causa tiene derecho a ser juzgado en un plazo razonable, o en su defecto, puesto en inmediata libertad si es que la prisión preventiva caduca por haber transcurrido seis meses en los delitos castigados por prisión y en un año los delitos sancionados con reclusión, como dispone la Constitución de la República, en consecuencia su incumplimiento violaría los derechos fundamentales del procesado.

El tratadista Ramiro Ávila, al referirse a la nueva concepción de los derechos humanos manifiesta: “Los Retos de una nueva institucionalidad estatal para la protección de los derechos humanos serán abordados desde tres ideas preliminares: (a) la conceptualización de los elementos consecutivos de una institucionalidad, (b) el proceso de su construcción, y (c) los paradigmas históricos que la contextualizan,…” (ÁVILA, Ramiro. 2008 Pág. 15)

Entonces los derechos humanos deben ser protegidos tanto por la legislación interna de un país determinado, como por la internacional establecida por los acuerdos y tratados internacionales, en este último caso serán obligatorios los que hayan sido suscritos por el Presidente de la República, aprobados por la Asamblea Nacional, previo un informe favorable de la Corte Constitucional, y ratificados ante los demás Estados Partes por el Primer Mandatario, siendo además un requisito de orden

legal su publicación en el Registro Oficial. Pues es fundamental que los pueblos tomen conciencia de lo que significa los derechos humanos y su respeto incondicional a los mismos.

El tratadista Alberto Bovino, al referirse a este tema dice: “El derecho internacional de los derechos humanos, en diversos instrumentos, contiene cuatro grupos de exigencias referidas al encarcelamiento preventivo de personas adultas. Ellos son: a) requisitos sustantivos que garantizan la detención; b) control judicial de la detención; c) condiciones materiales de cumplimiento de la privación de libertad, y d) limitación temporal de encarcelamiento procesal...”. (BOVINO, Alberto. Página 127)

En tal virtud las juezas y jueces que tienen jurisdicción y competencia en materia penal son los únicos facultados para ordenar la prisión preventiva, por lo que siempre deben pensar en los cuatro presupuestos indicados anteriormente, lo cual les permitirá garantizar los derechos fundamentales de los procesados; en el caso de no encontrarse reunidos estos requisitos o de haber desaparecido los indicios que hagan presumir la responsabilidad penal de un individuo, el juez tiene la facultad de proteger sus derechos frente a alguna acción u omisión de una autoridad que en forma ilegítima tomen una medida en su contra y que sea atentatoria a su libertad individual, en franca violación a las normas legales y constitucionales.

Es necesario dejar clarificado que la prisión preventiva es una medida cautelar que únicamente puede ser

ordenada por una jueza o juez y que tiene como finalidad asegurar la comparecencia del procesado, siempre que se reúnan los requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, esto es que existen indicios claros y precisos sobre el cometimiento de un delito de acción pública, indicios que hagan presumir la responsabilidad de los procesados, que la pena señalada para dicho ilícito sea superior a un año y que exista peligro de fuga. Sin embargo de lo cual, la jueza o juez debe aplicar esta medida cautelar con el carácter de excepcional, por lo que deberá ordenarla cuando exista una verdadera necesidad tomando en cuenta las circunstancias en el que se cometió el hecho delictivo.

El Doctor Luis Abarca en forma expresa manifiesta que: “Nuestra Constitución reconoce, garantiza y protege como derechos civiles fundamentales a la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones; derechos que por su gran trascendencia en el ámbito de la administración de justicia penal, alcanzan protección jurídica constitucional como garantías del debido proceso”. (ABARCA, Luis. Tomo VI Página 122)

Si la jueza o juez es quien garantiza estos derechos fundamentales relacionados con la seguridad jurídica y el debido proceso, significa que toda medida cautelar de carácter personal, como es la prisión preventiva, debe ser dispuesta en estricta aplicación de la ley, considerando siempre todos los aspectos anteriormente analizados y en especial respetando los principios cons-

titucionales que garantizan los derechos humanos de los ciudadanos, caso contrario esa medida sería inconstitucional y en consecuencia produciría una inseguridad jurídica que llevaría al caos a la administración de justicia.

1.3. La prisión preventiva arbitraria

La Legislación Ecuatoriana determina en forma expresa los requisitos de forma y fondo, que son indispensables para que un juez ordene la prisión preventiva de una persona así el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal establece los requisitos que debe tomar en cuenta el juzgador para ordenar la prisión preventiva, considerando que esta medida de carácter personal es de carácter excepcional, así como también considerará, las circunstancias en las que se cometió la infracción, la peligrosidad del delincuente, el peligro de fuga y otros factores de carácter jurídico, para que finalmente resuelva cada una de las causas puestas a su consideración y competencia. En tal virtud si una persona es privada de su libertad individual, el juzgador debe observar cada uno de los derechos antes indicados, ya que de lo contrario la prisión preventiva se convierte en arbitraria, y por ende, viola los derechos fundamentales de dicho individuo, es decir que esta medida cautelar arbitraria rompe con el esquema jurídico de nuestro país.

Ramiro Ávila al referirse a este tema expresa: “La libertad, recordemos, estará bajo la responsabilidad de las personas. El estado, gendarme intervendrá exclusivamente cuando se

presente problemas de abuso entre particulares. La intervención puede ser policial o judicial. La policía prevendrá y ejecutará las sentencias de los jueces. La administración de justicia sólo tendrá competencia para resolver conflictos en la aplicación de las leyes y siempre son conflictos horizontales, entre iguales, entre personas capaces” (ÁVILA, Ramiro. 2008 pág. 30)

Por lo anteriormente analizado podemos precisar que el juzgador que actúe al margen de la Constitución de la República, los acuerdos y tratados internacionales y de la ley, podían tener consecuencias jurídicas muy graves en su contra, ya sean de carácter civil para responder por los daños y perjuicios de conformidad con lo que dispone el Art. 22 de la Constitución y de haberse cometido alguna infracción de carácter penal, como el de prevaricato tipificado y sancionado por el Art. 277 del Código Penal, en su parte pertinente dispone: “Son prevaricadores y serán reprimidos con 1 a 5 años de prisión... los jueces o árbitros que en la substanciación de las causas procedieran maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan”. Sin perjuicio de las dos acciones antes indicadas, la jueza o juez puede tener responsabilidad administrativa, siendo la autoridad competente para sancionar el Consejo de la Judicatura.

El Doctor Fernando Albán, al referirse al tema expresa: “El juzgador además está prohibido de ordenar la prisión preventiva en todos los delitos de acción privada, sin importar si está

penado o no con privación de la libertad, o inferir o superior al año tales como el estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menos de dieciocho, el rapto de una mujer mayor de dieciséis y menor de dieciocho que hubiere consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor, la injuria calumniosa y la no-calumniosa grave, los daños ocasionados en propiedad privada, acepto el incendio, la usurpación, la muerte de animales domésticos o domesticados y el atentado al pudor de un mayor de edad”. (ALBÁN, Fernando. Pág. 182)

De esto se desprende que el juzgador no puede ordenar la prisión preventiva en los delitos de acción privada y de hacerlo, fallará contra ley expresa y cometería el delito de prevaricato y dicha prisión preventiva sería ilegítima, por lo que el abogado defensor del privado de la libertad individual, está en la facultad de hacer valer sus derechos ante las juezas o jueces competentes, mediante las acciones constitucionales aplicables al caso.

El Doctor Luis Abarca al referirse a esta medida cautelar manifiesta: “La prisión preventiva por naturaleza es una medida cautelar personal que la dicta el titular del órgano jurisdiccional penal en los casos previstos por el Código de Procedimiento Penal, con el propósito de asegurar la comparecencia del procesado o acusado al proceso para que responda penalmente de la imputación de ser partícipe en el cometimiento del delito objeto de la investigación procesal, siempre que cada imputación se

encontrare sustentada en indicios suficientes tanto de la existencia de un delito como de la participación del procesado del cometimiento como autor o cómplice; de tal forma que se excluyen los encubridores, en razón de la circunstancia de que su participación es posterior a la consumación del delito”. (ABARCA, Luis. Pág. 114)

De esto se desprende que la prisión preventiva, únicamente, se la puede ordenar en los casos previstos por la ley y es así que el numeral dos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, hace referencia a que la prisión preventiva solo es aplicable al procesado ya sea autor o cómplice de un delito, siendo por lo tanto prohibido ordenar esta medida cautelar en contra del encubridor y de tomarse esta medida en forma arbitraria, dicha persona está facultada para proponer un recurso de apelación para ante la Corte Provincial de Justicia, quien debe resolver en el plazo y forma que determine el Art. 172 del Código de Procedimiento Penal.

Es importante hacer referencia a lo que dispone el Art. 169 del Código de Procedimiento Penal y el numeral 9 del Art. 77 de la Constitución de la República que indican aspectos relacionados con la caducidad de la prisión preventiva, esto es que no pueden exceder de seis meses en los delitos sancionados con prisión, ni de un año en los delitos sancionados con reclusión, por lo que al excederse estos plazos la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce la causa. Es decir que si un pro-

cesado, se encuentra con orden de prisión preventiva, ésta tendrá vigencia durante los plazos antes indicados, evitado de esta forma la caducidad de la prisión preventiva. Si a pesar de haber transcurrido los plazos citados anteriormente, el juzgador mantiene privado de su libertad al procesado, esta medida sería arbitraria y atentatoria a sus derechos constitucionales.

De igual forma, la prisión preventiva es arbitraria cuando la jueza o juez dicta auto de sobreseimiento, ya sea provisional o definitivo, a favor del procesado y no le pone en inmediata libertad como dispone el numeral 10 del Art. 77 de la Constitución de la República, que textualmente dice: “Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso”. Si se incumple con esta norma constitucional, esa medida cautelar es ilegítima, por lo que el procesado está en su derecho de plantear una acción civil, en la cual demandará el pago de daños y perjuicios, sufridos por el encarcelamiento arbitrario.

Es importante hacer referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando en su Art. 7 al referirse al Derecho a la Libertad Personal dispone: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los

Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

Por lo analizado anteriormente llegamos a la conclusión que, la prisión preventiva tiene varias limitaciones que se encuentran determinadas en el mar-

co jurídico vigente en el Ecuador, por lo que el juzgador debe aplicar dichas normas con el fin de no cometer arbitrariedades relacionadas con la libertad individual. Al respecto el Doctor Marco Terán dice: “... 5. Tiene limitaciones. Por cuanto no se puede ordenar prisión preventiva en los siguientes casos: En los delitos de acción privada; en las infracciones cuya pena no exceda en un año, independientemente de la condena que se le imponga; y, en los delitos que no tengan previsto pena privativa de libertad”. (TERÁN, Marco. Pág. 167)

También es necesario hacer referencia a la sustitución de la prisión preventiva que dispone el Art. 171 del Código de Procedimiento Penal el cual expresa: “El juez de garantías penales puede sustituir... Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de delitos sexuales, de odio, de los sancionados con penas de reclusión o cuando no exista reincidencia, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en la que persona procesada tenga una discapacidad mayor al 50% certificada por el CONADIS, padezca de enfermedad catastrófica, sea mayor de 60 años de edad, o sea una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta 90 días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieren el cuidado de la madre hasta que las mismas se superen”, Es preciso referirnos al arresto domiciliario, el cual es obligatorio para el juez en los casos expresados anteriormente

con el fin de garantizar el derecho a la libertad y los derechos fundamentales de dichas personas.

Al respecto el doctor Walter Guerrero manifiesta: “Sin embargo en la práctica judicial hemos visto que los jueces ordenen el arresto domiciliario de las personas mayores de sesenta y cinco años de edad con vigilancia policial. Las autoridades policiales han argumentado en varias ocasiones que no disponen del personal suficiente para atender esa modalidad cautelar, motivo por el cual se han presentado dificultades para que se aplique esta alternativa...”. (**GUERRERO, Walter. Tomo II. Pág. 265.**)

De esta afirmación se desprende claramente que existen casos en los cuales las juezas o jueces ordenan la prisión preventiva, y no la sustituyen a dicha medida cautelar con el arresto domiciliario, cuando la ley en forma expresa así lo ordena, lo cual constituye un acto ilegítimo y violatorio a todos los principios constitucionales y legales, convirtiéndose en consecuencia en una prisión preventiva arbitraria, que debe ser corregida en forma inmediata por parte de los juzgadores que no cumplen las normas jurídicas vigentes argumentando que la Policía Nacional no tiene personal suficiente, lo cual significa actuar en forma inadecuada.

Además es necesario hacer referencia a la Legislación Internacional, la cual ha sido suscrita por el Ecuador y luego ratificada por la Asamblea Nacional y publicada en el Registro Oficial. Entre estas normas tenemos la Convención Americana sobre Derechos Huma-

nos, que en su Art. 7 en forma expresa prohíbe las detenciones arbitrarias, en caso de hacerlo el procesado tiene derecho a que se le informe de las razones de su detención y de manera especial garantiza el control judicial sobre la legalidad de toda detención. De igual forma el Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el numeral 1 del Art. 9 en forma textual dice: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta ley”. Esta norma jurídica tiene relación con lo que dispone el numeral 3 del Art. antes citado, que hace referencia a que toda persona detenida o presa, tiene derecho a ser llevado ante un juez para que pueda ejercer sus funciones judiciales y su juzgamiento se lo realice dentro de un plazo razonable, o en su defecto, a ser puesta en libertad.

La Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en uno de sus informes manifiesta: “Si el tiempo pasado por un detenido en régimen de prisión preventiva en espera del juicio rebasa el periodo de la pena que se impondría si se le reconociera culpable y se le condenara, la detención constituiría una grave violación del derecho del detenido o que se formulen las acusaciones y se le reconozca al culpable antes de que se le castigue”. (**CORTE INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay”, 1978 Pág. 61.**)

Por lo indicado es indispensable que el juzgador tome en cuenta la pena que sufriría un procesado o acusado, en el caso de ser considerado responsable del cometimiento de un delito, por cuanto dicha sanción tiene que tener una proporcionalidad con la infracción; si no ocurre esto, la prisión preventiva sería arbitraria y por lo tanto cuestionable ante el tribunal ad-quem u organismos internacionales, con el fin de hacer respetar los derechos constitucionales y legales de la persona que sufre la privación de su libertad individual en forma ilegítima.

El tratadista Alberto Bovino, al referirse al tema refiere: “Todos los requisitos, presupuestos y exigencias que pueden ser verificados para autorizar el encarcelamiento anticipado carecerían de sentido si sólo fueran necesarios para fundar la decisión inicial que ordena la detención. Si así fuera, una detención inicialmente legítima podría tornarse arbitraria sin que pudiera remediarse tal situación. Por este motivo se reconoce el carácter provisional de toda detención preventiva. El principio de provisionalidad sólo autoriza a continuar con la detención si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de ordenarla...”. (BOVINO, Alberto. *Página. 160*)

1.4. Consecuencias jurídicas de la prisión preventiva

Como consecuencias jurídicas que produce esta medida cautelar de carácter personal, tenemos las siguientes:

- Como consecuencia jurídica que ha

previsto el Estado es preservar el orden público, por cuanto en casos excepcionales tratándose de delitos que produzcan alarma social, la prisión preventiva de una determinada persona garantiza la amenaza de disturbios de orden público que alteren la tranquilidad de la comunidad.

- Tomando en cuenta que en un sistema acusatorio oral de juzgamiento, la prueba testimonial debe presentarse en la audiencia del juicio ante el tribunal de garantías penales y que esta prueba tiene mucha relevancia jurídica para comprobar la responsabilidad del presunto responsable del cometimiento de un delito, con la prisión preventiva se está precautelando que ese procesado o acusado ejerza amenazas que pongan en peligro la integridad personal y familiar del testigo o perito, con lo que se está garantizando a la vez la comparecencia del testigo al juicio y la fidelidad de su testimonio.
- Como efecto jurídico tenemos que el hecho de encontrar a una persona detenida, la investigación que realice el fiscal va a tener mayores y mejores resultados jurídicos, por cuanto va a tener que realizar las diligencias investigativas que sean necesarias para esclarecer los hechos antes de que esta medida cautelar de carácter personal caduque, de conformidad con lo que dispone en el numeral 9 del Art. 77 de la Constitución de la República, y también por cuanto el proceso de investigación no va a ser impedido por la liberación del

procesado, ya que de alguna manera puede poner en peligro el desvanecimiento de los elementos de convicción que servirán para que el juez dicte el correspondiente auto de llamamiento a juicio.

- También es una consecuencia jurídica, en la que tiene interés directo el Estado, el evitar que la persona detenida cometa nuevos delitos, esto tomando en cuenta la gravedad del crimen, el historial personal y la evaluación de la personalidad del procesado, además teniendo presente que es un deber del Estado garantizar y tomar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y el orden público, es decir, la prisión preventiva va a facilitar el enjuiciamiento del infractor y la imposición de la pena respectiva, con lo que se hará efectiva la realización de la administración de justicia.
- Se considera que la prisión preventiva evita que el procesado o acusado se fugue y evada la acción de la justicia, medida con la cual el Estado garantiza la correcta administración de la justicia y principalmente la de impedir que los infractores queden sin la sanción que contemplan nuestras leyes penales.

1.5. Consecuencias sociales de la prisión preventiva

La prisión preventiva trae consecuencias sociales incalculables en contra del ser humano, por constituir una medida que atenta a la naturaleza humana, por cuanto las personas na-

cieron libres en pleno goce de sus derechos fundamentales; es más negativa la prisión preventiva, cuando esta es inminentemente arbitraria e injusta; incluso, cuando es legítima y se prolonga por largos meses o años que en algunos casos sobrepasan el tiempo de la condena que se le impusiera de encontrarle responsable de un hecho delictivo.

En forma general las consecuencias sociales de la prisión preventiva más relevantes se sintetizan en las siguientes: Impide a la persona privada de su libertad una rehabilitación social adecuada que le permita una reinserción en su grupo social al que se pertenece; constituye una medida cautelar que al aglutinar a cientos de reclusos, se convierte en una carga económica para el Estado ya que éste debe cubrir los gastos de su manutención y cuidado diario, dejando de lado la solución de problemas de mayor importancia dentro de un conglomerado social; y, es necesario hacer referencia al impacto social y psicológico, que afectan a la autoestima y a la parte sentimental del ser humano, considerando que la libertad individual, es uno de los bienes más preciados de los ciudadanos.

1.6. La prisión preventiva y la presunción de inocencia

Con el cambio de sistema de justicia penal en el Ecuador, esto es del inquisitivo al acusatorio oral, hace preveer que el futuro vendrá nuevos vientos para la administración de justicia, porque en primer lugar el juzgador tendrá en su mente, el hecho que el procesado o acusado es un ser humano, que tiene

derechos que no pueden ser conculcados y que se encuentran establecidos en el marco jurídico vigente en nuestro país y que constan como derechos fundamentales de los ciudadanos y principios del debido proceso, lo cual garantiza una verdadera seguridad jurídica, no sólo en materia penal, sino en todas las áreas jurídicas, por cuanto constituyen normas jurídicas que regulan el convivir diario de la sociedad siempre pensando en el bien común.

Es preciso analizar que nuestra legislación garantiza la presunción de inocencia de todas las personas, mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada. Esto significa que los derechos del procesado o acusado respecto a su presunción de inocencia, tiene un alcance constitucional y legal, por lo que el juzgador, siempre tiene que actuar con sabiduría, con cabeza fría, aplicando su experiencia profesional y hasta esperando la iluminación de una luz divina, aspectos que engrandecen sus actuaciones frente a una sociedad que clama justicia.

Uno de los juristas más destacados de nuestro país como es el Doctor Jorge Zavala Baquerizo, al referirse al derecho de inocencia y a la prisión preventiva, expone: "...La fuerza de las providencias intermedias o de tránsito, como el auto de prisión preventiva lo único que hacen es establecer una medida cautelar de carácter personal que limitan ciertas actividades del justiciable, pero no tienen suficiente fuerza jurídica para enervar la situación jurídica de la inocencia, que no se pierde ni aún en el caso que,

dictada la sentencia condenatoria, ésta fuera objeto del recurso de casación...". Este autor continúa analizando y afirma que: "...No es que se limita el derecho a la libertad del sujeto pasivo del proceso o considerarlo culpable, sino porque se aspira a asegurar la presencia del justiciable durante el desarrollo del proceso, en cuyo desarrollo goza de la presunción de inocencia. Las medidas cautelares tienen finalidades de carácter procesal y no afectan a la situación jurídica de inocencia". (ZAVALA, Jorge. Tomo I. Págs. 207 - 208)

Al referirnos a este derecho constitucional de la inocencia, es preciso indicar lo que dispone el numeral 2 del Art. 76 de la Constitución de la República que textualmente dice: "Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada". En idéntico sentido dispone el Art. 4 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "Todo procesado es inocente, hasta que en sentencia ejecutoriada se lo declare culpable".

Es indiscutible que para llegar a dictar una sentencia condenatoria en materia penal, es indispensable que el juzgador haya agotado todo el trámite procesal pertinente y de manera especial, haya percibido en forma directa la prueba a través del sistema acusatorio oral, con la finalidad de llegar a probar la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, en estricto apego a las leyes adjetivas y sustantivas, así como la observancia de las garantías

constitucionales de los sujetos procesales y de los principios del debido proceso que se encuentran establecidos en los Arts. 75 al 82 de la Constitución de la República, así como en otras disposiciones constitucionales y en los artículos comprendidos del 4 al 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, con esto se estaría respetando el derecho a la presunción de inocencia del procesado o acusado, que se encuentra involucrado en un hecho delictivo.

Al respecto Jorge Zavala hace el siguiente análisis: “La situación jurídica de inocencia exige que toda sentencia condenatoria que enerve la inocencia debe ir precedida de la actividad probatoria suficiente orientada a hacer presente jurídicamente la culpabilidad del acusado; y, que esta actividad probatoria haya sido obtenida de manera legítima, conforme a los mandatos constitucionales, internacionales y legales que rigen el debido proceso, pues de lo contrario dicha prueba no tendrá validez alguna...”. (ZAVALA, Jorge. Tomo I. Pág. 209”)

Si la Constitución de la República garantiza el derecho del procesado o acusado respecto de su inocencia mientras no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, entonces este sujeto seguirá siendo considerado como tal, en consecuencia la medida cautelar tendrá el carácter de preventiva hasta cuando la Corte Nacional de Justicia, a través de la Sala Especializada de lo Penal, haya resuelto la situación jurídica del acusado, en el caso de haberse propuesto el recurso extraordinario de casación, hasta tanto estaría en su derecho de pedir

que se aplique el numeral 2 del Art. 76 de la Constitución de la República, considerando que si no existe una sentencia condenatoria ejecutoriada, el acusado seguirá siendo considerado como inocente.

El Doctor Jorge Zavala, al referirse a este tema concluye expresando: “Finalmente es necesario destacar que el principio de personalidad del acusado se sustenta fundamentalmente en dos derechos garantizados por el Estado, a saber: El derecho a conservar la situación jurídica de inocencia mientras no se declare la culpabilidad en sentencia condenatoria conforme a las leyes; y, el derecho que tiene todo habitante del Ecuador a defenderse de cualquier actuación extraprocesal o procesal, sea que las mismas las dirijan los policías, los fiscales, o los jueces”. (ZAVALA, Jorge. Tomo I. Pág. 209)

Según nuestra Constitución de la República vigente desde el 20 de octubre de 2008, los ecuatorianos vivimos en un Estado constitucional de derechos y justicia, lo cual garantiza el respeto a cada uno de los derechos de los ciudadanos, basta que los mismos consten en la Carta Magna, por lo que el juzgador no puede denegar justicia a falta de ley, pues siempre tendrá presente que la Constitución es la norma jurídica de mayor jerarquía y su aplicación será directa e inmediata.

Por lo anteriormente analizado el tratadista Alberto Bovino dice: “Los tribunales de la justicia penal deben tener en cuenta, en toda decisión acerca de la restricción de la libertad de un inocente,

que ellos constituyen la última protección que existe entre el poder penal del Estado y los derechos fundamentales de las personas. Ante toda omisión o acción de un órgano de cualquiera de los poderes del Estado que afecte o restrinja ilegítimamente la libertad de una persona inocente, es el poder judicial, exclusivamente, quien puede y debe cumplir la tarea de proteger sus derechos fundamentales y de impedir o hacer cesar toda detención ilegítima...”. (BOVINO, Alberto. Pág. 118)

A más de lo indicado, el derecho de inocencia se encuentra protegido por los instrumentos internacionales, siendo los más importantes los siguientes: La Declaración Universal de los Derechos Humanos en el numeral 1 del Art. 11 dispone que: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y el juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. De la misma manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el numeral 2 del Art. 14 indica que: “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad conforme a la ley”. El cuerpo jurídico denominado Regla Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, en su regla 84 expresa: “El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia”. Finalmente es de gran importancia citar

lo que dispone el principio número 36, del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión que dice: “Se presumirá su inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que se haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa”.

Es de gran trascendencia tomar en cuenta las opiniones de los organismos internacionales encargados de aplicar los cuerpos legales ya mencionados, entre los cuales tenemos la Corte Interamericana Sobre Derechos Humanos, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Corte Penal Internacional de La Haya, lo que significa que el derecho de presunción de inocencia constituye uno de los pilares fundamentales del Derecho Penal en el mundo, ya que incluso hacen referencia a que el juzgamiento de una persona debe ser en un juicio público y en pleno goce de las garantías fundamentales, que al hablar de nuestra legislación estaríamos hablando de los principios del debido proceso.

Entonces es preciso manifestar:

Los seres humanos gozamos de la libertad individual, siempre que respetemos la Constitución de la República y las Leyes que regulan el orden constituido. ❖



Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo

Juez de la Corte Nacional de Justicia

Considero que las señoras y señores jueces provinciales del país deben reflexionar, respecto a la aplicación que actualmente se está dando a la venerable institución del hábeas corpus reparador. Me refiero al hecho de que al parecer, para negar el hábeas corpus, únicamente se está observando los literales a) y b) del numeral 2 del artículo 45 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC).

En realidad, en la acción constitucional de hábeas corpus el tribunal de la Corte Provincial, aparte de constatar que se cumplan los requisitos formales que debe tener un auto de prisión preventiva conforme el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal (CPP) en concordancia con el artículo 45, numeral 2, literales a) y b) de la LOGJCC, deberá también analizar y decidir si el auto de prisión preventiva que el Juez de Garantías Penales “creyó necesario expedir” conforme el artículo 167 del CPP, ellos a la vez “creen necesario mantener”, conforme el artículo 45, numeral 2, literal c) de la LOGJCC, lo

Una Reflexión sobre el “Hábeas Corpus”

cual inevitablemente conlleva analizar si el juez o jueza de garantías penales cumplió o no los cinco requisitos mencionados en el artículo 167 del CPP.

Si a criterio del tribunal de la Corte Provincial el auto de prisión preventiva ha sido excesivo, podría directamente sustituirlo por otra medida cautelar de carácter personal alternativa de las mencionadas en el artículo 160 del CPP y por tanto conceder el hábeas corpus de manera parcial, y/o disponer que el mismo/a Juez de Garantías Penales sustituya la medida cautelar personal de prisión preventiva dispuesta contra los accionantes, y conforme el artículo 160 del CPP dicte la/s medida/s sustitutiva/s que él/ella considere pertinentes. Lo dicho, sin perjuicio de que en lo posterior la jueza o juez de garantías penales, si surgen nuevos elementos de juicio dentro del proceso penal que hagan ver la necesidad ineludible de dictar la prisión preventiva en contra de los accionantes, pueda así hacerlo. De igual manera podrían proceder los tribunales

de la Corte Nacional que conozcan de los recursos de apelación en las acciones de hábeas corpus.

He podido apreciar dudas respecto a la naturaleza y alcance mismo de la acción de hábeas corpus: **esto es que supuestamente el tribunal provincial que conoce de la acción, o de la apelación, debe limitarse únicamente a verificar “aspectos formales” y nunca “sustanciales”, porque éstos últimos serían atribución privativa del juez de garantías penales (él/ella sabrá porque dictó el auto de prisión preventiva, y sólo a él/ella le correspondería revocarlo o sustituirlo).** Es decir, las Cortes Provinciales parecen considerar que deben “limitarse” a únicamente analizar si en el expediente de hábeas corpus consta el auto de prisión preventiva expedido por juez competente, y que los detenidos comparezcan ante el tribunal.

Efectivamente, nadie duda de que en el caso del artículo 45, numeral 2, literal b) de la LOGJCC, esto es “cuando no se exhiba la orden de privación de libertad”, la privación ilegítima o arbitraria de la libertad se presumirá ipso-facto; así también, “cuando la persona no fuere presentada a la audiencia” (literal a). Pero éstos son casos que deberían ser completamente excepcionales en un estado de derecho, y que no ofrecen mayores dificultades para el tribunal provincial o nacional. **En realidad, la mayor complejidad del instituto jurídico del hábeas corpus, reside más bien en el caso del artículo 45, numeral 2, literal c) de la LOGJCC, que dice “cuando**

la orden de privación de libertad no cumpla los requisitos legales o constitucionales”, lo cual evidentemente rebasa el tema formal de si existe o no orden de privación de libertad y/o ésta cumple o no los requisitos legales o constitucionales de carácter instrumental señalados en el artículo 168 del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto, lo trascendente en el instituto constitucional del hábeas corpus, no viene a ser determinar si dentro del proceso aparece o no el auto de detención o prisión preventiva del juez, o constatar si las personas procesadas son o no presentadas en audiencia; **sino si el auto de prisión preventiva expedido conforme el artículo 168 del CPP fue o no bien expedido, lo cual inevitablemente conlleva analizar si se cumplieron o no los cinco requisitos señalados en el artículo 167 del mismo Código, y muy especialmente los numerales 4 y 5 que dicen: “Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; y, Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio”.** Es decir, **en el hábeas corpus, los jueces provinciales, aparte de constatar los requisitos formales que debe tener un auto de prisión preventiva, deben sobre todo analizar y decidir sobre el complejo tema de si el auto de prisión preventiva, que el Juez de Garantías Penales “creyó necesario expedir”, ellos a la vez “creen necesario mantener.”.**

Es totalmente frecuente que en las sentencias de los tribunales provinciales que conocen la acción de hábeas corpus, todo el análisis para negar la acción gire más o menos alrededor de una idea como la siguiente: *“la privación de libertad del accionante es a consecuencia de una orden de prisión preventiva emitida por el titular del Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí, con sede en la ciudad de Manta, dispuesta el 8 de diciembre de 2012, dentro de la audiencia de formulación de cargos realizada el mismo día, ordenándose girar la respectiva boleta constitucional de encarcelación, la que obra de autos a fojas 5 y 6, consecuentemente la prisión preventiva fue dictada por un Juez competente...”*, entonces se parecería dar a entender (y de hecho eso se entiende) que lo único importante aquí es que sea formalmente un Juez de Garantías Penales quien efectivamente haya expedido el auto de prisión preventiva, lo cual lleva a que el análisis de si se concede o no el hábeas corpus se limite a análisis meramente formales, que aunque indudablemente importantes, resultan ser lo “básico” de la institución del hábeas corpus, y que en forma alguna agotan su real naturaleza y alcance.

Es necesario reflexionar en el hecho de que la acción constitucional de hábeas corpus tiene por objeto fundamental recuperar la libertad, de quien se encuentre privado de ella de forma ilegal, arbitraria o ilegítima. Tal arbitrariedad o ilegitimidad evidentemente no se pueden dar solo cuando la orden de detención o de prisión preventiva adolece de vicios for-

males (o peor aún no existe), sino también (y sobretodo) cuando se ha hecho un uso excesivo, abusivo o indebido de ella. Es importante tener presente que el concepto de “arbitrario” no es sinónimo de “ilegal”, siendo el primero más amplio que el segundo, pues obviamente un auto de prisión preventiva ilegal o ilegítimo siempre devendría también en arbitrario, pero lo contrario no sería necesariamente exacto: esto es, un auto de prisión preventiva arbitrario, no es necesariamente ilegal o ilegítimo; esta realidad con frecuencia no es debidamente tomada en cuenta. Así *“la acción de habeas corpus, procesalmente, tiene como finalidad la recuperación de la libertad personal, de quien hubiese sido privado de ella, ilegal, arbitraria o ilegítimamente, por una orden de autoridad pública o de cualquier persona; situación que difiere de la Constitución de 1998, en la que se preveía que, la acción de hábeas corpus, procedía cuando una persona crea estar “ilegalmente privada de su libertad”... como se dejó señalado en líneas anteriores, a diferencia de la Constitución de 1998 la actual Carta Fundamental abarca la privación de la libertad ilegal, arbitraria o ilegítima.”* (Jaramillo Huilcapi, Verónica; Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano, edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito - Ecuador, 2011, pgs. 245 - 246, 256-257).

No puede olvidarse que el instituto de hábeas corpus *“ha estado ligado desde sus orígenes al mantenimiento y defensa de la libertad ambulatoria o personal y ha aparecido históricamente como un medio*

para oponerse a las manifestaciones arbitrarias del poder, para examinar los actos de la autoridad y para hacer cesar detenciones ilegítimas o abusivas, apareciendo como una de las herramientas más eficaces en la larga y nunca terminado lucha por el derecho... pero dado que indiscutiblemente su finalidad específica es lo atinente a hacer cesar, prevenir o morigerar toda privación oficial de libertad que aparezca apartada de fundamentos legales... **un medio autónomo, informal y sumario destinado al examen de legalidad de medidas coercitivas personales y a evitar, corregir o paliar actividades oficiales abusivas en contra de la libertad individual... El instituto opera de una manera preventiva ante una situación de amenaza o riesgo cierto; como reparación de la privación de libertad ya concretada; o como morigeración de las condiciones en que la detención se cumple...** la perversa tendencia de convertir el proceso en una sanción y un modo de control social, implica una inversión de valores. Pero aun manteniendo la sistemática actual, al menos la de los códigos relativamente modernos, el intérprete debe tener en cuenta los fines de la cautela y no atarse únicamente a un sistema de anticipación sancionatoria derivado de la objetividad de la imputación. **Deben preverse modos alternativos de la prisión preventiva, lo que asegurando el cumplimiento del imputado respecto a las audiencias, no comience, como aun ocurre, por lo que tendría que ser el final.**" (Vásquez Rossi, Jorge; **Derecho Procesal Penal**, Tomo II -el proceso penal-, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Argentina, 2004, págs. 268-275). (Las negrillas son nuestras).

Es indudable que se **debe procurar cumplir con lo que la sociedad ecuatoriana como un todo dispuso, en el anexo Nº 2 de la pregunta Nº 2 de la consulta popular efectuada el 7 de mayo de 2011**, que constituye una garantía constitucional para las ecuatorianas y ecuatorianos todos **que la privación de la libertad no será la regla general**. En concordancia con esta garantía básica de índole constitucional, el artículo 159, segundo inciso, del Código de Procedimiento Penal claramente estipula que: *"en todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia"*. Es claro entonces que la sociedad ecuatoriana se ha pronunciado en el sentido de que los jueces de garantías penales deben ser restrictivos en el uso del instituto procesal de la prisión preventiva, que consta en los artículos 167 y 168 del Código de Procedimiento Penal; y como consecuencia directo de ello, el juez de garantías penales tiene la muy compleja y ardua tarea (lo entendemos) de darle plena vigencia, con sabiduría y conocimiento, al artículo 160 del CPP, que pone a su disposición otras medidas cautelares de carácter personal a parte de la prisión preventiva, para aquellos casos de los cuales no se desprenda una mediana o alta peligrosidad de los presuntos participantes y/o no se haya dado una gran conmoción social; ni,

naturalmente, que la víctima haya padecido de un peligro que va más allá de lo tolerable. *“Esta línea corresponde a lo que puede entenderse como una tendencia creciente que ha ido evolucionando hacia una ubicación de la privación de libertad como “última ratio” del sistema. Como expuesto, se partió de la detención como regla y de la excarcelación como excepción, entendiéndose en la actualidad precisamente lo contrario: la norma es la libertad caucionada y la excepción la prisión.”* (Vásquez, ob. cit., pg. 267).

Por tanto, debiendo considerarse indudablemente el riesgo real corrido por la víctima, también debe tomarse en cuenta la real peligrosidad de los hombres y mujeres, de toda edad y condición, que están sometidos a la más dura medida cautelar de carácter personal que puede haber, **esto es la prisión preventiva, que debería ser aplicada no de manera automática, sino en situaciones de alto riesgo e inseguridad y conmoción social, y para proteger a la sociedad (y a la víctima) de personas (hombres y mujeres) que han demostrado niveles criminológicos de alta peligrosidad con sus acciones (y eventualmente con sus omisiones), al punto de que sea “imprescindible” ordenar su prisión preventiva.**

Considero que los Tribunales de Justicia provinciales o nacionales, cuando conozcan de los recursos de hábeas corpus o sus apelaciones, **deben también, necesariamente, analizar si el juez de garantías penales se excedió**

o no al ordenar la prisión preventiva de una persona en ese estado del proceso, o pudo más bien dictar una medida cautelar de carácter personal alternativa; de ser así y no haberlo hecho, es obligación legal y constitucional del tribunal **“corregir tal exceso”** de manera inmediata.

Finalmente, no sería jurídicamente sostenible -en mi opinión-, pretender tomar el camino de que la institución del hábeas corpus sólo analiza los temas “formales” de la prisión preventiva, mientras que sería en el recurso de apelación del auto que concede o niega la prisión preventiva (Art. 343, 3 CPP) que se discutirían los aspectos “sustanciales” de la misma y/o en la institución del amparo de la libertad (Art. 422 CPP).

No puede caber duda, de que el “hábeas corpus” -al ser una acción constitucional- es mucho más relevante que “el recurso de apelación” penal y que el “amparo de la libertad” que son acciones judiciales; respecto a esta última, es conocida por el presidente de la respectiva Corte Provincial de Justicia (Art. 423, a) CPP), mientras que la acción constitucional de hábeas corpus, usualmente es conocida por un tribunal de la corte provincial de justicia, esto es por tres juezas o jueces provinciales. Y adicionalmente, la resolución que se tome en la acción de amparo de la libertad no es susceptible de recurso (Art. 429 CPP), mientras que la acción de hábeas corpus puede llegar (y usualmente lo hace) por recurso de apelación a un tribunal

de la Corte Nacional de Justicia. Lo que si resulta muy interesante considerar es que ambas instituciones, en la época actual, tienen objetos muy similares, especialmente desde que el hábeas corpus dejó de ser conocido por las señoras/ señores alcaldes. Esto podría llevar a considerar que para un sistema procesal más eficiente, muy probablemente en el futuro sea necesario derogar los actuales artículos 422 a 430 del CPP (amparo de la libertad), pues el hábeas corpus perfectamente abarca también a tal institución.

Indudablemente que se debe en un futuro próximo armonizar de mejor manera estas tres instituciones: la acción constitucional del hábeas corpus reparador, el recurso de apelación penal del auto que concede la prisión preventiva, y la acción judicial de amparo de la libertad, pues de manera poco articulada las tres recaen eventualmente sobre un mismo tema procesal, generándose así una distorsión del sistema que da lugar a contradicciones.

Respecto a todo lo dicho, en lo personal me he permitido aplicarlo en el voto salvado que expedí el 31 de enero de 2013, 11h57, dentro del recurso de apelación de acción de hábeas corpus Nº 30-2013, que señalaba:

“CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, EN EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. Quito, 31 de enero de 2013.- Las 11h57.-

VISTOS: En virtud de que la Jueza y los Jueces Nacionales que suscribimos, hemos sido designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución Nº 4-2012 de 25 de enero del 2012; y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resoluciones Nº 1-2012 de 30 de enero del 2012 y Nº 4-2012 de 28 de marzo de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo electrónico de 21 de enero de 2013, 15h01, que consta en el expediente, en conformidad con el artículo 169, numeral 1, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (**LOGJCC**), somos el Tribunal competente y avocamos conocimiento de **la presente apelación de acción constitucional de hábeas corpus. 1.-** La presente apelación se la tramita, fundamentalmente, conforme los artículos 89 de la Constitución de la República, y artículos 44, numeral 4, y 24 de la LOGJCC.

2.- Mediante auto de 22 de enero de 2013, 16h50, este Tribunal solicitó a la Primera Sala de Garantías Penales y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí que complete el expediente enviado, y remitan el acta de audiencia de calificación de flagrancia de la Fiscalía General del Estado, y el auto de prisión preventiva dictado por el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí, documentos que envían mediante oficio Nº 37-2013 CPJM-PSP de 25 de enero de 2013, recibidos por este Tribunal el 28 de enero de 2013, a las 11h08.

3.- Constan a fojas 2 y 6 del expediente de la Primera Sala de Garantías Penales y de Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Manabí (**en lo posterior “Corte Provincial”**), las acciones constitucionales de hábeas corpus presentadas por los señores **Cristian Gabriel Vélez Cevallos y Jimmy Javier Pinargote Tuárez**, respectivamente, las cuales contienen casi igual contenido y son suscritas por el mismo abogado defensor. **3.1.- Alegan fundamentalmente los accionantes, que:** *“agentes de la Policía Nacional, hacen detener el vehículo llevándome detenido por el cometimiento de un delito que jamás cometí, y en cual de existir no tengo ningún grado de participación, tanto es así que la supuesta víctima declara en la misma audiencia de flagrancia efectuada en el Juzgado Quinto de Garantías Penales de Manabí ante el señor Juez que no cometí el delito por el cual estoy inconstitucionalmente detenido en el centro de detención para personas con conflicto con la Ley El Rodeo del Portoviejo. El titular del Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí que dictó el auto de prisión preventiva es el señor Abg. José Pillas Agua Mendoza”.* **3.2.- Que:** *“en resumen, los requisitos fundamentales para que se produzca la flagrancia delictiva en este caso no existen y ninguno se adecúa a mi conducta, por último el Fiscal en un gran derroche de inteligencia lo acusa del delito asesinato en grado de cómplice, y el Juez de Flagrancia acata y acepta este petitorio desquiciante, y dicta el auto de prisión preventiva sin ninguna motivación, no explica de qué forma cooperé de forma directa en la consumación del delito anterior al hecho o de forma simultánea violando el (espacio en blanco) la Jueza o Juez siempre podrá ordenar medidas cautelares*

distintas a la prisión preventiva.”

4.- Mediante sentencia de mayoría de la Corte Provincial, de 27 de diciembre de 2012, 15h06, se resuelve: *“Niega la acción de hábeas corpus presentada por los señores Cristian Gabriel Vélez Cevallos y Jimmy Javier Pinargote Tuárez.”.* **4.1.- Consta el voto salvado** del doctor Orlando Delgado Párraga, quien dice: *“Me aparto del criterio de mayoría, respecto del ciudadano Jimmy Javier Pinargote Tuárez, puesto que los autos, no arrojan indicios suficientes que hagan presumir participación en el hecho delictivo, indicios que sí existen para el accionante Cristian Gabriel Vélez Cevallos, tan cierto es esto que el señor juez aquo, al dictar el auto de prisión preventiva no señala con precisión los elementos en que se basa o fundamenta para dictar el auto de prisión, requisitos que no puede soslayar, toda vez que el artículo 168 del Código Procesal Penal, señala expresamente qué debe contener, creo firmemente que constitucionalmente este ciudadano debe recobrar su libertad sin perjuicio de que si en lo posterior se reúnan los presupuestos de Ley, el juez a pedido del fiscal puede considerar ordenarla. De esta manera salvo mi voto, respecto del ciudadano Jimmy Javier Pinargote Tuárez. Notifíquese.”.*

5.- La sentencia de mayoría de la Corte Provincial se limita a hacer un recuento de los hechos, en los cuales se resume lo dicho por los accionantes, señor Cristian Gabriel Vélez Cevallos en primer lugar, y por Jimmy Javier Pinargote Tuárez (fojas 21 del expediente de la Corte Provincial); de lo dicho en la audiencia de hábeas corpus por el abogado de los accionantes (fojas

21 a 22); lo manifestado por el Juez Temporal encargado del Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí (fojas 22 y 22 vuelta). **Acto seguido, la sentencia de mayoría dice** (fojas 22 vuelta y primer inciso de fojas 23): “Corresponde manifestarnos si la prisión preventiva que afecta la libertad ambulatoria de los accionantes es ilegítima, ilegal o arbitraria, al efecto analizado que ha sido de manera exhaustiva la petición de hábeas corpus, las intervenciones de quienes hicieron uso de la palabra en la audiencia, así como el expediente presentado en original, la Sala hace las siguientes reflexiones”, **éstas (las reflexiones) se refieren exclusivamente a un tema normativo, pues únicamente se menciona el artículo 43, numeral 1, de la LOGJCC, y el artículo 45, numeral 2 de la misma Ley, para concluir que dado que** “...la privación de libertad del accionante es a consecuencia de una orden de prisión preventiva emitida por el titular del Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí, con sede en la ciudad de Manta, dispuesta el 8 de diciembre de 2012, dentro de la audiencia de formulación de cargos realizada el mismo día, ordenándose girar la respectiva boleta constitucional de encarcelación, la que obra de autos a fojas 5 y 6, consecuentemente la prisión preventiva fue dictada por un Juez competente en legal y debida forma, con la aplicación de principios y normas jurídicas que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico vigente, a más de las garantías y al debido proceso contempladas en nuestra constitución”, y que “al respecto la Sala observa [refiriéndose a los casos del Art. 45, numeral 2, LOGJCC], que ninguno de estos presupuestos se verifican en la presente acción de hábeas corpus, pues los accionantes

fueron detenidos en conjunto, uno de ellos fue reconocido físicamente por la agraviada del delito como la persona que la agredió, y el acuerdo reparatorio que esgrime la defensa del accionante Cristian Gabriel Vélez Cevallos, no existe jurídicamente, hasta la fecha el procesado Jimmy Javier Pinargote Tuárez no ha justificado su condición de pescador ni que vive en la parroquia San Mateo, la versión que dio respecto a que se encontraba de manera fortuita en el vehículo que ocupaba en el momento de su detención no está sustentada en ninguna actividad procesal o pre procesal que la afirme de manera creíble, a la presente no observamos ilegitimidad, ilegalidad o arbitrariedad en el auto de prisión preventiva accionado. En virtud de las consideraciones que anteceden... niega la acción de hábeas corpus presentada...”.

5.1.- Lo mencionado en la parte considerativa de la sentencia de la Corte Provincial no es que sea incorrecto, pero lamentablemente es incompleto, pues se limita a establecer una relación procesal únicamente formal (que aunque muy importante, no agota, ni mucho menos, el instituto del “hábeas corpus”). Efectivamente, nadie duda de que en el caso del artículo 45, numeral 2, literal b) de la LOGJCC, esto es “cuando no se exhiba la orden de privación de libertad” la privación ilegítima o arbitraria de la libertad se presumirá ipso-facto, así también “cuando la persona no fuere presentada a la audiencia” (literal a), pero éstos son casos que deberían ser completamente excepcionales en un estado de derecho.

5.2.- La mayor complejidad del instituto jurídico del hábeas corpus, reside más bien en el caso del artículo 45, numeral 2, literal c) de la LOGJCC, cuando dice

“cuando la orden de privación de libertad no cumpla los requisitos legales o constitucionales”, **lo cual evidentemente rebasa el tema formal de si existe o no orden de privación de libertad y/o ésta cumple o no los requisitos legales o constitucionales de carácter instrumental.**

6.- En realidad, lo más complejo en el instituto constitucional del hábeas corpus, no es determinar si dentro del proceso aparece o no el auto de detención del juez, o constatar si las personas procesadas son o no presentadas en audiencia; **sino si el auto de prisión preventiva expedido conforme el artículo 167 y 168 del Código de Procedimiento Penal fue o no bien expedido, lo cual inevitablemente conlleva analizar si se cumplieron o no los cinco requisitos en este artículo mencionados.** Es decir, **en el hábeas corpus, los jueces provinciales, aparte de constatar los requisitos formales que debe tener un auto de prisión preventiva, deben analizar y decidir sobre el complejo tema de si el auto de prisión preventiva, que el Juez de Garantías Penales “creyó necesario expedir”, ellos a la vez “creen necesario mantener”.**

7.- Cuando la sentencia de mayoría de la Corte Provincial se limita a mencionar que: “la privación de libertad del accionante es a consecuencia de una orden de prisión preventiva emitida por el titular del Juzgado Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí, con sede en la ciudad de Manta, dispuesta el 8 de diciembre de 2012, dentro de la audiencia de formulación de

cargos realizada el mismo día, ordenándose girar la respectiva boleta constitucional de encarcelación, la que obra de autos a fojas 5 y 6, consecuentemente la prisión preventiva fue dictada por un Juez competente...”, **entonces parecería dar a entender (y de hecho eso se entiende) que lo único importante aquí es que sea un Juez de Garantías Penales quien efectivamente haya expedido el auto de prisión preventiva,** el cual consta a fojas 17 del expediente de apelación, y simplemente dice: “de mis consideraciones.- El señor Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí, Abg. José Pillasagua Mendoza dispone de conformidad con el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal se conserve en calidad de detenido a los ciudadanos Vélez Cevallos Christian Gabriel, Néstor Gabriel Ayala Moreira, Pinargote Tuárez Jimmy Javier y Quiroz Arana Francisco Javier, en la causa penal N° 2012-0185 por delito de robo agravado. Atentamente...”.

8.- La acción constitucional de hábeas corpus, tiene por objeto fundamental, recuperar la libertad de quien se encuentre privado de ella de forma **ilegal, arbitraria o ilegítima.** Tal arbitrariedad o ilegitimidad evidentemente no se puede dar solo cuando la orden de detención adolece de vicios formales (o peor aún no existe), **sino también (sobretudo) cuando se ha hecho un uso excesivo, abusivo o indebido de ella.** Es importante tener presente que el concepto de “arbitrario” no es sinónimo de “ilegal”, siendo el primero más amplio que el segundo, pues **obviamente un auto de prisión preventiva ilegal o ilegítimo siempre devendría también en arbitrario,**

pero lo contrario no sería necesariamente exacto: esto es, un auto de prisión preventiva arbitrario, no es necesariamente ilegal o ilegítimo; esta realidad con frecuencia no es debidamente tomada en cuenta. Así “la acción de habeas corpus, procesalmente, tiene como finalidad la recuperación de la libertad personal, de quien hubiese sido privado de ella, ilegal, arbitraria o ilegítimamente, por una orden de autoridad pública o de cualquier persona; situación que difiere de la Constitución de 1998, en la que se preveía que, la acción de habeas corpus, procedía cuando una persona crea estar “ilegalmente privada de su libertad”... como se dejó señalado en líneas anteriores, a diferencia de la Constitución de 1998 la actual Carta Fundamental abarca la privación de la libertad ilegal, arbitraria o ilegítima.” (Jaramillo Huilcapi, Verónica; Las Garantías Jurisdiccionales en el Sistema Jurídico Ecuatoriano, Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito - Ecuador, 2011, pgs. 245 - 246, 256-257). 8.1.- No puede olvidarse que el instituto de habeas corpus “ha estado ligado desde sus orígenes al mantenimiento y defensa de la libertad ambulatoria o personal y ha aparecido históricamente como un medio para oponerse a las manifestaciones arbitrarias del poder, para examinar los actos de la autoridad y para hacer cesar detenciones ilegítimas o abusivas, apareciendo como una de las herramientas más eficaces en la larga y nunca terminado lucha por el derecho... pero dado que indiscutiblemente su finalidad específica es lo atinente a hacer cesar, prevenir o morigerar toda privación oficial de libertad que aparezca apartada de fundamentos legales... un medio autónomo, informal y sumario destinado al examen de le-

galidad de medidas coercitivas personales y a evitar, corregir o paliar actividades oficiales abusivas en contra de la libertad individual... El instituto opera de una manera preventiva ante una situación de amenaza o riesgo cierto; como reparación de la privación de libertad ya concretada; o como morigeración de las condiciones en que la detención se cumple... la perversa tendencia de convertir el proceso en una sanción y un modo de control social, implica una inversión de valores. Pero aun manteniendo la sistemática actual, al menos la de los códigos relativamente modernos, el intérprete debe tener en cuenta los fines de la cautela y no atarse únicamente a un sistema de anticipación sancionatoria derivado de la objetividad de la imputación. Deben preverse modos alternativos de la prisión preventiva, lo que asegurando el cumplimiento del imputado respecto a las audiencias, no comience, como aun ocurre, por lo que tendría que ser el final.” (Vásquez Rossi, Jorge; Derecho Procesal Penal, Tomo II -el proceso penal-, Edit. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires - Argentina, 2004, págs. 268-275). (Las negrillas y el subrayado son nuestros).

9.- Del parte policial y del acta de audiencia de calificación de flagrancia, (fojas 12 a 16 vuelta del expediente de apelación) se desprende, sucintamente, que: 9.1.- El día sábado 8 de diciembre de 2012, aproximadamente a las 23h30, el señor Christian Gabriel Vélez Cevallos, en el sector de Piedra Larga (Manta-Manabí) habría robado a la señora Murillo, comerciante de 36 años, un teléfono celular marca Blackberry,

introduciéndose en su auto que estaba estacionado, y golpeándola con una botella de whisky. 9.2.- Acto seguido el Sr. Vélez habría huido en otro auto, habiendo sido detenido poco después a las 00h35 del día domingo, en la vía nueva que se dirige a la urbanización “Ciudad del Sol”, en un auto Chevrolet San Remo conjuntamente con otros tres hombres. Que en el interior del automotor no se encontró ningún tipo de evidencias del robo. 9.3.- En el acta de audiencia de flagrancia se constata que la señora Murillo reconoció al señor Vélez como el autor material del hecho, pero no identificó a los otros tres detenidos, entre ellos al otro accionante del hábeas corpus, señor Jimmy Javier Pinargote Tuárez. La señora Murillo dijo que va a salir del país, y que como el señor Vélez le ha pedido disculpas, dado que ha estado en estado de embriaguez han llegado a un acuerdo y le va a reparar los daños, y que toda vez le ha entregado el celular, renuncia a presentar alguna acción penal o civil en contra de los sospechosos. 9.4.- El señor Vélez dijo “*señor juez el día sábado yo me encontraba en compañía de los cuatro de repente me bajé a orinar y no recuerdo nada de lo que ha pasado, estoy sorprendido ya que soy un hombre de bien trabajador que jamás he delinquido sin embargo como hombre he pedido perdón a la señora si es que he cometido alguna infracción y prometo ser hombre de bien por el bienestar de mi familia y de mi hija es la primera vez que estoy detenido espero que sea la primera y la última.*”. 9.5.- El señor Pinargote comentó que “*estábamos en Piedra Larga tomando*

unos tragos y como estaba embalado me quedé dormido y medio recuerdo que me llevaron al policía hasta que desperté no recuerdo nada más estaba durmiendo.”. (en iguales términos que el señor Pinargote declaran los otros detenidos, señores Francisco Quiroz Arana y Néstor Ayala Moreno). 9.6.- El agente fiscal considera que “*se han encontrado indicios suficientes de un delito de acción pública contra la ciudadana [señora Murillo] que atenta contra su derecho a propiedad privada a la integridad física, así como existen indicios claros de la participación en dichos delitos de los ciudadanos [las cuatro personas indicadas], por lo que de conformidad con el Art. 217 del CPP resuelvo dar inicio a la etapa de instrucción fiscal en contra de los mencionados ciudadanos, en el caso del señor [Vélez] como autor del delito tipificado en el Art. 550 y 551 del CP, y en el caso de los ciudadanos [Ayala, Pinargote, y Quiroz] por sus participaciones como cómplices del mismo delito de robo con violencia...*”. 9.7.- La abogada defensora de los imputados menciona que no debería atenderse la petición de la Fiscalía de que se ordene la prisión preventiva de las referidas cuatro personas, y que en todo caso solicita una medida alternativa a la misma. 9.8.- El Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí, considera que existen indicios suficientes de un delito de acción pública, que con el relato de la ofendida, señora Murillo, y con la información del parte policial, los cuatro procesados mencionados son presuntos participantes en el grado imputado por la Fiscalía en el delito que se investiga, el cual es sancionado¹ con una

¹ Código Penal.- Art. 551.- “El robo será reprimido **con prisión** de uno a cinco años y **con reclusión menor** de tres a seis años en los casos en que se perpetre con violencia contra las personas, tomando en consideración el valor de las cosas robadas.”

pena privativa de libertad superior a un año, y dado que se usó violencia contra la víctima al ser golpeada con una botella se da un *“delito que es sancionado con pena de reclusión”* y existir al momento un arraigo social que no garantiza la inmediación del procesado al proceso, hay indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad a los procesados para asegurar su comparecencia un eventual juicio... hay indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado a un eventual juicio, por lo expuesto, encontrándose reunidos los presupuesto de los Arts. 77 numeral primero de la Constitución ecuatoriana, Art. 167 y 168 del Código de Procedimiento Penal dicto auto de prisión preventiva en contra de los procesados...”

10.- Este Tribunal considera que, se debe procurar cumplir (aunque entienda las dificultades prácticas de ello, para los jueces de garantías penales de la República, y la tensión a la que se somete al sistema penal ecuatoriano en general), con lo que la sociedad ecuatoriana como un todo dispuso, en el anexo Nº 2 de la pregunta Nº 2 de la consulta popular efectuada el 7 de mayo de 2011, una garantía constitucional, esto es que la privación de la libertad no será la regla general. En concordancia con esta garantía básica de índole constitucional, el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal dice que las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva. 10.1.- Es claro que la sociedad ecuatoriana, se ha pronunciado en el sentido de que los jueces de garantías penales, deben ser restrictivos en el uso

del instituto procesal de la prisión preventiva que consta en los artículos 167 y 168 del Código de Procedimiento Penal, y como consecuencia directo de ello el juez de garantías penales tiene la muy compleja y ardua tarea (lo entendemos) de darle plena vigencia, con sabiduría y conocimiento, al artículo 160 del CPP, que pone a su disposición otras medidas cautelares de carácter personal a parte de la prisión preventiva, para aquellos casos de los cuales no se desprenda una mediana o alta peligrosidad de los presuntos participantes y/o no se haya dada una gran conmoción social. *“Esta línea corresponde a lo que puede entenderse como una tendencia creciente que ha ido evolucionando hacia una ubicación de la privación de libertad como “última ratio” del sistema. Como expuesto, se partió de la detención como regla y de la excarcelación como excepción, entendiéndose en la actualidad precisamente lo contrario: la norma es la libertad caucionada y la excepción la prisión.”* (Vásquez, Op. Cit., pág. 267).

11.- Analizado lo sucedido en la presente causa de hábeas corpus, no concuerdo con lo resuelto en la sentencia de la Corte Provincial, ni con el auto de prisión preventiva expedido por el Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí (boleta de encarcelación Nº 2012-0185-JD QPM). 11.1.- Respecto a la sentencia de mayoría de la Corte Provincial, porque se limita a hacer un mero análisis formal de la correlación entre los artículos 45 y 43 de la LOGJCC, como ya se dijo en

todo el punto 5 de esta sentencia. **11.2.-** Y respecto al auto de prisión preventiva dictado por el Juez de Garantías Penales mencionado, porque aunque sin duda siendo grave lo realizado por el señor Vélez, y muy serio el riesgo ocurrido por la víctima, señora Murillo (quien sin duda tuvo una actuación valiente y noble en la audiencia de flagrancia), considero que conforme se desprende del expediente: **a)** ninguno de los imputados tienen antecedentes penales; **b)** que no aparece del parte policial, ni de lo dicho en la audiencia de flagrancia, que los implicados conformarían una asociación ilícita, esto es una asociación organizada para atentar contra personas o propiedades, por lo que no se aprecia, en estos momentos, un posible concurso de delitos entre el robo y la asociación ilícita; **b.1)** si del expediente se desprendiese, que los cuatro imputados o alguno de ellos serían parte de una asociación ilícita, entonces la cuestión sería enteramente diferente, y no habría duda que el auto de prisión preventiva contra los cuatro fue correctamente expedido; **c)** de la forma en que se desprende que se habría cometido el robo imputado, no se aprecia una real planificación de todos los imputados, pues resulta evidente que tres de ellos se quedaron en el vehículo Chevrolet San Remo, por lo que no resulta el todo claro si hubo o no un plan premeditado para cometer el ilícito imputado (obviamente que la Fiscalía deberá seguir investigando, y dando mayores elementos de juicio al respecto al juez de garantías penales, en el futuro.); **d)** no consta que los imputados hayan tenido armas de fuego o armas blancas con ellos (aun-

que se entiende que una botella de vidrio indudablemente puede volverse un arma muy peligrosa en determinadas circunstancias, pudiendo o no agravar la figura delictual correspondiente); **e)** no se aprecia en el parte policial, tampoco, que los imputados hayan generado resistencia a la detención por parte de la Policía Nacional; **f)** consta también que la víctima, señora Murillo, dijo que no seguiría acciones penales ni civiles contra los imputados, especialmente contra el autor material, Sr. Vélez. (Se entiende que éste no es necesariamente el dato más importante, pues las víctimas reaccionan de manera muy diferente en las audiencias de carácter penal, con una mezcla psicológica de indignación, ira, sentimientos de ultraje, y también temor.).

12.- No se desconoce el riesgo real que sufrió la víctima (haber sufrido un golpe con una botella de vidrio, en su propio auto, por un desconocido, en posible estado etílico, que le sustrae su teléfono celular) e inmerecido (pues no consta que ella, la señora Murillo, haya provocado de manera alguna la agresión del señor Vélez); y deber ser para todos los que han tenido que ver en este caso, una gran satisfacción que el hecho no haya traído consecuencias mayores a la integridad física, ni al patrimonio, de la mencionada; pues de haber tenido el caso consecuencias más graves, no habría duda de que los imputados deberían permanecer en prisión preventiva. **12.1.-** Pero se debe también considerar, al igual que el riesgo real corrido por la víctima, que están en juego, de alguna manera los destinos de cuatro hombres,

sometidos a la más dura medida cautelar de carácter personal que puede haber, **esto es la prisión preventiva (por un supuesto robo “agravado”); que debería ser aplicada no de manera automática, sino en situaciones de alto riesgo e inseguridad y conmoción social, y para proteger a la sociedad (y a la víctima) de personas (hombres y mujeres) que han demostrado niveles criminológicos de alta peligrosidad con sus acciones (y eventualmente con sus omisiones);** lo cual no está, en este momento, cabalmente demostrado con relación a los imputados, y concretamente a los dos apelantes de la acción constitucional de hábeas corpus, al punto de que sea “imprescindible” ordenar su prisión preventiva. **12.2.-** Considero que la sociedad ecuatoriana -a través este Tribunal de Justicia- (y como ya lo ha dado a entender la víctima, señora Murillo), debe dar una oportunidad a los dos apelantes de la acción de hábeas corpus, señores Jimmy Javier Pinargote Tuárez y Christian Gabriel Vélez Cevallos, **sustituyendo la medida de prisión preventiva, por otra medida cautelar;** con la esperanza además, de que los apelantes mencionados entiendan, en el futuro inmediato, la seriedad de la actuación que se les imputa (especialmente la del señor Vélez), y lo peligroso, y muy graves consecuencias adicionales que pudieron haber tenido.

13.- Por todo lo anterior, este

Tribunal de Apelación de acción constitucional de hábeas corpus, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA:** 1) Acepta parcialmente los recursos de apelación de hábeas corpus interpuestos, por los señores Christian Gabriel Vélez Cevallos y Jimmy Javier Pinargote Tuárez, quienes serán puestos inmediatamente en libertad. 2) Se dispone que el señor Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí, sustituya la medida cautelar personal de prisión preventiva por él dispuesta contra los apelantes; y, conforme el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal, dicte la/s medida/s sustitutiva/s que él considere pertinentes. 3) El señor Juez mencionado podrá considerar todo lo aquí dicho y resuelto, con relación a la situación de los dos imputados que no son parte de esta apelación de acción de hábeas corpus, señores Néstor Gabriel Ayala Moreira y Francisco Javier Quiroz Arana. 4) La/s medida/s cautelar/es sustitutiva/s, podrán ser revocadas o cambiadas por el señor Juez Décimo Quinto de Garantías Penales de Manabí, si en lo posterior surgen nuevos elementos de juicio que hagan ver la necesidad ineludible de dictar la prisión preventiva en contra de los apelantes. 5) Notifíquese y devuélvase.- f) Dr. Álvaro Ojeda Hidalgo..., Jueces y Jueza Nacionales.”. ❖



Dr. Richard Ítalo Villagómez Cabezas
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador,

El enfoque de género en los delitos de odio

Para visualizar los delitos de género desde el vórtice del género se ha de considerar inicialmente la teoría del delito aplicada a los delitos de odio.

El delito ha sido considerado, desde el siglo pasado, como la acción típica, antijurídica, culpable sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad.¹ Lo que equivale a decir que es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.²

Desde este punto de partida corresponde analizar los elementos del tipo penal en los delitos de odio en nuestra legislación sustantiva penal, particularmente la contenida en el capítulo... (VIII.1) que corresponde a la reforma sustantiva penal de 24 de marzo de 2009

En este sentido, el artículo 5 de la ley sin número publicada en el Registro Oficial Suplemento N° 555 de 24 de marzo de 2009, reformatoria del Código Penal, dispone la sustitución del Capítulo innumerado del Título II del Código Penal, sin especificar ni precisar a cuál, dado que hasta antes de esta reforma, en dos ocasiones, hubieron normas

¹ Cfr. Jiménez de Assúa Luis, *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, Abeledo-Perrot, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, Tercera Edición, 1958, pp. 205. 206 El insigne maestro español citando a Carlos Binding en su obra *Die Lehre Von Verbrechen* destaca y precisa los elementos del tipo penal para que éste sea tal.

² Cfr. Albán Gómez Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, Colección Profesional Ecuatoriana, Segunda Edición, Quito, s.f. p. 107 El autor ecuatoriano hace suya la definición dada por el célebre tratadista decimonónico Francesco Carrara con una connotación evidentemente clásica.

que insertaron tres capítulos innumerados en el mencionado Título, por lo que, en razón de la coincidencia o similitud temática, al momento de codificar esta reforma se ha sustituido el Capítulo agregado por el Decreto Supremo número 3194, publicado en el Registro Oficial N° 769 de 8 de febrero de 1979 y que hacía referencia a los “Delitos relativos a la discriminación racial”.

La dogmática penal sostiene que el objeto jurídico en la teoría del delito está constituido por el bien jurídico penalmente protegido, que resulta lesionado por el acto delictivo y sobre el cual recae el efecto jurídico del delito³ criterio que es aplicable si se considera la clasificación particular de los delitos por este particular factor.

Entonces, en un delito, casi por regla general, debe haber un bien jurídico afectado y en algunos casos puede haber más de un bien jurídico. (por ejemplo en los delitos complejos robo con homicidio en donde hay dos bienes jurídicos afectados: vida y propiedad).

La determinación precisa del objeto jurídico es de trascendental importancia para establecer con absoluta especificidad el propósito de la ley penal.

Por otra parte, el objeto material del delito es la persona o cosa sobre la

cual se ejecuta o recae la acción u omisión del delito, considerando que en delitos contra las personas el objeto material se confunde con el sujeto pasivo de la infracción, tal cual acontece en el homicidio, lesiones o violación.

Cuando el objeto material recae sobre una cosa nos encontramos frente a los bienes sustraídos en el robo o en el hurto, los bienes destruidos en delitos de daño contra la propiedad, etc., diferenciándose también aquellos casos en que no hay objeto material alguno como en las injurias, el perjurio o la intimidación en los que la acción delictiva puede ser puramente verbal.

En lo procesal esta determinación del objeto material sirve para la fijación de la prueba material de un delito considerando el tipo penal de que se trate.

Finalmente, sobre este particular, el maestro Hanz Welzel estima que la verdadera misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético-social, y solo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares⁴ que inicialmente pueden ser particulares para luego trasladarse al ámbito social.

Precisadas así las nociones generales sobre los elementos del tipo penal

³ Cfr. Albán Gómez Ernesto, Op. Cit. P. 121. De esta manera, los tipos penales tienen legitimidad en tanto y en cuanto tutelan bienes jurídicos que están debidamente apreciados en la percepción jurídica del conglomerado social.

⁴ Cfr. Hanz Welzel, Derecho Penal Alemán, Traducción del Alemán por los Profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Cuarta Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 1-18

corresponde precisar cada uno de ellos con señalamiento de bien jurídico protegido, sujeto activo, sujeto pasivo, verbo rector, punición.

La fijación de estos necesarios elementos permitirá definir si los tipos penales son técnicamente adecuados y cumplen su propósito en la tutela de derechos de género desde la dogmática penal considerando que otra es la situación de la víctima dentro del proceso, tema que genera más bien una preocupación respecto de las normas procesales para tal fin.

CAPÍTULO... (VIII. 1) DE LOS DELITOS DE ODIO

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

Sujeto activo: un ser humano.

Sujeto pasivo: una o más personas

Verbo rector: incitar (odio, desprecio o a cualquier forma de violencia moral o física).

Punición: prisión de seis meses a tres años.

Bien jurídico protegido: Igualdad ante la ley conforme lo proclama el art. 66 numeral 4 de la Constitución de la República por lo que la norma penal pros-

cribe la discriminación en razón de piel, raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual, edad, estado civil, discapacidad.

Como se puede apreciar para este tipo penal el sujeto pasivo es un ser humano sin mayores condiciones o cualidades, en tanto que el sujeto pasivo puede ser individual o grupal sin otras condiciones de funcionalidad por ejemplo.

El verbo rector es inicialmente incitar, pero éste se amplía de modo múltiple hacia el odio desprecio o cualquier forma de violencia moral o física

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

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

Sujeto activo: un ser humano.

Sujeto pasivo: una o más personas.

Verbo rector: cometer actos de violencia moral de odio o desprecio.

Punición: Al respecto, se diferencian dos casos: prisión de seis meses a dos años cuando se trata de actos de violencia u odio. En tanto que, cuando se produce heridas (lesiones) la pena es de dos a cinco años.

Bien jurídico protegido: Considerando que el artículo trata de dos posibles casos en que se penaliza actos de violencia y en otro heridas a una persona como consecuencia de discriminación, el objeto jurídico está en duda, pues para el primer caso se trata de la igualdad ante la ley en tanto que en el segundo se estaría precautelando la integridad personal ocasionada por un acto de discriminación originado por orientación sexual o identidad sexual, expresiones que van más allá del derecho de género que regula las relaciones mujer hombre en la sociedad.

***Art ... (212.6).- [Negación de servicio o prestación por odio o desprecio].-** Será sancionado con prisión de uno a tres años, el que en ejercicio de sus actividades profesionales, mercantiles o empresariales, niegue a una persona un servicio o una prestación a la que tenga derecho, o excluya a una persona o niegue o vulnere o restrinja los derechos consagrados en la Constitución, por razón del color de su piel, su raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Sujeto pasivo: una persona.

Sujeto activo: una persona.

Verbo rector: negar un servicio o una prestación.

Punición: prisión de uno a tres años.

Bien jurídico protegido: la no discrimi-

minación por razón de color de piel, raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Este tipo penal tendría connotación de género en tanto y en cuanto la discriminación se origine en orientación sexual expresión que es discutible si se considera que bajo ésta se podría encuadrar la más amplia gama de orientaciones sexuales y no solo la que regula la relación hombre-mujer.

***Art ... (212.7).- [Sanción al servidor público].-** Al que, siendo servidor público, incurra en alguna de las conductas previstas en este capítulo o niegue o retarde a una persona un trámite o servicio al que tenga derecho, se sancionará conforme lo previsto en el artículo anterior. En estos casos el funcionario quedará inhabilitado para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por el mismo lapso de la privación de la libertad impuesta.

Sujeto pasivo: una persona

Sujeto activo: empleado (a) público (a)

Verbo rector: cualquier conducta del capítulo, negar o retardar trámite o servicio.

Punición: remisión al artículo anterior en que la pena se establece en prisión de uno a tres años, sin diferenciar que se trate de empleado público o particular lo que en definitiva esclarece la pobre visión de la política de no discriminación que debe enfatizarse inicialmente en el ámbito de lo público para luego ir hacia lo particular.

Bien jurídico protegido: la no discriminación de las personas en virtud de

color de piel, raza, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual, edad, estado civil o discapacidad.

Del breve y somero análisis de los tipos penales que constituyen el CAPÍTULO ... (VIII. 1), DE LOS DELITOS DE ODIO bien se puede concluir que solo de forma tangencial se trata de incorporar un criterio de género en la definición de bienes jurídicos cuando se establece como criterio de discriminación el sexo, artículos 212.4 y 212.5 en tanto que los artículos 212.6 y 212.7 son más genéricos e incluso tratan de orientación sexual que no necesariamente incluye temas de género estricto en la relación hombre-mujer.⁵

Otro aspecto de significación es el de la punición que oscila entre uno y tres años de prisión lo que determina que tampoco se ha preferido por el legislador dotar de mayor connotación punitiva ya sea mediante un espectro más amplio o con la inclusión de reclusión en la sanción y su influencia en las medidas cautelares y su sustitución.⁶

Tratando de entender el alcance y contenido de la violencia de género se ha de empezar por señalar que se caracteriza por acciones u omisiones sistemáticas de los derechos humanos, cuando niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres y en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública y privada⁷ que se genera por la modificación de roles en la sociedad ya que la mujer empieza a proveer el hogar dando una imagen más competitiva e independiente económicamente versus el caris patriarcal.

Cada vez resulta más habitual hallar en los ordenamientos jurídicos comparados, declaraciones expresas en que se reconoce a las víctimas de manera explícita y sistemática un elenco de derechos básicos.⁸

En campos como la violencia de género el reconocimiento normativo expreso de derechos ha experimentado un evidente impulso en los últimos tiempos principalmente en el ámbito procesal con la protección de la víctima

⁵ Cfr. Goldstein Raúl, *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Tercera Edición, Buenos Aires, 1998, P. 128. En este sentido el bien jurídico puede entenderse como objeto de protección de la ley o como objeto de ataque en contra el que se dirige el delito, de ahí su significación e importancia.

⁶ Cfr. Jakobs Gunther, *Dogmática y Criminología, Dos Visiones Complementarias del Fenómeno Delictivo*, homenaje a Alfonso Reyes Echandía, en *La Pena Como Reparación del Daño*, Editorial Legis, Primera reimpression, Bogotá, 2008, p.339 En este sentido, la pena sirve para amenazar y finalmente infligir dolor, siendo que el dolor penal sea debido por el autor.

⁷ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, p. 39

⁸ Tamarit Sumalla Josep, *Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora*, Grupo Editorial Ibáñez, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2006, P. 164

en el proceso.⁹ Sin embargo, la protección de derechos de género en la esfera sustantiva penal no ha logrado el mismo impulso, al respecto cada país ha tratado de incorporar estas directrices de tratados y convenios internacionales en su ámbito interno para lo cual han empezado por definir la violencia de género.

Es en México en donde se ha empezado por definir la violencia feminicida como la forma extrema de violencia de género en contra de las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en los ámbitos público y privado, conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado y puede culminar en homicidio y otras formas de muerte violenta de mujeres.¹⁰

En Ecuador, la situación del derecho de género carece de una articulación que brinde coherencia al ordenamiento jurídico interno en tan delicado

tema, tan sólo existen esfuerzos aislados que han pretendido, quizás de buena manera, prevenir la violencia de género pero tan sólo a nivel contravencional como en el caso de la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia.

Distinta resulta la situación sobre la regulación de delitos de género en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, no existe siquiera una definición de lo que se ha de entender como violencia de género y en el capítulo CAPÍTULO ... (VIII. 1), DE LOS DELITOS DE ODIO, constituye un esfuerzo aislado e incoherente para el tratamiento del fenómeno en la sociedad ecuatoriana en donde se encuentra tan profundamente enraizada la cultura misógina que origina este estado de desigualdad y violencia de género, al punto que no existe una definición legal de lo que se ha de entender por violencia de género en el contexto del juzgamiento delictual y peor aún el tipo penal de feminicidio. ❖

⁹ Sanz Ermida Agata, *La Situación Jurídica de la Víctima en el Proceso Penal*, Valencia, 2008, P. 49

¹⁰ Art. 21 de la *Ley General del Acceso de las Mujeres a Una Vida Libre de Violencia* vigente desde 2007 en los Estados Unidos Mexicanos.

“No hay mejor libro de moral que nuestra propia conciencia”



Dr. Luis F. Quiroz Erazo

*Presidente de la Sala Temporal Especializada de lo Penal
de la Corte Nacional de Justicia*

El Juez Imparcial

Uno de los principios fundamentales que toda sociedad debe exigir de la Función Judicial, es la existencia de jueces imparciales, pulcros, transparentes, probos, idóneos y legales, capaces de realizar una administración de justicia sin miramientos y condicionamientos de ninguna naturaleza. Esa imparcialidad debe ser de principio al fin de su ejercicio, porque esa “cualidad de calidad” garantiza la existencia de Tribunales dignos de confiar, sociedad decente, porque caso contrario, se afectaría la legitimidad de la Institución del “poder” judicial y sobre todo de un Estado constitucional de derechos y justicia de que habla el Art. 1 de la Constitución de la República del Ecuador, cuando dice: “*El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano e independiente, unitario...*”

La imparcialidad como sinónimo de pulcritud, garantiza la existencia de una sociedad honesta, seria y limpia de ser apreciada en cualquier ámbito, nacional e internacional y lo que es más, el

juez en su actuar como juzgador realiza sin interferencia en su conciencia y conocimiento jurídico.

La imparcialidad del administrador de justicia, nunca debe ponerse en tela de duda, de ninguna forma, así como tampoco debe existir varias instancias, grados y etapas que conlleven a verificar la actuación de un Juez anterior.

La imparcialidad de los prejuicios existentes en el proceso, ya sea por las partes, por los procuradores judiciales o administrativos, deben ser observados por el Juez, para evitar de una vez por todas, asuntos en los que pueda verse influenciado por consideraciones distintas a lo estrictamente jurídico.

La imparcialidad es otra de las virtudes garantizadoras para bien de los ciudadanos y de la justicia que deben acompañar la figura y la función del juez natural, porque en la realización de esa función divina que es la administración de justicia el juez debe llegar al proceso ajeno a cualquier otro interés que no sea

el de administrar justicia de conformidad a la realidad constitucional y legal vigente, a su recto criterio jurídico, a la realidad probatoria que haya sido allegada al proceso; dirigido todo ello de manera necesaria realizar el derecho material.

La competencia como uno de los atributos del juez natural aparece expresamente consagrada en el Art. 167 de la Constitución de la República del Ecuador, el Art. 16 del Código de Procedimiento Penal y Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial. La independencia judicial se consagra igualmente de manera expresa en el num. 2 del Art. 168 de la CRE; pero no sucede igual con la imparcialidad, la que solo aparece tácita, y debe ser deducida del Art. 2 de la Carta Magna del Estado, cuando dice: “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación, por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua...”

Resulta bastante obvio que existiendo un mandato constitucional como lo es el num. 3 del Art. 11 de la CRE, llamado principio de objetividad, esto es dar un trato igual a todos los ciudadanos, se prohíbe cualquier trato de discriminación y dentro de ellos están los jueces y su labor de administrar justicia con imparcialidad en todos los procesos judiciales. Porque los jueces durante el ejercicio de sus funciones no puede tener intereses diversos a la jus-

ticia y dado el caso que en este ejercicio aparecieran circunstancias que le hagan temer de su imparcialidad, debe abstenerse de tomar una decisión y separarse del conocimiento de ese proceso, incluso cuando ha sido objeto de amenazas contra su vida y cuando esta amenaza a medrado los objetivos propuestos por los delincuentes.

Imparcial, según el Diccionario de la Lengua, *imparcial* es el “*que juzga o procede con imparcialidad, que no se adhiere a ningún partido o no entra en ninguna parcialidad*” o lo que dice de la imparcialidad referido al Juez, “*Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, de que resulta poderse juzgar o proceder con rectitud*”, porque cuando se administra justicia se debe fallar imparcialmente.

En nuestro medio en el cual se desenvuelve la administración de justicia, esto es, el neoconstitucionalismo, es decir, donde la Constitución, Suprema ley del Estado, bajo el principio de supremacía constitucional de que habla el Art. 424, que dice: “*La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.*”

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma

jurídica o acto del poder público". Éste, el más perfecto libro procesal, nos enseña lo que debe entenderse por el debido proceso, Art. 76 *Ibíd*em, que dice: "*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...*", los argumentos, pruebas de cargo y de descargo, se convierten en instrumentos inútiles para la obtención de la justicia ante un juez parcializado con cualquiera que sea su motivación que lo lleve a tomar una decisión que se encuentren fuera de la ley ya la Constitución.

Esto de hablar de imparcialidad del juez, debe ser analizado como requisito indispensable de la forma y concepción del juez, que debe mirarse bajo ciertos aspectos: a) la situación subjetiva del juez que se siente con incapacidad de administrar justicia de manera imparcial; b) Su credibilidad que goza ante la sociedad, ya sea por sus resoluciones o sus conclusiones, porque no es simplemente parecer ser, sino ser imparcial, sin condicionamientos, porque sus orígenes son limpios, transparentes y cristalinos, cuya objetividad de administrar justicia no tiene repulso ni duda social, c) Su forma de actuar interna y externa ante la sociedad, que es la cuestionadora de los fallos judiciales cuyo rechazo de este fallo puede ser considerado como fruto de los intereses particulares del juez y no de los del Estado y sociedad en general.

mando a la Función Judicial, que los jueces actúen de manera correcta, clara, imparcial, pero surge siempre esa intranquilidad cuando se puede llegar a saber que un juez se encuentra en situación de dependencia jerárquica deba emitir su fallo en un proceso que sus superiores tengan interés en él.

LA RECUSACIÓN y LA INHIBICIÓN

La recusación, es una de las virtudes legales mediante la cual, las partes tienen ese importante derecho de apartar del conocimiento o intervención de un Juez que afecte su imparcialidad. La búsqueda de imparcialidad de un juez, se encuentra en algunas disposiciones legales que son pródigas en reglamentar la forma como un juez puede ser imparcial, de allí que, no sólo la Constitución de la República del Ecuador, en el num. 1 del Art. 168 pregona, que: "*Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad, administrativa, civil y penal de acuerdo con la Ley*", sino el Art. 856 del Código de Procedimiento Penal, que dice: "*Una juez o juez, sea de tribunal o de juzgado, puede ser recusado por cualquiera de las partes y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los (diez) motivos siguientes...*" estas disposiciones han impuesto a los jueces prohibiciones de administrar justicia en los asuntos en los que la imparcialidad pueden conllevar a un cuestionamiento. Por ello, los jueces tienen la obligación de investigar y averiguar si sus familiares, procuradores

judiciales tienen algún interés económico, personal, antipersonal, que puede ser objeto de una separación del conocimiento de la causa. La institución de los impedimentos o recusaciones, no puede ser desconocida ni ignorada bajo ninguna circunstancia, porque aquellos nos permiten no estar frente a un juez parcializado que haría temblar una democracia bien constituida.

La clara voluntad de desconocer derechos constitucionales garantizados en la norma internacional de los derechos humanos, motiva que cuando se habla de la justicia, nos encontremos con jueces omnipotentes que pueden no aceptar su actuar, ni su representación, desviando el motivo por el cual ha sido designado. En un proceso sin leyes que lo regulen, sin ritualidades, ni formalidades de ninguna naturaleza, es asumir la voluntad omnímoda del Estado y de sus funcionarios. Es la consagración del Estado represor cuyas únicos resultados es la condena. Esto es el desconocimiento del principio procesal de igualdad ante la ley, del principio constitucional, llegando a la consagración de la dictadura de los jueces, creados para combatir, investigar, juzgar y condenar a los enemigos del Estado.

La base del impedimento es una situación personal del funcionario frente a los intereses de las partes, que puede influir, aun cuando no influya, en la tramitación, conceptos o fallos que haya necesidad de dictar en el proceso penal. El legislador ha querido evitar, en toda for-

ma, que la justicia, en su aplicación, pueda ser interferida por cualquier factor que no sea el de aplicar la ley de manera recta y exenta de parcialidad. La recusación debe basarse, siempre, en una causal de impedimento y aun cuando alude al funcionario, no depende propiamente de él, pero es una actuación propia, no del funcionario, como en el impedimento, sino cualquiera de las partes que se sienta o presuma en condiciones desfavorables para soportar la actuación que sobre los autos se realice.

El autor argentino Alberto Bovino, establece que *“la imparcialidad judicial es considerada principio de principios, identificable con la esencia de juez en un Estado de Derecho. No es una garantía más, impide que se tenga un juicio penal justo”*. La garantía del Tribunal imparcial tiene singular importancia en el proceso penal; sin ella el efectivo respeto del resto de garantías se torna ilusorio. (Alberto Bovino, “Proceso Penal y Derechos Humanos” en problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp.16 y 17).

La imparcialidad del juez en el aspecto subjetivo exige la averiguación sobre la convicción personal de un juez respecto al caso o a las partes, a fin de controlar la posible formación de prejuicio que lesione el derecho del imputado al juez imparcial. En cuanto al aspecto subjetivo se presume la imparcialidad hasta que no se demuestre lo contrario. (Alberto Bovino, Imparcialidad y causales de recusación en el nuevo

Código Procesal de la Nación, Editores del Puerto, buenos Aires, 1998, pag.55)

Las circunstancias antes mencionadas como causas de recusación y permitir el actuar imparcial de los jueces, se hallan previstas en el Art. 856 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria en materia penal y que son:

- 1.- Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, o de su mandatario, o de su abogado defensor;
- 2.- Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo cuando lo fuere de las entidades del sector público, de las instituciones del sistema financiero, o cooperativas. Habrá lugar a la excusa o recusación establecida en este número sólo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio;
- 3.- Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el número primero, juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes, si el juicio hubiese sido civil, y de los cinco, si hubiese sido penal;

No serán motivos de excusa ni de recusación la demanda civil o la querrela que no sean anteriores al juicio;

- 4.- Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios o de su cónyuge, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- 5.- Ser asignatario, donatario, empleador, o socio de alguna de las partes;
- 6.- Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexa con ella;
- 7.- Haber intervenido en el juicio, como parte, representante legal, apoderado, defensor, agente del ministerio público, perito o testigo;
- 8.- Haber sido penado, multado o condenado en costas en la causa que conocía, en caso de que la sanción le hubiese impuesto otra jueza o juez o tribunal;
- 9.- Haber dado opinión o consejo sobre el juicio que conste por escrito; y,
- 10.- No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley.

Para saber si existe o no vulneración del derecho al Juez Imparcial es necesario examinar cada caso de los señalados anteriormente de manera objetiva, para determinar que el Juez, de uno u otro modo es ajeno a la causa. Como precisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Hauschildt contra Dinamarca del veinte y cuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, lo relevante es que los temores estén objetivamente

justificados, deben alcanzar una cierta consistencia-no basta la simple opinión del acusado o de la parte recusante y la respuesta de si existe parcialidad o no varía según las circunstancias de la causa, a cuyo efecto debe valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales realizadas por el Juez.

Recientemente en la ciudad de Tulcán-Carchi acaba de emitirse un fallo, por el Señor Juez Segundo de Garantías Penales del Carchi, en contra del Presidente Ejecutivo del Diario “La Nación”, señor Yaco Martínez, quien ha sido sentenciado a cumplir una sanción de tres meses de prisión y condenado al pago de treinta mil dólares como daños y perjuicios ocasionados a la acusadora particular la Dra. María Elena Villareal, ex Gobernadora de la Provincia del Carchi, el sentenciado dice que, la Señora Rita del Pozo, esposa del Juez, es prima de la ex gobernadora, de ser verdad, será acaso esto un Juez Imparcial ?.

La causal de impedimento y recusación por la existencia de parentesco incluye tanto al funcionario judicial, como a cualquiera de los parientes que allí se enuncian. Las causales de impedimento se presentan cuando el funcionario judicial, su cónyuge o compañero permanente o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad (hasta primos hermanos), o segundo de afinidad (hasta suegros, cuñados) o primero civil, tengan interés en el proceso. Lo importante en la imparcialidad del Juez,

es guardar compostura y decencia.

Es voz populi, que a lo largo y ancho del país se proclama la independencia y la imparcialidad de la función jurisdiccional, subrayando que los jueces ejercen sus funciones jurisdiccionales con independencia e imparcialidad, sujetos únicamente a la Constitución y a la Ley. Entonces, se debe hacer que la independencia judicial debe ser entendida como una capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los rangos que la Constitución y la Ley, les confiere.

De ejercer estas facultades, cuál, la necesidad de acudir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha señalado que el principio según el cual se debe presumir que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho.

En definitiva, para que la justicia brille con luz propia, la función Judicial, conserve el decoro de siempre, se requiere la existencia de jueces imparciales. En tal virtud, este importante poder del Estado, de otra época, requiere buen actuar de los administradores de justicia.

“La peor verdad sólo cuesta un disgusto. La mejor mentira cuesta al final muchos disgustos”.

(Jacinto Benavente) ❖



Dr. Wilson Merino Sánchez, MSc.

Juez de la Corte Nacional de Justicia

Constitucionalización del Proceso Penal Ecuatoriano Segunda Parte

Innovaciones de la Constitución de la República

Latinoamérica, ha venido desarrollando un constitucionalismo, en el cual, tiene como prioridad el respeto al ser humano, un constitucionalismo, que tiene como antecedente lo ya establecido por el constitucionalismo europeo. Si bien, ha sido de gran ayuda, es importante señalar, que las últimas décadas, en Latinoamérica ha florecido un nuevo constitucionalismo¹; dentro de este nuevo constitucionalismo ha tenido importancia la Constitución de Colombia en 1991, la cual fue un antecedente en la Región², la cual ha regido hasta estos días al pueblo colombiano; al respecto, Miguel Carbonell considera: *“el constitucionalismo contemporáneo ha definido sus rasgos característicos en los últimos cincuenta años sobre todo a partir de la segunda guerra mundial. Son ejemplo de este*

tipo de constituciones los textos fundamentales de Italia (1947) y Alemania (1949) primero, y de Portugal (1976) y España (1978) después. Sin embargo, desde entonces el constitucionalismo no ha permanecido como un modelo estático, sino que ha venido evolucionando en muchos sentidos”, así en Colombia, Bolivia, Brasil, Venezuela y últimamente nuestro país.

Respecto al Estado de Derecho, Luigi Ferrajoli considera tres transformaciones, la primera como derecho premoderno, en la que no hay un sistema unitario y formalizado de fuentes positivas, sino más bien una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes, una segunda transformación sería el nacimiento del derecho moderno que viene hacer el Estado Legislativo de Derecho, predomina el principio de legalidad. En un Estado Constitucional

¹ En este sentido Boaventura de Sousa considera que existe ya un constitucionalismo transformador, Ramiro Ávila, por su parte considera un nuevo constitucionalismo andino.

² Al hablar de Región, se tendrá en cuenta a Venezuela, Bolivia y Ecuador.

de Derechos, como es el nuestro deja de tener vigencia la mera legalidad, ya que aquella equivale a la legitimación formal, algo inconcebible en un Estado Constitucional y se concede prioridad a la legitimación sustancial, mediante la inclusión de garantías de derechos constitucionales en la Constitución de la República. No obstante, no significa de ninguna manera, que se irrespete el principio de legalidad, lo que es inconcebible en un Estado Constitucional es que una norma legal este sobre la Constitución, la normativa legal debe respetar el contenido constitucional, no debe ir en oposición a la misma. Mientras tanto, la tercera transformación sería con el devenir de la segunda guerra mundial con estados constitucionales³.

Ahora bien, al constitucionalismo se lo ha considerado como un movimiento ideológico y político. *“Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución”*⁴, quiere decir, que la finalidad del constitucionalismo es el respeto que debe tener la ciudadanía a los derechos constitucionales y a la propia Constitución, una verdadera independencia de los poderes del Estado, en este punto, es importante señalar, que una de las principales innovaciones de la Carta Suprema es la incorporación de las Funciones de Transparencia y Control Social y Función Electoral, cambiando el paradigma de Montesquieu quien dividió al poder

en legislativo, judicial y ejecutivo-

Bajo este esquema, la refundación del Estado supone un constitucionalismo de nuevo tipo. Es un constitucionalismo muy distinto del estado legal de derecho, acorde a la Constitución Política de 1998, asumiendo nuestro tiempo que revela unas características transicionales inéditas del régimen “constitucional de derechos y justicia, plurinacional e intercultural...”, esto es un Estado democrático e igualitario, que se encuentra sometido a la norma constitucional, respetando la normativa legal; que garantiza a la ciudadanía mínimas condiciones de vida digna, tratando de erradicar la desigualdad, un Estado que propone una verdadera democracia representativa -democracia formal-, en la que tenga injerencia la ciudadanía con su participación en los asuntos del Estado -democracia sustancial-

En este marco constitucional, es importante manifestar que los derechos sociales tienen mayor importancia e injerencia que la Constitución Política de 1998, claro está, que no existe una división de derechos, hoy, todos los derechos constitucionales tienen la misma jerarquía -Art. 6 Constitución de la República-. En este sentido y parafraseando a Francisco Palacios Romeo, la Constitución de la República cuenta con una parte social dogmática, en la cual están inmersos de manera amplia derechos sociales, ausentes en el constitucionalismo

³ Luigi Ferrajoli señala que en este nuevo Estado Constitucional implica la conformidad de la ley con las reglas y principios constitucionales. Ver más en Luigi Ferrajoli, Pasado y Futuro del Estado de Derecho, en Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo Edición II, Trotta, Madrid-España, 2005, p. 13

⁴ Art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

europeo, en la que se puede evidenciar. Por un lado, la consolidación de una serie de sistemas operativos, que cubren con unos mecanismos de carácter garantista absolutos e inéditos. Y por otro lado, este carácter, es contrario a la construcción de una estructura de mayor concentración de poder y merma de derechos, garantías y controles⁵.

1. *Sumak Kawsay*.-

“DECIDIMOS CONSTRUIR

*Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay”*⁶

Indudablemente, una de las principales innovaciones con lo que cuenta la Constitución de la República es el derecho al Buen vivir o *sumak kawsay*, derecho constitucional concebido como una oportunidad para poder construir de manera colectiva un nuevo régimen de desarrollo, desde una cosmovisión de pueblos y nacionalidades indígenas, proyectada con gran fuerza dentro de los debates de transformación a nivel mundial, buscando una economía solidaria tratando de superar en palabras de Alberto Acosta el extractivismo y a

construir conscientemente una economía pospetrolera. Una de las principales funciones del Estado es establecer políticas públicas inherentes al desarrollo de la ciudadanía, enmarcadas dentro del régimen del buen vivir, para lo cual el Estado estableció el Plan Nacional para el Buen vivir 2009/2013. La combinación de las orientaciones éticas y programáticas del Buen Vivir apunta a la articulación de las libertades democráticas con la posibilidad de construir un porvenir justo y compartido, tratando de promover la construcción de una sociedad que profundice la democracia y amplíe su incidencia en condiciones de radical igualdad social y material. Por lo que es primordial fortalecer a la sociedad⁷.

El régimen nacional de desarrollo tiene los siguientes objetivos⁸

- 1. Mejorar la calidad y esperanza de vida, y aumentar las capacidades y potencialidades de la población en el marco de los principios y derechos que establece la Constitución.*
- 2. Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los*

⁵ Francisco Palacios Mermo, Licenciado y Dr. en Derecho; Licenciado en Ciencias Políticas y Sociología, Ver más en Francisco Palacios Mermo, *Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales*, en Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, *Desafíos constitucionales, La nueva Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Quito-Ecuador, 2008, p.46.

⁶ Preámbulo de la Constitución de la República

⁷ Sohel Peña Naranjo, trabajo final, *Teoría General del Derecho*, Dr. Marco Navas, Maestría de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, *La normativa establecida en el Art. 85 de la Constitución de la República preceptúa La Formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garantizan los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos”. En este contexto, al ser normativa de carácter general, es admisible la renta básica en nuestro ordenamiento jurídico?*, 2012.

⁸ Art. 276 de la Constitución de la República

- medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable.
3. Fomentar la participación y el control social, con reconocimiento de las diversas identidades y promoción de su representación equitativa, en todas las fases de la gestión del poder público.
 4. Recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural.
 5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial.
 6. Promover un ordenamiento territorial equilibrado y equitativo que integre y articule las actividades socioculturales, administrativas, económicas y de gestión, y que coadyuve a la unidad del Estado.
 7. Proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio; recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural.”

Es importante señalar que el Plan Nacional para el Buen vivir, tiene sustento en la Norma Suprema, que establece: *El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-cul-*

*turales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay.*⁹ Y es el Estado quién tiene la potestad de planificar el desarrollo del país, garantizando el ejercicio de los derechos constitucionales, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución de la República. La planificación propiciará la equidad social y territorial, sin discriminación.

El sumak kawsay o buen vivir o vida digna, concreta toda la cosmogonía comunitarista de origen indígena que se intenta proyectar, a nivel del Estado, en todo un sistema social y jurídico de derechos y sociabilidad¹⁰. Entonces, el Sumak Kawsay es la equidad y paz espiritual y material, es la armonía que se debe tener con la naturaleza, enunciado que se encuentra inmerso en la Constitución de la República, la misma, que busca la equidad y la igualdad entre las ciudadanas y ciudadanos, el tratar de erradicar cualquier tipo de discriminación, el respeto que debe existir entre el pueblo ecuatoriano, el respeto que debe existir hacia la naturaleza. La equidad que propugna el Sumak Kawsay se desarrolla en algunos derechos que deben tener las ciudadanas y ciudadanos: a) tener agua y alimentación, b) vivir en un ambiente sano, 3) tener comunicación e información, 4) cultura y ciencia, 5) educación, 6) hábitat y vivienda, 7) salud, 8) trabajo y seguridad social.

⁹ Art. 275 de la Constitución de la República

¹⁰ Francisco Palacios Romeo, *Constitucionalizarían de un sistema integral de derechos sociales. De la Daseinsvorsorge al Sumak Kawsay*, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva, Rubén Martínez Dalmau, *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Tribunal Constitucional, Quito-Ecuador, 2008, p. 42.

Para que se efectivice lo detallado, le corresponde al Estado crear políticas públicas; así, el Art. 85 de la Constitución de la República, habla sobre la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos, los mismos que deben garantizar los derechos reconocidos por la Constitución de la República y se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones: 1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad. 2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenazan con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto. 3. El Estado garantizará la *distribución equitativa y solidaria del presupuesto* para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

a) Agua y alimentación.- Un eje trascendental, dentro de la Constitución de la República, sin lugar a duda, es concebir al agua como un derecho

fundamental e irrenunciable, el cual constituye patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida. derecho que ha tenido influencia a nivel latinoamericano, México al igual que Ecuador concibe al agua como un derecho. No obstante aquello, las personas no deben abusar de este derecho, y a la fuerza querer adueñarse de las fuentes de agua, peor aun, por defender este derecho ir en quebranto con otros derechos. En este sentido, la Corte Nacional de Justicia, en la causa N° 749-2011, -interrupción de servicios públicos-, en el cual, comuneros de los de los pueblos de Tarqui y Victoria de Portete, al creer que residuos de la minería contaminaría el agua, cerraron la panamericana norte y así defender su derecho al agua, estableció:

“(...) que para hacer valer un derecho -al agua- no se debe ir en detrimento de otros derechos constitucionales como el derecho que tienen las ecuatorianas y ecuatorianos de transitar libremente por el territorio nacional, acatar y cumplir la Constitución y la ley, respetar los derechos humanos”¹¹.

Esto quiere decir, que la defensa del agua, por todas las personas, debe ser respetada dentro de los parámetros constitucionales, no es admisible, que por defender el derecho al agua se tenga que vulnerar otros derechos, como en el presente caso el derecho que tienen las personas de transitar libremente por el territorio ecuatoriano.

Es el Estado mediante políticas públicas el responsable de la provisión de los servicios *públicos* de agua potable y de riego, la conservación, recuperación y manejo integral de los recursos hídricos, cuencas hidrográficas y caudales ecológicos asociados al ciclo hidrológico. Además será el responsable que esta provisión responda a los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad; regular toda actividad que pueda afectar la calidad y cantidad de agua, y el equilibrio del ecosistema, en especial de las fuentes y zonas de recarga de agua.

De igual manera el Estado es el responsable de disponer los precios y tarifas de los servicios públicos, los mismos que deberán ser equitativos, y establecerá su control y regulación.

*El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla*¹².

Derecho que se encuentra protegido por instrumentos internacionales: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 25); El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 11); La Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 24.2, c y 27.3); La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer

(Art. 12.2); La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Art. 25,f y 28.1); El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador; la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño y el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África.

Uno de los últimos, y que entrará en vigencia, en mayo de 2013, es el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual, será un mecanismo internacional de supervisión, de violaciones de los derechos humanos, tendrá como potestad, recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte que determinen ser víctimas de una violación de un derecho económico, social y cultural, indudablemente, en este esquema esta inmerso el derecho a una alimentación adecuada.

Otro de los derechos que acarrea el Buen Vivir, dentro de este Estado Constitucional, sin duda, es el derecho a la alimentación, el cual, protege el derecho de las personas a alimentarse con dignidad.

Este derecho requiere, que los Estados proporcionen un entorno propicio en el que las personas puedan desarrollar plenamente su potencial para producir o procurarse una alimentación

¹² Observación General Nº 12, aprobada en 1999 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

adecuada para sí mismas y para sus familias. Así pues, la Constitución de la República es explícita, al determinar que la soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de los alimentos sanos y culturalmente apropiados de forma permanente¹³.

Consecuencia inmediata a lo anterior, es responsabilidad del estado ecuatoriano:

- “1. Impulsar la producción, transformación agroalimentaria y pesquera de las pequeñas y medianas unidades de producción, comunitarias y de la economía social y solidaria.
2. Adoptar políticas fiscales, tributarias y arancelarias que protejan al sector agroalimentario y pesquero nacional, para evitar la dependencia de importaciones de alimentos.
3. Fortalecer la diversificación y la introducción de tecnologías ecológicas y orgánicas en la producción agropecuaria.
4. Promover políticas redistributivas que permitan el acceso del campesinado a la tierra, al agua y otros recursos productivos.
5. Establecer mecanismos preferenciales de financiamiento para los pequeños y medianos productores y productoras, facilitándoles la adquisición de medios de producción.
6. Promover la preservación y recuperación de la agrobiodiversidad y de

los saberes ancestrales vinculados a ella; así como el uso, la conservación e intercambio libre de semillas.

7. Precautelar que los animales destinados a la alimentación humana estén sanos y sean criados en un entorno saludable.
8. Asegurar el desarrollo de la investigación científica y de la innovación tecnológica apropiadas para garantizar la soberanía alimentaria.
9. Regular bajo normas de bioseguridad el uso y desarrollo de biotecnología, así como su experimentación, uso y comercialización.
10. Fortalecer el desarrollo de organizaciones y redes de productores y de consumidores, así como las de comercialización y distribución de alimentos que promueva la equidad entre espacios rurales y urbanos.
11. Generar sistemas justos y solidarios de distribución y comercialización de alimentos. Impedir prácticas monopólicas y cualquier tipo de especulación con productos alimenticios.
12. Dotar de alimentos a las poblaciones víctimas de desastres naturales o antrópicos que pongan en riesgo el acceso a la alimentación. Los alimentos recibidos de ayuda internacional no deberán afectar la salud ni el futuro de la producción de alimentos producidos localmente.
13. Prevenir y proteger a la población del consumo de alimentos contaminados o que pongan en riesgo su salud o que la ciencia tenga incertidumbre sobre sus efectos.
14. Adquirir alimentos y materias primas

para programas sociales y alimenticios, prioritariamente a redes asociativas de pequeños productores y productoras”.

Entonces, para que exista un buen derecho a la alimentación, el Estado ecuatoriano debe tener presente: Disponibilidad, Accesibilidad, Adecuación.

Si bien, la Constitución de la República, preceptúa los parámetros de este derecho, es por intermedio de la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria que regula esos parámetros, y tiene por objeto establecer los mecanismos mediante los cuales el Estado cumpla con su obligación y objetivo estratégico de garantizar a las personas, comunidades y pueblos la autosuficiencia de alimentos sanos, nutritivos y culturalmente apropiados de forma permanente¹⁴.

Se debe entender por régimen de la soberanía alimentaria el conjunto de normas conexas, destinadas a establecer en forma soberana las políticas públicas agroalimentarias para fomentar la producción suficiente y la adecuada conservación, intercambio, transformación, comercialización y consumo de alimentos sanos, nutritivos, preferentemente provenientes de la pequeña, la micro, pequeña y mediana producción campesina, de las organizaciones económicas populares y de la pesca artesanal así como microempresa y artesanía; respetando y protegiendo la agrobiodiversidad, los conocimientos y formas de producción tradicionales y ancestrales,

bajo los principios de equidad, solidaridad, inclusión, sustentabilidad social y ambiental.

b) Ambiente sano.- Este es el propósito de todo los Estados a nivel mundial, tener y vivir en un ambiente sano; sin embargo, este derecho no ha sido muy desarrollado en ciertos países. México DF, es una ciudad con mucha contaminación, y no se diga de los países industrializados, en los cuales pesa el poder económico a favor de las grandes empresas, dejando a un lado este derecho; pese a ello en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos; sugirió que los países del mundo adopten este derecho en sus respectivas constituciones.

En este sentido, La Declaración de Lisboa de 1988 expedida en la Conferencia Internacional sobre garantías del Derecho Humano al Ambiente, manifiesta que los países deben reconocer el derecho que tienen las personas a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado; consecuentemente, sugirieron crear mecanismos jurídicos, en el que las personas ejerzan su derecho a habitar en un medio ambiente saludable.

Otros instrumentos internacionales como La Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Americana sobre Derechos Humanos, han promovido al derecho a vivir en un ambiente sano.

¹⁴ Art. 1 de la Ley Orgánica del Régimen de la Soberanía Alimentaria

Bajo estos parámetros, nuestro país reconoce el derecho a la ciudadanía a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir¹⁵. La titularidad recae en toda la población, de verse vulnerado este derecho cualquier persona o colectividad puede ejercer las acciones legales para defender este derecho, y es el Estado mediante políticas públicas el encargado de mantener un ambiente sano, de igual manera, está encargado de promover, el uso de tecnología ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicas persistentes altamente tóxicas, agroquímicos internacionalmente prohibidos, y las tecnologías y agentes biológicos experimentales nocivos y organismos genéticamente modificados perjudiciales para la salud humana o que atenten contra la soberanía alimentaria o los ecosistemas, así como la introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos al territorio nacional¹⁶.

Se concluye entonces, que el Estado y sociedad deben precautelar por este derecho, no obstante, se impone prohibiciones para no vulnerarlo.

c) Comunicación e información.- Antes de desarrollar este derecho, es importante señalar que la información

es un conjunto organizado de datos procesados, que constituyen un mensaje sobre un determinado ente o fenómeno. En tanto que comunicación se la entiende como la transmisión de información entre dos o más personas, utilizando signos: olfativos, auditivos, visuales, táctiles y lingüísticos; consecuentemente, la información esta inmersa en la comunicación, al comunicarnos damos información. Se puede señalar algunas clases de comunicación. 1. Comunicación Interpersonal, o básica, mediante la cual las personas interactúan entre sí - aquella en la que se interactúa con otros individuos, es decir, se establece un diálogo con ellas. 2. Comunicación Masiva, aquella que se realiza por difusión de información - radio, televisión, periódicos, revistas e internet.

Este derecho a la comunicación e información, estaba concebido en el Capítulo IV, De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Art. 81 de la Constitución Política de 1998, al señalar: *“El Estado garantizará el derecho de acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales”*. Se evidencia, que esta normativa era muy general, derecho que viene a ser desarrollado en la Constitución de la República, Así pues, se denota tres ejes. El primero, que todas las personas de manera o colectiva tienen derecho a:

¹⁵ Arts. 14 y 15 de la Constitución de la República

¹⁶ Arts. 14-15 de la Constitución de la República.

1. *Una comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos.*
2. *El acceso universal a las tecnologías de información y comunicación.*
3. *La creación de medios de comunicación social, y al acceso en igualdad de condiciones al uso de las frecuencias del espectro radioeléctrico para la gestión de estaciones de radio y televisión públicas, privadas y comunitarias, y a bandas libres para la explotación de redes inalámbricas.*
4. *El acceso y uso de todas las formas de comunicación visual, auditiva, sensorial y a otras que permitan la inclusión de personas con discapacidad.*
5. *Integrar los espacios de participación previstos en la Constitución en el campo de la comunicación.*
6. *Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.*
7. *Acceder libremente a la información generada en entidades públicas, o en las privadas que manejen fondos del Estado o realicen funciones públicas. No existirá reserva de información excepto en los casos expresamente establecidos en la ley. En caso de violación a los derechos humanos, ninguna entidad pública negará la información*¹⁷.

Se nota, una clara incursión de toda la gente a este derecho, la igualdad que debe existir entre la ciudadanía

al uso de frecuencias del espectro radioeléctrico, y sin lugar a duda lo más importante pone énfasis en la inclusión de las personas con discapacidad.

Se establece el derecho que tenemos las personas de acceder a la información generada por las entidades públicas o privadas con carácter público, cuando exista vulneración de derechos constitucionales.

El segundo eje, se enmarca en la potestad del Estado de fomentar la pluralidad y la diversidad en la comunicación para lo cual:

“1. Facilitará la creación y el fortalecimiento de medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, así como el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación en especial para las personas y colectividades que carezcan de dicho acceso o lo tengan de forma limitada.

*2. No permitirá el oligopolio o monopolio, directo ni indirecto, de la propiedad de los medios de comunicación y del uso de las frecuencias”*¹⁸.

Es de señalar que el Gobierno actual, ha promovido este derecho, al conceder frecuencias radioeléctricas, en especial a las colectividades que han carecido de la misma, siendo el gobierno estricto, al desintegrar los famosos oligopolios y monopolios de las familias de poder económico y político que han gobernado en las últimas décadas a nuestro país.

¹⁷ Arts. 16 y 18 de la Constitución de la República

¹⁸ Art. 17 de la Constitución de la República

El tercer eje, la regulación mediante Ley de contenidos con fines informativos, educativos y culturales en la programación de los medios de comunicación, se prohíbe toda emisión de publicidad tendiente a la violencia, discriminación, racismo, toxicomanía, sexismo, intolerancia religiosa o política y toda aquella que atente contra los derechos.

d) Cultura y Ciencia.- Somera-mente, y de manera filosófica, diré que a criterio del Instituto Tecnológico Autónomo de México, la ciencia constituye un ingrediente que globalmente se denomina cultura, que depende en gran medida del cultivo de las ciencias que el hombre realiza e igualmente de la concepción que tenga de la ciencia. El espíritu del hombre, su inteligencia y libertad, es un espíritu esencialmente cultural. Creador de la cultura, el espíritu del hombre inteligente y libre inventa, construye, modifica o destruye los universos de cultura, los universos de significados y valores, y los objetos de cultura que responden a las necesidades del hombre. Si bien, la cultura se la puede ver de diferentes ópticas, sin lugar a duda, a la cultura puede científico-técnica, antropológica e histórica. Al decir científico-técnica conforma la mentalidad y la visión del mundo de los hombres; antropológica ya que nuestra cultura se encuentra centrada en el hombre concreto; y finalmente históri-

ca porque se percibe y valora la realidad humana como cambiante, en devenir progresivo hacia el futuro.

Como derecho humano, el Art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dice: “*Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten*”

Ahora bien, es posible distinguir dos nociones ideales-típicas del término cultura: una concepción universalista y otra diferencialista. La primera concepción, señala que la cultura es una. Se trata de ponerla en común. Sirve para iluminar los espíritus y elevarlos al mismo nivel de conocimiento, pensamiento y educación. La finalidad es realizar una comunidad de espíritus por encima de las diferencias históricas, geográficas o sociales; entonces esta concepción considera un derecho universal de acceso a la cultura. En tanto que la concepción diferencialista, la cultura es plural; las sociedades son pluriculturales. Esta concepción se presenta a menudo como reacción a lo que se considera elitista, occidental o colonial que defiende la cultura universal. Esto último no sería más que la expresión etnocentrista del burgués occidental¹⁹, esta concepción defiende el derecho de cada uno a su cultura.

¹⁹ Al respecto, Veronique Champeil-Desplats, profesora de la Universidad de Paris, Directora del Centro de Investigaciones y Estudios sobre Derechos Fundamentales, hace un estudio pormenorizado sobre el derecho a la cultura como derecho fundamental, en el cual abarca, los problemas de definición, conceptual de este derecho. Ver más en Veronique Champeil-Desplats, *EL DERECHO A LA CULTURA COMO DERECHO FUNDAMENTAL*, en Revista Electrónica Iberoamericana, Vol. 4, N. 1, Centro de Estudios de Iberoamérica, 2010, ps. 94-95.

Este derecho a la cultura y ciencia, fue recogido en la Constitución Política de 1998, de manera independiente, en la sección 7 -de la cultura- y en la sección 9 -de la ciencia y tecnología-. En tanto la Constitución de la República, señala:

“Art. 21.- Las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, a decidir sobre su pertenencia a una o varias comunidades culturales y a expresar dichas elecciones; a la libertad estética; a conocer la memoria histórica de sus culturas y a acceder a su patrimonio cultural; a difundir sus propias expresiones culturales y tener acceso a expresiones culturales diversas.

No se podrá invocar la cultura cuando se atente contra los derechos reconocidos en

la Constitución.”

El determinar que las personas tienen derecho a construir y mantener su propia identidad cultural, quiere decir que las ciudadanas y ciudadanos tenemos el derecho a la identificación cultural, esto quiere decir, el derecho a escoger la propia cultura, el derecho al legado cultural, los derechos patrimoniales, el derecho de acceso a medios de comunicación y de expresión, el derecho a la protección y al desarrollo de la propia identidad cultural.

En la próxima entrega haremos alusión a otras peculiaridades del constitucionalismo ecuatoriano. ❖

continuará ...



Dr. Jorge M. Blum Carcelén

Juez Nacional - Presidente de la Sala Penal

Código Orgánico Integral Penal

Proyecto Borrador - Segundo debate

El Ecuador, ante el requerimiento de cambio en la administración de justicia penal, expresado mayoritariamente por el pueblo, mediante Consulta Popular de mayo de 2011, emprendió una transformación radical y fundamental, precisamente para recuperar la confianza ciudadana; iniciando la nueva era de la Justicia, con la implementación de áreas dignas de trabajo y atención al usuario, ingresando a la tecnológica, sensibilizando al servidor y servidora judicial frente a la problemática social, en la solución de conflictos, cuya misión primordial es recobrar la paz social, para ello se está tratando de expedir un **Código Orgánico Integral Penal**, que aglutine en un solo cuerpo legal, toda la normativa penal, que por muchísimos años estuvo diseminada, imposibilitando, no solo su estudio, sino también su aplicación.

Consideramos oportuno la expedición de esta normativa, ante las innovaciones económicas, sociales y políticas que está experimentando el país, constituyendo el Código Orgánico Integral

Penal, en un evento imprescindible e inaplazable para la ciudadanía y para los operadores de justicia, para modernizar la legislación penal, aplicable con nuestra realidad constitucional.

El Borrador de Código Orgánico Integral Penal, en estos momentos, está siendo analizado en “Segundo Debate”, por la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, Presidida por el Dr. Mauro Andino Reinoso e integrada por los assembleístas doctores Henry Cuji, Luis Almeida, Rosana Alvarado, Gina Godoy, César Gracia, Mariangel Muñoz, Marisol Peñafiel, María Romo, Vicente Taiano y Xavier Tomalá; constituyendo este documento en una expectativa de las futuras normas que en materia penal podrían entrar en vigencia en los próximos meses, cuyo texto fue proporcionado a los integrantes de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, a mediados del mes de marzo de 2013, precisamente para socializarlo al interior de la Función Judicial, a fin de que tengamos,

por esta vía académica, la oportunidad de realizar comentarios, sobre los delicados y especializados temas que contiene el Proyecto, que sin lugar a dudas, requiere del aporte de los conocedores del derecho penal, por ello, me limitaré a citarlo en su tenor literal, como primera parte, en la **“Revista Ensayos Penales”**.

El primer Libro contiene, lo que ahora llamamos el Código Penal, presentando el nuevo repertorio de delitos, con tipos penales acordes a nuestra realidad constitucional; en el segundo Libro, se trata sobre la parte adjetiva penal, lo que es el Código de Procedimiento Penal, viabilizando el trámite del proceso penal, para convertirlo en ágil y oportuno, respetando las normas del debido proceso, en el sistema acusatorio oral; y, el tercer Libro, puntualiza sobre la parte ejecutiva de la pena, lo que actualmente es el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, que dentro de poco estará a cargo de Juezas y Jueces Penitenciarios, quienes se preocuparán por el bienestar de la persona privada de libertad, en la búsqueda de su reinserción social.

El Proyecto, cambia la tradicional estructura de los códigos antes referidos, haciendo un replanteo, en cuanto a la ubicación de sus instituciones, agrupándolas por la violación del derecho constitucional, a diferencia del actual Código Penal que no lo hacía en esa forma, está comprendido el Proyecto de **Código Orgánico Integral Penal**, aproximadamente en los primeros tres libros por: 421 artículos para la parte

sustantiva o parte general; 330 para la parte adjetiva penal, que es el procedimiento penal y la ejecución penal con 127 artículos, con 4 disposiciones generales, 18 transitorias, 21 disposiciones reformativas; pero además tendrá en el Libro IV lo referente a la “Responsabilidad del Adolescente en conflicto con la ley penal”; y, en el Libro V, sobre el “Sistema Nacional de Medidas Socioeducativas” y 6 disposiciones derogatorias; sin que en el borrador del Proyecto se indique el número de artículos que contendrán los dos últimos libros.

Proyecto referente a la parte Sustantiva Penal:

Lo que ahora conocemos como Código Penal o la parte sustantiva penal, en el Proyecto los presenta como Libro Preliminar y Libro Primero en el que desarrolla sobre la infracción penal.

En el **Libro Preliminar**, se refiere a las **“Normas Rectoras”**, con cinco títulos; la **Finalidad** lo trata en el Título I, para normar la intervención Estatal, protegiendo la convivencia social frente a las infracciones penales, evitando la impunidad y regulando el ejercicio del poder punitivo del Estado, mediante objetivos, que garanticen el respeto de los derechos reconocidos por la Constitución y los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, estableciendo el hecho y protegiendo al inocente, para juzgar a las personas con observancia del debido proceso y de ser el caso sancionándolas de forma proporcional, buscando reparar de manera integral a las víctimas, promoviendo la rehabilitación integral de los sancionados penalmente,

para reinsertarlos en la sociedad, desarrollando sus capacidades para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus responsabilidades, promoviendo el respeto del ordenamiento jurídico, la seguridad de los ciudadanos, el orden social y potenciando las capacidades de las personas condenadas por infracciones penales.

En el Título II, contempla las **“Garantías y Principios Generales”**, con tres capítulos que desarrollan, en el primero, los **“Principios Generales”**, señalando que en materia penal se aplicarán todos los principios que emanan de la Constitución de la República, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, destacando el respeto a la dignidad de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, comunas y colectivos; el derecho de igualdad y no discriminación de todos los sujetos procesales y de quienes intervengan en el sistema penal, estableciéndose que no hay pena sin infracción penal; no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho; no hay ley penal sin la necesidad de pena; no hay necesidad de la pena, sin acción u omisión dañosa, lesiva o que ponga en peligro bienes jurídicos; no hay acción u omisión punible sin culpabilidad; no hay culpabilidad sin debido proceso; y, no hay debido proceso sin respeto a la dignidad.

En el “Segundo Capítulo”, del Título II del Libro Primero, trata sobre las **“Garantías y Principios Rectores del Proceso Penal”**, como la “Tutela Judicial”; la “Dignidad humana y titu-

laridad de derechos”; los 32 “principios procesales” de: Oficialidad, Legalidad, Favorabilidad, In dubio pro reo, De inocencia, Oportunidad, Defensa, Igualdad, Doble conforme, Prohibición de empeorar la situación del procesado, Prohibición de obligación de incriminación, Prohibición de doble juzgamiento, Comparecencia obligatoria para el perito o testigo, con excepción de la víctima; Juzgador natural, Intimidad, Oralidad, Celeridad, Concentración, Contradicción, Seguridad jurídica y protección de derechos; Dirección judicial del proceso para evitar dilaciones innecesarias; Impulso procesal, Publicidad, Inmediación, Motivación, Imparcialidad, Gratuidad, Cláusula de exclusión, Verdad procesal, Buena fe y lealtad procesal; Privacidad y confidencialidad; y, Objetividad que se refiere a la actuación de los Fiscales; señalándose expresamente que los principios de legalidad, favorabilidad y defensa también serán aplicados a la ejecución de penas.

En el mismo capítulo segundo, se detallan las **“Garantías en caso de privación de libertad”**, que son los detallados en el Art. 77 de la Constitución de la República 2008, indicándose que en infracciones flagrantes, la persona debe ser conducida ante la autoridad judicial competente para la correspondiente audiencia que deberá celebrarse dentro de las 24 horas siguientes a la aprehensión; no se podrá admitir en centros de privación de libertad sin orden escrita del juzgador competente y dichos centros funcionarán exclusivamente bajo la autorización y control del Sistema de Rehabilitación Social, prohibiéndose en

instalaciones no autorizadas, la coerción o derivadas de procedimientos disciplinarios administrativos; se deberá verificar la edad de la persona procesada y en caso de duda se aplicará la presunción de minoría de edad, hasta que dicha presunción sea desvirtuada por la Fiscalía dentro de la investigación; el detenido tendrá derecho a conocer en forma clara y específica las razones de su detención, la identidad del juzgador que la ordenó, la de los agentes que la llevaron a cabo y de los responsables del interrogatorio; a ser informado de su derecho a permanecer en silencio, a exigir la presencia de una o un abogado o Defensor Público, comunicarse con un familiar; la detención del extranjero se la informará al representante Consular de su país, no habrá incomunicación, aislamiento o tortura, ni siquiera con fines disciplinarios y sin excepción con el sobreseimiento, sentencia donde se reconozca el principio de inocencia, auto de nulidad, caducidad de la prisión preventiva la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aun cuando estuviere pendiente la consulta o recurso.

En el capítulo tercero, del Título II, se trata sobre los **“Principios Rectores del Sistema de Rehabilitación Social”**, detallándose la **“Separación”**, indicándose el sitio de alojamiento en los diferentes lugares de privación de libertad dentro de los establecimientos de acuerdo al sexo u orientación sexual, edad, la razón de su privación de libertad y según las necesidades de su atención. El **“Tratamiento”**, según sus necesidades, capacidades y habilidades. La **“Voluntariedad y Participación”**,

siendo voluntaria e individual las actividades y programas optativos en los que deba participar el privado de libertad, respetándose los derechos humanos. La **“Apertura”**, de los centros de privación de libertad hacia la sociedad, para que las condiciones de vida sean de conocimiento público y se promueva la participación y sensibilización de la comunidad.

También se detallan los **“Principios de las Políticas para personas privadas de la libertad”**, correspondiéndole al Directorio del Sistema de Rehabilitación Social definir las, cuya finalidad es de la de garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, mediante la integración, equidad y control.

El Título III del Libro Preliminar, se refiere a los **“Derechos y Responsabilidades”**, desarrollados en dos capítulos, siendo el primero el **“Derecho de la Víctima”**, señalando sus derechos, como el proponer acusación particular, pero además tendrá derecho a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento.

Respecto a la víctima, se adoptarán mecanismos para su reparación integral por los daños sufridos, que incluirá sin dilaciones el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional en cada caso específico.

El Proyecto señala que la víctima tiene derecho a ingresar al Sistema

Nacional de Protección y Asistencia efectiva a víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal; a que el Estado sea responsable de la reparación a las víctimas de infracciones que cometen agentes del Estado; también a la protección especial resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y de los testigos que declaren a su favor; a no ser revictimizadas sobre todo en la obtención y valoración de las pruebas, protegiéndolos de cualquier amenaza o intimidación.

La víctima tendrá derecho a ser asistida antes y durante la investigación, en las etapas del proceso y en la reparación integral, por un abogado particular o del Estado; ser asistida gratuitamente por un traductor o intérprete y recibir asistencia especializada, e informada por la Fiscalía respecto del estado de la investigación preprocesal y de la instrucción, así como informado en su domicilio del resultado final del proceso.

También la víctima tiene derecho a ser tratada en condiciones de igualdad, aplicando medidas de acción afirmativa en relación a su dignidad humana, sobre todo a decidir sobre la interrupción del embarazo, cuando fuere producto de una violación.

En el Capítulo II, del Título III, se trata sobre los **“Derechos, Garantías y Responsabilidades de las personas privadas de libertad”**, implementándose dos secciones, en la primera, se detallan los derechos y garantías de los privados de libertad, que tiene relación con la integridad física, psíquica, moral y sexual, la libertad de expresión, liber-

tad de conciencia y religión, sobre su trabajo, educación, cultura y recreación, la privacidad personal y familiar, sobre la protección de los datos de carácter personal que incluye el acceso y uso de la información, el derecho asociarse con fines lícitos, al sufragio, a presentar quejas y peticiones, a ser informada en su idioma respecto de sus derechos y de las normas del establecimiento y sobre todo a permanecer dentro del establecimiento en condiciones adecuadas con garantías básicas, como una celda, que posea la superficie necesaria en relación a las personas que la habitan, que sea ventilada y con iluminación adecuada y se prohíbe el hacinamiento, permitiéndosele el acceso a servicios sanitarios higiénicos suficientes y que proteja su intimidad y privacidad, teniendo derecho a recibir en forma oportuna salud preventiva, curativa y de rehabilitación, tanto física como mental y cuando se trate de centros de privación de libertad de mujeres, el departamento médico contará con personal femenino especializado para atender sus necesidades, como exámenes de rutina y ginecológicos, cuyos estudios, diagnósticos, tratamiento y medicamentos serán gratuitos, recibiendo por parte del Ministerio de Salud Pública el tratamiento contra adicciones.

Tendrán derecho a una alimentación adecuada, en cuanto a calidad y cantidad, en lugares apropiados y tres veces al día, con acceso a agua potable en todo momento; con derecho a mantener su vínculo familiar y social, para ello serán ubicados en Centros cercanos a su domicilio, teniendo derecho a

comunicarse y recibir visitas de familiares, amigos, abogados y a la visita íntima de la pareja respetando su intimidad, en igualdad de condiciones, sin importar nacionalidad, sexo, preferencia sexual o la identidad de género, lo que no será considerado como privilegio, ni su impedimento utilizado como sanción.

La sección segunda, del capítulo segundo del Título III del Libro Preliminar, se refiere a las **“Responsabilidades de las personas privadas de libertad”**, quienes deberán respetar y cumplir la Constitución, Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y demás normas jurídicas, contribuyendo para que el ambiente de los Centros sea el apropiado para una convivencia armónica y pacífica, debiendo cumplir las sanciones disciplinarias.

El Título IV del Libro Preliminar, trata sobre la **“Interpretación e Integración”** de las normas del Código, con cuatro reglas, que se refieren a la interpretación en materia penal, realizada en el sentido que más se ajuste a la Constitución de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos; los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, respetando el sentido literal de la norma y queda prohibida la utilización de la analogía, como forma de integración del derecho para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permitan la aplicación de una sanción o medida cautelar, o para establecer excepciones o restricciones de derechos; constituyéndose en vinculantes para las actuaciones

y decisiones de los juzgadores penales la jurisprudencia y los precedentes sentados por la Corte Nacional de Justicia en materia penal.

El Título V se refiere al **“Ámbito de Aplicación”**, siendo el **“Ámbito espacial de aplicación”**, cuando la infracción es cometida dentro o fuera del territorio nacional; cuando produzca efectos en el Ecuador; cometida por extranjero; por servidores públicos mientras desempeñan sus funciones o gestiones oficiales; cuando la infracción afecte bienes jurídicos protegidos por el Derecho Internacional; cuando constituyan graves violaciones a los derechos humanos, cuando es cometida por servidores de las Fuerzas Armadas, dentro del territorio o a bordo de naves, aeronaves militares o mercantes. Respecto al **“Ámbito personal de aplicación”**, las normas del Proyecto de Código se aplicarán a todas las personas nacionales o extranjeras, que hubieren cometido infracciones penales, excepto las consagradas por el derecho internacional.

Sobre el **“Ámbito temporal de aplicación”**, regula a los sujetos del proceso penal y a los juzgadores, ya que toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión; se aplicará la ley penal posterior más benigna, sin necesidad de petición y de preferencia la ley penal vigente al tiempo de cometida la infracción o de dictarse la sentencia; el ejercicio de la acción y las penas prescribirán con las reglas de éste Código; pero las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad,

crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales serán imprescriptibles, tanto en la acción como en la pena.

Trata el **“Ámbito material de la ley penal”**, considerando única y exclusivamente como infracciones penales, las tipificadas en este Código; con lo que entendemos, que ya no habrán tipos penales diseminados en diferentes códigos o leyes; señalándose expresamente que las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica, salvo en materia de la niñez y adolescencia.

El Libro Primero del Proyecto se refiere a la **“Infracción Penal”**, desarrollada en tres Títulos, el primero trata **“La Infracción Penal en General”**, estableciéndose que es la conducta típica, antijurídica y culpable penada en este Código; clasificando las infracciones como delitos y contravenciones; constituyendo delito la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a 30 días y las contravenciones con pena de hasta 30 días.

También trata sobre el **“concurso real de delitos”**, cuando a una persona le sean atribuibles varios delitos autónomos e independientes, se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón pueda exceder de 40 años. Mientras que para las penas no privativas de la libertad, se fijan tres reglas: 1.- Varios delitos sancionados con multa, se

acumularán todas las multas, sin que exceda del doble de la más rigurosa. 2.- Varios delitos cometidos por personas jurídicas, se acumularán las penas, salvo las penas de extinción, prohibición de realizar actividades y clausura de locales. 3.- Cuando concurren varias infracciones sancionadas con pena de comiso penal, se acumularán.

Sobre el **“concurso ideal de delitos”**, se aplicará la pena más grave cuando varios tipos penales sean aplicables a la misma conducta. En el **“concurso de infracciones de tránsito”** se aplicará la pena más grave, cuando exista concurrencia de varias infracciones de tránsito. Mientras que sobre las **“causas de exclusión de la conducta”**, se indica que no son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza irresistible, actos reflejos, estados de plena inconciencia debidamente comprobados.

En cinco capítulos del libro primero, se desarrollan los **Elementos del Delito**; el primero, en tres secciones, trata sobre la **“Tipicidad”**: indicando que los tipos penales describen los elementos estructurales de las conductas penalmente relevantes; sobre el **“Dolo”**, indicándose que actúa con dolo la persona que conociendo los elementos objetivos del tipo quiere ejecutar la conducta; la **“Culpa”**, cuando la persona que viola un deber objetivo de cuidado o evitabilidad en la previsión de un resultado típico, por imprudencia, negligencia o impericia y será punible la conducta siempre y cuando se encuentre tipificada como infracción en la ley penal; también sobre

la **“Omisión dolosa”**, cuando se describe el comportamiento de una persona que deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante, es decir, cuando tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y quienes han provocado o incrementado un riesgo que resulte determinante en la afectación del bien jurídico protegido; y sobre el **“Error de tipo”**, considerando que no existe infracción penal, cuando, por error o ignorancia invencible debidamente comprobada, desconozca uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal.

Si el **“error fuere vencible”**, la infracción persistirá y responderá por la modalidad culposa del tipo penal si aquella existiera. Cuando el **“error invencible”** recaiga sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impedirá la apreciación de ésta por parte del Juez.

En la Sección Segunda, trata sobre la **“Antijuridicidad”**, indicando que la conducta penalmente relevante sea antijurídica debe amenazar o lesionar, sin causa justa, un bien jurídico protegido por este Código; señalando las **“causas de exclusión de la antijuridicidad”**, indicando que no existe infracción, cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad, legítima defensa, por el cumplimiento de orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal; pero el que excede los límites de las causas

de exclusión, será sancionado con pena reducida a la mínima, de la prevista en el tipo penal.

La Sección Tercera, se refiere a la **“Culpabilidad”**, indicando que la persona debe ser imputable, para que sea considerada responsable penal y debe actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta y haber podido actuar de manera distinta; ya que no existe responsabilidad penal en los casos de error de prohibición, invencible y trastorno mental, debidamente comprobados, señalados en el Proyecto como **“Causas de inculpabilidad”**.

El proyecto desarrolla el **“error de prohibición”**, cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no comprende la ilicitud de la conducta; ya que si el error fuere invencible no habrá lugar a la responsabilidad penal, pero si fuere vencible, se aplicará la pena mínima prevista para la infracción.

Respecto al **“trastorno mental”**, se indica que cuando la persona, al momento de cometer la infracción, no tenga capacidad para comprender la ilicitud de su conducta y padece de trastorno mental, no será responsable de la infracción y en este caso se le dictará obligatoriamente una medida de seguridad; pero si al tiempo de cometer la infracción, estaba disminuida su capacidad de comprender la ilicitud, tendrá responsabilidad penal atenuada, imponiéndosele el mínimo de la pena.

La **“Responsabilidad por embriaguez o intoxicación”** de sustancias sujetas a fiscalización, tiene las

mismas reglas que actualmente rigen para establecerla.

La **“Exención de responsabilidad en delitos contra el derecho a la propiedad”**, indicándose que están exentos de responsabilidad penal y sujetos únicamente a la civil, por los delitos de hurto, robo con fuerza en las cosas, defraudaciones o daños que en forma recíproca se causen, los cónyuges que hagan vida en común y los convivientes; los ascendientes y descendientes; el cónyuge sobreviviente respecto de los bienes del cónyuge difunto; los hermanos y cuñados si viven juntos.

Se mantiene la **“inimputabilidad penal de las personas menores de 18 años”**, las que serán sometidas al Código de la Niñez y la Adolescencia y sus derechos prevalecerán sobre las demás personas.

El Segundo Capítulo, del Libro Primero trata sobre la **“Ejecución de la Infracción”**, definiendo la **“Tentativa”**, como la ejecución que no logra consumarse o verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que dolosamente inició la ejecución del tipo penal, mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito; reduciéndosele la pena aplicable a la cuarta parte, de la pena que le correspondería si el delito se hubiere consumado; pero quedará exento de responsabilidad por la infracción tentada, cuando la persona voluntariamente evita su consumación, ya sea desistiendo de la ejecución iniciada o impidiendo el resultado, sin perjuicio de la responsabilidad por los

actos ejecutados; mientras que las contravenciones sólo serán sancionadas si se consuma.

El Capítulo Tercero, se refiere a la **“Participación”**, como **autores o cómplices**, (con lo que desaparece el encubridor), aunque se señala en el Proyecto, que las circunstancias o condiciones que limiten o agraven la responsabilidad del autor o cómplice, no influirán en la situación jurídica de los demás partícipes de la infracción; (lo que deja entrever que pueden existir otros partícipes), lo que nos parece puede traer confusión.

Respecto de los **“AUTORES”**, el proyecto les fija tres modalidades: **“La Autoría Directa”**: a) el que comete la infracción de manera directa e inmediata; b) quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución, teniendo el deber jurídico de hacerlo; y, c) quienes ejerzan el poder de mando en la organización criminal. **“La Autoría Mediata”**: a) son los que instigan o aconsejan a otra persona para que cometa la infracción, pero se debe demostrar que tal acción ha determinado su comisión; b) quienes se valen de otras personas imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento directo o indirecto; y, c) quienes por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin. **“La Coautoría”**, son los que coadyuven a la ejecución, de un modo principal,

practicando deliberada e intencionalmente algún acto, sin el cual no hubiera podido perpetrarse la infracción.

“**Los Cómplices**”, son las personas que en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos anteriores o simultáneos a la ejecución de la infracción penal, de tal forma que aún sin esa ayuda la infracción igualmente se hubiere cometido; estableciéndose que no cabe complicidad de las infracciones culpables. Pero cuando el acusado de complicidad no quiso cooperar, sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será en razón del acto que pretendió ejecutar. La pena del cómplice, será de un tercio a la mitad de la pena para el autor.

En el Capítulo Cuarto del Libro Primero, se trata sobre “**Las Circunstancias de la Infracción**”, analizando **seis Atenuantes y veinte Agravantes** y estableciéndose que en ningún caso el juzgador podrá imponer una pena inferior al mínimo, ni una pena superior al máximo previsto en el tipo penal.

Circunstancias atenuantes son: **1:** cometer la infracción contra la propiedad, sin violencia y en circunstancias económicas apremiantes; **2:** actuar por temor intenso o bajo violencia superable; **3:** intentar en forma voluntaria anular o disminuir las consecuencias de la infracción; brindar auxilio y ayuda inmediata a la víctima; **4:** reparar voluntariamente el daño o indemnizar integralmente a la víctima; **5:** presentarse en forma voluntaria a la justicia, pudiendo fugarse u ocultarse; y, **6:** colaborar eficazmente con las autoridades en la investi-

gación de la infracción.

Circunstancias agravantes, cuando no son constitutivas de la infracción son: **1:** ejecutarla con alevosía o fraude; **2:** cometerla por promesa, precio o recompensa; **3:** como medio para la comisión de otra infracción; **4:** aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, particular o fenómeno de la naturaleza; **5:** con participación de dos o más personas; **6:** haber aumentado o procurado aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona; **7:** con ensañamiento contra la víctima; **8:** prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar; **9:** aprovechándose de las condiciones de la víctima que impliquen indefensión o discriminación; **10:** valerse de niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, embarazadas o con discapacidad; **11:** cometerla en perjuicio de niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, embarazadas o con discapacidad; **12:** con violencia o usando sustancias que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima; **13:** utilizar indebidamente insignias, uniformes, distintivos militares, policiales o religiosos como medio para facilitar la comisión de la infracción; **14:** consumo de alcohol o sustancias sujetas a fiscalización, realizada en forma premeditada; **15:** cuando a consecuencia del delito se afecte a varias víctimas; **16:** armado o con auxilio de gente armada; **17:** utilizar credenciales falsas, uniformes, distintivos de empresas públicas, para hacerse pasar por funcionario, trabajador, servidor

público; **18:** cuando la conducta fuere cometida total o parcialmente desde un centro de rehabilitación por una persona privada de libertad; **19:** estar el autor perseguido o prófugo por un delito con sentencia condenatoria en firme; y, **20:** reincidencia, entendida como la sentencia condenatoria ejecutoriada anterior de un delito igual al que se imputa.

Las “**circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva y contra la integridad y libertad personal**”, estableciéndose 11 circunstancias agravantes específicas, que son: **1)** cuando la víctima es mayor de 65 años; **2)** cuando la víctima es menor de 14 años; **3)** cuando la víctima se encuentre al cuidado o atención en establecimientos públicos o privados como salud, educación, turismo, de esparcimiento, en espectáculos públicos, medios de transporte, culto, investigación, asistencia, refugio, centros de privación de la libertad, recintos policiales, militares y otros similares; **4)** contagiado a la víctima con enfermedad grave, incurable o mortal; **5)** cuando la víctima resulte embarazada, en puerperio o si abortare como consecuencia de la infracción; **6)** compartir el núcleo familiar de la víctima; **7)** aprovecharse de la situación de la víctima de vulnerabilidad extrema, necesidad económica o de abandono; **8)** si la infracción sexual ha sido cometida como forma de tortura, intimidación, explotación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo; **9)** tener el infractor relación de poder o autoridad sobre la víctima; **10)** utilizar sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la

víctima; y, **11)** conocer a la víctima con anterioridad.

Las “**circunstancia agravante para los servidores públicos**”, cuando se aprovecha de su condición de servidor público para el cometimiento del delito.

En el Capítulo Quinto del Libro Primero, se trata sobre “**La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica**”, estableciéndose que las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado, serán penalmente responsables por los delitos cometidos para su beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión dolosa de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderados o mandatarios o representantes legales o convencionales, agentes, apoderados, factores, delegados, o por terceros que contractualmente o de hecho se inmiscuyan en una actividad de gestión, ejecutivos principales, o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión, y en general por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica será independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervienen con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. Sobre la “**conurrencia de la responsabilidad penal**”, señala que no se extinguirá, ni modificará, si hay conurrencia de responsabilidades con personas naturales en la realización de los hechos, así como en las circunstancias que afecten o agraven la responsabilidad, o porque dichas personas hubieren

fallecido o eludido la acción de la justicia; ni porque se hubiere extinguido la responsabilidad penal de las personas naturales, ni porque se hubiere dictado sobreseimiento provisional o definitivo de las personas naturales o del proceso. Pero tampoco se extinguirá la responsabilidad de las personas jurídicas cuando éstas se hubieran fusionado, transformado, escindido, disuelto, liquidado o aplicado a cualquier otra modalidad de modificación prevista en la ley.

Las **“circunstancias atenuantes para la persona jurídica”**, cuando con posterioridad a la comisión de la infracción y a través de sus representantes legales, hayan colaborado en la investigación, aportando pruebas en cualquier momento del proceso, siempre que fueren nuevas y decisivas para esclarecer la responsabilidad penal originada de los hechos; o, haber reparado íntegramente o disminuido el daño causado por la infracción, siempre que lo haya hecho en cualquier momento del procedimiento y antes de la audiencia oral de juzgamiento.

El Título II, del Libro Primero, se refiere a las **“Penas y Medidas de Seguridad”**, desarrollados en cinco capítulos, siendo el primero sobre **“La Pena en General”**, describiendo **“la pena natural”** probada en infracciones culposas, el juzgador podrá dejar de imponerla, o hacerlo exclusivamente aplicando penas no privativas de libertad, dependiendo del análisis de proporcionalidad en el caso; entendiendo por pena natural el efecto dañoso que debe tolerar el infractor por su conducta.

La **“Individualización de la**

pena”, el juzgador deberá individualizar la pena para cada persona, incluso si fueren varios responsables de la misma infracción, bajo las siguientes circunstancias: **1.-** las particularidades del culpable, como edad, género, condición económica, educación, cultura y costumbres, los vínculos de parentesco, amistad y relación social entre el sujeto activo y pasivo de la acción u omisión punible; **2.-** las circunstancias del hecho punible de atenuación y de agravación; **3.-** las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos; y, **4.-** el grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal, como la calificación de dolo o culpa, falta o no de advertencia suficiente, los motivos o posibles causas de auto tutela y las causas de atribución personal.

Sobre **“la acumulación de penas”**, las señala hasta un máximo de 40 años; y, respecto de **“la interdicción”**, indica que la sentencia condenatoria llevará consigo la interdicción de la persona privada de libertad, mientras dure la pena, con excepción de los ingresos provenientes del trabajo penitenciario, surtiendo efecto desde que la sentencia se encuentre ejecutoriada, privándolo de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por sucesión por causa de muerte.

Sobre la **“Clasificación de la Pena”**, presenta una nueva nomenclatura, distinta a las que actualmente rigen en el Código Penal, para denominarlas en el Proyecto como: **Penas privativas de libertad; Penas no privativas de libertad, Sometimiento a capacitación,**

programas o cursos; Servicio comunitario; Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general; Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo, oficio o cargo; Prohibición de salir del domicilio o lugar determinado; Suspensión de la licencia para conducir; Penas restrictivas de los derechos de propiedad; Penas para servidores públicos; y, Penas para las personas jurídicas.

Las “**penas privativas de libertad**”, tendrán una duración de hasta 40 años, que se cuenta desde que se materializó la aprehensión; pero cuando la persona no estuviere privado de libertad, la duración de la pena se contará desde el día en que la sentencia condenatoria quedó firme. Pero en caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario se computará en su totalidad a favor del sentenciado; también se computarán en su favor los días en los que se haya presentado ante la autoridad correspondiente, cuando tenga medida cautelar, computándose dos días de presentación cautelar, por uno de privación de libertad.

Son once “**Las Penas no privativas de libertad**”, a saber: **1.-** sometimiento a tratamiento médico, psicológico, capacitación o curso educativo; **2.-** obligación de prestar servicio comunitario; **3.-** comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y plazos fijados en sentencia; **4.-** suspensión de la licencia de conducir de cualquier tipo de vehículos, hasta por cuatro años; **5.-** prohibición de ejercer

la patria potestad o guardas en general; **6.-** inhabilitación para el ejercicio profesional, empleo, oficio o cargo aunque provenga de elección popular; **7.-** prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en sentencia; **8.-** pérdida de puntos en la licencia de conducir en infracciones de tránsito; **9.-** restricción del derecho de porte o tenencia de armas; **10.-** prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuesta en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentre o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual; **11.-** prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.

El **Sometimiento a capacitación, programas o cursos**, consiste en que el sentenciado debe someterse a los programas o tratamiento que el juzgador establezca, con el fin de adecuar su comportamiento a las exigencias y límites establecidos en la ley.

El **Servicio comunitario**, consiste en el trabajo personal, no remunerado que realiza en cumplimiento de la sentencia y que en ningún caso superará las 240 horas. En el caso de infracciones sancionadas con penas de hasta 6 meses de restricción de libertad, el servicio comunitario, será de hasta 180 horas y en el caso de contravenciones, por no más de 100 horas, con las siguientes reglas: **1.-** que se ejecuten en beneficio de la comunidad o como mecanismo de reparación de la víctima, en ningún caso en actividades de seguridad, vigilancia, para generar plusvalía o utilidad económica. **2.-** que el tiempo de su ejecución

no impida la subsistencia del condenado, pudiendo ejecutarlo después de su horario de trabajo, los fines de semana y feriados. 3.- que la duración diaria no exceda de 3 horas, ni sea menor de 15 horas semanales. 4.- que sea acorde con las aptitudes de las personas con discapacidades que hayan sido condenadas.

“Las penas restrictivas de los derechos de propiedad”, como multa, que se la fija en salarios básicos unificados del trabajador en general, la que se pagará en forma íntegra e inmediata con sentencia ejecutoriada, mediante dos mecanismos, cuando se demuestre su incapacidad material para cancelarla, mediante plazo o cuotas no superior a dos años y el servicio comunitario, únicamente en infracciones sancionadas con penas privativas de libertad de un día a seis meses. Otra de las penas restrictivas al derecho de propiedad, es mediante el Comiso penal, que procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, instrumentos, productos, o réditos en la comisión del delito; pero no habrá comiso en los tipos penales culposos.

En la sentencia condenatoria el juzgador dispondrá el comiso de los bienes, fondos, activos o instrumentos para financiar o cometer la infracción penal o la actividad preparatoria punible; los bienes que procedan de la infracción; los que se hayan transformados o convertidos y que corresponden a la infracción penal; y, los ingresos u otros beneficios provenientes de la infracción.

Cuando se trate de procesos sobre **lavado de activos** serán transferidos a

la Unidad de Gestión Inmobiliaria del Sector Público; o cuando tengan relación con infracciones contra el medio ambiente, naturaleza o Pacha Mama, recursos mineros, el juzgador sin perjuicio del comiso, ordenará la inmediata inmovilización de la maquinaria pesada.

“Las penas específicas aplicables para la persona jurídica”, son: Multa, Comiso Especial, Clausura Definitiva de sus locales o establecimientos, Prohibición de realizar las mismas actividades; Servicio Comunitario sujeto a seguimiento y evaluación judicial; Reparación Integral de los daños ambientales causados; Extinción de la persona jurídica o del establecimiento y no podrá ser reactivada y la medida cautelar dispuesta por un juez tendrá prelación.

En el Capítulo Tercero, el Proyecto trata sobre **“La Extinción de la Pena”**, y se extingue por siete causas; Por el cumplimiento integral de la pena; extinción del delito o de la pena por ley posterior más favorable; muerte del condenado; indulto, excepto en casos de delitos contra la eficiente administración pública, genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, plagio, homicidio por razones políticas o de conciencia; prescripción y amnistía.

El Capítulo Cuarto se refiere a **“Las Medidas de Seguridad”**, que se aplican a la persona inimputable por padecer perturbaciones, trastornos, anomalías o alteraciones psíquicas, mentales o de personalidad, permanentes o transitorias, y su finalidad, es lograr la superación de su perturbación y la inclusión social. Serán impuestas por los

juzgadores, previo informe psiquiátrico, psicológicos o social que acrediten su necesidad; y su duración será la del trastorno que la motivó. La vigilancia posterior, se refiere a la libertad vigilada, que es el sometimiento del culpable a control judicial, mediante el uso de dispositivo electrónico de geoposicionamiento; la obligación de presentarse periódicamente ante el juzgador; comunicar al juez, el cambio de domicilio o trabajo. Esta medida se aplicará únicamente para los delitos contra la humanidad, contra la vida, contra la integridad sexual y reproductiva, contra la integridad y libertad personal y el delito de violencia intrafamiliar; vigilancia que no podrá ser impuesta por un tiempo mayor a diez años.

“La Reparación Integral”, está desarrollada en el Capítulo Quinto y radica en la solución que simboliza la restitución, en la medida de lo posible, al estado anterior a la comisión del hecho y se le satisfaga a la víctima, haciendo cesar los efectos de las violaciones perpetradas, ya que su naturaleza y monto dependen de las características del bien jurídico afectado y del daño sufrido; constituyendo las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, como **la restitución**, que se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad, así como el restablecimiento de los derechos políticos; **la rehabilitación**, mediante la atención médica y psicológica, garantizando la

prestación de servicios jurídicos y sociales; **las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales**, que se refiere a la compensación por todo perjuicio como consecuencia de una violación y que fuere evaluable económicamente; **las medidas de satisfacción o simbólicas**, que son la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, reputación, disculpa, el reconocimiento público y la difusión de la verdad histórica; y, **las garantías de no repetición**, creando condiciones para evitarlas, a fin de que no sean afectadas por nuevos delitos del mismo género.

El Título III, se refieren a las **“Infracciones en Particular”**, las que están desarrolladas en nueve capítulos, describiendo cada delito con su sanción, agrupados de la siguiente manera:

Capítulo Primero:

Graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario:

Delitos contra la humanidad, como el Genocidio, etnocidio, lesa humanidad, exterminio, esclavitud, desplazamiento y desaparición forzada, ejecución extrajudicial, persecución, apartheid y la agresión son sancionados con pena privativa de libertad de 28 a 31 años y multa.

Trata de Personas, con pena de 13 a 16 años, a toda actividad de la que resulte un provecho material o económico, mediante el sometimiento o la imposición de condiciones de vida o de trabajo obtenidos mediante explotación y comercio sexual, pornografía infantil,

prostitución forzada, servidumbre, matrimonio servil, adopción ilegal de niños, niñas y adolescentes, mendicidad, y cualquier otra modalidad de explotación, como la extracción ilegal de órganos, tejidos, fluidos o material genético de personas vivas, incluida la explotación laboral.

Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, sancionados con pena de 19 a 25 años; el homicidio de persona protegida; con pena de 11 a 15 años.

Capítulo Segundo:

Delitos contra los derechos de libertad.

Se tratan los delitos contra la inviolabilidad de la vida. Delitos contra la integridad y libertad personal y Contravención de violencia intrafamiliar. Delitos contra la integridad sexual y reproductiva. Delitos contra el derecho a la igualdad. Delitos de discriminación. Delitos de Odio. Delitos contra el derecho a la intimidad personal y familiar. Delitos contra el derecho a la propiedad. Contravenciones contra el derecho de propiedad. Delitos contra el derecho a la identidad. Delitos contra la movilidad humana.

Como delitos contra la inviolabilidad de la vida se tipifica el **Homicidio**, sancionándolo con pena de 19 a 25 años; el **Homicidio culposo** de 3 a 5 años y con la misma pena el **Homicidio culposo por mala práctica profesional**; el **Asesinato** de 22 a 25 años, señalándose diez circunstancias y se tipifica el **Sicariato** y el **Femicidio**, sancionándolos con pena de 25 a 28 años.

En el caso del Sicariato, se lo define cuando la persona mata a otra por precio, pago, recompensa, promesa remunerativa u otro beneficio para sí o para un tercero; también se tipifica como delito la sola publicidad u oferta de dichos servicios con pena de 5 a 10 años; y se entiende que los actos de preparación, organización y planificación son realizados en el Ecuador, aunque su ejecución se consuma en otro Estado.

Se tipificada como delito de Femicidio, quien en el contexto de una relación de poder, de muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género; fijándose además circunstancias agravantes para este delito, como el hecho de haber pretendido establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidad con la víctima; cuando exista o haya existido con la víctima relaciones familiares, conyugales, convivencia, intimidad, noviazgo, amistad, compañerismo, laborales, escolares o cualquier otra que implique confianza, subordinación o superioridad; cuando la víctima presenta signos o huellas de violencia sexual; cuando el delito se comete en presencia de hijas, hijos, o cualquier otro familiar; cuando a la víctima se le haya infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones, previa o posterior a la privación de la vida; cuando exista amenazas, violencia o lesiones; cuando el cuerpo de la víctima sea expuesto o arrojado en lugar público; cuando el hecho es realizado por autoridad, funcionario o empleado público; cuando el acto fuere realizado por más de una persona; cuando la víctima sea menor de 14 años, adulta mayor, o sufriere discapacidad física o mental.

Se tipifica como delito la **Violencia Intrafamiliar**, a quien por acción u omisión ejerza violencia física o psicológica sobre un miembro de su núcleo familiar, o en contra de personas que habitan en su hogar, se lo sancionará con pena 31 días a 1 año. También se tipifica como **Contravención de violencia intrafamiliar**, cuando al ejercerla no ocasiona enfermedad o lesión, ni incapacidad para el trabajo, sancionada con pena de 15 a 30 días.

Hay reglas para el delito de **Lesiones** y la sanción se la regula por los días de incapacidad, de 4 a 8 días la pena será de 30 días a 3 meses; de 9 a 30 días con pena 3 meses a 1 año; de 30 a 90 con pena de 1 a 3 años; grave enfermedad o disminución de facultades físicas o mentales que superen los 90 días la pena de 3 a 5 años; por enajenación mental, pérdida de un sentido, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida de un órgano, enfermedad transmisible e incurable la pena será de 5 a 7 años; lesión culposa, será sancionada hasta la mitad de la pena prevista en cada caso.

También se tipifica la **Privación ilegal de la libertad**, cuando lo hace el servidor público con pena de 1 a 3 años; en lugares diferentes a los destinados la pena de incrementa de 3 a 5 años. El **abandono de persona**, la **intimidación**, con pena de 1 a 3 años; la **restricción a la libertad de expresión**, la restricción de la libertad de culto, la omisión de denuncia de tortura, con pena de 6 meses a 3 años.

El **Secuestro**, cuando la persona fuera de los casos autorizados en el or-

denamiento jurídico prive de su libertad, retenga, oculte, arrebate o traslade a lugar distinto a una persona en contra de su voluntad será sancionada con pena de 5 a 7 años; el **Secuestro extorsivo**, cuando se lo ejecuta con la intención de cometer otra infracción, para obtener de la víctima o de terceros dinero, bienes, títulos, documentos a cambio de su libertad, con pena de 10 a 15 años y se señalan 11 circunstancias agravantes y dos circunstancias atenuantes para que sean considerados en este tipo penal. También se sanciona la **Simulación del secuestro**, con pena de 1 a 3 años.

La **inseminación no consentida** de 5 a 7 años, pero si la víctima es menor de 18 años se aumenta la pena de 7 a 9 años; el uso no consentidos de espermatozoides y óvulos se lo sanciona con pena de 5 a 7 y si la víctima es menor de 18 años se la aumenta de 7 a 10 años.

Acoso sexual, cuando solicita actos de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, de 1 a 3 años, si víctima es menor de 18 años con pena de 3 a 5 años; el **Estupro**, contra persona mayor de 18 años; con engaño para alcanzar relaciones sexuales con otra mayor de 14 y menor de 18 años con pena 1 a 3 años; también con la pena anterior la distribución de material pornográfico e incitación a niñas, niños y adolescentes; mientras que el **abuso sexual sin que exista penetración o acceso carnal** con pena de 3 a 5 años, pero cuando la víctima es menor de 14 años o con discapacidad o le causa lesión, daño psicológico, contraiga enfermedad grave

mental la sanción será de 5 a 7 años; pero si la víctima es menor de 5 años la pena será de 7 a 10 años y el consentimiento de la víctima menor de 14 años no será relevante.

La **Ofensa sexual en espacio público**, inclusive en el transporte público, realizada en forma deliberada mediante contacto físico de connotación sexual con pena de 30 días a 6 meses y si la víctima fueren niñas, niños o adolescentes se aplicará la pena mayor.

Violación es el acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril, objetos, dedos, por vía oral, anal, vaginal, a una persona de cualquier sexo, la pena será de 15 a 20 años; cuando la víctima esté privada de la razón, con violencia, amenaza o intimidación o es menor de 14 años, señalándose dos circunstancias agravantes para el máximo de la pena; de 15 a 19 años si la víctima es menor de seis años y violación con muerte será 20 a 25 años.

La **utilización de personas para exhibición pública, con fines de naturaleza sexual**, contra niñas, niños, adolescentes, personas mayores de sesenta y cinco años, con discapacidad se lo sanciona con 5 a 7 años; el contacto por medios electrónicos a menores de 18 años con finalidad sexual y siempre que los actos estén acompañados de eventos materiales encaminados al acercamiento con finalidad sexual, la pena será de 3 a 5 años. La oferta de servicios sexuales por medios electrónicos, mensajería instantánea, redes sociales, etc, con menores de 18 años, con 5 a 7 años.

La **discriminación** y los **delitos de odio**, con pena de 1 a 3 años; contra **el derecho a la intimidad personal y familiar** como la violación a la intimidad con 1 a 3 años; la Revelación de secreto de 6 meses a 1 año; la Difusión de información de circulación restringida, la **Calumnia y la Difamación** con 3 meses a 1 año y la Violación del domicilio con pena de 6 meses a 1 año.

Contra la Propiedad: como **Extorsión** de 3 a 5 años; **Estafa** de 6 meses a 3 años, señalándose diferentes modalidades delictivas para este tipo penal como el abuso de confianza, el aprovechamiento ilícito de servicios públicos. El **Robo**, con pena de 5 a 7 años, el aprovechamiento fraudulento de medios electrónicos de 3 a 5 años y se describe una variedad de tipo penales referentes a la utilización de la informática; también se describe el **Hurto** de 6 meses a 1 año; el **Hurto agravado** de 3 a 5 años; **Abigeato, Usurpación** de 1 a 3 años; la ocupación y uso ilegal del suelo de 3 a 5 años; la destrucción y disposición de bienes prendados con reserva de dominio, de 6 meses a 1 año; la **Receptación** de quien oculte, guarde, transporte etc, bienes que son producto de hurto, robo o abigeato de 3 a 5 años; la comercialización de bienes de uso policial o militar hurtados o robados de 3 a 5 años; la insolvencia fraudulenta con pena de 3 a 5 años.

Se detallan **Contravenciones contra el derecho de propiedad**, como la **contravención por el hurto** y la **contravención de abigeato**, cuando no superen un salario básico, con pena de 30 días.

Quiebra y quiebra fraudulenta de persona jurídica con pena de 3 a 5 años; el ocultamiento y otros actos fraudulentos en beneficio del fallido de 1 a 3 años; con la misma pena la usurpación de derechos ancestrales y la usurpación de derechos intelectuales.

El **derecho a la intimidad**, como la supresión, alteración o suposición de la identidad y estado civil, en documentos emitidos por el Registro Civil, con pena de 1 a 3 años, así como la suplantación de identidad.

Los **delitos contra la movilidad humana**, como **tráfico de migrantes e inmigrantes** de 7 a 10 años; contra niñas, niños o adolescentes se incrementan de 10 a 15 años y con muerte de víctima de 20 a 25 años.

Capítulo Tercero:

Delitos contra el derecho al buen vivir.

Se tratan sobre los delitos contra el derecho a la salud. Delitos por la producción o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. Delitos contra la seguridad de los activos de información. Delitos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado. Delitos contra el derecho a la cultura. Delitos contra el derecho al trabajo y la Seguridad Social. Contravenciones contra el derecho al trabajo.

Detallándose los delitos contra el derecho a la salud, como la terapia genética prohibida, realizada en células germinales de 15 a 20 años; la propagación de enfermedad de alta letalidad,

con daño irreparable o permanente de 5 a 10 años; contaminación sustancias alimenticias y medicinales de 3 a 5 años; la producción, fabricación, comercialización y distribución ilegal de medicamentos genéricos o de marca, con la pena de 3 a 5 años; la desatención del servicio de salud y negarse a atender a pacientes con pena de 3 a 5 años.

Se establece que las adicciones son un problema de salud pública, por lo que no será punible la tenencia o posesión de cualquier sustancia sujeta a fiscalización, cuando sea **para consumo personal y la cantidad no exceda de la dosis de consumo determinado en la normativa de salud**. Pero será punible la posesión o tenencia simultánea de dos o más tipos de sustancias para el uso o consumo, independientemente de la cantidad.

Sobre la **producción o tráfico de sustancias** catalogadas como sujetas a fiscalización a gran escala, cuando la persona la produzca, patrocine, financie, administre, trafique, transporte, organice o dirija actividades o bandas de personas dedicadas a la producción o distribución, en cantidades superiores a las establecidas para la dosis de consumo personal multiplicadas por mil, serán sancionadas con pena: **a)** cuando la producción y tráfico es a **gran escala internacional** de 15 a 20 años; **b)** si se realiza entre varios países con el Ecuador o viceversa; **c)** cuando la producción y tráfico es a gran escala nacional, de 10 a 15 años, si se realiza dentro del país, con fines de cobertura nacional, regional, interprovincial o provincial.

La producción y tráfico **en menor escala**, cuando se lo hace en cantidades superiores a las establecidas para el consumo personal, pero que no exceda de la cantidad establecida como infracción de producción o tráfico a gran escala, serán sancionados con pena de 3 años a cinco años. Pero si la infracción se la comete en centros de educativos, asistenciales, policiales, o de privación de la libertad o en un perímetro menor de 300 metros de ellos, se la sanciona de 5 a 7 años.

Sin participar como dirigente o administrador de tráfico de sustancias sujetas a fiscalización, elabore o distribuya, etc., **precursores químicos** para producir droga, en sustancias superiores a la dosis de consumo, si su participación es la producción y tráfico la pena será de 3 a 5 años, mientras si es a menor escala, la pena será de 1 a 3 años. La siembra, cultivo, cosecha de plantas para extraer sustancias o principios activos utilizados en producción de sustancias sujetas a fiscalización, la pena será de 1 a 5 años.

Contra la **seguridad de los activos de información**, como la revelación ilegal de base de datos, con pena de 1 a 3 años; pero si es servidor público, empleado bancario será de 3 a 5 años; daño informático de 1 a 3 años; la obtención de información, en páginas electrónicas será de 5 a 7 años; la modificación de programas de 3 a 5 años.

Delitos contra los derechos de los consumidores, usuarios y otros agentes del mercado, sancionándose al engaño al comprador respecto de la identidad o

calidad de la cosa vendida, con pena de 1 a 3 años y cuando el responsable fuese una persona jurídica, se la sancionará con multa de diez a quince remuneraciones básicas.

Los **casinos**, salas de juego, casas de apuestas, negocios dedicados a juegos de azar, con pena de 1 a 3 años; las que simulan que se efectúan sin fines de lucro también serán sancionadas con pena de 3 a 5 años.

Los delitos contra la cultura, por la destrucción del **patrimonio cultural**, de 1 a 3 años y multa; la comercialización del patrimonio cultural de 5 a 7 años y comisados los objetos; la falsificación o adulteración de bienes del patrimonio de 5 a 7 años.

Los delitos contra el **derecho al trabajo y la seguridad social**, como el impedimento o limitación del derecho de huelga, la sanción es contra la persona que lo impida con pena de 3 a 6 meses; cuando se emplea la fuerza, violencia o intimidación se aumentan de 6 meses a 1 año. **La retención ilegal de aportaciones al seguro social**, como aportes patronales o personales, de 3 a 5 años; en el caso que la retención la produzca la persona jurídica se la sancionará con la clausura y multa de 100 a 3000 salarios.

Será **contravención contra el derecho al trabajo**, por falta de afiliación al IESS, en los primeros 30 días, desde que empezaron sus labores, con pena de 15 a 30 días y multa; cuando se trate de trabajo doméstico y artesanal, se sancionará con multa de 50 salarios.

Capítulo Cuarto:

Delitos contra el ambiente y la naturaleza o Pacha Mama.

Contravenciones por muerte o maltrato de animales, contra la flora y fauna silvestre. Delitos contra la fauna y flora acuática. Delitos contra los recursos hídricos, marino-costeros y contra el destino del suelo. Delitos por contaminación y manejo ilegal de materias peligrosas. Delitos contra los recursos naturales no renovables. Delitos contra los recursos mineros. Delitos contra los hidrocarburos, derivados de los hidrocarburos, gas licuado de petróleo y biocombustibles.

La **violación de los derechos de la naturaleza**, con pena de 3 a 5 años por fracturar estructuras orográficas, desecar humedales, desviar o taponar fuentes y cauces de agua, afectar gravemente el mantenimiento y regeneración de los ciclos vitales de la naturaleza, su estructura y funciones; pero cuando fuere cometida por una persona jurídica, se le impondrá multa de 50 a 100 salarios. **Delitos contra el ecosistema**, cuando destruya, quemé, dañe, tale, etc., bosques, formaciones vegetales naturales o cultivadas protegidas por la normativa ambiental, la pena será de 1 a 3 años y multa. De 3 a 5 años, cuando la infracción genere **disminución de aguas naturales**, erosión del suelo, modificación climática, en vertientes de agua a centro poblado, sistema de irrigación. Se agrava la pena en un tercio, si el delito es cometido en ecosistemas frágiles, páramos, humedales etc. Contra flora y fauna silvestre y acuática de 1 a 3 años y se señalan 3 gravantes. La contravención por muerte o maltrato de animales

domésticos o domesticados, sancionándolo con pena de 30 días y multa.

Contra recursos **híbridos, marino-costeros** y contra el destino del suelo, como daños a cuencas hidrográficas, la intervención de recursos o espacio marino-costeros, con pena de 3 a 5 años; la infracción al destino del suelo, sancionado de 1 a 3 años, con tres agravantes.

Por contaminación y manejo ilegal de materiales peligrosos, con pena de 3 a 5 años y es culposo de 1 a 3 años y con la misma pena la gestión no autorizada de productos residuales, desechos o sustancias peligrosas, con pena de 1 a 3 años, señalándose varias disposiciones generales sobre esta temática, que tiene relación a la obligación de restauración. Los agravantes para los delitos contra el medio ambiente y la responsabilidad de la persona jurídica, señalándose seis formas de imponerle la pena, que va de multa de 100 a 200 salarios, otra de multa de 200 a 500 salarios, la clausura definitiva, la prohibición definitiva de realizar la actividad, la extinción de la persona jurídica y el comiso.

Contra **recursos naturales no renovables**, recursos mineros sin autorización, de 5 a 7 años; si produce daño al medio ambiente de 7 a 10 años; y si el delito lo comete la persona jurídica, la pena será la extinción, multa y comiso y de ser el caso se procederá a la destrucción. La paralización del servicio de distribución de combustibles, de 6 meses a 1 año; cuando fraudulentamente adultere cantidad o calidad de los hidrocarburos será de 1 a 3 años y serán comisados los bienes muebles e inmuebles.

Almacenamiento **derivados de hidrocarburos** de 3 a 5 años; el que facilita el ilícito de 1 a 3 años; Utilización hidrocarburos en actividades distintas a las permitidas, de 3 a 5 años y el comiso. El almacenamiento, transporte, envasado, etc., en una cantidad mayor o igual a 80 galones, o 1.200 kilogramos de gas licuado de petróleo, la pena será de 5 a 7 años. La sustracción de hidrocarburos, de 5 a 7 años y el comiso; el desvío para actividades distintas será de 3 a 5 años y la prohibición de realizar dichas actividades en forma definitiva. Realizadas por persona jurídica con multa de 500 a 1000 remuneraciones básicas del trabajador en general.

Capítulo Quinto:

Delitos contra la responsabilidad ciudadana.

Delitos contra la tutela judicial efectiva y Contravenciones contra la tutela judicial efectiva.

Delitos contra la eficiente administración pública y Contravenciones contra la eficiente administración pública. Delitos contra el régimen de desarrollo. Delitos contra la administración aduanera. Delitos contra el régimen monetario. Delitos económicos. Delitos contra el sistema financiero. Delitos contra la fe pública. Delitos contra los derechos de participación.

Respecto a los delitos contra la Tutela Judicial Efectiva, el Proyecto trata sobre el **Prevaricato de Jueces o árbitros**, indicándose que los miembros de la carrera judicial, los **Jueces, Conjueces,**

Jueces Temporales de la Corte Nacional, o los árbitros cuando fallen contra ley expresa, en perjuicio de una de las partes, o procedan contra ley expresa, haciendo lo que prohíbe o dejando de hacer lo que manda, en la sustanciación de las causas, o conozcan causas en los que han patrocinado a una de las partes como abogados, procuradores, serán sancionados con pena de 3 a 5 años.

El **Prevaricato de Abogados**, cuando revele los secretos de su defendido a la parte contraria, o que después de haber defendido a una parte y enterándose de sus medios de defensa la abandone y defienda a la otra, será sancionado de 1 a 3 años.

El **Perjurio** sancionado de 3 a 6 años y el **falso testimonio**, de 1 a 3 años; pero si el perjurio o el falso testimonio se cometen en causa penal, la sanción será de 3 a 5 años. La **Acusación o denuncia maliciosa**, cuando no hubiere sido probada durante el juicio, siempre que hubiere sido declarada judicialmente maliciosa, se sancionará con 6 meses a 1 año y multa. El **Fraude procesal**, se produce al inducir a engaño al Juez, en el decurso de un procedimiento civil, administrativo, o antes de un procedimiento penal o durante él, se cambie artificiosamente el estado de las cosas, se lo sanciona de 1 a 3 años.

Revelación de identidad del agente encubierto, informante, testigo o persona protegida, con pena de 1 a 3 años; pero la revelación culposa, con 6 meses a 2 años.

La **Evasión**, se la sanciona de 1 a 3 años; pero si el sujeto activo de la evasión es funcionario público o la persona encargada de la vigilancia del evadido, la pena se aumenta de 3 a 5 años. La persona que trate de ingresar artículos ilegales al Centro carcelario como bebidas alcohólicas, sustancias sujetas a fiscalización, armas, teléfonos celulares, equipos de comunicación se la sanciona con pena de 1 a 3 años.

La **omisión de la denuncia por parte de un profesional de la salud**, que reciba a una persona con signos de haber sufrido graves violaciones a los derechos humanos, a su integridad sexual y reproductiva o por muerte violenta y no lo denuncia será sancionado con pena de 3 a 6 meses e inhabilitación para el ejercicio profesional por igual tiempo de la condena.

La **Contravención contra la Tutela Judicial Efectiva**, por omisión de denuncia del servidor público y en función de su cargo, que conozca que pudiera configurar una infracción y no lo pone inmediatamente en conocimiento de la autoridad, se lo sanciona con pena de 15 días a 30 días e inhabilitación de su profesión por igual tiempo.

Los delitos contra la administración pública, están señalados como **Peculado**, variando la pena de acuerdo al tipo penal, de 8 a 12 años, de 11 a 14 años, de 5 a 7 años y de 4 a 8 años según la modalidad del delito de peculado.

El **Cohecho**, con pena de 3 a 5 años y si existe violencia o amenazas se

incrementa la pena de 5 a 7 años, con multa del doble del monto del beneficio y con el comiso; el **enriquecimiento ilícito** con pena de 3 a 5 años y el doble de la multa; El servidor militar o policial que se niegue a obedecer o no cumpliera las órdenes y resoluciones legítimas de autoridad competente, siempre que al hecho no le corresponda una pena superior, será de 3 a 5 años.

La Violación de sellos de 6 meses a 1 año. El tráfico de influencias, de 3 a 5 años; la oferta para realizar tráfico de influencias de 1 a 3 años y con la misma pena la usurpación y simulación de funciones públicas.

El uso de la fuerza pública contra órdenes de autoridad, cuando se utilice a miembros de la Policía o Fuerzas Armadas, con pena de 1 a 3 años. El **Testaferrismo**, para aparentar como suyos bienes muebles, inmuebles, etc., producto del enriquecimiento ilícito del servidor público, con pena de 3 a 5 años; cuando dichos bienes provengan de la producción, oferta, tráfico de sustancias, Trata de personas, de diversas formas de explotación, delincuencia organizada o que atenten contra los derechos humanos, serán sancionadas con la pena de 5 a 7 años y multa y comiso.

Los **delitos contra los bienes institucionales, de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional**, que realice ejecutando en actos que produzcan incendio, estragos o grave riesgo, o que oculte a sus superiores averías de las instalaciones, con pena de 6 meses a 1 año; **la alteración de evidencia y elementos de**

prueba, con 6 meses a 1 año.

La extralimitación en la ejecución de un acto de servicio, del servidor de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional y que provoque lesiones se sancionará según las reglas de las lesiones, pero aumentada en un tercio de la pena, pero si se produce la muerte de una persona la pena será de 20 a 25 años. El abuso de facultades del servidor de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, que en el ejercicio de su autoridad o mando, como castigos a sus inferiores, asumiere, prolongare ilegalmente su mando, impusiere contribuciones ilegales, ordene a sus subalternos funciones inferiores a su grado o incitare cometer una infracción, obtuviere beneficios abusando de su jerarquía, permita a personas desvinculadas a la institución ejercer funciones, amenazare, ofendiere o ultrajare a un inferior, será penado con 1 a 3 años.

Capítulo Sexto:

Delitos contra la estructura del Estado Constitucional.

Entre los delitos contra la **seguridad pública**, encontramos a la **Rebelión**, para derrocar a la máxima autoridad pública, en cualquiera de las funciones del Estado, sin que ello afecte al legítimo derecho a la resistencia, será sancionado de 5 a 7 años. La destrucción o inutilización de bienes, el impedimento de ejecutar la ley, la usurpación y retención ilegal de mando, los actos hostiles contra el Estado, quebrantamiento de la tregua o armisticio, la Tentativa de asesinato contra el Presidente de la República será penado de 10 a 15 años; y

el atentado contra el Jefe de Estado será sancionado de 3 a 5 años; la ofensas a los símbolos patrios, la sedición, insubordinación de 1 a 3 años, la abstención de ejecución de operaciones en conmoción interna, el Sabotaje, la destrucción de registros, de los grupos subversivos se sanciona la persona que promueva, dirija o participe en organizaciones armadas, comandos, grupos de combate, grupos o células terroristas, destinadas a subvertir el orden público, sustituir las fuerzas armadas o policiales, atacarla o interferir, será sancionado con pena de 5 a 7 años.

Capítulo Séptimo:

Terrorismo y su financiación.

Sancionado de 10 a 15 años, el que individualmente o formando asociaciones armados o no, pretextando cualquier fin, inclusive políticos, provoque o mantenga, en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, integridad física, o la libertad de las personas, edificaciones o medios de comunicación, transporte, valiéndose de medios como apoderarse de un transporte público, etc., por medio de violencia, amenaza o intimidación, destruye o coloque artefacto capaz de destruir su transportación, edificación pública o privada, que constituya un peligro para la seguridad entre otros modalidades. El financiamiento del terrorismo, con pena de 5 a 10 años; la falsa incriminación sancionada de 1 a 3 años; la delincuencia organizada con pena de 15 a 20 años y la asociación ilícita entre dos o más personas para cometer delito, cada una de ellas será penada de 3 a 5 años.

Capítulo Octavo: Delitos Aeronáuticos.

En los delitos aeronáuticos se señalan nueve modalidades, según la forma de ejecutarla con penas de 1 a 3 años, 3 a 5 años y multa.

Capítulo Noveno: Infracciones de Tránsito.

El Proyecto indica las Reglas Generales y las Infracciones de daño grave, definiendo las infracciones de tránsito; el evento en caso fortuito o fuerza mayor; la inexistencia de presunción de responsabilidad; el abandono de vehículo y el desconocimiento de identidad del conductor; la responsabilidad civil solidaria de mecánicos, ayudantes, administradores y trabajadores de almacenes de depósitos de vehículos; la responsabilidad civil de propietarios de semovientes, de peatones, pasajeros o controladores; sobre el accidente provocado con vehículo sustraído; el uso del vehículo para cometer infracción, las agravantes por caducidad, suspensión o inexistencia de licencia de conducir, detallando además las infracciones de daño grave, como la muerte y las lesiones causadas por conductor en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización; la muerte verificada por negligencia, impericia, imprudencia, por cansancio, sueño; lesiones provocadas por negligencia de contratista; por lesiones que provocan incapacidad de más de

30 días y daños materiales; las lesiones de menos de 30 días, el accidente con licencia de conducir suspendida.

Se detallan las contravenciones que atentan contra el riesgo jurídicamente permitido, como conducir con llantas en mal estado, conducir bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización, conducir en estado de embriaguez y se detallan todas las contravenciones de tránsito de primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima clase, en el Título IV, del Libro Primero, Contravenciones.

Hemos tratado de resumir, en el presente Ensayo, la primera parte del Proyecto, que se refiere a lo sustantivo penal, cuya información hemos transcrito del Borrador de Código Orgánico Integral Penal, que se encuentra aprobado en Segundo Debate, para que nuestros lectores puedan tener una visión general y puedan emitir sus comentarios, respecto de lo que constituirá en los próximos meses, el nuevo ordenamiento penal del país.

En la próxima “**Revista Ensayos Penales**”, de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, continuaremos con la segunda parte del presente artículo, que tratará sobre el Libro Segundo, que contiene el Procedimiento, es decir la parte adjetiva penal del Proyecto. ❖

Continuará.....

Gaceta JUDICIAL

Fundada el 28 de mayo de 1895

SERIE

11

XVIII

ÓRGANO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

SERIE
XVIII
Nº 11



ENERO - DICIEMBRE 2012

AÑO CVII

A los distinguidos miembros del Foro ecuatoriano nos complace comunicar, que ya se encuentra en circulación el nuevo número de la Gaceta Judicial de la Corte Nacional de Justicia.



“Es indispensable fortalecer la moral mediante la educación, impartida más con el ejemplo que con la lección, más con el reconocimiento y el estímulo del honrado que el castigo del corrupto, porque sabido es que ni leyes, ni jueces, ni cárceles han tenido la fuerza necesaria como medios de estimulación”.

Dr. Edmundo Durán Díaz