

ENSAYOS PENALES

SALA PENAL



TEMA CENTRAL:

Principios procesales



Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.

Octubre 2020



REVISTA

ENSAYOS

PENALES

SALA PENAL

12^{da} edición

Corte Nacional de Justicia, 170507, Ecuador

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

Comité Editorial

Dra. Daniella Camacho Herold

Juez de la Corte Nacional de Justicia
Coordinadora

Dr. Marco Rodríguez Ruiz

Juez de la Corte Nacional de Justicia

Dr. David Isaías Jacho Chicaiza

Juez de la Corte Nacional de Justicia

Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo

Juez de la Corte Nacional de Justicia

Dra. Brenda Guerrero Vela

Directora de Posgrado de Jurisprudencia
Universidad Central del Ecuador

Dr. Marco Tello Sarmiento

Subdirector Asesoría Jurídica CNJ

Recepción de artículos 1 de junio del 2020 hasta el 15 de junio del 2020
Aprobación de artículos y enmiendas 28 de agosto del 2020
Aprobación por Comité Editorial y remisión a imprenta 16 de septiembre del 2020

Diseño y diagramación

Edison Proaño Tello
Santiago Aráuz Ríos

Impresión

Santiago Aráuz Ríos

Jefatura de Biblioteca, Gaceta y Museo de la CNJ

ISSN # 1390-7972

Página web: <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/servicio/produccion-editorial>

214 págs; 21x29,7 cm

CDB. 17-016080-050-R42514p

gacetajudicial@cortenacional.gob.ec
www.cortenacional.gob.ec

Teléf: (02) 395 3500 ext. 22464

Décima Segunda edición, octubre 2020

Quito, Ecuador

PÁG 05	Dra. Paulina Aguirre Suárez Presentación
PÁG 07	Dra. Daniella Lisette Camacho Herold El principio de buena fe y su oposición con la malicia y temeridad en el proceso penal ecuatoriano
PÁG 21	Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo La Bioética
PÁG 49	Dr. Jackson Ovalle Samaniego Delitos de tránsito y su entorno procesal
PÁG 63	Dr. Marco Rodríguez Ruiz La casación penal en el Ecuador, entre el control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad
PÁG 73	Dra. Daniella Lisette Camacho Herold La violencia intrafamiliar y su contexto
PÁG 85	Dr. David Isaías Jacho Chicaiza Los principios de legalidad, favorabilidad y extra actividad de la ley, en la jurisdicción penal
PÁG 101	Dr. Wilman Gabriel Terán Carrillo La justicia entre las políticas fiscales y los derechos económicos sociales y culturales en los países del sistema interamericano de derechos humanos
PÁG 137	Dr. David Isaías Jacho Chicaiza La revisión como garantía normativa y recurso extraordinario en el Código Orgánico Integral Penal
PÁG 151	Dra. Dilza Virginia Muñoz Moreno La autoría por instigación, según el Art. 42.2.a) del Código Orgánico Integral Penal
PÁG 173	Dr. Milton Avila Campoverde La Oralidad: Bondades y tropiezos en Ecuador
PÁG 187	Dr. José Layedra Bustamante El principio de favorabilidad frente al bien jurídico protegido
PÁG 201	Dr. Javier de la Cadena Correa El actual martillo de las brujas (<i>malleus malleficarum</i>)





Presentación

A nivel regional es posible encontrar una constante en el Derecho Penal moderno, que consiste en la tendencia del legislador de ampliar los tipos penales que buscan proteger bienes jurídicos colectivos y no individuales, a la vez de incorporar, cada vez más, delitos de peligro abstracto, fundamentalmente en lo relacionado con el medio ambiente, corrupción, drogas, economía, comercio, protección de datos y cyberdelitos. Es positivo, además, que la punitividad en delitos de violencia sexual, de género y doméstica ha incrementado, lo que demuestra una política pública regional de hacer frente a esta problemática social. Estas reformas han ido acompañadas de cambios en el proceso penal, que tienen por finalidad, principalmente, la celeridad del procedimiento y el fortalecimiento o endurecimiento de la investigación previa e instrucción penal.

Parte de la doctrina ha indicado que este método ha facilitado el uso y el abuso del Derecho Penal, dejando a un lado posibles avances conceptuales, reformas a tradicionales instituciones procesales que requieren de actualización o, incluso como se ha manifestado por ciertos autores, que se ha cedido espacio a lo que se denomina el populismo penal.

Como todas las ramas del derecho, la penal se encuentra en constante evolución, atada a las transformaciones de nuestra sociedad. De ahí que el sistema debe responder a esta dinámica, de tal manera que, de la mano de los preceptos constitucionales, procure tanto su idoneidad técnica como su eficacia y así alcanzar la justicia como fin último del proceso penal.

En un Estado Constitucional de derechos y justicia como el nuestro, la importancia de la jueza o el juez ordinario, radica en su dinamismo, pues además de ser la autoridad primigenia llamada a respetar y hacer respetar los derechos tanto de la víctima como del procesado, evitando la arbitrariedad, nuestra Constitución reconoce el valor de su jurisprudencia, pues incorpora al sistema de fuentes a los precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración de las Salas de Casación de la Corte Nacional de Justicia. Asimismo, reconoce al Pleno de esta Alta Corte una facultad cuasilegislativa para emitir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda u oscuridad de la ley, que permiten la unificación en la aplicación e interpretación legal, pilar de la seguridad jurídica.

Conscientes de su rol fundamental y de los retos del sistema penal, juezas, jueces, conjuetas y conjuetes de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia presentan a la comunidad jurídica ecuatoriana un nuevo número de la revista “Ensayos Penales”, a través de la cual se discute sobre varias instituciones y paradigmas de nuestro Derecho Penal, que han merecido múltiples pronunciamientos en fallos tanto de casación, revisión o de tribunales de instancia en caso de fuero. En mi calidad de Presidenta de la Corte Nacional de Justicia, agradezco y felicito a quienes en esta ocasión, con sus artículos académicos, nutren el debate jurídico del país.



Dra. Paulina Aguirre Suárez

Presidenta de la Corte Nacional de Justicia

El principio de buena fe y su oposición con la malicia y temeridad en el proceso penal ecuatoriano



Daniella Lisette Camacho Herold
Jueza de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

El presente artículo plantea como objetivo principal explicar la naturaleza jurídica del principio de buena fe y lealtad procesal, dimensionándolo como un principio de complejo andamiaje, por su alto contenido axiológico, ético y moral, y por encontrarse sometido al dinamismo social, además, se exponen las razones por las que su cumplimiento y eficacia no sólo está relegado a los sujetos procesales, sino que también debe ser respetado y aplicado por juzgadores, así como por los auxiliares de la administración de justicia y cualquier tercero que tenga relación con la causa. Para el efecto, se plantea un contraste con las actuaciones maliciosas y/o temerarias que eventualmente pueden llevar a cabo los sujetos procesales, se explica lo que comprende el concepto de prueba deformada y las acciones de los administradores de justicia de cara a impedir y sancionar el empleo de acciones tendientes a retardar el progreso de la litis, concluyendo que deben aplicar los principios de la administración de justicia.

Abstract

The main objective of this article is to explain the legal nature of the principle of good faith and procedural loyalty, dimensioning it as a principle of complex scaffolding, due to its high axiological, ethical and moral content, and because it is subject to social dynamism, in addition, it is exposed the reasons why its compliance and effectiveness is not only relegated to the procedural subjects, but must also be respected and applied by judges, as well as by the assistants of the administration of justice and any third party that is related to the cause. For this purpose, a contrast is raised with the malicious and / or reckless actions that the procedural subjects may eventually carry out, it explains what the concept of distorted evidence and the actions of the administrators of justice in order to prevent and punish the use of actions tending to delay the progress of the litigation, concluding that they must apply the principles of the administration of justice.

PALABRAS CLAVES

Principio de buena fe y lealtad procesal.
Actuaciones maliciosas y/o temerarias.
Principle of good faith and procedural loyalty.
The malicious and / or reckless

Partimos entonces de qué es el principio de buena fe y lealtad, para lo cual tenemos que dirigirnos a la Constitución de la República del Ecuador, que en el Artículo 174, inciso segundo se refiere a que “la mala fe procesal, el litigio malicioso o temerario, la generación de obstáculos o dilación procesal, serán sancionados de acuerdo con la ley...”

En consecuencia, se establece por primera vez en una norma constitucional que ya no es posible, aceptar la dilación absurda de los procesos, la generación de artificios o engaños para procurar el cansancio del adversario, la malicia o temeridad en los juicios; porque, todo aquello es objeto de sanción en aras que instituir el buen comportamiento de los litigantes y de todos los intervinientes en las causas; es decir, se exige el buen proceder, la hombría de bien, la buena fe procesal como conducta reguladora del obrar de los sujetos en los juicios o procesos.

Miranda Manuel señala que “el principio de buena fe procesal o de moralidad supone introducir un contenido ético y moral al ordenamiento jurídico”¹ y, en concreto, a la actuación de los diversos sujetos al interior del proceso. De esta forma, este principio supone, según el referido tratadista “un conjunto de reglas de conducta, presidido por el imperativo ético a las cuales deben ajustar la suya todos los sujetos del proceso (partes, apoderados, jueces, testigos, peritos, personas que auxilian al juez o que suministran la prueba². La eficacia de este principio para todos aquellos que intervienen de alguna u otra forma en el proceso, ostenta capital importancia, pues no está reservado a las partes, sino también al juez, y a todo auxiliar jurisdiccional, tercero o cualquier persona que de alguna u otra forma tenga que ver en el proceso y, por supuesto, a los abogados de las partes. No son por ello solo las partes las que se encuentran sometidas a este principio.

La buena fe procesal, a palabras del mencionado jurista, ha sido definida como “aquel principio que impone a las partes litigantes un deber de rectitud, honradez y buen proceder en la defensa de sus intereses jurídicos dentro de un proceso judicial”³. Joan Picó I Junoy, a su vez, lo define como “aquella conducta exigible a toda persona en el marco de un proceso, por ser socialmente admitida como correcta”⁴. En el mismo sentido, Núñez lo define como “el principio de acuerdo al cual las partes deben formular sus declaraciones sobre las circunstancias fácticas íntegramente y de acuerdo a la realidad de los hechos”⁵.

De todas estas definiciones puede desprenderse claramente, como constante el alto contenido axiológico, ético y moral que comprende el concepto de buena fe procesal. Lo anterior se muestra además en el hecho de que la unanimidad de la doctrina concuerda en señalar que la buena fe procesal es un concepto jurídico indeterminado, lo que desde ya nos advierte del gran nivel de incertidumbre que el referido concepto conlleva, y nos evidencia, además, el conflicto que ineludiblemente dicho concepto enfrenta con la certeza jurídica, por cuanto, tratándose de un concepto que es reflejo de una valoración social en constante

¹ Manuel Miranda, La Prueba Ilícita la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. En Revista Catalana de Sguretad Pública No. 22 Pags. 131, Ver: <https://raco.cat/index.php/RCSP/articche/yiew/194215/260389>.

² *Ob. Cit. Ibídem.*

³ *Ob. Cit. Ibídem.*

⁴ Ver: <http://www.justiciayderecho.org.pe/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20PROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Junoi.pdf>.

⁵ Raúl Núñez, Crónica sobre la reforma del sistema procesal civil chileno (Fundamentos, Historia y Principios). En Revista de Estudios de Justicia, No. 6, 2005, P. 181.

cambio y, en consecuencia, poseedora de una naturaleza constantemente dinámica, sería imposible fijar su contenido con la debida precisión y permanencia a través de reglas genéricas que permitan establecer un estándar claro acerca de lo que en cada caso será buena o mala fe.

En nuestra legislación el Código Orgánico de la Función Judicial, en su Art. 335 concretamente en el numeral 9 establece como prohibición a los abogados en el patrocinio de las causas el de "(...) Ejercer el derecho de acción o contradicción de manera abusiva, maliciosa o temeraria, violar el principio de buena fe y lealtad, a través de prácticas tales como presentación de prueba deformada, empleo de artimañas y ejecución de procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis".

La malicia y la temeridad

De esta disposición nacen varios conceptos para su análisis, entonces primero determinamos ¿Qué es la malicia?, y así se establece que existen diversas concepciones al respecto:

"La malicia es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión"⁶.

"(...) es la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (inconducta procesal específica), y el empleo de las facultades, que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe"⁷.

Sobre la temeridad procesal y la malicia procesal que "la primera, consiste en la conducta de quien sabe o debe saber su mínima razón para litigar y, no obstante, lo hace, abusando de la

⁶ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. Ver: <http://www.saij.gov.ar/jurisprudencia/sumarios/SUK0011224%3Bjsessionid=15bk243mwum4beknd5q3v-v1wo?0&bsrc=ci#>

⁷ Oswaldo Gozaíni, Temeridad y Malicia en el Proceso. Ver: <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2015/12/Temeridad-y-malicia-en-el-proceso.pdf>.

jurisdicción; y la segunda, se configura en cambio, por el empleo arbitrario del proceso o actos procesales, en contraposición a los fines de la jurisdicción, con un objeto netamente obstruccionista. Abusa y agrede a la jurisdicción”⁸

Al referirse a la denuncia maliciosa, el penalista Percy Chocano Núñez, expresa que: “Los denunciadores maliciosos están perfectamente conscientes de que aun cuando no hay causa probable que justifique la persecución penal, y al margen de que eventualmente el inocente sea condenado, ya obtienen un pernicioso rédito con el procesamiento de su víctima quien se ve obligado a asumir altos costos para probar su inocencia.”⁹

Jorge Zavala Baquerizo, por su parte, señala que: “Pues la malicia no provoca, por sí, el efecto de resarcimiento de perjuicios sino la condena penal, es la temeridad la que provoca los efectos económicos.”¹⁰

Frente a lo expuesto por el tratadista enunciado, vale señalar como características de la temeridad a las siguientes:

- a.- En la temeridad no existe dolo.
- b.- En la temeridad no existe infracción, en cambio existe delito cuando hay malicia.
- c.- En la temeridad existe imprudencia.
- d.- En la temeridad existe prejudicialidad penal para el ejercicio de la acción civil.
- e.- En la temeridad surte efectos pecuniarios.
- f.- En la temeridad no surte efectos penales.

Los efectos de una y otra tienen más acceso jurisprudencial en materia civil en el Ecuador, sin embargo en el proceso penal, la calificación de temeraria o de maliciosa se ha dado en distintos momentos del proceso, y con efectos en relación a la persona que presenta una denuncia o una acusación particular que se declare judicialmente maliciosa, pues tendrá una sanción con pena privativa de libertad de seis meses a un año conforme lo dispone el Art. 271 del Código Orgánico Integral Penal. La actuación maliciosa en el proceso unida a la falsa denuncia, más que una infracción de carácter procesal, constituye un delito penal, ya que la intención positiva del sujeto activo es causar daño al

⁸ Alberto Luis Maurino, *Abuso del Derecho en el Proceso*. (Argentina, Editorial La Ley, 2001).

⁹ Percy Chocano Núñez, *Denuncias maliciosas y contrapesos*. Revista Virtual, (2010). Pág. 67.

¹⁰ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. (Ecuador, Editorial Edino, 2004). Pág. 67.

sujeto pasivo, a sabiendas que no cometió el ilícito que se le pretende imputar, es decir que habrá una franca vinculación entre actitud dilatoria y conducta maliciosa, pero además, esta supone cualquier maquinación sea necesario para influir en la decisión judicial; en cuyo caso la presencia de este dolo principal, en los términos de la ley positiva, es causa para considerar que existe malicia en el proceso.

Para el citado autor Percy Chocano, “El procesado sin causa probable se convierte en demandante en la acción persecución maliciosa, el denunciante hasta el fiscal en caso original se convierten en demandados. El fiscal puede ser exonerado de responsabilidad en la medida en que sea engañado por un denunciante malicioso.”¹¹

De conformidad al Art. 425 del COIP, al momento de reconocer la denuncia, se le advertirá al denunciante sobre las responsabilidades originadas en la presentación de denuncias temerarias o maliciosas, además, el denunciante no es parte procesal, pero debe responder en los casos de denuncia declarada como maliciosa o temeraria (Art. 431 COIP). Esto en el caso de la denuncia, en tanto que en la presentación de la acusación particular, cuando el juez dicta la resolución que pone fin al proceso debe pronunciarse si la acusación particular es maliciosa o temeraria, obviamente en el caso de que se declare la inocencia del acusado. (Art. 433 numeral 7 COIP).

También cuando se archiva una investigación previa, el fiscal solicitará al juez de Garantías Penales el archivo de la misma, quien al momento de declarar el archivo de la investigación y de existir méritos, calificará la denuncia como maliciosa y temeraria, conforme lo dispone el Art. 587 del COIP.

En el caso del sobreseimiento, el Juez de Garantías penales, calificará en forma motivada la temeridad o malicia de la denuncia o la acusación particular; entonces, a quien se le condene por temeridad deberá pagar las costas judiciales y la reparación integral que corresponda, mientras que en el caso de que se declare la malicia de la denuncia o de acusación el acusado o el denunciado en su caso, puede iniciar la acción penal respectiva. (Art. 606 COIP). Esta obligación de los jueces de calificar la temeridad o malicia de las denuncias formuladas en los delitos de acción pública, de ninguna manera afecta el ejercicio legítimo de la acción penal por parte de la Fiscalía General del Estado, siempre que haya observado las garantías del debido proceso y los principios fundamentales de lealtad procesal; lo que significaría que

¹¹ *Ob. Cit. Ibidem.* Pág. 56.

los jueces de garantías penales deben calificar la temeridad de las denuncias, debe cumplirse también en los delitos del ejercicio público de la acción.

Por lo tanto, el denunciante particular y privado son calumniosos, cuando sabiendo que la persona a quien acusan es inocente presentan ante el respectivo funcionario la denuncia contra esa persona; y de esta manera el denunciante o acusador comete, al momento de presentar la denuncia ante el funcionario un delito doloso; pues con voluntad manifiesta falsamente la comisión de un delito, esto quiere decir que el acto de denunciar o de acusar maliciosamente a una persona inocente es lo que la ley tipifica como delito y, por lo tanto, sanciona penalmente.

Cabe señalar, que en los casos del ejercicio privado de la acción penal, existen tres momentos en que se puede declarar maliciosa y temeraria la acusación privada:

- 1.- Al momento de dictar sentencia es cuando la querrela se la declarará maliciosa o temeraria, así lo establece el Art. 649 numeral 7 del COIP, pudiendo el querellado iniciar la acción penal si se declara la malicia;
- 2.- En la audiencia, si el querellante no asiste de manera injustificada a la misma, el juez de oficio declarará desierta la querrela con los efectos del abandono, pudiendo también declararla maliciosa o temeraria; y,
- 3.- En la declaratoria de abandono, esta se produce cuando el querellante deja de impulsar por treinta días, contados desde la última petición o reclamación que se ha presentado a la o al juzgador, a excepción de los casos en los que por el estado del proceso ya no necesite la expresión de voluntad de la o el querellante. Le corresponde al Juez declarar abandonada la querrela únicamente a petición de la o el querellado. Declarado el abandono la o el juzgador tendrá la obligación de calificar en su oportunidad, si la querrela ha sido maliciosa o temeraria.

La prueba deformada

No existe un concepto definido sobre lo que constituye en derecho la prueba deformada, esta acepción la tenemos en el Art. 335 numeral 9 del COFJ, doctrinariamente solo se conoce a la prueba ilícita diferenciándola de la prueba lícita, César Gines señala que: "es frecuente que se empleen indistintamente términos como el de prueba prohibida o prohibiciones probatorias, prueba ilegal o ilegalmente obtenida, prueba ilícita o ilícitamente

obtenida, prueba ilegítimamente obtenida, prueba inconstitucional, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, o incluso el de prueba clandestina.”¹²

Para este autor la prueba ilícita debe entenderse aquella prueba obtenida y/o practicada con vulneración de derechos fundamentales. Por el contrario, prueba irregular sería aquella obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales.

La anterior diferenciación conceptual tiene una enorme repercusión, pues la regla de exclusión probatoria y el reconocimiento de su eficacia refleja, se debe predicar con exclusividad de la denominada prueba ilícita, mientras que la prueba irregular quedaría sometida al régimen de nulidad de los actos procesales, admitiéndose, en determinados casos, su subsanación y/o convalidación.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia N.-23284 que data del mes de octubre del 2006, señala que: “5.2 La prueba ilegal se genera cuando en su producción, práctica o aducción se incumplen los requisitos legales esenciales, caso en el cual debe ser excluida” Y, más adelante lo que venimos sosteniendo: “En esta eventualidad, corresponde al juez determinar si el requisito legal pretermitido es esencial y discernir su proyección y trascendencia sobre el debido proceso, toda vez que la omisión de alguna formalidad insustancial, por sí sola no autoriza la exclusión del medio de prueba.”

El proceso penal constituye un conjunto de actos con el objetivo de llegar a una resolución y para que estos actos sean realizados deben estar enmarcados bajo reglas y normas claras, las mismas que deben ser previas, taxativas, inequívocas, que no sean susceptibles de interpretaciones diversas o antojadizas, expresadas en un conjunto ordenado y sistemático de Leyes, que en caso de nuestro país están en la Constitución y el Código Orgánico Integral penal de tal manera que todo aquello que este contrario o fuera de esta normativa es ilegal.

Sobre la prueba ilegal Orlando Rodríguez Choconta “tiene relación con la normatividad subalterna, cuando se produce una prueba con desconocimiento del principio de pertinencia o conducencia”¹³, criterio con raíces civilistas que de alguna manera son aplicables al proceso penal. Por qué no pensar que una prueba

¹² César Augusto Gines Alegría, Prueba Prohibida y Prueba Ilícita. En Anales de Derecho de la Universidad de Murcia, No. 26-2008. Pág. 560. Ver: <https://core.ac.uk/download/pdf/234793407.pdf>

¹³ Orlando Rodríguez Chocontá, Prueba Ilícita Penal, (Colombia, Ediciones Doctrina y Ley, 2013). Pág. 27.

impertinente, como lo es el testimonio para justificar conducta ejemplar, es efectivamente ilegal.

El ecuatoriano Bolívar Vergara tiene un criterio muy parecido al de Rodríguez cuando afirma: “La prueba ilegal es la que ha sido practicada dentro de un proceso en violación a las disposiciones legales que regulan la introducción, evacuación, evaluación, las mismas que son de carácter procesal”¹⁴.

Cuando hablamos de prueba ilegal nos referimos a aquella que viola la ley, pero que por no afectar seriamente el proceso, bien puede considerarse. Y nos preguntamos ¿la prueba ilegal debe ser excluida? Para contestar debemos recurrir a la normativa vigente, es así que el artículo 454 número 6 del Código Orgánico Integral Penal en su parte pertinente:“(…) o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal”. Entonces, contestando la pregunta, prima facie sí. La exclusión sería la consecuencia de actuar pruebas ilegales, lo que implica que cuando se violan formalidades se afecta su validez, pero según se ha estudiado no siempre la prueba ilegal se excluye. Considerando que, el juez al analizar podría determinar que la ilegalidad no afecta seriamente al debido proceso u otros derechos como por ejemplo cuando un Informe pericial se presenta fuera del tiempo concedido para el efecto. Otro ejemplo, cuando la Ley dispone que una pericia se cumpla con la intervención de dos peritos (Art. 477 Código Orgánico Integral Penal), y se cumple con uno solo, evidentemente se infringe la norma, pero la falta de otro perito no afecta en nada al debido proceso por tanto se debería aceptar.

Además el mecanismo constitucional de superación de prueba ilegal lo encontramos en lo dispuesto en el Art. 192 de la Constitución de la República que dice: “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”; esto en clara coherencia con lo dispuesto en el Art. 18 del Código Orgánico Integral Penal que dispone: “consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades”.

Consideramos estas normas como el mecanismo de superación de prueba ilegal porque son las que permiten que el juzgador pueda considerar que el obstáculo de la ilegalidad pueda ser sobrepasada en términos legales y razonables.

¹⁴ Bolívar Vergara, Sistema Procesal Penal, (Ecuador, Murillo Editores, 2015). Pág. 601.

A este respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2011 se pronunció señalando que las “Meras formalidades no pueden sacrificar la justicia que se pretende obtener al acudir a un sistema procesal. Sin que por ello se deje de cuidar la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes”.

En esta consideración de la prueba deformada, tenemos que analizar, la doctrina del Fruto del Árbol Envenenado, cuyo origen lo encontramos en la jurisprudencia norteamericana, tiene relación a que todos los medios de prueba que son consecuencia de una acción ilícita no tienen eficacia, aunque se los obtengan de manera lícita, con ello la prueba, aunque aparecería lícita, se la invalida porque tiene un origen ilícito. Como en los casos de un allanamiento (que no sea en flagrancia) sin autorización judicial o, si se explota los contenidos de teléfono celular con videos importantes, sin tener la autorización judicial para la apertura y exploración del mismo, lo que se obtenga sería también ilícito aplicando la teoría. De ahí que se habla de ilicitud de las pruebas derivadas.

Surge la interrogante entonces de si ¿serían estas pruebas deformadas?, no obligatoriamente, mi consideración es que las pruebas deformadas son aquellas que se las actúa o presenta con una apariencia de legalidad, de legitimidad, pese a no tenerla. El caso de testigos falsos, colocación de evidencias en el lugar para que parezca un delito, (droga, armas, etc.), con ello incurren en fraude procesal que es una conducta que debe ser investigada ya que buscan que el juzgador incurra en error. Con ello, nuevamente pueden ingresar en el terreno de la malicia.

Empleo de artimañas y ejecución de procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis

El Art 26 del COFJ, dispone: “En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.

La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley.”

Las conductas señaladas en el Artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, son sancionadas por violentar el principio de la buena fe y lealtad procesal; conductas que difieren en gran medida con las señaladas en el Artículo 174 del Código Político; así por ejemplo en ésta se contempla el litigio malicioso, temerario, la generación de obstáculos, la mala fe en general, como conductas que deben ser sancionadas; en tanto en aquélla se habla del abuso del derecho en general, de la prueba deformada, del empleo de artimañas y procedimientos de mala fe, que tengan el fin de retardar indebidamente el litigio.

Lo indicado penosamente nos lleva una vez más a lamentar que la buena fe y lealtad procesal, no fue elevada a principio constitucional rector del debido proceso y, es un principio de legalidad aplicable solo a juicios; crítica que resulta oportuna porque la lealtad, el recto proceder, la hombría de bien, son exigibles en todo momento de un proceso y en todos los instantes que actúe el hombre y, no solo en ciertas etapas del proceso judicial porque daría margen a una doble moral.

La buena fe como principio permite introducir en el proceso un contenido ético-moral, supeditado al momento histórico que vive la sociedad que lo adopta como principio rector.

Las actuaciones de las partes dentro de la fase investigativa o etapas procesales, hasta la impugnatoria, deben ser realizadas atendiendo a la verdad y lealtad procesal, no solo en cuanto convengan para sí mismas, pues no sería objetivo decir que la Fiscalía se relaciona exclusivamente con el ofendido o acusador particular; o que, la defensa base su estrategia, únicamente, en la relación con el imputado. No es este, el mecanismo de la objetividad. La objetividad en la investigación se centra en la correcta actuación de la Fiscalía con todos los intervinientes; porque, la Fiscalía no trabaja para un individuo en concreto, sino para la sociedad toda y para su tranquilidad, otorgando con sus actuaciones, seguridad jurídica y velando por democratizar su actividad hasta el punto de lograr el equilibrio y el perfecto resultado que coadyuve a la Tutela Judicial Efectiva.

Esto significa que la Fiscalía no debe guardarse ningún elemento proveniente de la investigación, aun cuando considere, que tal sigilo, por sí mismo, favorecerá su estrategia de acusación; deberá poner siempre a disposición, de las partes intervinientes, todo cuanto haya recabado; esta actividad, permitida por los principios de publicidad y contradicción, logra resultados en esencia objetivos, pues sirven para sanear las imperfecciones que podrían surgir de una investigación sesgada; que finalmente puede llevar la fracaso del proceso y juicio. El fiscal al ejercer la acción penal, debe adecuar sus actos a la Constitución y la ley, respetando los derechos de las personas. Está obligado a investigar tanto los hechos y circunstancias que le sirven para demostrar la responsabilidad del procesado, como también los que eximen y atenúan la responsabilidad, o extinguen la acción penal. No se trata de un simple enunciado, el Fiscal debe cumplir con este principio

procesal que se evidenciará en la audiencia de formulación de cargos, en la de evaluación y preparatoria del juicio y en el propio juicio.

En tanto que los jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia, o quebrantamiento de la ley, teniéndose esto como principio de la función judicial (Art. 172 CRE).

El estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva y por la violación de los principios y reglas del debido proceso.

Por lo tanto si los abogados defensores actúan con mala fe y deslealtad procesal, buscando dilatar el proceso, son los Jueces de Garantías penales, quienes deberán impedir que estas actuaciones tengan efecto, y de ser el caso remitir al Consejo de la Judicatura para se investigue estas conductas de los abogados en caso de que ameriten ser sancionadas.

Conclusión

Para evitar el abuso del derecho, las maniobra dilatorias, las artimañas y demás, los jueces deben integrar en sus decisiones y actos, los Principios de la Administración de Justicia, que son aquellos parámetros, lineamientos o especificaciones que se deben aplicar y respetar al momento de tramitar un juicio, para que este se desarrolle con total normalidad y conforme a lo dispuesto por la Ley y para que en su finalización responda o resuelva la controversia tratada en el juicio.

Entre estos principios tenemos los de Economía procesal, Imparcialidad, de Publicidad, de Oralidad, Celeridad, Dispositivo, de Inmediación y Concentración, de Buena Fe y Lealtad Procesal.

Se debe limitar el proceso a las etapas, plazos y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias, pero tampoco por resolver rápido un juicio se puede violar los términos y plazos contemplados por la misma Ley para cada tipo de juicios, en definitiva lo que se debe realizar es que se cumplan los tiempos establecidos por la normativa legal.

El retardo injustificado en la administración de justicia, será imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley. Por lo tanto, la administración de Justicia requiere que la resolución de las causas puestas a sus

conocimiento sean resueltas en tiempos que a los litigantes les de la seguridad de la aplicación de una justicia oportuna y apropiada lo que se logra con tramites que no den opción a entorpecimientos ni dilaciones innecesarias.

Como se indicó, el principio de dispositivo de inmediación establece que los jueces actuaran a petición de parte y en caso de que no exista peticiones actuaran de oficio, con lo que el proceso fluirá de una forma natural y rápida, tanto que el principio de inmediación hace que las partes se involucren de forma personal en sus procesos y que junto al Juez evacuen diligencias que terminaran en una sentencia inmediata que garantiza la intervención de las partes en los procesos. En tanto que la concentración obliga a que la mayoría de actos judiciales se los evacue en una providencia con lo que se garantiza el principio de economía procesal.

Y, por último en los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la Litis.

La parte procesal y su defensora o defensor que indujeren a engaño al juzgador serán sancionados de conformidad con la ley. Cuando las partes y los abogados conocen que pueden ser sancionados por actuaciones de mala fe o que pueden inducir a error al juzgador hacen que se sienta compelidos a actuar de forma correcta erradicando del proceso toda maniobra que lo dilate o lo entorpezca sanciones oportunas que garantizan una aplicación correcta de la justicia y el no retardo de la tramitación de las causas.





La Bioética



Wilman Gabriel Terán Carrillo
Juez de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

La bioética es ya una de las grandes corrientes del pensamiento y la acción en la medicina moderna. Dada la juventud de este campo de estudio, aún subsisten importantes debates y controversias sobre su papel en la medicina y en la educación médica, pero se acepta sin reservas que debe ser incorporada cabalmente al proceso formativo del médico, a la par de los componentes científicos, técnico y humanísticos, integrándola con ellos en forma equilibrada. Uno de los acontecimientos más importantes en la medicina de fines del siglo XX, fue sin duda el desarrollo de la Bioética

Abstract

Bioethics is already one of the great currents of thought and action in modern medicine. Given the youth of this field of study, there are still important debates and controversies about its role in medicine and medical education, but it is accepted without reservation that it must be fully incorporated into the training process of the doctor, along with the scientific components, technical and humanistic, integrating it with them in a balanced way. One of the most important events in medicine at the end of the 20th century was undoubtedly the development of Bioethics

Antecedentes de la Bioética

La obra literaria que reseña la historia más remota de la humanidad denominada “Biblia”, en su Primer Libro, llamado “Génesis”, relata el comienzo del mundo desde el instante de una creación, para referirse sobre la historia primigenia de la humanidad conteniendo relatos acerca de un primer hombre y de una primera mujer, su pecado original, y el primero de la especie en morir, como también el primer homicida (Valera, 1997,2007, págs. Capito 4, Versículo 8 y siguientes),el cual es condenado al destierro por haber ocasionado la muerte de un ser humano.

La humanidad necesita una nueva sabiduría que le proporcione el “conocimiento de cómo usar el conocimiento” para la supervivencia del hombre y para la mejora de su calidad de vida. ...Yo propongo el término Bioética con el fin de enfatizar los dos ingredientes más importantes para lograr la nueva sabiduría que tan desesperados se necesita: conocimiento biológico y valores humanos”.

Luego en la misma “Biblia”, en la parte titulada “Antiguo Testamento”, se encuentra el Libro denominado “Deuteronomio”, donde se puede destacar que el pueblo Hebreo y Judío, sin delimitación específica en el tiempo, registra como principal acontecimiento, la entrega de Dios a Moisés de la “Tabla de los Diez Mandamientos”, catálogo normativo en el que se encuentra una orden imperativa: “No matarás”; pues, de esta manera, configurando la prohibición se concede el potencial valor fundamental de respetar la vida del semejante; es así que en el mencionado Libro en el Antiguo Testamento, se establecen reglas para el juzgamiento, entre otros, los casos de atentados contra la vida, que imponen el respeto a la dignidad humana en sus diferentes manifestaciones.

También, se destaca que no solo la “Biblia” registra el interés de los pueblos en su trayecto histórico, para proteger a la vida y elevarla a la jerarquía de derecho; como por ejemplo: el pueblo Babilónico con su Código de “Hamurabi”, en su estructura normativa, entre otras cosas estableció que: “...si un hombre destruye un ojo a otro hombre, se le destruirá el ojo; si un hombre rompe un hueso a otro hombre, se le romperá un hueso a él; si un hombre hace saltar un diente a otro hombre se le hará saltar un diente a él...” (Historia Universal en sus Momentos Cruciales, 1972, pág. 27), ocurriendo lo mismo con la vida; lo cual significa que por medio de la amenaza del castigo y la vigencia de la sanción,

se limita el libre arbitrio de atentar contra la vida, consagrándose así, de esta forma un mecanismo de protección del derecho a la vida y un debido proceso.

Otro antecedente remoto de protección de la vida y maduración de su comprensión como derecho, se lo encuentra en un antiguo texto de escritura "...titulado Espejo para Príncipes y atribuido a Kaos Ibn Iskanda, príncipe de Gurgan (India) que vivió alrededor del año 1082 a. de J. C. Se trata del respeto a ciertos derechos de los súbditos como parte de los deberes del gobernante para con su pueblo. La ceremonia de coronación incluía una promesa pública del soberano ante sus súbditos: 'Entre el día en que nací y la noche en que me muera, que se me prive de mi cielo, de mi vida y de mi progenie, si os oprimo a vosotros'..." (humanidad, 2004). De esto se aprecia que el gobernante para tener éxito en su gestión, y ganarse a su pueblo, limita su actividad y rinde juramento para respetar la vida de los súbditos y ofrecer paz respetando la vida de los gobernados, imponiéndose, así como una norma general de conducta para la realeza.

Pero, sobre todo en las primitivas legislaciones, se imponía la obediencia, a la cual se la reforzaba por medio de la amenaza de la pena de muerte, se protegía el derecho a la vida cuando se imponía la pena de muerte en contra del agresor de la vida, incluso en legislaciones actuales como Estados Unidos, persiste la pena de muerte.

Luego más tarde en el Estado Romano, se consideró como atentatoria a toda norma la pena de muerte y lo castigó con el "supplicium" que era una expiación religiosa, según esta norma "...si alguno, a sabiendas de su crimen, da muerte a un hombre libre, sea tenido como homicida..." (MAGGIORE, 1989, pág. 263), pero acorde a lo que se está observando, desde los tiempos Bíblicos, en las épocas del Código de Hamurabí, y en otros tiempos los jueces aplicaban las normas castigando y sancionando todo atentado que era contra la vida. Y una forma evolucionada de castigarla fue la comprensión que llegó el Estado Romano para no castigar el homicidio o la muerte con muerte.

Tiempo después, en Inglaterra, en el reinado de "Juan sin Tierra", en los años de 1199 a 1216, el monarca con la intención de solucionar los problemas que atravesaba frente a las demandas y presiones de nobles y nuevos burgueses, aceptó un cuerpo normativo de derechos que se llamó: "La Carta Magna" documento en el que "...el Rey se comprometió a respetar las propiedades de lo hombres libres, a no privarles de su vida..." (QUINTANA, 2001, pág. 356). Principios que garantizaron solo a clases privilegiadas como el clero y la nobleza, siendo una muestra de protección del derecho a la vida.

En el año de 1776, con la Declaración de Independencia de los Estados Unidos en la cual consta que "todos los hombres son creados iguales; son dotados por su creador de ciertos derechos inalienables, entre los cuales están la vida, la libertad y

la búsqueda de la felicidad” (IZQUIERDO, 1980, pág. 37), se ve el tratamiento de la vida como un derecho del ser humano, teniendo más operatividad en el momento que se eleva a la jerarquía de norma constitucional.

De lo que se deduce que la protección del derecho a la vida no es una situación surgida en los últimos tiempos, ya que desde inmemoriales épocas, ha sido protegida; y en la cultura occidental tradicional, la conservación de la vida se la ha considerado como una obligación moral irrenunciable inscrita – aunque al inicio y no posible en la actualidad – en la Ley divina y en la natural. (GRACIA, 1995, pág. 273)

Breve acotación histórica del respeto de la libre disposición del derecho de la vida por su propio titular.-

En torno a la disposición de la vida por propia voluntad, no siempre ha existido una plena y efectiva protección del derecho a la vida, pues las más antiguas legislaciones encontradas como las orientales, griegas, babilónicas, fenicias, etc., castigaron y lo hacen con la muerte el cometimiento de delitos y con más razón el atentado contra la vida.

Surge entonces, la inquietud de conocer, acerca de que sucede cuando el autor de la muerte o el instigador de atentar contra la existencia es el propio portador de la vida, o más bien dicho del suicidio o la cesación de la vida por pedido del titular, con el objeto de ser asistido para su propia muerte.

Las fuentes para el estudio del suicidio en los pueblos primitivos son escasas, encontrándose únicas con afirmaciones dispares entre los autores. No se puede determinar con exactitud la posición de los pueblos primitivos ante el suicidio. Se desconoce si existió o no una regulación jurídica de esta materia.

No obstante, se han descrito ciertas actitudes de algunos pueblos primitivos que existen en la actualidad o han existido hasta fechas recientes, siendo así es el caso de los esquimales, entre los cuales la muerte de los ancianos y la de los seres no productivos estaba bien vista debido a las difíciles condiciones y medios de vida de estos pueblos (DORADO, 1994, pág. 30).

Durkheim (DURKHEIM, 1995, pág. 47) señala que el suicidio por motivos altruistas era muy frecuente en los pueblos primitivos, destacando tres categorías a saber:

Suicidios de hombres llegados al dintel de la vejez o atacados por una enfermedad;

Suicidios de mujeres a la muerte de su marido; y,

Suicidios de clientes o servidores a la muerte de sus jefes.

En Grecia las respuestas de las Escuelas Filosóficas son contrarias, pues Aristóteles afirma en *Ética* a Nicómaco que la “...ley no

autoriza a suicidarse, y lo que no autoriza, lo prohíbe..." y el que se suicida obra injustamente contra la ciudad *"...Por eso también la ciudad lo castiga, y se impone cierta pérdida de derechos civiles al que intenta destruirse a si mismo, por considerar que comete una injusticia contra la ciudad..."* (ARISTÓLES, 1995, pág. 30).

En tanto que Platón admite el suicidio en determinadas circunstancias de dolor excesivo o incontrolable, cuando la suerte le imponga al hombre una vergüenza o una ignominia que le hagan imposible la vida (MOLTO, 1990, pág. 169;179).

Con la aparición de las XII Tablas, si bien no se encuentra referencia alguna sobre el suicidio, y es luego a partir del siglo II después de Cristo, en el Digesto y en el Código donde se establecía que el suicidio del acusado antes de la condena impide la sucesión ordinaria, dando lugar a la confiscación de los bienes del suicida. También se recogía una serie de motivos cuya concurrencia excluía la confiscación como el dolor físico, la enfermedad, la aflicción ante la pérdida de una persona querida, la vergüenza ante una deuda insalvable, el deseo de una muerte gloriosa, la locura y la demencia (DORADO, 1994, pág. 67).

Además, se puede anotar que, en un principio, *"...el cristianismo no solo no condenó el suicidio, sino que incluso lo consideró como un gesto heroico..."* (MOLTO, 1990, pág. 89), para escapar al deshonor, a la violación o como una forma de aceptar el martirio.

En la maduración del Cristianismo con el aporte de San Agustín existe oposición al suicidio equiparándolo al homicidio sin excepción alguna, ni en casos de gran dolor moral ni desesperación, pensamiento que influyó en la doctrina posterior de la Iglesia, reflejada en el Código Canónico que empezó a condenar el suicidio a partir del Concilio de Arles en el año 452 (MOLTO, 1990, pág. 89), apareciendo sanciones como la prohibición de cualquier conmemoración del Santo Sacrificio de la misa y el canto de los salmos cuando se acompañaba al difunto a la tumba, la prohibición de sepultura en campo santo, y para quienes solo lo hubieren intentado, la excomunión (DORADO, 1994, pág. 49;55).

En la Edad Media el pensamiento cristiano seguía marcando el mundo occidental, y se llega a equiparar al suicidio con el homicidio. Además, existían penas de origen consuetudinario entre las que se encontraban sanciones de carácter patrimonial como la confiscación de los bienes del suicida, entre otras; así también proliferaron penas corporales aplicadas sobre el cadáver (DORADO, 1994, pág. 79).

Albert Jonsen (n. en 1931), a su vez, distingue entre una bioética como disciplina académica, elaborada por instituciones y por expertos; y una bioética como discurso público que es el producto de la opinión pública y está promovida por una variedad de participantes sociales. Y en este segundo sentido la bioética sería un nuevo espacio o foro de debate público, más que una disciplina propiamente dicha.

Para Santo Tomás De Aquino, era más grave suicidarse que matar a otra persona, no obstante, mantenía una posición más moderada reformulando el concepto de irresponsabilidad respecto a las enfermedades mentales, y en cuanto a las causas u origen de estas, nada tenían que ver con la posesión diabólica u otras influencias sobrenaturales, utilizando los términos romanos “furiosus o insanus”, es decir actos de furia o de insalubridad mental. Las concepciones tomistas no influyeron en el Código Canónico hasta el siglo XIX, coincidiendo con la expansión de la Ciencia Psiquiátrica (MOLTO, 1990, pág. 179).

En la época medieval el Derecho escrito llegó a tener influencia en el Derecho Romano. Por lo que, en la Ordenanza del año de 1.532 expedida por Carlos V que se denominó “Carolina”, se establece la confiscación de bienes en el caso del suicidio consumado a excepción del suicidio justificado por causas de grandes dolencias, aflicciones de la vida, etc. (DORADO, 1994, pág. 55)

Después se expide la Ordenanza Criminal Francesa del año de 1.670, siendo interesante, ya que al condenar el suicidio, establecía causas de excepción, por ejemplo cuando era realizado por una persona que no gozara de sus facultades mentales, era declarado como irresponsable, pudiendo la familia demostrar dicho aspecto por medio de prueba testimonial e instrumental como certificados médicos, dentro de una acción en la que se procesaba al cadáver, el mismo que era representado por un curador, quien tenía la suficiente potestad de en defensa de los derechos del cadáver hasta el punto de poder apelar la sentencia (MOLTO, 1990, pág. 67).

Durante los siglos XVII y XVIII en el pensamiento filosófico y jurídico surge la polémica del fundamento de la penalización del suicidio. Destacándose como opositores de esta clase de penalización a los ilustres Montesquieu, Diderot, Beccaria, y Voltaire entre otros. Aunque la Ordenanza Francesa estuvo en vigor hasta la Revolución Francesa, ésta era inaplicada por los jueces por medio de la excepción de “arrebato, demencia”, etc., derogándose en 1.791, lo que influyó en muchos países europeos en el sentido de no reprimir el suicidio (DORADO, 1994, pág. 57).

Con la Revolución Francesa se implantó el actual pensamiento jurídico de la no punición del suicidio que se refleja en la codificación penal tanto general como en particular la Ecuatoriana; si bien, con algunas excepciones, como en Gran Bretaña, donde la despenalización tuvo lugar en el año de 1.961, tiempo en el que se castigaba el intento de suicidio con penas de uno a seis años de cárcel (MOLTO, 1990).

En la actualidad la Legislación Ecuatoriana, sanciona al instigador del suicidio y al que causa la muerte administrado sustancias consensuadas. Y de ninguna forma sanciona al que atenta contra su propia vida.

Hoy en día la vida es un derecho, el cual se encuentra elevado a la jerarquía de fundamental y humano, por lo tanto, ninguna autoridad ni particular puede privarlo, es un derecho inmediato, pero en los últimos tiempos se encuentra abierto el debate acerca de la disposición de la vida por parte de su propio titular, y por medio de esta investigación se trata de avanzar en esa materia.

Las ciencias de la vida y la bioética

Hoy, se encuentra en desarrollo, y surgiendo una nueva disciplina para el tratamiento de temas concernientes con la vida y su disposición por parte de su titular; se abre el debate en múltiples aspectos, sean estos en el ámbito de la reproducción humana, sobre patrimonio genético, acerca del envejecimiento y la muerte, abordando cuestiones como la eutanasia, el encarnizamiento terapéutico, y estados vegetativos persistentes, trasplantes, manipulación de la personalidad en las que se encuentra la neurocirugía, el control de la conducta, la manipulación de los seres no humanos, la experimentación con humanos en todas las etapas del desarrollo, manipulaciones tras específicas como las hibridaciones, etc.; donde interfieren las ciencias de la vida – o dicho de otra manera las ciencias de la preservación humana –, que conciernen tanto desde aspectos médicos, biológicos, genéticos, antropológicos, sociológicos y jurídicos, frente a las nuevas realidades que oferta la época contemporánea encontrándose muy latente la disposición de la vida por parte del propio titular o a pedido y solicitud de éste.

Ya que la autorización del portador de la vida o la intervención médica es la que genera la producción científico experimental técnico – médica de los avances y adelantos en mención, los cuales caminan al filo de la navaja llevando la polémica del ser humano colocado entre la vida y la muerte. Ante lo expresado, aparece la bioética, es decir el campo del saber encargado de tratar las ciencias de la vida con criterio protector de la preservación de la especie en el tiempo y en el espacio.

El término bioética fue abordado por primera vez en el año de 1971 por Van Rensselaer quien indica que: "...si hay 'dos culturas' que parecen incapaces de hablar una a la otra - ciencia y humanidades -, y si esto es parte de la razón por lo que el futuro se muestra tan incierto, entonces deberíamos tender un 'puente hacia el futuro' construyendo la disciplina de la Bioética como un puente entre las dos culturas..." (RENSELAER, 1971, pág. 88).

Desde el inicio del saber humano hasta los actuales tiempos, las ciencias han sufrido una transformación, "...pasando así desde la cosmopolita hasta la súper especialización, desde un conjunto universal de conocimientos hasta estamentos estancos sin ningún tipo de comunicación entre sí..." (GUSDORF, 1983, pág. 35). El conocimiento en paulatino aumento y la medida de capacidad de intelección del hombre frente a una realidad cada vez más amplia y superadora de ese entendimiento, ha dado como resultado que el ser humano tenga que ir limitando áreas de conocimiento, en zonas cada vez más específicas, para poder de esa manera, llegar a comprender en forma más profunda esa materialidad que le rodea, pero la realidad no se ha dividido en estamentos, la realidad sigue siendo una.

El mundo con sus intrincadas relaciones, complejas para el entendimiento limitado, se hace también más incomprensible por el aislamiento que se produce entre las distintas especialidades, la falta de diálogo entre los especialistas hace ver que "...el mal de la especialización tiene como consecuencia una esclerosis mental; el conocimiento deja de ser una relación con el mundo real, para desarrollar sistemas de abstracciones cada vez más estrechos y sin comunicación entre sí..." (FEYERABEND, 1984, pág. 129). Por ello se dice que todo experimento científico conlleva una comunicación del mismo, la comunicación de los especialistas está impregnada de neologismos tecnicistas que sólo los que están en esa área del saber lo pueden manejar.

De allí la importancia del lenguaje como medio de comunicación, el cual es fundamental para la comprensión de ese saber por personas de otras áreas, y es justo la conjugación de las ciencias médicas, genéticas, etc., en una sola palabra de la vida, las que llegan a concluir en un solo lugar esto es en la Bioética y la conjugación de ese extracto conceptual con el derecho dando así lugar a la bioética jurídica.

La existencia de esta rama del saber se justifica en el motivo de que el hombre durante el trayecto de su paso por la humanidad, para mejorar la salud de sus semejantes se especializó como médico brujo, hasta transformarse en la expresión actual de la medicina contemporánea, obteniendo en esa trayectoria logros que parecían imposibles, pero que con el desarrollo del intelecto humano hoy parecen no tener límites gracias a la intermediación de la experimentación científica. Por lo que es necesario hablar, tratar y analizar acerca de una Ética Médica y juricidad especializada, para que así la ciencia médica encargada de mejorar la condición de vida del ser humano, no pierda de vista que trabaja con seres humanos autónomos con conciencia y voluntad, la cual no puede ser manipulada, ya que se generarían ilícito dichos vicios de consentimiento, donde entra en inmediata operatividad el derecho imponiendo su sanción social por tratarse de la vida humana.

Para lograr estos fines es necesario que todas las partes involucradas en el problema de la vida, la salud, el derecho y la ética lleguen a dar su opinión, para así lograr el consenso necesario y recorrer el camino de los problemas que surjan de las relaciones cotidianas entre el médico, el científico, el jurista y la sociedad, ya que el tema de la disposición de la vida es de interés global.

También esos avances, no sólo afectan al hombre en la relación médica, sino además en lo que concierne al medio ambiente, no solo como hábitat, sino como planeta-casa, y cuando cualquier ser vivo de la escala de la naturaleza es dañado, aquello, de forma directa o indirectamente causa al hombre consecuencias. Por lo que la técnica y la ciencia no puede desarrollarse lejos de una tradición humanista.

Desarrollar la bioética es tan crucial como el mismo desarrollo de las técnicas que permiten los adelantos científicos, tener un progreso conjunto es lograr que la fría teoría entre en contacto con lo mejor del espíritu. Llegar a un desarrollo armónico de ambas partes no es tarea fácil, y, a la luz de la era contemporánea vislumbra no sólo problemas del orden de la investigación, sino conflictos de intereses económicos y políticos, dilemas que en última instancia, hacen más urgente y necesario el florecimiento de la bioética para la preservación y respeto de la vida humana en los cruciales momentos en que existen corrientes que quieren jerarquizar como derecho la disposición de la vida por su propio titular.

Por lo indicado se comprende que hablar de bioética es abordar el "...estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales..." (MAINETTI, 1999, pág. 15) como también jurídicos, situación que remite en primer lugar al estudio sistemático de la conducta del hombre, pero no lo envía a un nuevo tipo de sistema ético, sino que lo lleva a una rama de la ética filosófica, "...dentro de la cual se suele distinguir la ética descriptiva, la metaética y la ética normativa...". (MAINETTI, 1999, pág. 4)

Cada una de las partes de esta gran división trae consigo un peculiar estudio, único en sus características, cuyo ejercitar despierta el génesis de las costumbres o creencias de una sociedad o pueblo y remite a una antropología, sociología e historia. La metaética formula definiciones precisas de los términos usados en ética que, para ser aplicados en una ética normativa, donde se regulan los actos y lleva a la praxis de la ciencia bioética. (MAINETTI, 1999, pág. 5)

A su vez se puede dividir a la bioética, en lo que corresponde al área de las ciencias de la vida, encontrando ciertos problemas como los relacionados con el medio ambiente, la vida de los animales, los experimentos científicos que se realizan con seres

vivos, y la ubicación del hombre en un sistema ecológico que él se niega a ocupar como ente responsable de sus actos.

Para algunos "...Incluir especialistas de todas las ciencias afectadas puede ser una gran medida, pero no valdría de nada, si dentro de ese grupo no se incluye un representante de las personas afectadas por el problema, ya que son ellas las que sufren el problema y los que la solución ayudará o no, pero en todos los casos es la vida de esas personas a las que se afecta, no la de los especialistas..." (FEYERABEND P. , 1985), por la cantidad de problemas que surgen cotidianamente y el tratamiento directo de lo humano.

La rama de la bioética que más desarrollo ha tenido y más impulso, desde los Estados Unidos ha logrado, a la cual se la denomina ética biomédica que puede ordenarse en tres grandes capítulos, concernientes strictus sensu a la ética profesional, la bioética general y la bioética especial, la primera comprende los problemas morales de la relación terapéutica, como la confidencialidad, la veracidad y la privacidad, en el tema de estudio el consentimiento informado para la disposición de la vida por el propio titular; visto todo desde un contexto deontológico de derechos y deberes que involucran al médico y el enfermo, y la eticidad de la atención de la salud, como el derecho a la misma, "...la política de macro y micro recursos.

La segunda abarca las decisiones de moral política sobre población, investigación del medioambiente, investigación científico-tecnológica, la guerra. La tercera tiene que ver con la intervención biotécnica en la vida humana, desde el nacimiento a la muerte y comprende todo el alfabeto de la bioética: a) los temas a de la genética, la contracepción, la esterilización, el aborto y las tecnologías reproductivas... b) los temas b de la experimentación humana y el control de la conducta (psicofarmacología y psicocirugía); c) los temas de la definición de la muerte, eutanasia, y prolongación de vida." (Memorias, 1993, pág. 2)

Todos estos temas generan, de por si problemas que día a día van superando a las respuestas que se puedan obtener, eso hace, que la bioética sea una ciencia naciente, donde cada vez se hace más necesario el trabajo, no sólo en el plano de la teoría, sino también en el pragmatismo.

La naturaleza interdisciplinaria de la bioética involucra en su parte teórica por lo menos a la filosofía, el derecho, la biología y la medicina, pero no es sólo el ámbito ético, "...ya que se trata de un área interdisciplinaria en la cual la dimensión ética no puede ser abstraída de las dimensiones social, económica, política, religiosa, etc. Quizá la bioética es interdisciplinaria tanto por ética como por necesidad, pues con ella esta en juego opciones fundamentales sobre el homo-sapiens-faber, ahora en condiciones de transformar su propia naturaleza biológica, lo cual compromete el destino común de la humanidad, y por eso cuanto en bioética

se diga a nadie resulta ajeno y es responsabilidad de todos.” (Memorias, 1993, pág. 2)

El desarrollo de la bioética se debe a la práctica, y en gran medida a los primeros comités de Ética Hospitalaria, que se instauran como juntas médicas en las casas de salud, reuniones en las cuales se decide acerca de la vida de los pacientes; cuyo primer antecedente se cuenta con el comité ad-hoc, formado para el caso de Karen Quinlan, que trata acerca de un paciente en estado de coma profundo que se mantenía de manera artificial con vida, frente a un pedido de los familiares de quitarle todo sustento artificial, ante la justicia, se determinó la formación de un equipo interdisciplinario, constituido por un eticista, un sacerdote, el equipo médico y juristas, el cual tomó la determinación de quitarle el sustento artificial del respirador, a lo cual además se puede sumar los casos de Nanzi Cruzan, Baby Doe y Baby Jean Doe. (VIDAL, 1995, pág. 45)

A partir de estos casos sucedidos en otros países y con antecedente en la base jurídica de los derechos de los pacientes, y de los postulados de los movimientos constituidos para los derechos de las personas, inicia una corriente de las consideraciones éticas y el cuestionamiento de una medicina paternalista y autoritaria por parte de los profesionales de la salud, hacia una medicina que respeta el derecho de la persona y la preservación de la vida humana limitando el libre arbitrio de la disposición por parte de su titular.

Desde ese momento se forma lo que constituye y a posterioridad se denominó el modelo americano de bioética, “...dicho modelo supone una teoría de los niveles de justificación moral, distinguiéndose teorías éticas, principios normativos y reglas aplicadas a juicios prescriptivos particulares.” (Memorias, 1993, pág. 3)

Las teorías éticas basadas en el reconocimiento de una marcada tendencia casuística, tiene gran aplicación para los Comités de Ética Hospitalarios, donde es necesario un análisis particular de cada situación y de cada paciente en particular, pero es desvirtuado en este modelo, por la férrea decisión de darle a las normas bases sólidas, con autonomía, justicia, beneficencia, el carácter de principios y, por lo tanto, aplicables en todos los casos a rajatabla. El paciente es autónomo en todos los casos, siendo incuestionable.

“El modelo bioético norteamericano caracterizado como Standard tiene gran eficiencia didáctica y seguramente cumple con dos objetivos pedagógicos: cultivar en los profesionales de las disciplinas biomédicas las virtudes morales... y promover la eticidad de las instituciones de la salud con los valores de Bienestar, la libertad y la equidad en la sociedad” (Memorias, 1993, pág. 4)

De lo anterior, se puede inferir que la bioética, aunque contenga, una parte metaética, su impronta es casuística y de esa forma se determina si las normas o los principios, son aplicables y de que forma pueden serlo.

La elasticidad de las normas, esta dada por el hecho de trabajar en una relación de persona a persona, con todas las interrelaciones y ámbitos que eso implica; no se puede aislar a las personas de su contexto socio-cultural, de su medio económico, de su ámbito familiar e ir con una cinta métrica valorando sus problemas. Cuando está en juego la salud de una persona, la vida de una persona, las reglas pasan a un segundo plano, ó sea primero es el caso, y después la aplicación de la norma.

Esto no implica la negación de las normas jurídicas sino, la adecuación de las normas jurídicas a problemas concretos a la viabilidad humana y, esa es la función más importante de los Comités de Ética Hospitalaria, donde se presenta el problema determinado, es el lugar en el que el médico se enfrenta a diario con el paciente, teniendo que tomar la más oportuna decisión, y debe interactuar en dicho ejercicio con todas las partes involucradas en el problema.

Así se ve que los Comités de Ética Hospitalaria que en el Ecuador mal o bien se han venido dando en casos críticos como Juntas Médicas, son los ámbitos donde la bioética se vuelve pragmática y necesaria de ser cultivada, donde la aplicación de las normas se construye con casuística y, como en el caso de los comités formados para problemas coyunturales de medio-ambiente o naturaleza, en donde la bioética se explyaya, mostrando su objetivo fundamental, valorar los avances de la tecnología, los avances de la sociedad, bajo la luz de un humanismo, debe de aflorar en las casas de salud, para avanzar acordes a las exigencias de la modernidad.

En definitiva, las ciencias de la vida y el ejercicio médico como el jurídico deben estar al servicio de la humanidad, y el mecanismo de acercamiento es justo a la denominada bioética. El creciente conjunto de especialistas en bioética recluta sus miembros ya no sólo entre médicos y científicos, sino también de campos tan variados como la psicología, la filosofía, la antropología, la sociología, la historia, la religión y el derecho y se ha llegado a afirmar que la introducción de temas médicos al cuerpo de la ética, es el impulso más importante que ha recibido esta disciplina en los tiempos recientes.

El derecho y su relación con las ciencias médicas

Se considera al Derecho y a la Medicina, como las dos ciencias más antiguas; una encargada de regular las relaciones entre los miembros de la comunidad y la otra de velar por su salud y bienestar corporal, desde el comienzo ha existido estrechos lazos; ambas persiguen fines altruistas, cuentan con individuos orientados al bien común y entregados al servicio de sus semejantes. Tanto la una como la otra aspiran al rigor científico de sus postulados y a la averiguación de la verdad como fórmula para resolver los problemas que se les presentan.

Conforme se aprecia en los libros más antiguos de la humanidad, la medicina tuvo orígenes en el poder mágico de los sacerdotes que recibían de la divinidad el don de curar; el derecho, por su parte, pide la sabiduría a los Dioses para convertir los designios de la justicia en implacables. Los médicos y abogados, han detentado el poder sobre el ser humano común, para dar o quitar, primero la vida y luego salud o libertad, que son considerados como los más valiosos derechos. Por tales motivos es preciso buscar puntos de estreches, donde el conocimiento se encuentra tan atomizado, hallando aspectos que permitan establecer nexos para que el trabajo interdisciplinario que pretende englobar la comprensión de fenómenos viejos y nuevos, cuyo epicentro es el ser humano, y así deducir de manera natural y obvia de las relaciones que tiene tanto el derecho y las ciencias médicas.

Se entiende por Derecho al conjunto de normas, que sirven para regular la conducta socialmente; pues en definitiva, los seres humanos para poderse desenvolver necesitan vivir en sociedad para lograr desarrollar al máximo sus capacidades físicas, intelectuales y espirituales y así ser parte de la cultura histórica universal.

Se encuentra comprobado que "Como ser gregario el hombre se caracteriza por toda una serie de patrones de comportamiento al servicio de la formación de grupos...El miedo refuerza el vínculo del grupo, realidad que los demagogos de todos los tiempos han sabido utilizar..." , ya que el innegable egoísmo humano, nacido de la tendencia animal a sobrevivir, da origen a una inclinación de manejar a los demás para la consecución del bienestar personal, y es esa búsqueda la que origina y soluciona conflictos dentro de la comunidad.

Esta actitud da más protagonismo a la familia y al médico. Y ocasiona diferencias en la forma de entender el consentimiento informado y la relación médico-enfermo. Puesto que tanto médicos como familiares están más predispuestos a proteger y aconsejar al enfermo. Además, el paciente tiende a confiar en las virtudes del médico y valora ante todo que sea digno de confianza, capaz para la compasión y la amistad. Y estima que la información a recibir es accesoria. Opina que si puede confiar en el médico la información es innecesaria; y que si no puede confiar en el médico la información es inútil. También piensa que es poco lo que puede lograrse reclamando sus derechos. Tal vez por ello se producen menos denuncias a los médicos. No existe tanta medicina defensiva. Y las denuncias, cuando existen, tienen que ver sobre todo con malos tratos humanos y una mala relación médico-enfermo.

En palabras de Kelsen “...El derecho es un orden de la coacción, y en cuanto orden coactivo y conforme a su evolución, un sistema de seguridad y un orden de paz...” Existe además el criterio de que “El derecho consiste fundamentalmente en un sistema de normas, en un conjunto normativo, con una clara finalidad instrumental: la resolución de los conflictos que se generan y surge el propio cuerpo social al que el Derecho (de cada momento y de cada comunidad social dada) va destinado, excluyendo de raíz el recurso a la fuerza bruta o a la violencia”.

Es decir que en todo momento el derecho surge como un mecanismo apto para remediar los dolores del conflicto social y por medio de la ley poner la medicina que solucione la problemática que enfrente a los seres humanos en su desenvolvimiento, haciendo que el derecho sea dinámico y se encuentre en constante movimiento y manifestación conforme a las exigencias propias del desarrollo y de la constante búsqueda de los mecanismos para la paz y buena convivencia social.

En tanto que las ciencias médicas pueden definirse como el arte de conservar y restaurar la salud humana en sus aspectos físico, psíquico y psicológico, para hacer la vida más fácil y segura, a fin de que los seres humanos que habitan en la comunidad se preserven de mejor manera tanto en el tiempo como en el medio ambiente que se desenvuelven.

Explican los médicos que los pilares de las ciencias médicas son dos: a) oficio – arte; y, b) tecnología –ciencia. Por lo tanto, como oficio en lo social constituye el brazo de la civilización en su incansable lucha contra la enfermedad. La Ciencia constituye la inagotable búsqueda, investigación y experimentación de las conclusiones científicas para lograr los medios que calmen las dolencias y conlleven a la más pronta forma de enfrentar enfermedades y alcanzar las curas que determinen la satisfacción como repelente de las enfermedades que cada día son más sofisticadas y se enfrenta la humanidad.

La actividad humana es infinita, por lo tanto, inagotable es el ámbito en el que debe interferir el derecho; y las ciencias médicas, también tienen un espacio sin fin en su camino investigativo, por lo que no pueden escapar de la acción del derecho, ya que los conflictos a los que se enfrentan las ciencias médicas pueden repercutir en múltiples formas.

El ejecutor de las ciencias médicas es el médico, quien hoy en día por motivo del avance tecnológico y las diversas formas de aplicación de la medicina y las connotaciones que estas pueden tener tanto social como jurídico en la humanidad, se encuentra convocando a la congregación de varias disciplinas para por medio de un consenso llegue la humanidad a la conciencia de cómo aplicar esos nuevos conocimientos científicos que se encuentra desarrollando para que en la medida de lo necesario y posible no lesione a la humanidad ni produzca daños que más tarde repercutan en el dolor humano.

Luego de hechas estas consideraciones, es menester señalar algunas relaciones directas y específicas, por lo que se tiene lo siguiente:

Las ciencias Médicas con el Derecho Civil

En este ámbito, salen al descubierto las más comunes preocupaciones que siempre están presentes, y giran en torno a los conceptos de: persona, su principio y fin, la capacidad de la persona como por ejemplo: el no padecimiento de ningún trastorno mental, "...que incluye toda la patología mental, desde los trastornos de la personalidad, hasta culminar en la psicosis", la interdicción, para que los actos del ser humano no se encuentren en un momento dado infectados de nulidad pues "... El pensamiento, la inteligencia, en una palabra, el espíritu del hombre, aquella divina chispa o partícula inmortal de los teólogos, es un complejo resultante de causas objetivas. Pero no es resultante muerta o ciega, sino viva y consciente. El hombre es producto de la naturaleza circundante, pero actúa sobre ella y la transforma.

Las olas embaten contra el acantilado de roca, pero éste reacciona en la forma de una dura resistencia que obliga a las olas a retroceder. La pelota de caucho da contra el suelo y rebota. Todas éstas son manifestaciones del axioma de la Mecánica, de que toda acción produce reacción... Y es justo en esta visión


parcial cuando nos encontramos en la necesidad de considerar a la voluntad como libre, sin trabas, porque es en esta clase de actividad que se produce el fenómeno jurídico... habrá de observarse que el factor psicológico que impulsa a la voluntad – y es ello lo que le hace seguir por el camino del error –, es el interés. Este es un elemento jurídico que, no obstante la grosera objetividad o, mejor dicho, formalismo del derecho romano, era tenido muy en cuenta. La voluntad privada sigue siempre el camino que le dicta su propio interés... Si el error presenta una falsa perspectiva de ventajas, obvio es suponer que el agente será impulsado a seguir esa vía, a no ser que partamos de la absurda premisa de que el agente puede obrar contra su interés."

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. Cuando la norma jurídica violada es una ley (en sentido amplio), hablamos de responsabilidad extracontractual, la cual, a su vez, puede ser delictual o penal (si el daño causado fue debido a una acción tipificada como delito), o cuasi-delictual o no dolosa (si el perjuicio se originó en una falta involuntaria). Cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular (contrato, oferta unilateral, etcétera), hablamos, entonces, de responsabilidad contractual.

El código civil del Ecuador no hace ninguna referencia a la forma de los contratos en el campo médico y es obligación de los assembleístas, revisar las legislaciones de otros países, para actualizar la legislación médica del Ecuador que debe quedar claramente establecida, a fin de que los pacientes sientan la seguridad en la atención médica y que también los médicos trabajen en un ambiente de confianza, que evite la práctica de la medicina defensiva, como sucede, por ejemplo, en Estados Unidos, donde el excesivo número de demandas a los profesionales, por supuestas malas prácticas médicas, ha llevado al retiro de prestigiosos profesionales. (MAINETTI, 1999, pág. 169)

Así también en materia contractual el contrato como fuente de obligaciones médicas; el vínculo de responsabilidad entre personas naturales y personas jurídicas, temas álgidos en un mundo cambiante, donde el ciudadano es cada vez más consciente de sus derechos como persona y de las obligaciones y responsabilidades profesionales del facultativo con el que contrata o de la entidad donde es atendido, pero también un mundo en donde todas las cosas parecen signadas por el dinero, incluyendo la recuperación de la salud perdida. Particulares se ven entonces, convencidos de que tienen derecho a un resultado milagroso porque consideran que han pagado por la cura. La frustración es grande y la ambición enorme, cuando el fracaso médico los pone ante el dilema de demandar o no al galeno como responsable.

Entre los teólogos precursores podemos citar a Joseph Fletcher (1905-91) y a Paul Ramsey (1913-88). Luego se sumaron otros como Richard McCormick, James Gustafson y James Drane. Y entre los filósofos han destacado Hans Jonas, Samuel Gorovitz,



Dannerl Clouser, Daniel Callahan y Stephen Toulmin. Fue en un segundo momento cuando se incorporaron científicos sociales y los médicos. Entre los primeros médicos que hicieron bioética estuvieron André Hellegers, Willard Gaylin, Edmund Pellegrino, Mark Siegler, Jay Katz, Eric Cassell y Leon Kass. También hubo médicos que fueron filósofos, como Tristram Engelhardt y Howard Brody. Y el primer autor con una formación integral dirigida hacia la bioética pudo ser Robert Veatch. Pero tampoco han escaseado los juristas, como Paul Freund, William Curran, Charles Fried, George Annas, Alexander y Morgan Capron; ni han faltado los sociólogos, como Renée Fox y Bernard Barber.

Esta influencia puede detectarse en cuatro actitudes culturales. En primer lugar, el desprecio hacia los bienes materiales que considera la frugalidad como la máxima virtud. En segundo lugar, la idea de que la felicidad debe buscarse en los estados de ánimo y en las relaciones con las demás personas. En tercer lugar, una peculiar actitud antiutilitarista, que puede llegar a desinteresarse de las soluciones prácticas. En los países latinos es frecuente todavía hoy pensar que el utilitarismo y el pragmatismo son lo más opuesto a la ética. En cuarto lugar recordemos que para el sabio estoico que procuraba ajustarse a la Naturaleza sin diferenciarse de ella, no había nada privado. Tal vez esto haya contribuido a dar menos importancia a la intimidad y a tener una sensibilidad más igualitaria.



Las Ciencias Médicas con el Derecho Laboral

El derecho laboral, contiene asuntos como la incapacidad laboral, los accidentes de trabajo, la vejez, la invalidez y la muerte del trabajador, que necesitan ser analizados y definidos por la medicina, para mantener ese frágil equilibrio que a duras penas existe entre el trabajador y el empleador, llámese éste privado o público, pues "...en todo caso de accidente de trabajo, el patrono estará obligado a prestar, sin derecho a reembolso, asistencia médica, quirúrgica y farmacéutica al trabajador víctima del accidente, hasta que según el dictamen médico, esté en condiciones de volver al trabajo..." .

Las Ciencias Médicas con el Derecho Constitucional

El Derecho Constitucional parece haber adquirido por fin una dimensión personal a través de problemas planteados por la aplicación de ciertos derechos fundamentales como el derecho a la vida digna, a la autonomía, a tener una familia, a la salud, la libertad sexual y la procreación. Se garantizó la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, la atención universal y gratuita, el financiamiento de la salud a través de una preasignación. En un esfuerzo final de seguimiento, se restituyó en el Art.32 la salud como un derecho. En el texto sobre seguridad social se determinó que las prestaciones de salud "...se brindarán a través de la red pública integral de salud.

Ante lo cual es importante la respuesta que han tenido ciertos Tribunales de índole Constitucional, para rescatar el valor y sentido de la persona frente al aparato Estatal. Aunque en muchas ocasiones las interpretaciones no han sido total y satisfactorias; así, como ejemplo y modelo se tiene a la Corte Constitucional Colombiana que ha indicado que se considera "...errónea la idea de que el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la autonomía del individuo conduzcan forzosos a satisfacer los caprichos del paciente, imponiendo sus criterios por encima de los conocimientos especializados y sacrificando el núcleo esencial de discrecionalidad que, en el campo respectivo, supone, al menos en principio, el ejercicio de toda profesión" y por tanto ha dicho que "la autonomía del paciente en cuanto alude al consentimiento para que se le administre cierto tratamiento radica en aceptarlo o rechazarlo, optando en éste último caso por acudir a un profesional diferente, pero no puede consistir en hacer que obligatorio prevalezca la alternativa escogida por el enfermo, sobre la conciencia del médico, supeditando la actividad de éste a la elección de aquél" , o a una visión cándida y económica m-uy descontextualizada de las obligaciones del Estado, imponiéndole cargas no presupuestadas, que en breve tiempo, de no encontrarse otro camino, se tornarían obligaciones irresistibles.

La Constitución en su Art. 32 especifica que *la salud en sí es un derecho* que además está garantizado por el Estado a través de políticas públicas que inciden en la salud, así como la intersectorialidad para la promoción de la salud y el acceso a los servicios en todos los niveles de atención, es decir señala mecanismos con los cuales se hará efectivo ese derecho para que toda persona disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Derechos constitucionales del bien vivir

La Constitución de 2008 clasifica a los derechos en siete categorías. Tenemos que reconocer que hubo debates intensos por la no clasificación. Al final se optó, por razones eminentemente de organización y comprensión, por una clasificación distinta a la clásica. Los derechos se clasifican en (1) derechos del buen vivir, (2) derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, (3) derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades, (4) derechos de participación, (5) derechos de libertad, (6) derechos de la naturaleza, y (7) derechos de protección

Art. 14.- Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

declara de interés público la preservación del ambiente (...)

Art. 15.- El Estado promoverá, en el sector público y privado, el uso de tecnologías ambientalmente limpias y de energías alternativas no contaminantes y de bajo impacto. La soberanía energética no se alcanzará en detrimento de la soberanía alimentaria, ni afectará el derecho al agua.

Se prohíbe el desarrollo, producción, tenencia, comercialización, importación, transporte, almacenamiento y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, de contaminantes orgánicos persistentes altamente tóxicos, 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 nacional.

Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se rige por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

Capítulo 3, Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

Sección primera, Adultas y adultos mayores

Art. 36.- Las personas adultas mayores recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado, en especial en los campos de inclusión social y económica, y protección contra la violencia. Se considerarán personas adultas mayores aquellas personas que hayan cumplido o superen los sesenta y cinco años de edad.

Art. 37.- El Estado garantizará a las personas adultas mayores los siguientes derechos:

1. La atención gratuita y especializada de salud, así como el acceso gratuito a medicinas.

Art. 38.- El Estado establecerá políticas públicas y programas de atención a las personas adultas mayores, que tendrán en cuenta las diferencias específicas entre áreas urbanas y rurales, las inequidades de género, la etnia, la cultura y las diferencias propias de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades; asimismo, fomentará el mayor grado posible de autonomía personal y participación en la definición y ejecución de estas políticas.

En particular, el Estado tomará medidas de:

1. Atención en centros especializados que garanticen su nutrición, salud, educación y cuidado diario, en un marco de protección integral de derechos. Se crearán centros de acogida para albergar a quienes no puedan ser atendidos por sus familiares o quienes carezcan de un lugar donde residir de forma permanente.
8. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

Sección segunda, Jóvenes

Art. 39.- El Estado garantizará sus derechos a las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público.

El Estado reconocerá a los jóvenes y las jóvenes como actores estratégicos del desarrollo del país, y les garantizará la educación, salud, vivienda, recreación, deporte, tiempo libre, libertad de expresión y asociación. El Estado fomentará su incorporación al trabajo en condiciones justas y dignas, con énfasis en la capacitación, la garantía de acceso al primer empleo y la promoción de sus habilidades de emprendimiento.

Sección cuarta, Mujeres embarazadas

Art. 43.- El Estado garantizará a las mujeres embarazadas y en período de lactancia los derechos a:

1. No ser discriminadas por su embarazo en los ámbitos educativo, social y laboral.
2. La gratuidad en los servicios de salud materna.
3. La protección prioritaria y cuidado de su salud integral y de su vida durante el embarazo, parto y posparto.
4. Disponer de las facilidades necesarias para su recuperación después del embarazo y durante el período de lactancia.

Sección quinta, Niñas, niños y adolescentes

Art. 45.- Las niñas, los niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, los niños y los adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes:

1. Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos.
2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de las adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar

su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral.

5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo.
6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias.
9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral

Sección sexta, Personas con discapacidad

Art. 47.- El Estado garantizará la prevención de las discapacidades y, de manera conjunta con la sociedad y la familia, procurará la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad y su integración social.

Se reconocen a las personas con discapacidad, los derechos a:

1. La atención especializada en las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud para sus necesidades específicas, que incluirá la provisión de medicamentos de forma gratuita, en particular para aquellas personas que requieran tratamiento de por vida.

La rehabilitación integral y la asistencia permanente, que incluirá las correspondientes ayudas técnicas.

Art. 48.- El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren:

5. El establecimiento de programas especializados para la atención integral de las personas con discapacidad severa y profunda...

Sección séptima, Personas con enfermedades catastróficas

Art. 50.- El Estado garantizará a toda persona que sufra de enfermedades catastróficas o de alta complejidad el derecho a la atención especializada y gratuita en todos los niveles, de manera oportuna y preferente.

Capítulo 6, Derechos de libertad

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte
2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros

Servicios sociales necesarios

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables
sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.
10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

El Derecho a la Salud

La Declaración Universal de Derechos Humanos recoge el derecho a la salud en el art. 25: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad". Además el mismo artículo hace referencia a la salud materno-infantil: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social" (Acosta, s., & Banderas, 2009, pág. 168) El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.

Las Ciencias Médicas con el Derecho Penal

Con el derecho penal lo concerniente a la muerte asistida, la instigación al suicidio cuando obra de por medio el conocimiento médico con lo no tolerado por la legislación ecuatoriana la denominada eutanasia.

Siendo entonces, menester traer a la memoria lo que hace poco científicos británicos tuvieron que tomar la decisión de detener sus experimentos, por no encontrar un camino desbrozado ni por la ética ni por el derecho: ¿qué hacer con la posibilidad de reproducir por clonación un embrión humano? Y si el fundamento propuesto por la medicina se está desmoronando, por otro lado la economía mundial racionaliza la utilización de la riqueza como la generación para el Estado de nuevas obligaciones. La seguridad garantizada de que problemas tales como la salud no quedarán sin solución, involucrando así de inmediato al médico, y los abogados por medio de la operación de las leyes apropiadas para brindar esa protección y que confieren derechos en el área de la actividad que se esté tratando, que son hasta el momento poco menos que meras declaraciones de intención.

Entretanto, el médico, único ser capaz de realizar éste sueño del Estado, sufre los embates de comerciantes interesados y particulares necesitados. Y el Derecho va tras ellos, resolviendo disputas y tratando de encontrar un equilibrio.

Eso no es todo, ya que aún sería necesario examinar aquello que a pesar de ser propio de su objeto no alcanza todavía la ciencia del derecho; es decir a esos problemas planteados por la tecnología, como los de la reproducción asistida, el cambio de sexo, la clonación, paternidad disputada, eutanasia y otros que preocupan al hombre de ciencia de hoy. Lo cual hace necesario que el esfuerzo de médicos y abogados continúen en pos de un resultado armónico que muestre a unos y otros el camino del correcto ejercicio de su profesión. Es el sendero de la Ética Profesional ese recto camino en el que deben encontrarse médicos y juristas para lograr su cometido de entregar un mundo mejor. El principio de la honestidad intelectual y profesional, es la llave para un desarrollo sin trabas y un bienestar general.

De lo expresado resulta que frente a la bioética, para muchos el modelo de teórico de Hans Kelsen no es aceptable, ya que para la corriente de Kelsen "...el derecho, constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano..." , el mismo que es de estricto

cumplimiento y si no se encuentra normado es imposible su tratamiento, por lo que los juristas llamados a ocuparse de la bioética podrían desarrollar su trabajo e identificar los problemas bioéticos como simples cuestiones de contenido de las normas conceptualizando como aborto, eutanasia, fecundación asistida, etc., ya que es bien conocido que no es imposible para el abogado de formación normativista gestionar este tipo de problemas.

Ya que en lo tradicional el profesional, se encuentra habituado a asumir si no una ideología, por lo menos una aproximación formalista frente al derecho, los juristas de inspiración kelseniana reconocen la política y a sus fuentes inspiradoras, comprendiendo entre ellas las ético-sociales la competencia para crear derecho también en materia bioética, se reserva como única tarea, aunque limitada, esencial y complejo: examinar la coherencia sistemática de las normas presentes en el ordenamiento. De este modo consideran que respetan la diferenciación funcional del sistema – derecho con respecto al sistema – política según las más acreditadas teorías sistémicas, ahorrando fatigas conceptuales que consideran indebidas, además de gravosas.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP), hay que destacar algo muy importante que manifiesta sobre principio de intervención mínima, estipulado Art. 3.- Principio de mínima intervención.- “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.”

En materia de Derecho Penal tiene que tener una intervención mínima y además tener un carácter excepcional en el sentido de que la norma general no puede ser la pena, no puede ser el delito... Con carácter general cuando se producen daños en el ámbito médico lo primero que hay que pensar es en el tipo de negligencia que hay y a partir de ahí determinar si es una responsabilidad civil por culpa de negligencia o una responsabilidad penal como lo determinan como una mala práctica profesional porque ha habido una negligencia grave importante y cualificada con un resultado de muerte; que no se olvide que es el bien jurídico que el derecho penal tiene que proteger por excelencia”. De acuerdo con nuestra legislación se encuentra tipificado artículo 146.- Homicidio culposo por mala práctica profesional.- La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio o práctica de su profesión, ocasione la muerte de otra, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. El proceso de habilitación para volver a ejercer la profesión, luego de cumplida la pena, será determinado por la Ley.(.....)

En definitiva apuestan los teóricos a que los problemas de bioética jurídica, deben ser tratados no con normas preestablecidas, sino responder a la casuística que en el mundo práctico día a día se va formando. Y de esta manera repeler al libertinaje sin sentido que pretende desmesurado aceptar la libertad suelta de la disposición de la vida por parte de su propio titular.

La bioética, que fue concebida como un puente entre la ética clásica y las ciencias de la vida, hoy es un campo cada vez más amplio de estudio y de práctica. Hottois la considera como un conjunto de investigaciones, de discursos y prácticas, por lo general, pluridisciplinarias y pluralistas que tienen como objeto aclarar y, si es posible, resolver preguntas de tipo ético, suscitadas por la investigación y el desarrollo biomédicos y biotecnológicos en sociedades individualistas, multiculturales y evolutivas.

También es considerada como un movimiento de ideas, una metodología de confrontación interdisciplinaria entre ciencias biomédicas y ciencias humanas, una articulación de la filosofía moral o una disciplina autónoma con una función propia no normativa, aunque conectada con otras disciplinas y sustentos teóricos éticos y filosóficos, entre los cuales están principialismo, la ética kantiana y la teoría de los derechos humanos.

La bioética está dotada de un amplio catálogo de principios: respeto a la autonomía, no maleficencia, beneficencia, justicia, dignidad humana y derechos humanos, beneficios y no efectos nocivos, autonomía y responsabilidad individual; consentimiento, protección para personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento, respeto de la vulnerabilidad humana e Integridad personal, privacidad y confidencialidad; igualdad, justicia y equidad, no discriminación y no estigmatización; respeto de la diversidad cultural y del pluralismo; solidaridad y cooperación; responsabilidad social y salud, aprovechamiento compartido de los beneficios; protección de las generaciones futuras y protección del medioambiente, la biosfera y la biodiversidad; prevalencia, indivisibilidad y la inviolabilidad de los derechos humanos y de las garantías fundamentales; valoración de la dignidad de la persona humana y el respeto por el pluralismo étnico, religioso, de género y cultural; búsqueda de la erradicación de la pobreza y de la marginación así como la reducción de las desigualdades sociales y regionales; promoción del bien general, sin perjuicios de origen, raza, sexo, género, color, credo y edad; atención del derecho a un medioambiente equilibrado y carácter aconfesional del Estado colombiano, entre otros. Todos los principios de la bioética son guías de acción u orientaciones, para tomar decisiones frente a las situaciones dilemáticas relacionadas con la vida, en todas sus manifestaciones y planos: la naturaleza, las personas y los ámbitos social, político, jurídico y económico; la bioética, por lo tanto, estudia esos problemas y elabora, si no respuestas, por lo menos procedimientos, para aportar soluciones.

Bibliografía



- Valera, v. R. (1997,2007). La Sagrada Biblia. En *Biblia de Estudio* (págs. Capito 4, Versiculo 8 y siguientes). Nashville, Tennessee, Estados Unidos: Priented china.
- *Historia Universal en sus Momentos Cruciales*. (1972). Madrid-España: Aguilar S.A.
- humanidad, D. H. (07 de 2004 de 2004). *la hora*. Obtenido de <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/paginas/D.Humanos.12.htm>
- MAGGIORE, G. (1989). *Derecho Penal*. Bogota- Colombia: Temis.
- QUINTANA, C. y. (2001). *Norma de Derechos Humanos* . Mexico : Porrua.
- IZQUIERDO, H. (1980). *Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito : Universitaria .
- GRACIA, D. (1995). *Eutanasia: Estado de la cuestión*. España: Noesis.
- DORADO, J. (1994). *Derecho, Suicidio y Eutanasia*. Madrid-España: Editado por el Ministerio de Justicia e Interior.
- DURKHEIM, E. (1995). *El suicidio*. Madrid: Akal.
- ARISTÓLES. (1995). *Etica a Nicomaco*. Madrid-España: Alianza.
- MOLTO. (1990). El Homicidio de si Mismo. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 169;179.
- RENSSELAER, V. (1971). *Bioethics" Bridge to the future*. Prentice Hall. New Jersey: Englewood cliffs .
- GUSDORF, G. (1983). *Intersdisciplinarietà y Ciencias humanas*. Madrid-España: Tecnos.
- FEYERABEND, P. (1984). *Esclerosis Mental* . Argentina: Orbis.
- MAINETTI, J. (1999). *Bioética Sistemática*. La Plata: Quiron .
- FEYERABEND, P. (1985). *¿Por qué no Platón?*. Madrid-España: Tecnos.
- Memorias. (1993). *Consejo permanente de Capacitación Docencia e Investigación Hospital San Roque, Taller Institucional de Bioética*., Santiago de Chile: Tecnos.
- VIDAL, S. (1995). *De la defensa contra la Mala Praxis al Consentimiento Informado*". Cordoba: lex .
- Acosta, S. C., s., C. T., & Banderas, A. G. (2009). la Biotica en la formacion de recursos humanos de la salud. *la salud*, 162.



Delitos de tránsito y su entorno procesal



Jackson Ovalle Samaniego
Juez de Garantías Penales Distrito Metropolitano de Quito
Provincia de Pichincha

Resumen

La sustanciación del proceso penal por delitos de tránsito no merece un aislamiento de atención al de otros, sino una consideración igualitaria, pues tanto el análisis dogmático de las categorías del delito como el procedimiento general caben en las dos esferas (dolo y culpa) sin discriminación jurídica, aunque con ciertas particularidades propias que no varían profundamente pero que se encaminan dentro del marco del respeto al derecho debido proceso. El principio de favorabilidad debe de ser observado de manera eficaz en las causas que por su naturaleza aún no estén prescritos y exista divergencia de sanciones entre la ley vigente a la época de la consumación del hecho y la aplicable al momento de la iniciación del juicio; empero, el análisis debe centrarse en la falta al deber objetivo de cuidado partiendo del riesgo permitido para luego establecer o determinar la persona que incrementó el mismo, y para ello, primero se debe tener claro que los tipos penales culposos de tránsito no son tipos cerrados sino abiertos, a partir de lo cual se debe necesariamente trasladar a otras normas jurídicas como la ley orgánica de tránsito y seguridad vial y su reglamento para cerrar el tipo penal consagrado en el código orgánico integral penal y, como arista importante siempre tener presente que

el mero resultado dañoso no configura la responsabilidad en el factico; con base a este contexto, se advertirá que los delitos de tránsito son pluriofensivos, ya que afecta el derecho a la seguridad humana y -según el caso concreto- los derechos a la vida, integridad personal (física, psíquica y moral) y propiedad; en este orden de ideas, se evidencia que quien resulte culpable merece una sanción y, su pena debe ser el resultado del estudio del contexto de la conducta y entorno familiar, en virtud de lo cual, de existir agravantes o si el sujeto activo se encuentra en estado de embriaguez la pena se incrementa si se compara cuando no se configura dichos aspectos jurídicos, en cuya circunstancia disminuye la pena sustancialmente, y de proceder un vínculo familiar dentro del marco establecido por la ley penal, cabe el examen de una pena natural que al menos no permite una pena privativa de libertad.

Abstract

The substantiation of the criminal process for traffic crimes does not deserve an isolation of attention from that of others, but an equal consideration, since both the dogmatic analysis of the crime categories and the general procedure fit into both spheres (intent and guilt) without discrimination legal, although with certain peculiarities of their own that do not vary profoundly but are directed within the framework of respect for the right to due process. The principle of favorability must be effectively observed in cases that by their nature are not yet prescribed and there is a divergence of sanctions between the law in force at the time of the consummation of the act and that applicable at the time of the initiation of the trial; However, the analysis must focus on the lack of objective duty of care based on the permitted risk and then establish or determine the person who increased it, and for this, it must first be clear that the criminal offenses of traffic are not closed types but open, from which it must necessarily be transferred to other legal norms such as the organic law of traffic and road safety and its regulations to close the criminal type enshrined in the comprehensive organic criminal code and, as an important edge, always keep in mind that the mere harmful result does not configure the responsibility in the factual; Based on this context, it will be noted that traffic crimes are multi-offensive, since they affect the right to human security and, depending on the specific case, the rights to life, personal integrity (physical, mental and moral) and property; In this vein, it is evident that whoever is guilty deserves a sanction and, his sentence must be the result of the study of the context of the behavior and family environment, by virtue of which, if there are aggravating factors or if the active subject is found in a state of drunkenness the penalty is increased if compared when these legal aspects are not configured, in which circumstance the penalty is substantially reduced, and if a family relationship proceeds within the framework established by criminal law, it is possible to examine a natural penalty that at least it does not allow a custodial sentence.

PALABRAS CLAVES

delitos de tránsito - traffic crimes
deber objetivo de cuidado - objective duty of care
bienes jurídicos - legal rights
penas privativas de libertad - custodial sentences.

Ámbito de aplicación de la norma jurídica

Las infracciones de tránsito únicamente se tipifican y sancionan en el Código Orgánico Integral Penal, los operadores de justicia están vetados de aplicar tipos penales o sanciones que puedan generarse en otras normas jurídicas, y así lo manda el artículo 17 *ibídem*: “...Se considerarán exclusivamente como infracciones penales las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia”.

Ergo, qué sucede con el parámetro legal que establece el artículo 88 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, al señalar en su primer inciso lo siguiente: “En materia de tránsito y seguridad vial, la presente Ley tiene por objetivo, entre otros, los siguientes...”, y que su literal i) determina: “La tipificación y juzgamiento de las infracciones al tránsito, los procedimientos y sanciones”; la respuesta sería absolutamente nada, puesto que sólo el código penal referido instaura los delitos, contravenciones, sanciones y procedimientos en todos los sucesos que se originen en el tránsito, en consecuencia, podríamos denominarla como letra de ley ociosa, y no decimos periclitada porque aún está vigente, pero es claro que no tiene validez, tanto más que, con la disposición derogatoria Décimo Octava del Código Orgánico Integral Penal se suprimió el articulado que desarrollaba las infracciones y en general procedimientos en materia de tránsito.

Existe una salvedad al respecto, es el beneficio que merece la persona sentenciada en cuanto a la sanción, figura conocida como el principio de favorabilidad que lo garantiza la Constitución de la República en el numeral 5 del artículo 76 que guarda concordancia con el numeral 2 del artículo 5 del Código Orgánico

Integral Penal, en razón de que “...las normas penales que(...) establezcan circunstancias eximentes, atenuantes o que disminuyan la gravedad de la pena y obviamente, todas aquellas que despenalicen conductas, pueden ser aplicadas a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor...”¹


Así por ejemplo: el artículo 126 -derogado- de la ley de tránsito establecía como pena privativa de libertad en abstracto la dosimetría de ocho a doce años cuando una persona conduzca un vehículo superando el límite de grado de alcohol por litro de sangre y como efecto se encuentre en estado de embriaguez y ocasione un accidente de tránsito del que resulte la muerte una o más personas; mientras que el artículo 376 del Código Orgánico Integral Penal a la misma conducta le determina una pena privativa de libertad en abstracto de diez a doce años, en tal virtud, en la actualidad de existir un caso que se haya iniciado un proceso penal con el Código Orgánico Integral Penal² y -cuyo hecho con similares características a las indicadas- se haya cometido antes de la vigencia de la ley penal vigente, a la persona declarada culpable se le aplicaría la pena determinada en el artículo 126 en mención, por ser la pena mínima en abstracto beneficiosa, más aún si existen atenuantes y no agravantes (no hay que confundir como agravante el estado de embriaguez, toda vez que ésta es una circunstancia constitutiva del tipo penal).

Otro ejemplo lo podemos ver cuando el delito de tránsito tenga solo como resultado daños materiales y el conductor que ocasionó el accidente se haya encontrado en estado de embriaguez, en cuyo caso, al haber sido cometida la infracción cuando se encontraba vigente el artículo 132 (actualmente derogado) de la ley de tránsito que sancionada a dicha conducta solo con multa y pérdida de puntos, no cabe que se le aplique la pena privativa libertad que dispone el penúltimo inciso del artículo 380 del Código Orgánico Integral Penal, aunque el juicio haya iniciado con la vigencia de este último cuerpo de legal, en razón de que es indudable que la pena al momento de la comisión de la infracción es favorable para el autor del hecho.

Entonces, está claro que las conductas que se configuran como infracciones de tránsito y sus penas las encontramos

¹ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García. *Derecho Penal – Parte General*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 142.


² Las investigaciones preprocesales iniciadas por fiscales, con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben ser tramitadas y concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal. Si del resultado de tales investigaciones se decide un procesamiento penal, este se iniciará, tramitará y concluirá, según las reglas del Código Orgánico Integral Penal. Consulta absuelta por la Corte Nacional de Justicia y constante en el oficio No. 1678-SG-CNJ de fecha 11 de diciembre del 2015.



únicamente en el Código Orgánico Integral Penal, salvo la aplicación del principio de favorabilidad, pero aquello no debe polarizar la aplicación de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial y su Reglamento, ya que estas normas jurídicas son las que definen el comportamiento al que todas las personas se obligan para con el tránsito, y su no observancia, es la que regula y sanciona como conductas prohibidas el código penal vigente.



El deber objetivo de cuidado



Al no ser los delitos de tránsito tipos cerrados en los que la conducta se encuentra regulada *prima facie* con verbos rectores plenamente establecidos, sino que al ser culposos, corresponden a tipos abiertos que dependen de otras disposiciones fuera del tipo penal que contienen aspectos generales o universales, es decir, “...En un delito doloso, el tipo instruye exactamente de la conducta y de sus circunstancias respecto de las cuales ha de abstenerse en la solución de sus conflictos sociales. En cambio, en el delito imprudente ello resulta más difícil, pues ante las infinitas posibilidades de riesgos no queridos de bienes jurídicos, resulta imposible determinar genéricamente qué conductas están dentro del ámbito de lo permitido...”³; por ello, el juzgador es quien se ve obligado jurídicamente a cerrar el tipo, debiendo remitirse a las mentadas normas u otras pertinentes para llegar al convencimiento de cuál es el cuidado que debía la persona, y por tanto, configurar de esta manera la falta al deber objetivo de cuidado.

En tal sentido, los delitos de tránsito se estructuran como tipos abiertos y es el juez quien debe definir la configuración de la conducta “...en el sentido de que una característica del tipo de injusto debe ser completada por vía judicial o doctrinal... ya que la propia naturaleza de las cosas impide poder describir con mayor exactitud en la ley todos los comportamientos imprudentes que se puedan dar o realizar...”⁴

³ Juan Bustos y Hernán Hormazábal. *Lecciones de Derecho Penal – Parte General*, (Madrid: Editorial Trotta, 2006), 297.

⁴ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García. *Derecho Penal – Parte General*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 284.

Se debe hacer un preámbulo respecto a lo que debemos entender por -falta al deber objetivo de cuidado-, ya que se puede confundir su configuración como la mera producción del resultado dañoso, circunstancia por demás errónea, pues esa secuela material debe ser originada con el antecedente de un vínculo con una conducta imprudente, negligente, falta de pericia o transgresión de las normas o reglamentos que exigen un comportamiento de cuidado dentro del riesgo permitido. "...La norma de cuidado equivale a la cautela o precaución requerida para la protección y salvaguarda de los bienes jurídicos... el deber objetivo de cuidado ha de determinarse con referencia a cada situación concreta de acuerdo con los diferentes factores en intereses en juego... El resultado debe obedecer a una vulneración de aquellas exigencias de cuidado que el orden jurídico dirige en la situación del hecho al sujeto esmerado y prudente que pertenece al ámbito del tráfico del propio autor y es preciso que dicho resultado fuera así mismo previsible para una persona de tales características..."⁵

Por tanto, para alcanzar la convicción de que una persona vulneró el deber objetivo de cuidado, se debe considerar las singularidades del caso concreto y analizar cuál es el riesgo permitido, qué establecen la o las normas que obligan a la persona su observancia, estudiar si el accionar se compadece a los escenarios del hecho, verificar la realización de un resultado, y que entre aquellos aspectos exista un nexo de causalidad.

En otras palabras, "...Para que haya imputación imprudente será necesario que se constate la relación de causalidad entre la conducta y el resultado y que ese resultado sea la consecuencia de la violación al deber objetivo de cuidado... Sólo infringiría el deber objetivo de cuidado aquel riesgo que supera la medida normal en el tráfico..."⁶

Bienes jurídicos protegidos

Partamos por tener la visión general de que antes de que una persona ocasione el resultado dañoso, la protección es en el marco de la prevención y su bien jurídico es la seguridad humana a la

⁵ Luis Cáceres Ruiz. *La responsabilidad por imprudencia en los accidentes de tráfico*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 280-281.

⁶ Esiquio Manuel Sánchez Herrera. *Imputación objetiva y delito imprudente*, en "*Lecciones de Derecho Penal – Parte General*", (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 465.

que Estado se obliga a blindarla por medio de políticas públicas cumpliendo lo dispuesto en el artículo 393 de la Constitución de la República, que en sí, se construye por las labores dirigidas a la estructura de una seguridad vial apropiada, y para ello también se debe contar con la permanente contribución que debemos ejercer todos las personas en la edificación de dicha seguridad conforme lo manda el artículo 83 numeral 3 ibídem.

Ahora bien, una vez que se transgrede esa responsabilidad ciudadana se origina un resultado material que configura el injusto penal de tránsito, mismo que -según las circunstancias del hecho fáctico- puede vulnerar los siguientes bienes jurídicos: vida, integridad personal dentro de la cual corresponden la integridad física, psíquica y moral, y la propiedad, mismos que se encuentran establecidos en los artículos 66 numerales 1, 3 literal a) y 26 de la Carta Magna.

Cabe decir, que la integridad psíquica en este tipo de delitos no ha sido observada en la mayoría de los casos, por cuanto los operadores de justicia y abogados centran su atención a los daños que se aprecian a primera vista, dejando de esta manera que el mentado derecho quede relegado al olvido, pues ni siquiera se piensa en el marco de la investigación penal en practicar una evaluación psicológica a la víctima o víctimas con el objeto de que se determine o desvirtúe una afectación psíquica como producto del accidente de tránsito, toda vez que, "...Todo daño inferido a la persona, corresponde apreciarlo en lo que representa con alteración y afectación no sólo del cuerpo físico, sino también psíquico del individuo, con el consiguiente quebranto de la personalidad de manera que importa también un menoscabo de la salud, considerada ésta en su aspecto integral, computándose así mismo la incidencia o repercusión que todo ello en alguna medida puede aparejar en la vida de relación... Para establecer el daño psicológico, se ha de proceder de la misma manera que para determinar el deterioro físico. En el caso de que no se pruebe la existencia de dicho daño, es necesario distinguir entre el que se produjo como consecuencia directa del acontecimiento del siniestro y aquel que se derivó de la situación personal del damnificado, anterior al accidente..."⁷

En tal virtud, tenemos que examinar el caso en concreto a nivel de un contexto general de daños y de esta manera conseguir un efectivo resarcimiento de los derechos vulnerados a la víctima por medio de la aplicación de los mecanismos correctos de reparación integral, para aquello la prueba debe ser encaminada

⁷ Enrique C. Muller. Accidentes de tránsito y las lesiones, en "Revista de Derecho de Daños – Accidentes de tránsito II", (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1998), 90-91.

también a su justificación y no solo dirigida a establecer la materialidad y responsabilidad del delito.

Criterios de aplicación de las penas privativas de libertad en los delitos de tránsito con resultado de muerte y lesiones

Con estas aportaciones necesarias, ahora verifiquemos ciertas particularidades que la ley prevé respecto a las penas en algunas infracciones de tránsito, varias de las cuales puede causar asombro en unos casos, desproporcional en otros o también pudiera parecer injusto, pero lo que es indiscutible es que todas ellas nacen de la norma jurídica vigente.

El análisis lo efectuaremos respecto a varios delitos singulares que generan en la sociedad mucha atención por la constante preocupación de que se instauren políticas públicas acertadas que alcancen una prevención óptima y oportuna en el tránsito, y de esta manera evitar o disminuir la vulneración de los bienes jurídicos que protegen sus tipos penales.

Partiendo del conocimiento claro que las penas se cumplen una vez que exista una sentencia condenatoria y esta se encuentre ejecutoriada, vemos que en nuestro país se clasifican en tres tipos de limitación de derechos, así, al tenor de lo dispuesto en el artículo 58 del Código Orgánico Integral Penal son penas privativas de libertad, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, y su finalidad es la prevención general para la comisión de delitos, el desarrollo progresivo de la persona que ha sido condenada y, además ser parte de la reparación integral a la víctima tal como lo prescribe el artículo 52 ibídem.

La prevención general que establece la norma va enfocado a todo el conglomerado ciudadano con el fin de evitar nuevas conductas delictivas con base a los hechos ya sancionados; al respecto, la doctrina ha desarrollado dicha prevención en dos variantes, siendo: la prevención general negativa que "...se caracteriza por ver a la pena como un mecanismo de intimidación para motivar a los ciudadanos a no lesionar bienes jurídicos penalmente

protegidos...”⁸ y, la prevención general positiva misma que su “... punto de partida común es entender que la pena no apunta a intimidar a los potenciales delincuentes, sino a confirmar la vigencia de un conjunto de aspectos socialmente valiosos...”⁹; por tanto, si bien estos tipos de prevenciones son diametralmente distintas, al final del día el objetivo es el mismo, provocar en la sociedad la no reincidencia del delito sobre la base de un miedo al castigo, y además, generar confianza en el sistema penal.

A partir de esta línea de ideas, nos trasladamos a efectuar un examen de las penas privativas de libertad en los delitos de tránsito que generan un cierto problema al momento de entender la proporcionalidad de las penas que ha configurado el legislador.

Empezamos por el análisis del homicidio culposo como lo denomina la doctrina, “...el cual, por la trascendencia del evento representa el aspecto que condensa mayor gravedad dentro del fenómeno de la circulación...”¹⁰, encontrándose regulada la protección del derecho a la vida en dos tipos penales, un tipo refiere netamente cuando la trasgresión del mencionado derecho haya sido ocasionado en virtud de que el conductor se encuentre en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, y el segundo tipo se determina cuándo el siniestro de tránsito nace por la falta al deber objetivo de cuidado, mismo que se encuentra desarrollado en el artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal y, precisamente en cuanto a este último vamos a generar la indagatoria indicada.

Esta norma jurídica establece dos penas en abstracto, la una por la mera violación del deber objetivo de cuidado y por la cual se ha instituido una pena privativa de libertad de uno a tres años, y la segunda cuando el resultado dañoso es producto de acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas estableciendo para ello una pena de tres a cinco años.

En cuanto a la primera sanción, los juzgadores -según sea el caso- deben analizar la proporcionalidad de la pena en concreto y para aquello observarán la posible existencia de agravantes o atenuantes; ante lo cual, los operadores de justicia y abogados debemos considerar que en infracciones de tránsito únicamente cabe examinar las agravantes desarrolladas en el artículo 374 de la norma referida, en virtud de que su primer inciso así lo manda, en consecuencia no es posible observar las agravantes que se

⁸ Percy García Caverro. *Derecho Penal – Parte General*, (Lima: Jurista editores, 2012), 86.

⁹ *Ibid.* 90.

¹⁰ Carlos Olano Valderrama. *Tratado Técnico – Jurídico sobre accidentes de circulación y materias afines*, (Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006), 61.

disponen en el artículo 47 *ibídem*; pero en cuanto a atenuantes, estas si se aplican las comunes a todos las infracciones al tenor de lo que se determina en el artículo 45 del referido cuerpo legal.

En virtud de lo dicho, por un lado veremos en términos generales (salvando la proporcionalidad que se implante en cada proceso por el juzgador) que las penas privativas de libertad en concreto dentro del tipo analizado pueden ser de la siguiente manera: a) De existir dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante, al tenor del segundo inciso del artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal se toma en cuenta el mínimo de la pena prevista en el tipo penal y se le reduce un tercio, por lo que, en el marco del primer parámetro, al ser un año la pena mínima en abstracto se le reduce a esta un tercio quedando como pena en concreto ocho meses; y, del segundo parámetro la pena mínima es de tres años, lo que encamina a que se establezca dos años como pena en concreto. b) De existir al menos una circunstancia agravante, sólo se impondrá el máximo de la pena en abstracto, por tanto, en la primera cuantificación quedaría la pena en concreto de tres años y, respecto a la segunda cuantificación una pena de cinco años, esto, por así disponerlo los numerales 1, 2 y 3 del artículo 374 *ibídem*, a excepción de su numeral 4 en el que se dispone el máximo de la pena aumentada en la mitad.

Ahora, veremos las penas privativas que se definen para el delito de tránsito cuando se originan únicamente lesiones como resultado dañoso, y podremos advertir una desproporcionalidad de sanciones si las asimilamos con las penas antes referidas en cuanto al bien jurídico a la vida.

El artículo 379 del Código Orgánico Integral Penal tipifica el tipo en mención, pero para la determinación de la pena en abstracto, se debe analizar dicha norma en concordancia con el artículo 152 del cuerpo legal señalado, y a partir de ello, constatáremos qué para éste delito existe solo una pena que puede ser considerada como mínima y como máxima, y se evidencia tomando tanto el tiempo de daño, incapacidad o enfermedad que presente la víctima, como el estado en el que se encontraba el conductor al momento del incidente de tránsito, así: a) Cuando la incapacidad es de cuatro a ocho días, y al estar el conductor en estado normal, la pena única en abstracto es de veinte y dos días más doce horas; y, si el conductor se encuentra en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, la pena única en abstracto es de ochenta días. b) Siendo la incapacidad de nueve a treinta días, y al estar el conductor en estado normal, la pena única en abstracto es de cuarenta y cinco días; y, si el conductor se encuentra en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, la pena única en abstracto es de un año con cuatro meses. c) Al existir una incapacidad de treinta y uno a noventa días, y al encontrarse el conductor en estado normal, la pena única en abstracto es

de nueve meses; y, si el conductor se encuentra en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, la pena única en abstracto es de cuatro años. d) Cuando la incapacidad supera los noventa días, la pena única en abstracto es de dos años con tres meses cuando el conductor se encuentra en estado normal; y, cuando el conductor haya cometido el accidente de tránsito en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, la pena única en abstracto será de seis años con ocho meses. e) Por último, al concluir el perito médico legista que la víctima presenta enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad de habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable, y al estar el conductor en estado normal, la pena única en abstracto es de tres años con nueve meses; y, si el conductor se encuentra en estado de embriaguez o bajo los efectos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, la pena única en abstracto es de nueve años con cuatro meses.


Una vez que conocemos las penas para el delito de tránsito con lesiones, podemos llegar a las siguientes conclusiones: que las penas en abstracto en dicha infracción cuando el conductor haya ocasionado el suceso de tránsito bajo los efectos del alcohol o de sustancias estupefacientes y psicotrópicas o preparados que las contengan, es proporcional en relación con la pena en abstracto de diez a doce años que establece el artículo 376 del Código Orgánico Integral Penal cuando ha fallecido la víctima; mientras que, las penas en abstracto en el delito de tránsito con resultado lesiones con incapacidades que superen los noventa días o en un contexto general originen incapacidad permanente cuando el autor del incidente se encuentre en estado normal, no es proporcional en relación con la pena en abstracto de uno a tres años que se establece el primer inciso del artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, en razón de que, se sanciona con más severidad cuando la víctima ha sufrido lesiones que cuando ha perdido la vida.

Para un mejor entendimiento colocamos el siguiente ejemplo: (x) es un médico que conduce su vehículo en estado normal y al vulnerar el deber objetivo de cuidado origina un accidente de tránsito del que resulta la muerte de su amigo (z) que es pasajero, (x) no tiene ninguna agravante de las que se puntualizan en el artículo 374 de cuerpo legal antes invocado, pero si configura las atenuantes de los numerales 3, 5 y 6 del artículo 45 ibídem, toda vez que, por su preparación profesional brindó los primeros auxilios a su amigo, no se dio a la fuga después de la comisión de dicho suceso, y colaboró con cada una de las diligencias investigativas que ordenó Fiscalía General del Estado; en tal sentido, luego de que en la correspondiente audiencia de juzgamiento se destruyó el principio de inocencia del cual gozaba, el juzgador

toma en consideración las atenuantes antes referidas y le impone una pena en concreto de ocho meses de privación de libertad -porque se redujo un tercio de la pena mínima en abstracto que es de un año-; y por el contrario, dentro del mismo ejemplo pero con el resultado dañoso siendo solo lesiones que superan los noventa días, la pena en concreto que el juez debe instaurar como sanción es de un año con seis meses -porque se redujo un tercio de la pena única (siendo la mínima y la máxima a la vez) en abstracto que es de dos años con tres meses-, *ergo*, en el contexto de dichos delitos observamos la desproporcionalidad de las penas que ha establecido el legislador entre los bienes jurídicos a la vida y a la integridad personal, circunstancia que es la que ha generado en la sociedad la creencia de que la jueza o el juez es benevolente con el sentenciado o injusto con la víctima, cuando el administrador de justicia lo que efectúa es aplicar la pena conforme a los presupuestos legales vigentes.



La pena natural



Es la consecuencia final de un proceso dentro de cuyo hecho fáctico se considera que la persona infractora ya ha tenido un castigo, que bien puede ser que el daño grave lo ha sufrido en su integridad personal o ese daño lo sufrieron sus familiares, lo que conlleva a limitar la actividad punitiva del Estado para evitar un mayor padecimiento del autor.

Empero, el Código Orgánico Integral Penal ha definido en su artículo 372 como pena natural, lo siguiente: “En caso de pena natural probada, en las infracciones de tránsito y cuando la o las víctimas sean parientes del presunto infractor hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, la o el juzgador podrá dejar de imponer una pena o imponer exclusivamente penas no privativas de libertad”, es así que, por un lado, no considera el daño físico grave que haya recibido la persona procesada con ocasión de un accidente de tránsito (en cuyo caso lo que procede es la aplicación del principio de oportunidad al amparo de lo que establece el numeral 2 del artículo 412 *ibídem*), y solo centra como elemento base para aplicar esta figura jurídica a los daños graves ocasionados únicamente a sus familiares directos, y por otro lado, que para alcanzar la misma se requiere el juzgamiento respectivo, es decir, que el sujeto activo del delito debe ser declarado culpable para beneficiarse de esta pena, es por ello que no se debe considerar a la pena natural como exoneración de la responsabilidad.

Además, los operadores de justicia deben tener muy claro y presente que cuando aplican esta norma jurídica, se ven obligados -no es discrecional- a no imponer ninguna pena o solo penas no privativas de libertad; es decir, por más alarma social que haya creado el caso, si los presupuesto se enmarcan en el mandato legal, las juezas y jueces no pueden imponer jamás una pena privativa de libertad, *ergo*, la persona condenada permanecerá en libertad, incluso durante el desarrollo de proceso, por cuanto nunca se le sancionará con una pena que prive su libertad.

Un dato que puede parecerle a la ciudadanía injusto y que se desprende de la mentada disposición legal, se origina con base al siguiente ejemplo: si en un accidente de tránsito fallece el suegro o cuñado del infractor, se debe aplicar sin dudar la pena natural, porque dichas personas se encuentra en primer y segundo grado de afinidad respectivamente conforme lo dispone el artículo 23 del Código Civil; sin embargo, si la víctima es cónyuge



del sujeto activo, no cabe su aplicación y se le debe imponer una pena privativa de libertad; es decir, el legislador no suministró el alcance de la pena natural a la pareja del autor de la infracción, sea por vínculo matrimonio, unión de hecho o unión libre, sino solo a los parientes dentro de la líneas de consanguinidad y afinidad antes señaladas.

En el ámbito procesal, qué sucede si en el mismo suceso de tránsito resulta con lesiones de treinta y uno a noventa días la cónyuge y fallece el suegro del infractor, quien a su vez conducía el vehículo en estado normal, primero, se aplica el concurso ideal de infracciones y nace un solo proceso judicial, segundo, la imputación debe ser efectuada por Fiscalía en virtud del artículo 377 del Código Orgánico Integral Penal, y tercero, una vez probada la materialidad y responsabilidad del autor del accidente se lo declara culpable, pero no se le impone pena privativa de libertad, y por último, el juzgador debe reparar íntegramente a las víctimas respecto a los dos bienes jurídicos vulnerados, la vida y la integridad personal, cumpliendo de esta manera con el mandato del artículo 78 de la Constitución de la República.



La casación penal en el Ecuador, entre el control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad



Marco Rodríguez Ruiz
Juez de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

En el presente artículo, se abordan los principales alcances y fines respecto del recurso de casación en materia penal, dentro del ordenamiento jurídico constitucional y legal del Ecuador; en este cometido, resulta importante bosquejar ciertos antecedentes históricos del mentado recurso, hasta ubicarnos en el siglo XXI, con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP); acto seguido, se desentrañan algunas premisas que pretenden ubicar a la casación penal entre el control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, sobre todo, a partir de la novísima jurisprudencia emanada de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia en funciones. De esta manera, se esbozan conclusiones, precisamente, fruto del estudio del recurso de casación y su aplicación en la jurisprudencia contemporánea de nuestro país.

Abstract

In this article, are addressed the principals reaches and finnich about cassation appeal in criminal matters, in the legal and constitutional system of Ecuador; in this task is important sketh some historical background of the cassation, until XXI century, with the entry into force of Código Orgánico Integral Penal (COIP); then this article will unbrable premises that pretend show the cassation appeal in criminal matters in the control of legal, constitutional and conventional. Finally, conclusions are drawn sustained in jurisprudence of the Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia in functions.

PALABRAS CLAVES

alcances – reaches;
fines – finnish;
legalidad – legality;
constitucionalidad – constitutionality;
convencionalidad – conventionality

Introducción

La necesidad de exponer que los alcances y fines del recurso de casación, sobre todo, a partir del análisis de la jurisprudencia contemporánea emanada de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia en funciones (en adelante SP-CNJ), se circunscriben no solo a un control de legalidad de las sentencias expedidas en segundo nivel, sino también a un control de constitucionalidad y hasta de convencionalidad de dichos fallos, constituirá el eje central y el objetivo primordial del presente artículo.

En este sentido, resulta de primordial importancia abordar ciertos aspectos históricos en torno al recurso de casación, con la finalidad de advertir el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que ha experimentado a lo largo de los años; y, de esta forma, poner de relieve que la naturaleza jurídica de la casación en el Ecuador era limitada, inclusive hasta la primera década del siglo XXI.

Por otra parte, los principales métodos utilizados en el presente artículo han sido el histórico-descriptivo y el deductivo. En efecto, el método histórico-descriptivo, ha servido para estudiar el recurso de casación, con una perspectiva histórica, desde la Revolución Francesa, hasta llegar a nuestros días; en tanto que,

el método deductivo, ha sido de gran ayuda para descender de lo general a lo particular, a fin de condensar y ordenar lo más importante de las ideas del artículo.

En todo caso, se espera haber cumplido con los resultados trazados, y que se sintetizan en demostrar que a partir del estudio de la jurisprudencia dictada por la actual SP-CNJ, el recurso de casación dentro del ordenamiento jurídico interno del Ecuador, supone un control no solo de legalidad, sino además, un verdadero control de constitucionalidad y convencionalidad de las sentencias de segundo nivel.

Desarrollo

A partir de la Revolución Francesa, el recurso de casación adquirió plena relevancia dentro del ámbito jurídico, pues la Asamblea Nacional Constituyente ideó el Tribunal de Casación como un ente posicionado entre los poderes legislativo y judicial, con la finalidad de ejercer un control *“sobre los jueces en la aplicación de la ley, es decir, para evitar que fuera entendida a su amaño o simplemente suplantada. En consecuencia, el recurso que ante el tribunal se surtía, tenía por finalidad conservar el orden jurídico con la permanente defensa del derecho objetivo en cada caso concreto (nomofilaquia)”*¹.

Con el transcurso de los años, en las legislaciones modernas, se entendió que las interpretaciones del Tribunal de Casación debían tener un *“sentido práctico de carácter científico”*,² tal como nos instruye Fabio Calderón Botero; y, en este sentido, este órgano de justicia, adquirió un poder específico para unificar la interpretación de la ley.

De esta manera, el Tribunal de Casación empezó a ejercer el control jurisdiccional sobre la tarea de jueces y tribunales de instancia que estaban bajo su subordinación; y, por tanto, sus decisiones adquirieron un gran significado para los estamentos de justicia inferiores; de tal suerte que la defensa de la ley, así como la unificación de la jurisprudencia, se constituyeron en los principales objetivos de la casación.

Mientras tanto, en Ecuador, la vigencia y aplicación del recurso de casación tiene menos de una centuria. En efecto, recién

¹ Fabio Calderón Botero, *Casación y revisión en materia penal*, Segunda edición, Bogotá-Colombia, Ediciones Librería del profesional, 1985, 20.

² *Ibíd.*, 20.

en la segunda década del siglo pasado, exactamente en 1928, el recurso de casación en materia penal fue introducido dentro del ordenamiento jurídico interno de nuestro país, a través de las reformas al Código de Enjuiciamiento Criminal (Registro Oficial No. 761, de 5 de octubre de 1928); precisamente, a partir de 1928 hasta la contemporaneidad, la casación con los cambios que impone el vértigo del tiempo, ha sido contemplada en todos los Códigos Adjetivos Penales que han sido promulgados en Ecuador, incluyendo el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), que nos rige desde el 10 de agosto de 2014 (Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014); actualmente el recurso de casación, consta en el Título IX: Impugnación y recursos, Capítulo Tercero, artículos 656 y 657 del COIP.

En este contexto histórico, Luis Cueva Carrión nos recuerda que tradicionalmente el recurso de casación ha tenido dos modelos: el cerrado y el abierto. En el modelo cerrado, que fue el adoptado en 1928 y seguido hasta 1971, de forma taxativa, constan las causales de casación; de ahí que no se puede invocar ni aceptar otras, de las que no estén establecidas en la ley; y, por ende, *“este modelo no es libre, está condicionado por las causales de casación contempladas en la ley y sólo por ellas. (...) de tal manera que, bajo ningún pretexto, ni siquiera para llenar algún vacío legal, la jurisprudencia puede inventar otros motivos para el recurso de casación; en este caso, nadie más que el legislador, puede introducir otros motivos de casación, pero, previa reforma de la ley.”*³

En la otra orilla, en el modelo abierto no se precisan las causales de casación, sino que este se sustenta en la violación de la ley en la sentencia; *“de tal manera que para este modelo, constituye motivo o causal de casación, toda violación a la ley, en forma ilimitada. Aquí no se distingue entre violación a la ley adjetiva o a la ley sustantiva.”*⁴ En este punto, el citado autor Cueva Carrión nos alerta que el denominado modelo abierto fue el adoptado en nuestro país a partir del Código de Procedimiento Penal de 1983 y tuvo una misma línea con el Código Adjetivo Penal del año 2000, en la medida en que ambos prescribían que el recurso de casación será procedente cuando en la sentencia se hubiere violado la ley y acto seguido, nos conferirían tres “ejemplos de violación de la ley”.⁵

A partir de lo anotado, desde la perspectiva del autor del presente artículo, los modelos cerrado y abierto del recurso de

³ Luis Cueva Carrión, *La casación en materia penal*, Segunda edición ampliada y actualizada, Quito, Ediciones Cueva Carrión, 2007, 126.

⁴ *Ibíd.*, 127.

⁵ *Ibíd.*, 127-128.

casación, únicamente podían ser entendidos desde el imperio de la ley; y, bajo aquella égida legal, la forma “ilimitada” en la que el modelo abierto entendía a la casación, respondía al hecho relativo a que la casación procedía contra sentencias, en las que no solo se hayan violado normas sustantivas, sino también adjetivas, pero de ninguna manera aquel carácter ilimitado del referido recurso, podía ser concebido como un control de constitucionalidad y menos aún de convencionalidad.

Bajo los lineamientos expuestos, se desarrolló la jurisprudencia prácticamente unánime de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (actual Corte Nacional de Justicia), a tal punto que, hasta hace pocos años atrás, era inconcebible jurídicamente hablando que vía casación, se declare la nulidad procesal o constitucional por vulneración de la garantía de la motivación, por ejemplo; y, en este sentido, el control de la legalidad constituía el único objetivo del recurso de casación: “La casación es un recurso extraordinario, por el que se debe analizar el contenido de la sentencia, para establecer si se ha violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto; ya por haberse hecho una falsa aplicación de la misma; ya, en fin, por haberla interpretado erróneamente, de acuerdo con lo estatuido por el artículo 373 del Código de Procedimiento Penal. En materia de casación penal los tratadistas o comentaristas de algunos Códigos Latinoamericanos distinguen los errores “in procedendo” y los errores “in iudicando”, es decir lo concerniente a la actividad o trámite y los constantes en la sentencia y su contenido. El Código de Procedimiento Penal chileno (edición 1963) que recoge este principio, norma de manera separada el Recurso de Casación, en la forma por omisión de solemnidades sustanciales y el Recurso de Casación propiamente dicho que se refiere al fondo del juzgamiento. El Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, de manera parecida, establece el Recurso de Nulidad por causas de omisión y pone a conocimiento y resolución de la Corte Superior, y, el Recurso de Casación a conocimiento y resolución de la Corte Suprema, evidentemente solo sobre la violación de la Ley en la sentencia, dándola a ésta “como algo ya producido”, como explica el Sr. Dr. Ramiro Borja y Borja en su obra, y es lógica esta distinción y separación de materias para el juzgamiento, porque carecería de *sindéresis* que subido un juicio por recurso de casación para que se enmiende un error de interpretación o de aplicación de la Ley en la sentencia, se declare la nulidad del proceso que, dicho sea de paso, no se puede revisar en esta clase de recursos, o nulidad de la sentencia que en muchos casos ya fue refrendada por la Corte Superior al momento de resolver sobre el recurso de nulidad.”⁶

⁶ SENTENCIA de 23 de febrero de 1994 dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, en el Ecuador de los últimos diez años, han acaecido al menos tres aspectos de suma importancia que han cambiado la concepción del rígido y legalista recurso de casación que en materia penal se tenía tradicionalmente, y que son los siguientes: a) promulgación de la Constitución de la República en el año 2008 (en adelante CRE), una de las más garantistas y de vanguardia del mundo entero; el desarrollo de las garantías básicas del derecho al debido proceso, las acciones que promueve en defensa de las garantías constitucionales y las obligaciones a las que está sujeto el Estado, así lo avalan; b) entrada en vigencia del COIP desde el año 2014, que fue articulado para ponerse a tono con los postulados constitucionales; y, c) desarrollo vertiginoso en el último lustro, de la jurisprudencia dictada por la SP-CNJ; de ahí que actualmente, encasillar al recurso de casación en vigencia dentro del modelo abierto, entendido como un mero control de legalidad, resultaría estéril, pues los modelos cerrado y abierto en los que se han catalogado a la casación, han quedado desfasados y a la deriva histórica en procura de descifrar los fines y alcances que actualmente tiene el referido recurso, tanto en el ámbito internacional, como en el interno, debido a que ambos modelos respondían a un Estado en el que regía la ley.

Precisamente, los tres aspectos detallados en el párrafo anterior, sumados a otros tantos, han supuesto que en la contemporaneidad, el recurso de casación que contempla el COIP, responda a un modelo ilimitado, cuyos fines y alcances estriban en un control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad; en otras palabras, ahora se podría encasillar a la casación penal del Ecuador, dentro de un modelo que va más allá de corregir posibles violaciones eminentemente de orden legal en las sentencias dictadas por los tribunales de apelación; y, que más bien se posiciona en enmendar transgresiones legales, constitucionales (garantías básicas del derecho al debido proceso) y convencionales (controlar si las normas aplicables observan o no, las convenciones internacionales, considerar la jurisprudencia de la Corte IDH y aplicar tales criterios en el ordenamiento jurídico interno); de ahí que hoy por hoy, el recurso de casación penal, entendido únicamente “en interés de la ley (...) destinada a proteger la integridad de la ley y a inducirnos a la fiel observancia de las normas legales”,⁷ tal como se lo concebía tradicionalmente, resulta obsoleto. En esta línea vanguardista, se posiciona Orlando Rodríguez Ch., cuando acota lo siguiente: “En este escenario, la finalidad de este recurso es amplio, trasciende la legalidad para remontarse al ámbito superior del sistema jurídico, compuesto por el plano interno la Constitución Política, y en el externo, el bloque de constitucionalidad, que incluye los tratados, convenios y pactos que

⁷ Cueva Carrión, *La casación en materia penal*, 158.

protejan los derechos y garantías del ciudadano y la misma jurisprudencia de los tribunales y cortes internacionales; en tanto que su finalidad es poner a disposición del Tribunal o Corte de Casación instrumentos jurídicos para enriquecer el derecho con la interpretación y unificación jurisprudencial. De forma que el objeto de la casación -como instrumento de control- no es otro que propender a restablecer el orden jurídico quebrantado por el fallo inconstitucional o ilegal, aplicando la norma supralegal, constitucional o subalterna que regule el caso; proteger las garantías integradoras del debido proceso a la víctima y lograr la indemnización integral y sobre estos predicados, unificar la jurisprudencia nacional”.⁸

Asimismo, la novísima jurisprudencia expedida por el máximo órgano de justicia ordinario, a través de múltiples fallos, demuestra ineludiblemente que la naturaleza jurídica del recurso de casación en vigencia aborda un control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad; y, a partir de aquello, si se vislumbra conculcación de alguna garantía básica del derecho al debido proceso, se declara la nulidad constitucional. Para muestra, vale un botón: “(...) más sin embargo, y he aquí la falta de motivación, en tanto y en cuanto no analiza el contexto, ni se remite el gran dossier de normativa internacional que existe respecto del tema de la discriminación, ni de los parámetros para el tratamiento que se han establecido al respecto; y, que por obligatoriedad, de los juzgadores y toda autoridad, se debe hacer, más aún, en tratándose de normas que forman parte del denominado bloque de constitucionalidad. Aquello, a su vez, riñe o rompe con el parámetro de la razonabilidad, como uno de los tres requisitos que ha establecido la Corte Constitucional ecuatoriana, para que una resolución esté motivada; (...) lo cual en el caso sub lite y, acorde con el “Manual de litigio de casos de discriminación racial ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”; no han sido tomados en cuenta al momento de resolver; este manual, nos remite a instrumentos internacionales para combatir la discriminación racial, que se pueden clasificar en tres grupos: tratados, declaraciones y normas de derecho emergente, conocidas como “soft law”; en donde los “Tratados, Convenios, Pactos, Convenciones, o Protocolos” (...); el requisito de la “razonabilidad”, determina que el fallo no debe imponer criterios contrarios a la Constitución, los derechos humanos, leyes vigentes y en definitiva todo el ordenamiento jurídico, tanto infraconstitucional, como de tratados y convenios internacionales incluidas declaraciones, recomendaciones, informes, etc., de los organismos internacionales de los cuales el Ecuador es parte y los ha ratificado. Por lo

⁸ Orlando A. Rodríguez Ch., *Casación y revisión penal, Evolución y garantismo*, Editorial Temis, Bogotá, 87 y 88.

tanto, la sentencia impugnada, acorde con lo señalado, adolece de motivación, lo cual, a su vez, transgrede el deber de los jueces de motivar sus resoluciones, como lo exige el artículo 76.7,1) de la Constitución de la República (...) Razones por las cuales se colige que, la sentencia en ciernes, no se encuentra fundamentada y motivada; (...) todo lo cual, lleva a que este órgano jurisdiccional, declare como efecto inmediato la nulidad del fallo expedido.”⁹

No obstante lo anotado, la posición de la Corte Constitucional ecuatoriana (en adelante CC), respecto de los alcances y fines del recurso de casación, resulta por decir lo menos, conservadora; efectivamente, se pueden encontrar fallos expedidos por la Corte Constitucional, en que no solo limitan sobre manera la naturaleza jurídica del recurso de casación, sino que hasta hablan del carácter “cerrado” del recurso, defendiendo quizá su labor constitucional al examinar las acciones extraordinarias de protección, pero olvidándose que a partir de la promulgación de la CRE de 2008, el juez dejó de ser la boca de la ley. Así, en sentencia de 29 de marzo de 2017, se lee lo siguiente: “(...) Por tanto y en base a los criterios jurídicos anotados, se determina que la naturaleza del recurso de casación a más de ser extraordinaria, es formal –el recurso tienen que observar estrictamente los requisitos previstos en la ley- y cerrada -el recurso se fundamenta para su presentación y resolución, en la causales establecidas en la norma-; adicionalmente, es importante considerar que la casación, conforme se señaló previamente, no constituye una instancia adicional en la sustanciación de un proceso judicial en la que se puedan revisar cuestiones previamente examinadas por los jueces de instancia, tales como la prueba aportada durante el proceso o cuestiones fácticas que no trascienden la esfera de legalidad. (...) Dentro de este contexto, se advierte que los jueces de la Sala de lo Penal en el caso sub iudice, no han realizado un análisis de legalidad conforme correspondía, sino que las reflexiones de los juzgadores se sustentan en un análisis de pura constitucionalidad de la decisión judicial expedida en segunda instancia, por cuanto los jueces nacionales tratan de verificar concretamente si el fallo de apelación cumple con los estándares constitucionales del artículo 76 numeral 7 literal 1 de la Norma Suprema -razonabilidad y lógica-, evadiendo así no solo su obligación constitucional y legal de examinar las causales en las que se fundamentaron los recursos de casación propuestos, sino también apartándose de las atribuciones que como órgano casacional le corresponden a la Sala, esto es verificar y corregir los posibles errores de derecho que puedan existir dentro de la sentencia recurrida. Bajo este escenario jurídico se verifica entonces que los jueces nacionales al examinar la motivación del fallo de apelación, han desarrollado

⁹ SENTENCIA de 19 de agosto de 2015 dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, caso No. 1331-2014.

una labor inherente en principio a la jurisdicción constitucional, toda vez que la actuación de la Sala de lo Penal en el presente caso, se encuentra dirigida expresamente a determinar la supuesta vulneración de un derecho de rango constitucional. (...) Ahora bien, por otro lado, este Organismo observa que los jueces de la Sala de lo Penal, partiendo del análisis de la motivación de la sentencia de apelación en la parte resolutive del fallo, resolvieron declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso desde de la audiencia de fundamentación del recurso de apelación que dio lugar a la decisión judicial impugnada vía casación (...) Este accionar judicial, claramente excede y trasgrede las normas procesales que regulan el recurso de casación e incluso las normas que consagran la competencia de los jueces de la Corte Nacional de Justicia para el conocimiento de los recursos de casación, en tanto la declaratoria de nulidad del proceso, dentro de la etapa de casación, no se encuentra amparada por ninguna disposición de carácter legal o constitucional".¹⁰

Como hemos podido advertir, hoy por hoy el estudio de la jurisprudencia emanada tanto de la SPCNJ, como de la CC, da como resultado una clara falta de uniformidad jurisprudencial en torno a los alcances y fines del recurso de casación dentro del ordenamiento jurídico interno del Ecuador, lo que, sin duda alguna no abona para que se garanticen la tutela judicial efectiva y el derecho a la seguridad jurídica; lo cual, a su vez, supone que quizás los dos órganos deben flexibilizar su postura jurídica, pero de ninguna manera sustrayéndose del análisis de las garantías básicas del derecho al debido proceso, así como de la concreción jurisdiccional de la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, que desde la perspectiva del autor de este artículo, debe ser la finalidad ulterior del recurso de casación.

Conclusiones

El recurso de casación adquirió importancia a partir de la Revolución Francesa, en donde emergió el Tribunal de Casación que pronto consiguió poder en aras de unificar la jurisprudencia y defender la ley.

En el Ecuador, el recurso de casación en materia penal entró en vigencia en 1928, pero no fue sino hasta la promulgación de la

¹⁰ SENTENCIA No. 088-17-SEP-CC, CASO No. 2040-15-EP, de 29 de marzo de 2017.

CRE de 2008, el COIP de 2014 y el desarrollo de la novísima jurisprudencia emanada de la actual SPCNJ, que su carácter limitado y rígido, con un control de legalidad como única finalidad, quedó desfasado.

En suma, en la contemporaneidad, el recurso de casación en materia penal en nuestro país, tiene como sus alcances y fines, no solo el control de legalidad de las sentencias dictadas por los tribunales de apelación, sino además el control de constitucionalidad y convencionalidad, al implicar un medio de impugnación de suma importancia, que pretende legitimar a las decisiones judiciales y convertir al diálogo jurisprudencial en un instrumento para impulsar cánones comunes que busquen la efectividad del sistema de justicia ecuatoriano.



La violencia intrafamiliar y su contexto



Daniella Lisette Camacho Herold
Jueza de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

El presente artículo plantea como objetivo exponer la naturaleza jurídica de los delitos de violencia física, psicológica y sexual en contra de la mujer o miembros del núcleo familiar, así como de la contravención que reprime esta conducta, por lo que se parte del antecedente que sienta la base para emitir determinados tratados y convenios internacionales, que al formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, implican la promulgación de normas de orden constitucional y legal para así erradicar este tipo de violencia, lo que efectivamente se llevó a cabo, pues se han creado tipos penales a fin de salvaguardar el bien jurídico protegido de integridad en sus acepciones física, moral y sexual. Además, ante la problemática que ha surgido al respecto de si son los jueces de garantías penales o los de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar quienes conocen estas infracciones, a la luz de la realidad jurídica vigente, se concluye que son los últimos quienes deben sustanciar y resolver las mismas.

Abstract

The objective of this article is to expose the legal nature of the crimes of physical, psychological and sexual violence against women or members of the family nucleus, as well as the contravention that represses this conduct, so it starts from the antecedent that feels the basis for issuing certain international treaties and conventions, which, as they form part of our legal system, imply the promulgation of constitutional and legal norms in order to eradicate this type of violence, which was effectively carried out, since criminal types have been created in order to safeguard the protected legal good of integrity in its physical, moral and sexual meanings. In addition, given the problem that has arisen regarding whether it is the judges of criminal guarantees or violence against women or members of the family nucleus who are aware of these infractions, in light of the current legal reality, it is concluded that it is the latter who they must substantiate and resolve them.

PALABRAS CLAVES

delitos de violencia física, psicológica y sexual en contra de la mujer - crimes of physical, psychological and sexual violence against women

mujer o miembros del núcleo familiar - women or members of the family nucleus

Generalidades

La familia desde su génesis ha sido el punto de partida de las estructuras sociales en el mundo, por ello es conocido que es el núcleo de la sociedad. Refiriéndonos a nuestro país, observamos que en siglos pasados se consideró y aún existen muchas secuelas- que la persona de género masculino era quien sostenía económicamente a su entorno familiar, lo que le hacía pensar de manera descaminada, que tenía derecho sobre los derechos de los integrantes de dicho entorno, generando así, que esa situación de poder se la adopte como normal, y en consecuencia, dicho poder es el que se exterioriza por medio de acciones de violencia.

Precisamente esos actos violentos son los que han llevado no solo a una serie de afectaciones personales en las víctimas sino a originar una debacle *per se* en la sociedad por la destrucción de núcleos familiares que son su base; pero centrándonos en las víctimas, son estas personas las que perciben de manera sistemática las alteraciones al orden familiar, y por ende merecen el bloqueo de las acciones por las autoridades estatales, y como fin deben obtener no solo el resarcimiento de la vulneración de sus derechos, sino asentar su pleno desarrollo en sociedad, dándoles la seguridad de ser libres, y sin recelos puedan tomar decisiones en el marco del progreso personal y familiar.

Estas vicisitudes con el transcurso del tiempo alertaron a las organizaciones sociales y en consecuencia a los representantes de los Estados para que se preocupen por encontrar soluciones efectivas que conlleven a erradicar la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, es así que, se promulgaron varios instrumentos o acuerdos internacionales tales como: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), entre otras.

Infracciones, estructura y sus penas privativas de libertad en particular

La exigencia prescrita en los instrumentos internacionales, obligaron a los Estados partes a que la desarrollen en su normativa interna; por ello, nuestro país en la Constitución nacida en el año 2008 incluyó aquello en su artículo 66 numeral 3 literal b), determinado el reconocimiento y la garantía de una vida libre de violencia en los contornos públicos y privados, además de que el Estado prevenga, elimine y sancione las acciones de violencia, y en su artículo 81, respecto al análisis incoado, obliga a que esa violencia originada en el ámbito intrafamiliar y particularmente la violencia sexual, sea juzgada y sancionada mediante procedimientos especiales y expeditos.

Con este mandato constitucional, la función legislativa instauró en el Código Orgánico Integral Penal, tipos penales autónomos e independientes para sancionar las acciones de la violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, e incluso en las reformas vigentes (junio del 2020), ya se instaura un procedimiento

unificado, especial y expedito para el juzgamiento y sanción de estos delitos. Loando de esta manera el respeto a la integridad personal que se debe a la víctima en el ámbito intrafamiliar, *empero*, no cabe pensar que las víctimas de infracciones de carácter sexual fuera del núcleo familiar están alejadas de la protección que dispone la Constitución, pues ello se blindará por medio de la atención por parte de jueces especializados, como se lo desarrollará en párrafos siguientes.

Partamos de la esencia de las infracciones que refiere nuestra legislación en el ámbito intrafamiliar, así, estos se encuentran desarrollados en el párrafo primero, sección segunda, capítulo segundo, título IV, del libro primero del Código Orgánico Integral Penal, teniendo como bien jurídico protegido a la integridad personal, mismo que se blindará en el artículo 66 numeral 3 de la ley suprema. En este punto y a manera de paréntesis, se debe resaltar que también existen delitos como el femicidio, prostitución forzada, abandono de persona, entre otros, en los que sujeto activo y sujeto pasivo en general son integrantes del núcleo familiar, pero a efectos de este estudio, nos radicaremos a la delimitación establecida por la ley en el párrafo indicado, es decir, a los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, mismos que el legislador los ha enmarcado en tres tipos penales no por su mayor o menor importancia, sino porque el sistema penal no puede abarcar toda la protección de la familia en un solo párrafo o sección cuando existen varios bienes jurídicos en cuestión que el Estado debe protegerlos.

La acepción delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, merece una aclaración aunque denote ser absurda, la norma jurídica si bien refiere a violencia contra la mujer, esta debe ser entendida en un ámbito concentrado en el que la víctima y la persona investigada o procesada tienen una relación considerada dentro del núcleo familiar, pues pensar lo contrario sería tratar cualquier otro delito como robo, hurto, estafa, homicidio, entre otros, cuando la víctima sea de género femenino, como violencia contra la mujer, hecho que no se compadece con la exigencia procesal penal, tanto más que, incluso los bienes jurídicos protegidos son distintos.

A partir de este orden de ideas, pasamos al enfoque que establece el artículo 155 del Código Orgánico Integral Penal, y vemos que prescribe dos circunstancias jurídicas como base de los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, por un lado, en su primer inciso engloba acciones que derivan en maltrato con la diferenciación de tres tipos de resultados, siendo: físico, psicológico o sexual, y que para que dichas acciones sean tomados como el delito invocado, deben ser consumados por un miembro del núcleo de la familia en contra de la mujer (aquí la respuesta final al párrafo anterior), o contra cualquier persona que sea parte integrante del entorno familiar.

Y, por otro lado, el segundo inciso del mentado artículo, detalla cuales son las personas que no solo forman parte sino que deben ser consideradas como miembros del núcleo familiar, y en consecuencia, señala: "...a la o al cónyuge, a la pareja en unión de hecho o unión libre, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanas, hermanos, parientes hasta el segundo grado de afinidad y personas con las que se determine que el procesado o la procesada mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación".

Ahora, si observamos precavidamente el texto normativo transcrito, se nota como que ciertos familiares por consanguinidad, como tíos o primos estuvieran excluidos de esta especificación, *empero*, como juristas debemos estar al tanto de todo el texto de la ley para entender su significado; es así que, si damos una lectura pausada de la norma, verificamos que también se identifica como miembro del núcleo familiar al sujeto activo de la infracción que mantenga o haya mantenido vínculos familiares, concepto dentro del cual se inmiscuye a los familiares consanguíneos antes referidos e incluso otros, pues todo depende –aunque suene a pleonasma– del vínculo familiar existente entre víctima y victimario, que puede ser de género masculino o femenino y viceversa.

En el mismo espacio de lectura se constata además la existencia de otros vínculos entre sujeto activo y sujeto (pasivo), en los cuales la ley también le da un contexto de entorno familiar, resaltando a los enlaces que denoten una intimidad, afectividad, convivencia, noviazgo o de cohabitación, es decir, el punto principal de estos vínculos es la cercanía y conocimiento que se tenga uno de otro, y que es precisamente lo que ha generado algún tipo de confianza o correlación que es lo que da lugar a algún tipo de exteriorización de violencia de carácter físico, psíquico o sexual.

Esta definición de los vínculos que engloban el núcleo familiar, se despuntan en igual sentido en la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, estableciendo en el numeral 1 de su artículo 12 que en el ámbito intrafamiliar o doméstico también se configura uno de los espacios donde se desarrolla la violencia contra la mujer, señalando: "Comprende el contexto en el que la violencia es ejercida en el núcleo familiar. La violencia es ejecutada por parte del cónyuge, la pareja en unión de hecho, el conviviente, los ascendientes, los descendientes, las hermanas, los hermanos, los parientes por consanguinidad y afinidad y las personas con las que la víctima mantenga o haya mantenido vínculos familiares, íntimos, afectivos, conyugales, de convivencia, noviazgo o de cohabitación"; disposición legal que se adecua plenamente a los razonamientos efectuados en los párrafos inmediatos anteriores.

Partiendo del esquema jurídico expuesto, es preciso analizar cómo el legislador a cada una de las acciones de maltrato referidas en las líneas ya transcritas las ha matizado en tres tipos penales.

1.- Al efecto, partimos por la exteriorización del MALTRATO FÍSICO, la cual se tipifica en el artículo 156 del Código Orgánico Integral Penal y la conceptualiza como: violencia física contra la mujer o miembros del núcleo familiar, teniendo como elemento único, el origen de lesiones en la víctima como producto de la expresión de la referida violencia física, sin embargo, las penas dependen de los parámetros encuadrados en otro tipo penal, siendo el artículo 152 *ibídem*, por ello, esta disposición legal se configura como una norma penal incompleta o dependiente, tal como se lo plasma en la obra Derecho Penal - parte general (octava edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2010, página 38) en coautoría de Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Aran, definiendo como: "...otro procedimiento legislativo...en el que, para establecer la pena correspondiente a un determinado supuesto de hecho, el legislador se remite a la pena fijada para un supuesto de hecho distinto...". Entonces, por decirlo en forma didáctica, los juzgadores deben jugar entre los referidos artículos, ya que uno alinea los esquemas de la pena dependiendo del tiempo de incapacidad, daño o enfermedad producida, mientras que el otro manda a incrementar aquellas en un tercio, así, luego de análisis del caso se obtendrá la pena en concreto.

Siguiendo este trazo analítico, pasamos a observar cómo se ciñen en abstracto las penas en el delito invocado. Una vez identificado que la agresión física fue efectuada por un miembro del entorno familiar, se debe justificar que el resultado de esa expresión generó en la víctima algún periodo de incapacidad, daño o enfermedad, misma que siempre debe al menos superar un mínimo de cuatro días, caso contrario la conducta se adecuaría en una contravención, lo que se lo estudiará más adelante.

Así las vicisitudes, tomando en cuenta los periodos de incapacidad y las penas que dispone el artículo 152 del cuerpo legal, así como el tercio a aumentar conforme lo exigido en el artículo 156 *ibídem*, las penas en abstracto para el delito en cuestión, son: a) si la lesión origina la temporalidad de cuatro a ocho días, la pena es de cuarenta a ochenta días; b) si la lesión genera el tiempo de nueve a treinta días, la pena es de dos meses con veinte días a un año cuatro meses; c) si la lesión origina la temporalidad de treinta y uno a noventa días, la pena es de un año con cuatro meses a cuatro años; d) si la lesión supera el tiempo de noventa días, la pena es de cuatro años a seis años con ocho meses; y, e) si se produce

en términos generales una incapacidad permanente en la víctima, la pena es de seis años con ocho meses a nueve años con cuatro meses. En este orden de ideas, una vez que la jueza o el juez hayan definido cualquiera de los parámetros enunciados en el caso puesto en su conocimiento, deberán obtener la pena en concreto como resultado de la exegesis de las particularidades que las pruebas merezcan.

2.- Prosiguiendo con el análisis de los tipos penales en cuestión, vemos en segundo lugar -no como puesto de importancia, sino como secuencia de estudio- a la manifestación del MALTRATO PSICOLÓGICO, mismo que se lo tipifica en el artículo 157 del Código Orgánico Integral Penal y se lo conceptualiza como: violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar; este injusto penal, vale decir, para configurarse o para establecer la pena no requieren la complementariedad de otra norma penal, en consecuencia, es un tipo penal cerrado por cuanto contiene las descripciones del delito. En su primer inciso tiene varios verbos rectores que alineados con el resultado dañoso *per se* adecuan la conducta del agresor o la agresora, y su pena en abstracto -refiriéndome a la privación de libertad- es de seis meses a un año; es decir, siempre que luego de la evaluación efectuada por la perita o el perito de la materia, se haya ocasionado en la víctima cualquier nivel de afectación psicológica como fruto de las manifestaciones que en forma conjunta o separada pueden verse formadas con respecto a amenazas, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, hostigamiento, persecución, control de las creencias, decisiones o acciones, insultos o cualquier otro acto. Ahora, si esas acciones originan en el sujeto pasivo una enfermedad o incapacidad mental, la pena es de uno a tres años, tal como lo señala el segundo inciso del tipo.

En este delito existe una particularidad respecto a la sanción, y refiere a que se incrementa de la pena máxima un tercio, siempre y cuando la víctima integre uno de los grupos de atención prioritaria, se encuentre en situación de doble vulnerabilidad o padezca de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, en cuyo caso, se debe trasladar el análisis de dichos elementos normativos con la norma suprema (Constitución), observando para aquello su artículo 35, así como también se deberá verificar la lista de enfermedades que para el efecto actualice el Ministerio de Salud Pública en cumplimiento a la primera disposición transitoria de la ley orgánica de salud. Esta circunstancia se la encuentra en su tercer inciso, pero no por ello debe considerarse que se trata de una normal penal incompleta, pues la sanción queda establecida en el mismo tipo penal. En otras palabras, la pena en concreto con su respectivo incremento del tercio sobre el máximo de la pena en abstracto siempre se

encuentra en el mismo tipo penal y depende de las particularidades personales del sujeto pasivo de la infracción.

El último injusto penal a analizar y que forma parte de los delitos que se estructuran de la también conocida como violencia doméstica, es la ejecución del maltrato sexual, el cual se advierte en el artículo 158 del Código Orgánico Integral Penal y se lo matiza como: violencia sexual contra la mujer o miembros del núcleo familiar, así, se contextualiza como una norma penal incompleta o dependiente, similar al tipo de violencia física, pero esta infracción para denotar su estructura observa además varios aspectos jurídicos de los delitos que atentan contra la integridad sexual y reproductiva, lo cual debe ser parte de la valoración de los juzgados y tribunales con el objeto de justificar y configurar plenamente una sanción al caso en concreto; toda vez que, el tipo enunciado, tipifica y sanciona al miembro del entorno familiar que se ha impuesto a otra y la ha obligado a tener relaciones sexuales u otras prácticas análogas, ante lo cual se aplican las penas previstas en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, y es precisamente en dicho momento en el que el juzgador debe exteriorizar su valoración para definir donde se encuentra la pena que merece esa conducta.

Debemos partir por entender qué engloba la violencia sexual, es así que, para conocer su alcance conceptual debemos verificar la ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, misma que en el literal c) de su artículo 10 la determina como: “Toda acción que implique la vulneración o restricción del derecho a la integridad sexual y a decidir voluntariamente sobre su vida sexual y reproductiva, a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza e intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares y de parentesco, exista o no convivencia, la transmisión intencional de infecciones de transmisión sexual (ITS), así como la prostitución forzada, la trata con fines de explotación sexual, el abuso o acoso sexual, la esterilización forzada y otras prácticas análoga...”, *ergo*, por un lado, queda claro que dicha violencia transgrede el derecho a la integridad sexual y reproductiva, y por otro lado, que existen varias conductas que abarcan esa violencia sexual, tales como violación, abuso sexual, acoso sexual, entre otros.

Para dinamizar este análisis, tomemos como ejemplo el siguiente caso: un día y hora específico un padre de manera repetitiva toca las partes íntimas de su hija de dieciocho años de edad sin su consentimiento, tanto más que, ella intenta bloquear esos actos sin poder lograrlo, con base a esta

simulación, veamos cómo se enlazan varios de los artículos que establece la esfera jurídica de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar con los que desarrollan los delitos contra la integridad sexual y reproductiva.

Se debe primero empezar constatando si ese tipo de agresión refiere a un maltrato físico, psicológico o sexual, como lo dispone el primer inciso del artículo 155 del Código Orgánico Integral Penal, y obviamente *prima facie* se trata de una violencia sexual; luego pasamos a verificar si entre víctima y victimario existe uno de los vínculos que establece el segundo inciso de la mentada norma jurídica, y observamos que el padre es ascendiente de su hija y la hija es descendiente de su padre, esto además, como grado de parentesco por consanguinidad en línea recta en primer grado tal como lo manda el artículo 22 del Código Civil. Una vez que se tienen la configuración de los parámetros antes indicados, posterior, de manera directa debemos pasar a observar si esa conducta se enmarca o no al tipo penal de violencia sexual contra la mujer o miembros del núcleo familiar, y en este escenario se procede a verificar que sí existió imposición, ya que hizo notar su relación de poder que existe para con su hija y luego de aquello la obligó, es decir, anuló su voluntad o capacidad de consentimiento y originó una práctica análoga a una relación sexual, siendo, un acto de naturaleza sexual que no alcanzó el acceso carnal o penetración, por ello merece una sanción con una de las penas determinadas en cualquiera de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva.

Ahora, cómo singularizar la pena que corresponde a esa conducta, para aquello debemos trasladarnos a analizar cada uno de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, no sin antes ayudarnos con la conceptualización de violencia sexual que refiere la ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, y luego así, aterrizar en los mentados injustos, y hacer el ejercicio de verificar cuál de ellos castigaría esa conducta si el sujeto activo y sujeto pasivo no fueran parte del núcleo familiar, obteniendo como respuesta en el ejemplo en cuestión, que se adecúa la conducta al delito de abuso sexual, *ergo*, la pena en abstracto es la que se puntualiza en el primer inciso del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal.

- 3.- Culminada la elucidación de los delitos contra la violencia de la mujer o miembros de núcleo familia, falta por referirnos a una infracción no menos importante, que es LA CONTRAVENCION en este tipo de violencia y que se encuentra desarrollado en el artículo 159 *ibidem*, mismo que tiene varias particularidades, de las cuales en sí, cabe resaltar que no enrojan al maltrato sexual.

En este contexto, se sanciona con pena privativa de libertad de diez a treinta días las agresiones físicas -originadas por un miembro del núcleo familiar contra otro de sus integrantes- siempre que las lesiones no produzcan un daño o enfermedad mayor a tres días, pues caso contrario se configuraría en delito de violencia física como ya lo vimos anteriormente; sin embargo, cuando la exteriorización del agresor sólo representa fuerza física sin originar lesiones la pena a observar puede ser entre privativa de libertad de cinco a diez días o no privativa de libertad respecto a trabajo comunitario de sesenta a ciento veinte horas, siendo la pena en concreto la que resuelva el juzgador conforme al análisis del caso puesto en su conocimiento. Por otro lado, también sanciona con pena no privativa de libertad en cuanto a trabajo comunitario de cuarenta a ochenta horas, cuando se atente contra el patrimonio de la víctima con ocasión de una sustracción, destrucción, retención de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales o bienes de la sociedad de hecho o conyugal -siempre que no sea un delito en particular-; y por último, cuando se atente contra la psiquis de la víctima mediante la expresión de improperios, expresiones en descrédito o deshonra, -de igual forma siempre que no sea un delito en particular- se sancionará con pena no privativa de libertad referente a trabajo comunitario de cincuenta a cien horas.

Es preciso señalar que, en esta contravención también se da a entender que en la sentencia condenatoria la jueza o el juez también debe proceder a disponer la devolución de los bienes, el pago de dinero, o tratamiento psicológico, como parte de una pena, *empero*, estas circunstancias no se deben considerarlas con dicho efecto, sino como mecanismos de reparación integral tal como lo detalla y manda el artículo 78 del Código Orgánico Integral Penal.

Competencias de los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar

La Resolución No. 11-2018 promulgada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 414 del 25 de enero del 2019, fija las competencias para conocer estos delitos, y en su artículo 2 lo desarrolla de la siguiente manera:

“...Las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, en tanto jueces unipersonales, son competentes para conocer las infracciones de femicidio (artículo 141 COIP) y de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar contemplados en los artículos 155 al 159 del COIP, durante las etapas de instrucción y de evaluación y preparatoria de juicio... Las juezas y jueces de garantías penales, en tanto jueces unipersonales, son competentes para conocer los delitos contra la integridad sexual y reproductiva previstos en los artículos 164 a 175 del Código Orgánico Integral Penal, durante las etapas de instrucción y de evaluación y preparatoria de juicio...”.

Con aquello, es entendido que las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar son los competentes para conocer los delitos de violencia física, psicológica y sexual, obviamente estos perpetrados en el ámbito intrafamiliar.

Sin embargo, vale señalar que ha existido una serie de criterios generados en los jueces de primer nivel y de Cortes Provinciales de Justicia, respecto a sí la violencia sexual debe ser conocida por los jueces de garantías penales o por los jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar; originándose esta disyuntiva por aspectos meramente formales, ya que los jueces como garantistas de derechos deben velar por la atención especial que merecen los delitos de violencia intrafamiliar tal como lo exige el artículo 81 de la Constitución de la República, y partiendo de ahí se debe acatar la Resolución 11-2018 que guarda estricta concordancia con el artículo 570 del Código Orgánico Integral Penal, llegándose indiscutiblemente a la conclusión de que los delitos sexuales cometidos dentro del núcleo familiar son y deben ser de exclusiva competencia de las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia ha absuelto varias consultas efectuadas por los jueces inferiores, mismas que si bien no son vinculantes para los operadores de justicia, pero permiten de mejor manera aplicar la normativa jurídica vigente; en consecuencia, los pronunciamientos han sido uniformes y concordantes en definir la mentada competencia, varios de los cuales se los trae a colación, así:

“...Conforme a las Disposiciones Reformatorias de la LOIPEVM, al primer inciso del artículo 155 del COIP, y a la citada Resolución 11-2018, solamente los procesos en que la mujer o miembro del núcleo familiar ha sido víctima de violencia sexual dentro del núcleo familiar, deben ser sustanciados por parte de juezas y jueces especializados... Para el caso de la víctima de un delito contra su integridad sexual y reproductiva, entiéndase violencia sexual fuera del núcleo familiar, son competentes para su sustanciación los jueces de garantías penales...”

“...En caso de delitos sexuales cometidos dentro del núcleo familiar, el artículo 158 es una norma de remisión con los artículos 164 al 175 del COIP. Evidentemente las juezas y jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, en caso de violencia sexual cometida dentro del núcleo familiar, deben sustanciar y resolver lo que corresponda de conformidad con el artículo 158 del COIP en relación con los artículos 164 al 175, pues estas normas determinan el quantum de la pena conforme la conducta delictiva...”.

“...En casos de violencia sexual cometidos dentro del núcleo familiar, el fiscal debe tener en cuenta que el artículo 158 es una norma de remisión con los artículos 164 al 175 del COIP y así debe ser exigido por parte del juzgador de violencia contra la mujer o miembro del núcleo familiar que intervenga en alguna actuación pre procesal cuando así sea requerido, pues en estos casos es éste el competente...”.

Finalmente, los juristas y operadores de justicia deben saber y tener presente que a partir de junio del 2020 la competencia de las juezas y los jueces de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar se amplió a todos los delitos que atenten contra la integridad sexual y reproductiva, sin distinción de si la víctima y victimario pertenecen o no al núcleo familiar, esto, porque así lo dispone el artículo 570 del Código Orgánico Integral Penal como efecto de la reforma APROBADA POR la Asamblea Nacional y que fuera publicada en el Registro Oficial - Suplemento No. 107 de 24 de diciembre del 2019; en otras palabras, los jueces de garantías penales en *stricto sensu*, ya no son competentes para conocer y tramitar delitos sexuales a partir del mes de junio del 2020.



Los principios de legalidad, favorabilidad y extra actividad de la ley, en la jurisdicción penal



David Isaías Jacho Chicaiza
Juez de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

El presente ensayo analiza ciertos principios básicos del derecho penal contemporáneo, entre ellos el principio de legalidad en los ámbitos sustantivo, adjetivo y de ejecución penal; con énfasis especial, desde el enfoque del ámbito temporal de aplicación de la ley penal, se analiza el principio de legalidad en la esfera sustantiva y su relación con los principios de favorabilidad y extra actividad, en el tránsito de leyes penales acaecido en el Ecuador en los últimos tiempos; así también se analizan los principios de irretroactividad y su contraposición con los postulados de la retroactividad y ultractividad de la ley penal, por efectos de la aplicación del principio de favorabilidad, en la jurisdicción penal.

Abstract

This essay analyzes certain basic principles of contemporary criminal law, among them the principle of legality in the substantive, adjective and criminal enforcement spheres; With special emphasis, from the perspective of the temporal scope of application of criminal law, the principle of legality in the substantive sphere and its relationship with the principles of favorability and extra activity, in the transit of criminal laws that occurred in Ecuador in the last times; Likewise, the principles of non-retroactivity and their contrast with the postulates of retroactivity and ultractivity of the criminal law are also analyzed, due to the application of the principle of favorability, in the criminal jurisdiction.

PALABRAS CLAVES

principio de legalidad - principle of legality
ámbito temporal - temporal scope
aplicación de la ley - application of law
principio de irretroactividad - principle of non-retroactivity
ultractividad de la ley penal - ultractivity of the criminal law

Con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, en el Ecuador, se produjo un tránsito de leyes penales, entre éste cuerpo normativo y el Código Penal, Código de Procedimiento Penal, y aquellas normas relacionadas con la ejecución de penas; *per se*, se suscitó en el escenario procesal y la casuística, un sinnúmero de interrogantes en torno a la aplicación de los principios de legalidad, favorabilidad y extra actividad de la ley penal, en los ámbitos sustantivo, adjetivo y de ejecución penal.

En la jurisdicción penal, especialmente en el ámbito sustantivo, cuya esfera es de nuestro interés, en este ensayo; existen principios de inexorable aplicación, para el efecto se han establecido garantías normativas en la legislación nacional, cuya aplicación obedece a los antecedentes fácticos y jurídicos de cada caso concreto; en el tema de estudio, los mismos, tienen relación esencial con el ámbito temporal de aplicación de la ley penal (*Tempus regit actum*).

El ámbito temporal de la conducta penalmente relevante, y la fecha de inicio de un proceso penal, son determinantes cuando una persona es sometida al poder punitivo del Estado, son los hitos principales para la modulación y aplicación de los principios de legalidad, favorabilidad y extra actividad de la ley penal, indicados *ut supra*.

El principio de favorabilidad debe ser aplicado por los operadores de justicia, en función del correcto análisis de dicho mandato de optimización, enfocado claramente en el ámbito temporal de la ley penal desde la óptica de los principios de irretroactividad, extra actividad (retroactividad y ultractividad) de la ley penal, tomando como referente el tránsito de leyes penales acaecido en el Ecuador el 10 de agosto de 2014, *per se*, hay que considerar lo que la Constitución de la República del Ecuador, la ley penal, la jurisprudencia y la teoría del derecho penal refieren sobre los principios indicados:

1. El principio de legalidad

La piedra angular del derecho penal es el principio de legalidad, el mismo que se encuentra desarrollado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República, en el siguiente contexto:

(...) 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento (...).

Desde el ámbito del Bloque de Constitucionalidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en torno al principio de legalidad indica lo siguiente: "(...) 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito."

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala:

Artículo 15.- 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos

según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

La Convención Americana de Derechos Humanos, refiere:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

El principio de legalidad abarca el ámbito sustantivo (teoría del delito), adjetivo (teoría del proceso) y de ejecución penal (teoría de la pena), esferas de trascendencia en el desarrollo y materialización del principio indicado, con matices similares, aplicados a cada área en cuestión.

1.1 El principio de legalidad en el ámbito procesal

A breves rasgos, el principio de legalidad procesal, determina que sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se suscitó una inquietud en el ámbito judicial en torno a que ley se aplica en torno a actuaciones, investigaciones, procedimientos y procesos iniciados antes de la vigencia de dicho cuerpo normativo; en ese contexto, la Corte Nacional de Justicia estableció el siguiente criterio, en consulta absuelta por el Pleno, en sesión ordinaria de 25 de noviembre de 2015; en cuanto a la inteligencia y la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal, señaló lo siguiente:

(...) Tomando en consideración las fechas de inicio y conclusión de las fases de investigación y las etapas del proceso, desde la vigencia total del Código Orgánico Integral Penal; pueden preverse las siguientes situaciones:

- a) Tanto el inicio de la indagación previa, como la audiencia de formulación de cargos se realizaron antes del 10 de agosto de 2014.

b) La indagación previa inició antes del 10 de agosto de 2014; pero concluyó en fecha posterior; por lo que, evidentemente, la etapa procesal iniciará con fecha posterior.

c) La indagación previa, y, el proceso penal, iniciaron desde el 10 de agosto de 2014, en adelante.

En los casos a) y c), el régimen sustantivo y procesal aplicable a la causa será, el contenido en el Código Penal en otra ley penal y el Código de Procedimiento Penal, en el primero; y el Código Orgánico Integral Penal, en el último. (...)

Si la audiencia de formulación de cargos se instaló en fecha igual o posterior al 10 de agosto de 2014, el proceso penal, al ser una etapa distinta al proceso investigativo, debe seguir las reglas del Código Orgánico Integral Penal, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. (...)

Las actuaciones pre procesales dispuestas por Fiscales, Juezas y Jueces, con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben ser concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal, aun cuando tal cumplimiento sea a partir o con posterioridad al 10 de agosto de 2014.

Si del resultado de tales actuaciones: 1. Debe iniciarse una indagación, o 2. Se decide un procesamiento penal, a partir del 10 de agosto de 2014, han de iniciarse, tramitarse, concluirse tal indagación o el procesamiento, según el Código Orgánico Integral Penal.

Las investigaciones preprocesales iniciadas por fiscales, con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben ser tramitadas y concluidas según las reglas del Código de Procedimiento Penal. Si del resultado de tales investigaciones se decide un procesamiento penal, este se iniciará, tramitará y concluirá, según las reglas del Código Orgánico Integral Penal.

Los procesos penales que se iniciaron con anterioridad al 10 de agosto de 2014, deben tramitarse y concluirse según el Código de Procedimiento Penal.

En todos los casos de actuaciones previas, indagaciones, y procesamiento penales iniciados antes del 10 de agosto de 2014, deben respetarse las garantías constitucionales; y, particularmente el principio de favorabilidad”.

En ese contexto, desde la óptica del principio de legalidad procesal, hay que tomar como referente la fecha de inicio de las actuaciones, investigaciones, procedimientos y procesos, a fin de materializar el principio de ultractividad en materia penal, y con ello la aplicación del Código de Procedimiento Penal, en

determinados casos iniciados antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal; *a contrario sensu*, si las actuaciones, investigaciones, procedimientos y procesos, respecto de hechos acaecidos antes del 10 de agosto de 2014, iniciaron ya con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, es claro y se concluye que, las normas jurídicas procesales aplicables son las de dicho cuerpo normativo, respetando las garantías constitucionales; y, particularmente el principio de favorabilidad.

1.2. El principio de legalidad en el ámbito de ejecución penal

De forma muy puntual, el principio de legalidad, en la esfera de ejecución penal, obedece a que toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento, en temas inherentes a su situación jurídica de condena relacionados con la aplicación de la rehabilitación social y el trámite de los incidentes relativos a la ejecución de la pena, con la aplicación inexorable del principio de favorabilidad.

1.3. El principio de legalidad en el ámbito sustantivo

La legalidad en el ámbito sustantivo se halla supeditado a los dos primeros axiomas del garantismo penal: 1) Nulla poena sine crimine (*nula es la pena sin crimen*), el mismo que tiene relación con el principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; y, 2) (Nullum crimen sine lege previa). (*no hay crimen sin ley previa*), axioma que tiene relación con el principio de *legalidad*, en sentido lato o en sentido estricto.

En torno a los axiomas referidos, el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, determina las siguientes garantías normativas:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los

siguientes principios: 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla.

Art. 51.- Pena.- La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.”

En torno al principio de legalidad la ex-Corte Constitucional para el Periodo de Transición, mediante sentencia No. 031-10-SEP-CC, dictada dentro del caso No. 0649-09-EP, señaló lo siguiente

(...) La Constitución de la República, al establecer las garantías básicas del debido proceso, determina en el artículo 76, numeral 3 que [...] solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Esta disposición convalida la vigencia de la seguridad jurídica que se establece en la carta magna en el artículo 82, al mencionar que esta seguridad se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en consulta absuelta en sesión ordinaria, de 25 de noviembre de 2015, en cuanto a la inteligencia y la aplicación de la Disposición Transitoria Primera del Código Orgánico Integral Penal sobre el principio de legalidad, estructuró el siguiente argumento:

(...) A través del principio de legalidad penal, socialmente, se valora los bienes que merecen protección penal, se expone tal valoración al prevenir la imposición de una sanción o una medida de seguridad proporcional a su daño. Así, la arbitrariedad y la venganza pública y privada se minimizan, pues siempre queda la posibilidad de error o del abuso del Estado que legisla. (el iuspunitivismo, el populismo penal, son ejemplos del abuso estatal).

No toda acción y omisión o estado peligroso de una persona da lugar, en su orden, a una valoración extrajurídica de defensa social (legalidad penal sustancial) y por tanto a una descripción típica (legalidad penal formal).

El principio de legalidad penal se formaliza en la ley emitida y se materializa en la irretroactividad de los efectos de tal ley. Existen casos en que la irretroactividad no se mantiene (...).

En el mismo contexto, dentro de la mentada absolución de consulta, señaló lo siguiente:

(...) La ley penal rige para lo venidero y, por lo general, no es retroactiva aunque con ello en ciertos casos quedan impunes daños considerados graves, cometidos contra bienes relevantes.

Pero no siempre es así, existen casos en que la legalidad no se expone únicamente en leyes sino en otras normas (que no sean de tipificación, sanción o procedimiento) e inclusive en principios (la persecución y punición de delitos contra el Derecho internacional de los derechos humanos se basa en tales); y, que la ley tiene efecto retroactivo (...).

2. El principio de favorabilidad

La favorabilidad es un principio rector del derecho punitivo, forma parte integral del debido proceso y se contempla como derecho (principio) de aplicación directa, inmediata y progresiva. Se fundamenta en el hecho de que, cuando hay dos normas aplicables para una misma situación o caso, y que existen dos interpretaciones posibles para una misma norma, se aplicará aquella norma o interpretación que más favorezca el ejercicio de los derechos. Ávila Santamaría (2012) afirma que: "(...) Ante estas dos interpretaciones de una misma norma procesal, debe preferirse la que más favorezca la vigencia de los derechos; en este caso, debe optarse por la segunda opción porque beneficiaría a la persona que está exigiendo un derecho y que busca la tutela efectiva de parte del estado".

Este principio, contempla la posibilidad de la aplicación *extra activa* de la ley penal, esto es, tanto para hechos ocurridos antes del momento de su entrada en vigencia, conocido como retroactividad, (con relación a procesados e inclusive condenados); y, por otro lado, con posterioridad a su derogatoria, para hechos que ocurrieron durante su vigencia, conocido como ultractividad, (con relación solo a procesados), siempre que les sea más favorable.

Rusconi (2009), sobre la favorabilidad, ha indicado que: "(...) cualquier ciudadano tiene el derecho de beneficiarse de las posteriores valoraciones sociales que consideren su accionar menos lesivo, merecedor de una pena menor (...) es factible una aplicación retroactiva de la ley más benigna". Por lo que Ferrajoli (1995) señala que "(...) la ley penal más favorable al reo debe ser en efecto ultractiva respecto a la más desfavorable si es más antigua que ésta, y retroactiva si es más nueva".

Como derecho de protección y garantía del debido proceso, en la Constitución de la República, se materializa el principio del *favor rei* o favorabilidad, concretado en el artículo 76 numeral 5, con el siguiente contenido:

(...) En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora”.

En virtud de los principios *pro homine* y *de favorabilidad*, la interpretación jurídica y la aplicación del derecho penal siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano y el reo (encausado), esto en función del numeral 5 del artículo 11 de la Constitución de la República que expresamente señala:

(...) Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia (...).

Con el artículo 82 de la Constitución de la República, se reconoce el derecho a la seguridad jurídica¹, la cual, se fundamenta en el respeto a la Constitución, este concepto se estructura con los demás postulados, como aquel del respeto al debido proceso, entre cuyas garantías se encuentran tanto el principio de legalidad, como el de favorabilidad, siendo que su aplicación y progresión, como ya hemos dicho resultan obligatorias para la jueza o el juez que conoce la causa.

Desde el ámbito del bloque de constitucionalidad, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 9, consigna el principio de favorabilidad:

(...) Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (...).

¹ Art. 82 de la Constitución de la República: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”

La ex Corte Constitucional para el Período de Transición en Sentencia No. 0001-09-SCN-CC, caso N. 0002-08-CN sobre la favorabilidad determinó:

(...) La ley en materia penal posee efecto ex nunc, rige para lo venidero, no tiene efecto retroactivo. A esta generalidad se prevén excepciones de rango constitucional (Art. 76.5 Constitución de la República del Ecuador), que dice: Constitución de la República Art. 76.5. 'En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. (...) El fundamento recogido tanto en la Constitución de la República (...), determina la opción de aplicar la ley con efecto retroactivo en materia penal, siempre y cuando una ley posterior a la existente, reduzca o elimine la sanción de una conducta determinada o, a su vez, cuando exista conflicto de normas, se deberá aplicar la menos rigurosa. Es así que se favorece al infractor en las siguientes circunstancias: a) cuando se eliminen efectos de sanción punitiva de una norma; es decir, una ley posterior determina que una conducta no debe ser sancionada con una pena; b) cuando su promulgación fuere posterior a la infracción. Si la ley posterior favorece al imputado, incluso al culpable de un delito, aun en esta condición podrá ser invocada, ya que disminuye la sanción o la elimina; y, c) en caso de duda, se aplicará la norma que contenga menor sanción. Si un hecho se describe en más de una norma punitiva se aplicará la menos rigurosa. Normas inspiradas en el principio in dubio pro reo, que al identificar que una persona se encuentra en desventaja, su protección y garantías se mantienen y son de aplicación directa (...).

Al desarrollar el contenido de los preceptos constitucionales², relacionados con el principio de favorabilidad, el Código Orgánico Integral Penal, determina:

(...) Artículo 2: Principios generales.- En materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los desarrollados en este Código.

² Artículo 11 numeral 8 de la Constitución de la República: "El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos."

Artículo 5: Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

2. Favorabilidad: en caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.

Artículo 16: Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas: (...)

2. Se aplicará la ley penal posterior más benigna sin necesidad de petición, de preferencia sobre la ley penal vigente al tiempo de ser cometida la infracción o dictarse sentencia.”

3. La extra actividad de la ley penal (retroactividad y ultractividad)

De lo analizado, con fundamento en el principio de legalidad, la irretroactividad es un principio que lo podemos catalogar como regla general, sin embargo la Constitución de la República y el Código Orgánico Integral Penal, en función material del principio de favorabilidad, determinan la retroactividad de la ley favorable, como una excepción a la regla, que no vulnera el principio de legalidad (irretroactividad), sino que confirma su carácter de límite para el Estado y garantía del ciudadano. Muñoz Conde (2004), señala que: “Por tanto, las normas penales, que, por ejemplo, establezcan circunstancias eximentes, atenuantes o que disminuyan la gravedad de las penas y obviamente, todas aquellas que despenalicen conductas, pueden ser aplicadas a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor”.

En razón de la favorabilidad, en todo caso en que la ley posterior a los hechos investigados sea más gravosa que le ley vigente al momento de la ocurrencia de estos prevalece esta última, aunque ya no esté en vigor, en virtud de la **ultractividad**. Nuestra Corte Constitucional, mediante sentencia No. 014-16-SIN-CC, dictada dentro del caso No. 0058-09-IN, ha dicho:

(...) la ultraactividad de los efectos de determinada norma está definida por la posibilidad que dicha norma logre que su consecuencia sea aplicada más allá del momento en que dejó de pertenecer al ordenamiento jurídico positivo, con independencia de si los hechos que la motivaron se dieron antes o después de dicha derogatoria.”³ “(...) derogada una norma, la misma no podrá seguir regulando situaciones jurídicas creadas con posterioridad a ella; no obstante, en aplicación del criterio de ultraactividad sí podría hacerlo sobre aquellos hechos que iniciaron durante su vigencia o podría regular situaciones jurídicas hacia el futuro cuando la norma derogada haya sido trasladada o reproducida en la normativa vigente (...).

En el ámbito del derecho comparado, cabe señalar que Barreto (2011), refiriéndose a la sentencia C-763/02, emitida por la Corte Constitucional de Colombia, destaca lo siguiente:

(...) Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio “Tempus regit actus”, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultraactividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc (...).

La ultraactividad, podría darse por ejemplo cuando la nueva ley dispone de una pena más gravosa para un hecho punible que también se hallaba en la ley anterior, entonces corresponderá aplicar la ley anterior de manera ultraactiva para los procesados que hayan cometido el delito durante su vigencia. Podría darse también cuando la nueva ley reduce el máximo de la pena u aumenta el mínimo, pero de acuerdo a las circunstancias es pertinente imponer una sanción cercana al mínimo (...).

En el ámbito del bloque de constitucionalidad, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina en su artículo 15, lo siguiente:

³ Ecuador, Corte Constitucional, Sentencia N.º 004-14-SIN-CC CASO N.º 0012-10-IN, Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 012-15-SIN-CC, caso N.º 0013-10-IN; sentencia N.º 004-14-SIN-CC, caso N.º 10-IN; sentencia N.º 001-13-SIN-CC, caso N.º 0012-A 0037-10-IN; sentencia N.º 001-13-SIO-CC, casos Nros 0001-1 1-10, 0002-1 1-10, 0003-11-10 y 0004-11-10 (acumulados).

(...) 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello (...).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Ricardo Canese vs Paraguay*, ha interpretado que la aplicación de la favorabilidad debe entenderse como obligatoria tanto en el campo del derecho penal sustantivo como en el adjetivo, y por ende su empleo en beneficio del reo abarca a todos los supuestos que podemos encontrar en el sistema penal, al respecto ha dicho:

(...) En este sentido, debe interpretarse como ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación de la retroactividad de la ley penal más favorable. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de la misma, ya que la Convención no establece límite en este sentido (...).

Siguiendo con esta línea, en el derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-371/11, sobre el principio del *favor rei*, ha expresado igualmente que su aplicación abarca indistintamente al derecho penal sustantivo como al adjetivo, y su empleo para el caso concreto le corresponde de forma ineludible al Juez, por cuanto es una garantía, que como en el caso ecuatoriano, forma parte del debido proceso:

(...) Sobre el alcance de esta garantía la jurisprudencia de esta Corte ha reiterado que para su aplicación en materia penal no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales. (...) la aplicación del principio de favorabilidad es tarea que compete al juez del conocimiento, en cada caso particular y concreto, pues solo a él le corresponde determinar cuál es la norma que más beneficia o favorece al procesado. (...) El principio de favorabilidad (...) se dirige

al juzgador y supone la existencia de estatutos permisivos o favorables que coexisten junto a normas restrictivas o desfavorables. (...) En relación con su naturaleza de derecho fundamental de aplicación inmediata y su carácter intangible, ha explicado que tales atributos implican que puede exigirse o solicitarse su aplicación en cualquier momento, pero con la condición de que la nueva ley más favorable se encuentre rigiendo. La decisión de si procede o no la aplicación de tal derecho es un asunto que corresponde determinar al juez competente para conocer del proceso respectivo (...) El debido proceso es un derecho de estructura compleja que se compone de un conjunto de reglas y principios que, articulados, garantizan que la acción punitiva del Estado no resulte arbitraria. Como acaba de ser explicado, algunas de las reglas constitucionales que configuran este derecho son de aplicación inmediata y anulan cualquier norma que las limite o restrinja. Así por ejemplo, el derecho a la legalidad del delito y de la pena no admite restricción ninguna, como tampoco el principio de la no reformatio in pejus, o el principio de favorabilidad (...).

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, sobre el tema en estudio, ha emitido la sentencia de 14 de junio de 2016, dentro del caso No. 0292-2014, en la cual ha señalado:

(...) En la actualidad el derecho positivo tiende a elaborar sus corrientes filosóficas conforme al avance de la ciencia del derecho, este fenómeno se evidencia en los cambios legislativos ocurridos en la vida republicana de nuestro país, en donde en algunas ocasiones, coexisten dos sistemas procesales, lo cual prima facie podría derivar en una posible antinomia de normas.

Es en este escenario en donde el principio de favorabilidad adquiere una connotación garantista, a tal punto que, lo encontramos inserto no solo en los instrumentos internacionales sino en el derecho interno, específicamente, en los derechos que configuran el debido proceso; por tanto, su aplicación deviene sin limitación alguna, en un imperativo para los administradores de justicia (...).

Asimismo, en sentencias emitidas dentro del caso No. 1014-2015, de fecha 28 de septiembre de 2016, las 14h25, revisión y caso No. 1335-2015 de fecha 19 de diciembre del 2017, esta alta Corte ha indicado:

(...) Aplicación del principio de favorabilidad.- El principio de favorabilidad, no se circunscribe únicamente a determinar la aplicabilidad sustantiva de una ley posterior a la existente, que descriminalice o reduzca la pena de una conducta

punible determinada, por el contrario, su alcance trasciende a aspectos procesales y de ejecución (...).

Como corolario de lo analizado, se determina que, con la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, el 10 de agosto de 2014, se produjo un tránsito de leyes penales entre éste cuerpo normativo y el Código Penal, frente a dicha situación es obligación de los órganos jurisdiccionales, resolver los casos sometidos a la jurisdicción en torno al tipo penal menos gravoso en relación a los elementos de tipicidad y al *quantum* de la pena, en función de los efectos de la favorabilidad en el tránsito de leyes penales: a) El primer efecto es el de irretroactividad de la ley penal; b) El segundo efecto es el de la EXTRA actividad de la ley penal, que *per se* lleva implícito el principio de retroactividad y ultractividad de la ley penal: b.1) La retroactividad opera cuando la nueva ley retrotrae por su favorabilidad para el reo, sus efectos, desplazando la aplicación de la ley penal vigente al momento de la comisión del hecho delictuoso, y se aplica a hechos realizados antes de comenzar su vigencia; b.2) La ultractividad opera cuando la vieja ley, por su favorabilidad, prolonga excepcionalmente sus efectos después de su derogatoria y se aplica a los hechos cometidos durante su vigencia (o aun antes).

Ergo, es claro que, en determinados casos, se debe aplicar el principio de ultractividad penal: a) Porque los elementos de tipicidad objetiva (sujeto activo, sujeto pasivo, objeto, conducta o verbo rector, elementos normativos, elementos valorativos), tipicidad subjetiva, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta penalmente relevante de determinado injusto penal, se tipifican como conducta penalmente relevante más gravosa (desde el ámbito del quantum de la pena) en el Código Orgánico Integral Penal; b) Porque la aplicación de un tipo penal concreto en relación al quantum de la pena, no es favorable para los procesados con la aplicación del Código Orgánico Integral Penal; *per se*, se aplican las normas del Código Penal; entonces, se debe juzgar con las normas del Código Penal por efectos del principio de favorabilidad en relación con el principio de ultractividad de la ley penal, además en atención a las reglas del ámbito temporal de aplicación del Código Orgánico Integral Penal, que en el artículo 16 numeral 1 indica:

(...) Art. 16.- Ámbito temporal de aplicación.- Los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas:

1. Toda infracción será juzgada y sancionada con arreglo a las leyes vigentes al momento de su comisión (...).

Con el análisis esgrimido precedentemente se avizora que, los órganos jurisdiccionales, al momento de resolver un caso concreto, están en la obligación de aplicar y confrontar inexorablemente

los principios de legalidad, favorabilidad y extra actividad (*retractividad* y *ultractividad*) de la ley penal, sin que aquello *per se*, constituya vulneración de los principios de independencia, imparcialidad, debida diligencia y transparencia, como erróneamente afirman los actores de la criminología mediática.



Bibliografía

- Ávila Santamaría, R. (2012). Los derechos y sus garantías: ensayos críticos. Corte Constitucional para el Período de Transición. Quito, Ecuador.
- Ferrajoli, L. (1995). Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal. Madrid, España: Trotta.
- Muñoz Conde, F. (2004). Derecho Penal, Parte General. Valencia, España: Tiront la Blanch.
- Rusconi, M (2009). Derecho Penal, Parte General. Buenos Aires, Argentina: Ad-hoc.
- Barreto Ardilla H. (2011). Ámbitos de Validez de la Ley Penal”, en Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Universidad Externando de Colombia, Bogotá.



La justicia entre las políticas fiscales y los derechos económicos sociales y culturales en los países del sistema interamericano de derechos humanos



Wilman Gabriel Terán Carrillo
Juez de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

Desde el análisis de las políticas fiscales es importante revisar su aplicación y situación en la región latinoamericana, para tener una aproximación al alcance del cumplimiento de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Derechos Humanos. En el presente artículo se revisa también un postulado ante cinco políticas fiscales aplicadas al entorno internacional de América Latina. La razón por la que se debe analizar las políticas fiscales aplicadas en la región, es porque estas influyen en la ley y su aplicabilidad en el entorno social de los países, pues en la mayoría de estos, lejos de cumplir su rol social, se utilizan como medios de recaudación y en lugar de solucionar los problemas contribuyen al incremento de la problemática agravada por la corrupción que azota a la región. Como consecuencia no se ha logrado superar la desigualdad económica en Latinoamérica.

Abstract

From the analysis of fiscal policies, it is important to review their application and situation in the Latin American region, to have an approximation of the scope of compliance with Economic, Social and Cultural Rights and Human Rights. This article also reviews a postulate regarding five fiscal policies applied to the international environment in Latin America. The reason why the fiscal policies applied in the region must be analyzed is because they influence the law and its applicability in the social environment of the countries, since in most of these, far from fulfilling their social role, they are used as means of collection and instead of solving the problems they contribute to the increase in the problems aggravated by the corruption that plagues the region. As a consequence, economic inequality in Latin America has not been overcome.

Presentación

El Sistema Interamericano, tiene su epicentro en la Organización de Estados Americanos (OEA), que conforme al Artículo 1 de su Carta (OEA, 1951), fue creada para lograr un orden de paz y de justicia. Es también, una organización regional cuyo fin es entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, teniendo como propósitos esenciales entre otros afianzar la paz y seguridad del Continente y procurar la solución de conflictos jurídicos-políticos; consagra como principios la vigencia de los derechos esenciales de la persona humana sin distinción de raza, nacionalidad, credo y sexo; está conformada por treinta y cinco países: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Barbados, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela.

Sus países miembros tienen realidades heterogéneas, pero guardan varios factores comunes. A más de la cercanía regional, han aprobado y ratificado la mayoría de los instrumentos internacionales protectores de los derechos humanos. Sus sociedades –en la mayoría de ellos– sufren los embates de una cuestionable satisfacción de sus demandas en servicios básicos, asistencia

social, empleo, educación, salud, etc., atraviesan la crisis de un jinete apocalíptico que asola a la región identificado como *corrupción* que va de la mano con manifestaciones delictivo-económicas, campea acompañada del empobrecimiento de los pueblos y la insatisfacción de las prestaciones sociales. Ante ello, como fórmula para sobrellevar la situación y superar las exigencias mínimas existenciales, los gobiernos de turno deben elaborar políticas fiscales, encaminadas a superar los déficits presupuestarios con el fin de encontrar riqueza y desarrollo de sus pueblos.

Las "*Políticas Fiscales*", determinan los costos y gastos públicos, las medidas recaudativas e impositivas para influenciar en la producción, el empleo y el nivel de vida, impactan en los beneficios y satisfacciones sociales. Estas políticas dan orientaciones, recomendaciones y directrices para la elaboración de leyes para satisfacer los requerimientos presupuestarios del Estado. Pueden determinar los valores de los cheques salariales e impactar en las decisiones tales como comprar un vehículo o matricularse en una universidad. Por lo tanto, es necesario empezar a pensar desde las dimensiones de la justicia el cómo se configuran dichas "*Políticas Fiscales*", para satisfacer los "*Derechos Humanos*". Además, constituyen la respuesta a la exigencia social (OEA, 1951).

Al implementarse una determinada medida, dispuesta por una "*política fiscal*", se genera un impacto interdimensional a distintas áreas del derecho, pudiendo así una medida destinada a subsidiar un sector económico estratégico, disminuir o eliminar un beneficio social (ambos regulados por distintas leyes). Los cuerpos legislativos, receptan las instrucciones de las "*Políticas Fiscales*" y generan las condiciones que dotan de legitimidad y legalidad a las recomendaciones recaudativas de recursos; pues, toda medida de esta naturaleza se impone mediante fórmula legal por los mandatos Constitucionales (ACIJ, et.al., 2015).

Tales leyes recaudativas, solo pueden crearse por iniciativa de los máximos Mandatarios de los distintos países de la región y son los únicos facultados a ponerlas en conocimiento de los legisladores para la aprobación de leyes. El impedimento constitucional de la iniciativa y participación ciudadana evita un control social en la emisión de las leyes generadas a raíz de las "*Políticas Fiscales*", cuyas aplicaciones provocan afectaciones a los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) y benefician a ciertos sectores, lo que afecta a los más pobres y limita el desarrollo de los pueblos. Estas afectaciones provocadas por las "*Políticas Fiscales*", pueden generar responsabilidad internacional de los Estados.

Las "*Políticas Fiscales*", son el conjunto de mecanismos e instrumentos implementados por los Estados para obtener sus ingresos, realizar el gasto y los impuestos para influir en la producción nacional, el empleo y nivel de precios, impactando en

los beneficios sociales, subsidios de producción, costo y nivel de vida; pudiendo cambiar las acreditaciones de pago de bienes, servicios y del trabajo en general; influir en la decisión adquisitiva de bienes o servicios como comprar un auto, una casa, recibir asesorías profesionales o ir a la universidad, escoger la calidad de asistencia médica, etc (Yirepa).

Estas políticas, ocupan en gran medida a las ciencias económicas, cuyos profesionales asesoran a los representantes de los Estados y a Organismos Internacionales. Sus informes, análisis y estudios, enrumban a la sociedad, ya que las conclusiones y recomendaciones, orientan la elaboración de leyes y medidas para satisfacer los requerimientos presupuestarios en los distintos ámbitos de actividad Estatal, pudiendo una determinada medida, tener alcances que trazan desde la legislación tributaria, hacia otras áreas especializadas del derecho. Ya que las decisiones de carácter fiscal recaudativo, se destinan al financiamiento del costo y gasto público, para realizarlo, se crean condiciones para dotar de legitimidad y legalidad a tales lineamientos. Entonces mantienen una permanente comunicación impositiva y arbitraria en las motivaciones para la elaboración de leyes.

La dimensión normológica del derecho, en su proceso de captación lógica, recepta la influencia de las "*Políticas Fiscales*", que dotan de directrices al legislativo quien genera un reparto proyectado de satisfacciones o insatisfacciones, que con la creación de los contenidos de las Leyes, lo va describiendo e integrando, expresando la voluntad del autor de la directriz que influye en la elaboración de la norma y el mecanismo de su cumplimiento, estructura conceptos cuyos alcances, se materializan tanto en los sujetos como en el objeto al que se destinan. Al ser tributos, que responden a determinados intereses, afectan a la ciudadanía contributiva y de manera específica a los sectores más necesitados y en especial en la satisfacción de los DESC.

Tales "*Políticas Fiscales*", responden a ideologías e intereses de gobernantes de turno; completan planes de gobierno, sin responder a un plan de Estado con metas definidas; se interrumpen con los cambios de mando. Elaboradas bajo discursos de desarrollo y cambios, con slogans de sostenibilidad y sustentabilidad, afectan a todos los sectores y ámbitos sociales en el desempeño de las actividades cotidianas. Son un eje de impacto integral de la sociedad, cuya trascendencia, no solo es económica, sino que su accionar inunda las interrelaciones del tejido social, hacia el universo de relaciones y de forma artificial procrean intersubjetividad para activar la inmediata intervención del derecho en las dinámicas relaciones jurídicos-sociales.

La intersubjetividad, entre el individuo (contribuyente) y el Estado (administración recaudadora), aparece por medio del hecho generador, que atiende a necesidades fiscales recaudativas para

sustentar el arca Estatal y destinar el gasto público. Por ejemplo, si la “*Política Fiscal*”, en un «*hipotético*», detecta que se requieren fondos económicos para mantener el Sistema Penitenciario, al contabilizar los gastos que de forma integral requiere este sector de la Administración Pública, calculará lo necesario para la manutención, determinará costos y gastos corrientes y de inversión, con base en la población carcelaria y administrativa, verificará la calidad y cantidad poblacional, su dinámica de ingreso y salida, más otros factores; y, según los cálculos y capacidad recaudativa, recomendará acciones para redistribuir tal población, con medidas que permitan la circulación y desfogue poblacional penitenciario, entre otros aspectos serán determinantes los cambios legislativos tanto en lo penal, penitenciario, administrativo, tributario, etc. Con motivaciones impositivas al repartidor y el beneficiario, en la forma y las razones de los repartos de permisibilidad o prohibición.

Así también, en otros ámbitos, como en el derecho laboral o el de seguridad social. Desde otro «*hipotético*» es posible que el repartidor (que tiene el dominio de los intereses y tensiones de la fuerza motivadora de la voluntad legislativa), perciba que el presupuesto para satisfacer las pensiones jubilares, sufre un desbalance de activos, requiriendo medidas urgentes para cubrir los rubros periódicos destinados a quienes se benefician de tal derecho, a una edad mínima cronológica y de trabajo, cuyo incremento poblacional hace insostenible el cumplimiento de esas obligaciones; como sucedió en Ecuador, que al destinar los presupuestos de seguridad social a otras asignaciones, ante el incontenible gasto público, el generador de “*Políticas Fiscales*”, buscó una salida ante la crisis para evitar la mora y protesta social, que hizo que el legislador reforme la Ley, elevando la edades cronológicas y de servicio para la jubilación, lo que distanció la satisfacción de los derechos, afectó a la legislación laboral, social, civil, etc. Mientras tanto, se aprobaron tributos como medidas recaudativas para encubrir el bache fiscal.

Puede proseguirse enumerando los intereses de trasfondo en cada reforma normativa, sin importar la materia u orden jurídico. Lo vital es determinar que cualquier variación tributaria para ejercicios impositivos, se dispone mediante Ley y por el principio de legalidad, las Cartas Magnas de los Estados, norman la dinámica de creación de estas medidas; así por muestreo, tanto Argentina (Constituyente), Bolivia (Plurinacional, 2009) y Ecuador; en sus respectivas Constituciones, tienen un candado respecto a los proyectos de Leyes tributarias y económicas, cuya iniciativa es potestad exclusiva del ejecutivo y se aprueban vía legislativa, sin intervención de la participación ciudadana, ni control social.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), enfatizó que los derechos de participación, rendición de cuentas,

transparencia y acceso a la información son fundamentales y plenamente aplicables a las “*Políticas Fiscales*”. De ese modo, deben implementarse en todo su ciclo, desde la elaboración de los presupuestos y los códigos tributarios o la asignación de gastos, la supervisión y evaluación de las consecuencias (CIDH, 2017). Siendo las “*Políticas Fiscales*” –en esencia– políticas públicas, las cuales se construyen con participación ciudadana y control social. En el Ecuador (excepto en materia tributaria y económica), para elaborar políticas públicas, se convoca a los sectores sociales implicados y se implementan parámetros de medición de avance y cumplimiento. Ante la visualización normativa de los países de la región, en lo Tributario y Fiscal, solo existe una interacción entre el máximo mandatario del poder ejecutivo que dirige las “*Políticas Fiscales*” y el legislativo, interviniendo así en su formación, los repartidores influenciados por la voluntad impositiva, lo que interfiere en las decisiones fiscales recaudativas del Estado, los derechos de participación, producen efectos no previsibles en los sectores sociales, como sucede entre otros, en los siguientes casos:

Argentina.- Según el 168° Periodo de Sesiones de la CIDH (2017), en este país, la negativa Estatal de aplicar impuestos a la propiedad inmueble para regular un mercado creciente especulativo obstaculiza la garantía del derecho a la vivienda. Implementó medidas regresivas en materia de seguridad social que comprometen niveles mínimos esenciales de los derechos para la población con discapacidad y la niñez; en un contexto de graves fallas en materia de transparencia, participación y rendición de cuentas sobre los recursos que se dejan de percibir producto de exenciones tributarias que impiden dar un debate democrático sobre las alternativas existentes.

Brasil.- La CIDH (2017), indica que este país tomó medidas que significan retrocesos inadmisibles en DESC, como la Enmienda Constitucional 287, que desmonta el principal mecanismo redistributivo y de protección social, sin el cual se estima que la pobreza entre la población menor de 75 años no sería del 8,76% sino del 65%; calculándose que con la reforma del techo de gastos, el gasto primario caerá del 20% al 12% del Producto Interno Bruto (PIB) entre 2016 y 2026, afectará al presupuesto tanto de infraestructura como de programas sociales claves como Bolsa Familia, que pasarían a recibir del 8% al 3% del PIB en dicho período, siendo socialmente insostenible y haría recaer un ajuste innecesario en las poblaciones más vulnerables, mientras se conservan privilegios fiscales y tributarios en beneficio de los sectores más acaudalados.

Colombia.- Prosigue la CIDH (2017) al explicar que, podría aumentar su recaudación de impuestos, con la alternativa de subir la base gravable. Las cifras oficiales indican que los beneficios tributarios generaron pérdidas fiscales del 7,5% del PIB en 2016,

siendo el país de América Latina con el gasto tributario más alto. Estos ingresos representan la mitad de los recursos necesarios para implementar el Acuerdo de Paz en los próximos 15 años. Tiene pérdidas fiscales por fenómenos de corrupción o evasión, que según estimaciones ascienden a 4.6% del PIB anualmente. En materia de corrupción, ocupa el puesto 96 entre 180 países. Medidas propuestas por un Comité de Expertos creado por el gobierno, no fueron incluidas en la última reforma tributaria de 2016, tales como ampliar la progresividad del impuesto a la renta y establecer un impuesto al patrimonio que generarían recursos del 0,6% y el 1% del PIB. Podría financiar un programa para erradicar la pobreza, que se estima costaría alrededor del 1,5% del PIB. Otra alternativa para generar recursos para asuntos sociales y la paz, es la del impuesto a bebidas azucaradas, que la Comisión, recomendó considerarlo en el 2016, para destinarlo a temas como educación y salud a través del Sistema General de Participaciones, lo cual generaría ingresos adicionales al Estado equivalentes al 1% del PIB y tendría impactos importantes en la salud, de forma específica en la disminución de enfermedades crónicas no transmisibles. Pese a ello, esta alternativa fiscal no la ha asumido.

Perú. - La CIDH (2017), determinó que tiene una presión tributaria por debajo del promedio de América Latina y su gasto social, es uno de los más bajos. El gasto público per cápita tanto en salud como educación, está por debajo del promedio regional. Entre el 2014 y 2016, incurrió en un déficit fiscal creciente, frenando la tendencia ascendente en el gasto de salud, incurriendo en ampliaciones de emergencia. Siendo medidas desproporcionadas e innecesarias, si se aprecian las alternativas existentes. Se estimó que el costo fiscal de exoneraciones, tasas tributarias reducidas y otros tratamientos preferenciales en el 2016 fue del 2,1% del PIB, que equivale a 4.000 millones de dólares, lo que supera el presupuesto para salud. Las pérdidas por evasión tributaria y contrabando se estimaron en 7,5% del PIB, lo que en 2016 significaría 50.000 millones de dólares, dos veces todo el presupuesto para educación pública.

Existen múltiples casos en el sistema interamericano, que pese a las heterogéneas realidades, denotan una constante: las "*Políticas Fiscales*", no se elaboran al servicio de la sociedad, por salvar otros aspectos con déficit presupuestario, sino que se asumen como menos importantes los recursos destinados a satisfacer los DESC (Derechos Económicos, Sociales y Culturales), limitándose el propio derecho al desarrollo, desactivando derechos de participación para la toma protagónica de decisiones en temas de interés general sin considerar que la "*Política Fiscal*" es relevante satisfacer derechos humanos y eliminar la extrema pobreza. Una evaluación basada en "*Derechos Humanos*" de la "*Política Fiscal*", es necesaria por el impacto de la crisis financiera global y a sus repercusiones en curso del disfrute de los derechos humanos

en todo el mundo (Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, 2013).

De acuerdo con dicha evaluación, las Cortes de los países interamericanos, han empezado a desarrollar la teoría general del derecho con focalización a las “*Políticas Fiscales*”, para de esta manera impedir la regresividad de los derechos en especial de los DESC, cuya afectación genera responsabilidad de los Estados, por surgir de obligaciones internacionales adoptadas por los Estados, existiendo incluso fallos y resoluciones de organismos internacionales en esta materia.

Tales avances se han visto reflejados en tratamiento del principio de progresividad, el derecho a la igualdad y no discriminación, el principio de legalidad, el principio de proporcionalidad, de capacidad contributiva, de reserva de ley, de generalidad, de no confiscatoriedad y otros con los que se sigue avanzando para superar los inadecuados tratamientos de los derechos.

Un postulado de justicia ante las políticas fiscales

La dinámica económica y social de los países interamericanos, mantiene dos características en común: por un lado, la alta volatilidad macroeconómica, dada por intereses históricos y el cumplimiento de recetas económicas de organismos internacionales que han provocado un ambiente que no logra satisfacer los derechos sociales, alientan la explotación de sectores energéticos, comercio exterior, agregado a la falta de desarrollo de sus propios mercados comerciales y financieros. Por otro lado, la elevada desigualdad en la distribución del ingreso público, ya que la mayoría de los países en la región poseen una alta concentración del ingreso para ciertos sectores con significativas disparidades en sus territorios, reiterándose la insatisfacción de las demandas sociales. Tales insatisfacciones demarcan inconformidad y desaliento ciudadano en la no equilibrada redistribución de los recursos para satisfacer las demandas sociales, lo que ha reflejado las “*Políticas Fiscales*” de cada Estado en la región.

Tal fenomenología debe ser visualizada en primer lugar desde las respuestas estatales a las demandas sociales, enfocándose en “*la justicia*”, aunque cuyo concepto contiene criterios universales, es a su vez ambicioso ubicarla y determinar sus alcances, tarea que resulta abstracta y subjetiva por implicar una variada interpretación según cada contexto, corriente de pensamiento e ideología. Pese a ello, es necesario abordarlo en relación con las

“Políticas Fiscales” recaudativas, como fuente primordial orientadora del gasto público y creadora de impuestos, cuyo accionar opera como una onda expansiva que impacta en múltiples espacios del derecho. Tal efecto asume algunos aportes filosóficos en torno al *“trialismo jurídico”* que sustenta esta propuesta y la necesidad de configurar *“Políticas Fiscales”* justas, que permitan el efectivo goce de los *“Derechos Humanos”* en especial los de carácter económico social y cultural, se atiende *“...descartando los fenómenos jurídicos no conductistas –apoyados en distribuciones y de importancia derivada, consideramos respuestas jurídicas a los repartos (dimensión sociológica), las normas que los captan (dimensión normológica) y las valoraciones culminantes en la justicia de los repartos y las normas (dimensión dikelógica)...”* (Ciuro, 1976).

El objeto de la ciencia jurídica puede construirse, *“...integrando repartos de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica a la vida humana, dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión axiológica, específicamente dikelógica). Desde la perspectiva dinámica cabe referirse a la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades de realizar repartos captada por normas y valorada por un complejo de valores que culmina en la justicia”* (Ciuro, 2011). Con lo que se tiene presente que las normas son un conjunto de asignaciones o repartos, de satisfacción o beneficios, como también de limitaciones o impotencias, que se expiden desde un espacio de fuerza, que no necesariamente es el poder lo que denota que responden a un conjunto dinámico de intereses y tensiones, en este caso los del generador de las *“Políticas Fiscales”*.

Dicho conjunto de adjudicaciones o mejor entendido como repartos o despliegues o caracteres, se compone por: repartidores, que son los conductores; recipiendarios, que vienen a ser los beneficiados y/o gravados; objetos, que constituyen las potencias e impotencias; las formas, visualizadas como los caminos para llegar a las decisiones; y, las razones que entrañan los móviles, las razones alegadas y las sociales. Los repartidores, son seres humanos identificables que con su actuación generan las adjudicaciones o elección entre diversas posibilidades, lo que supone la existencia de la libertad (se los comprende como el poder sobre los órganos del Estado que tienen potestad normativa). Los recipiendarios, son quienes receptan las potencias e impotencias, siendo beneficiados y/o gravados (comprenden los ciudadanos o cualquier entidad; no solo sujetos de derechos, sino también de obligaciones). Los objetos de los repartos constituyen lo que favorece o perjudica a la vida humana (determinados en la satisfacción o insatisfacción de los derechos sean estos de salud, educación, etc.). La forma de los repartos es el camino previo elegido y corresponde a la mayor o menor audiencia que se produzca, puede ser de más negociación o mera adhesión, de más proceso

o mera imposición (por ejemplo, la exigencia social vislumbrada en las negociaciones de contratos colectivos de trabajo). Las razones de los repartos son móviles alegados por los repartidores y razones sociales que adjudica la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos (la incansable lucha por la dignidad humana). De allí que, según las relaciones que se produzcan entre los repartidores y los beneficiarios, los repartos pueden ser autoritarios o autónomos. Los primeros se desenvuelven por imposición y realizan el valor poder; los segundos se desarrollan por acuerdo y satisfacen el valor cooperación (Ciuro, 2011).

Las tensiones e inflexiones descritas, que interactúan entre el mundo, para materializar los derechos sociales en la extensión que brinda cobertura a la dimensión del principio de progresividad, tienen un contraste contradictorio reflejado en las *“Políticas Fiscales”*, que al determinar el gasto público y la configuración de los impuestos, para satisfacer costos de producción de sectores estratégicos, afectan los costos y gastos en otras áreas de impacto social; por lo que deben ser elaboradas para atender los factores axiológicos, normológicos y dikelógicos del respeto a la dignidad humana, atender realidades del *factum* material, tener presente que las demandas sociales requieren de parte del Estado una respuesta y *“...en la respuesta justa desde el punto de vista de la justicia formal coinciden los despliegues conceptuales y fácticos; cuando los primeros desbordan a los segundos la solución se hace ideológica, y en atención a los despliegues fácticos que impiden a un protagonista realizar la respuesta justa la solución más valiosa al alcance de éste es justificada...”* (Ciuro, 1976). Los Estados en el contexto interamericano, responden a fórmulas macroeconómicas que dejan de lado la dignidad humana, por lo que, los despliegues conceptuales y fácticos, vertidos desde las *“Políticas Fiscales”*, contienen soluciones ideológicas que privilegian a ciertos grupos, permitiendo monopolios, lo que hace que la carga impositiva tributaria, se desborde en perjuicio de los más necesitados. Desde las realidades como la creación de subsidios a transnacionales hidrocarburíferas generan vacíos fiscales, que se vuelven a completar, retiran bonos de satisfacción social destinados a la población más vulnerable como son los discapacitados, adultos mayores. Resulta entonces que la respuesta del Estado a las necesidades sociales no es la más valiosa y su alcance para los sectores empobrecidos no resulta justificada.

Tales factores, vislumbran la relevante acción del Estado, por medio de la *“Política Fiscal”*, que de manera contradictoria en los países interamericanos ha sido poco o nada efectiva para palear o atenuar la volatilidad y reducir la desigualdad. Esto implica que la *“Política Fiscal”* no ha cumplido sus roles, por los mismos factores reflejados en una carga fiscal que a más de ser insuficiente de manera simultánea es volátil, con estructuras tributarias encaminadas hacia impuestos indirectos, descuido en la inversión pública e insatisfacción del gasto social.

Mientras en las sociedades latinoamericanas, campea el hambre, la miseria, la desocupación, los Estados con la carga de dichos pecados capitales públicos prefieren incentivar la explotación de recursos no renovables, liberar la carga impositiva de entidades privadas importadoras y exportadoras, generar a la ciudadanía obligaciones tributarias, ya sea por la circulación de sus capitales, la compra de bienes y servicios necesarios para el libre desarrollo, dejar de financiar a los sectores de salud, educación, seguridad social, etc. Se determinan retrocesos que afectan al ciudadano de a pie, a aquellos a quienes el poder adquisitivo de los beneficios de la civilización no llega.

A lo anterior se suma que las “*Políticas Fiscales*” en Latinoamérica, son de responsabilidad de los mandatarios y solo éstos por efecto del principio de legalidad, son los facultados a presentar ante los respectivos poderes legislativos proyectos de Ley en el orden tributario, fiscal y económico, son quienes tergiversan contenidos primarios y secundarios, ponen en primacía las realidades fácticas de transnacionales o grupos económicos para satisfacer sus imposiciones y guardar coherencia con los compromisos privados que asume el Estado con esta clase de entidades, distanciándose el Estado de sus compromisos públicos generados en el contexto internacional de respeto a la dignidad humana. Como lo señala el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 2 al postular que los Estados para satisfacer estos derechos tienen la obligación de destinar “...*el máximo de los recursos de que disponga...*”. En consecuencia, si el Estado responde a compromisos contractuales adquiridos con particulares a costo del sacrificio de las satisfacciones sociales, se vislumbra que “...*Los contenidos primarios y secundarios se relacionan entre sí necesariamente de manera correctiva (absoluta), pues la justicia distributiva (relativa) depende de una comparación que el rasgo específico del nivel secundario no puede lograr acabadamente...*” (Ciuro, 1976). En este sentido, los gobernantes, no realizan una comparación de los factores integrales de todos los aspectos, de tal manera que en lugar de crear riqueza, que es el objetivo de la “*Políticas Fiscales*”, generan hambruna en la población y desatienden supremos principios de solidaridad, cooperación, transparencia y eficacia de la administración pública.

La mayoría de los países interamericanos posee cargas tributarias que son inferiores a las de otras regiones con similar Producto Interno Bruto (PIB) per cápita. Así se tiene que en Argentina y Brasil hay una presión tributaria que es mayor que otros Estados. Mientras tanto, otros países como Bolivia, Costa Rica, Honduras y Uruguay, se aproximan hacia una regresión. El resto de los países tienen un nivel de presión tributaria menor al de sus similares, si se aprecia el nivel de desarrollo.

Debido a las inequidades, esta marcada distancia entre las “*Políticas Fiscales*” y los “*Derechos Humanos*”, genera inequidad y un reflejo contrario a lo que desde cualquier postura puede considerarse justicia, más aún que “...*dado que la justicia es pensada como una categoría pantonoma, el recorte ilegítimo al que la somete la ciencia jurídica que desconoce el Derecho Universal es una notoria fuente de injusticia. No [se cree] que sucederán milagros científicos y [se sabe] que maximizar un problema suele ser un camino para no resolverlo, pero tampoco [se admite] la minimización culpable de la situación actual...*” (Ciuro, 2001) De allí que las “*Políticas Fiscales*”, vienen a contener el reflejo de ciertos grupos que desatienden el conjunto de principios y obligaciones internacionales que integran el derecho internacional de los “*Derechos Humanos*”; de la misma manera que las ciencias jurídicas desatienden el derecho universal, las “*Políticas Fiscales*” desconocen el derecho de los “*Derechos Humanos*”, factor preponderante para lograr el desarrollo.

Es notorio que ante dicha fuente de injusticia los intereses jamás desaparecerán, por ende, las leyes vendrán a constituir siempre el reflejo de algún interés, por lo que, no es una cuestión de maximizar el problema, sino una tarea de visualizarlo para generar conciencia y propuestas de solución.

No pueden existir milagros pero, mientras tanto, la carga tributaria promedio en esta latitud, se encuentra bajo la mitad de la registrada en los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OECD por sus siglas en inglés). Siendo dicha carga heterogénea, debido a la menor recaudación de impuestos directos como la renta y a la propiedad, sumado a una baja recaudación del impuesto a la renta individual. De lo que se tiene que menos de un tercio de la recaudación es concerniente a impuestos directos. Mientras que, la mayor carga recaudativa recae sobre bienes y servicios de consumo y otros impuestos indirectos, lo que denota que la carga tributaria tiene un sesgo regresivo con implicaciones en las funciones redistributivas de la riqueza a causa de la “*Política Fiscal*”.

Uno de los principios rectores que marcan al derecho universal aterrizado en los derechos humanos, es el denominado de progresividad el cual implica que, cuando un derecho alcanzó un nivel de aceptación este es irremediable, no puede retroceder, por lo tanto, el Estado, tiene la obligación de mantenerlo y perderlo ya que una de las principales características de los derechos de esta categorización es que tienen un carácter inderogable e irrenunciable. Los Derechos de carácter económico social y cultural, tienen una forma de operación que requiere de la prestación pública, de allí que los servicios de salud, educación, justicia, seguridad social, en fin y otros más, son mecanismos por medio de los cuales el estado brinda respuesta a la satisfacción de dichos derechos. Estas respuestas se encaminan a un deber que necesariamente debe tenerse presente al principio de progresividad, al focalizar las metas del Estado a corregir y enmendar los

errores del pasado, para permitir de esta manera la mayor eficacia del nivel logrado para el disfrute de estas prerrogativas “...En el núcleo de las respuestas se emplea preponderantemente la justicia correctiva y en la marginalidad la justicia distributiva. Con miras a las diferentes composiciones que pueden presentar las respuestas – básicamente no acumulativas o acumulativas – es dado señalar que por la variedad de los casos a resolver una misma realización de la justicia puede valerse de distintas composiciones (de resultados semejantes, no idénticos) y a la inversa composiciones coincidentes a nivel superficial pueden producir respuestas de valores diferentes...” (Ciuro, 1976).

Mientras la realidad demuestra que sobre imposiciones directas se tiene que, por un lado la recaudación por el Impuesto al Valor Agregado (IVA) ha crecido, a su vez, el impuesto a la renta se ha reducido si se aprecian las políticas delineadas a la recaudación de los impuestos sobre la renta de empresas vinculadas a la producción y exportación de bienes primarios, ya que las empresas tienen la posibilidad de traslación de la carga fiscal hacia los precios de los bienes y servicios de consumo, debilitando así la capacidad redistributiva. Además, donde existen más recursos naturales, hay una mayor volatilidad de los ingresos tributarios ante los cambios de precios en los mercados internacionales. Esta debilidad, es provocada por las reducidas tasas aplicadas al impuesto sobre la renta en el promedio de los países, las estrechas bases imponibles y los altos niveles de incumplimiento.

Por efectos del principio de progresividad no se esperan resultados idénticos, sino que en la medida de lo posible en el camino de la progresión sean semejantes al goce y satisfacción de los derechos. Mientras tanto, aguarda la espera de la progresión de esta categoría de derechos, las políticas fiscales generan ambientes de regresividad, lo cual dificulta el cumplir con la obligación estatal de prevenir, investigar y sancionar cualquier medida regresiva que afecte al ejercicio de los derechos caracterizados como económicos, sociales y culturales. A esto deben sumarse otros factores como la corrupción y evasión tributaria que disminuyen los ingresos fiscales y afectan a los presupuestos estatales. Por lo que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General No. 24, señala que “...los Estados deben combatir las prácticas de fijación de precios de transferencia e intensificar la cooperación internacional en cuestiones de tributación, así como estudiar la posibilidad de hacer tributar a las multinacionales como empresas individuales...” (CEPAL, 2018) Tal observación, se encamina a instar a los gobiernos a controlar las actividades empresariales, de tal suerte que no se confundan los sublimes intereses del Estado con los intereses de particulares de allí es que para alcanzar un sistema impositivo justo, la política fiscal debe velar por la adecuada configuración de tributos

en coherencia con los derechos atinentes a la dignidad humana de lo contrario la *"Política Fiscal"*, deja de ser justa y *"...como valor, la justicia tiene tres despliegues: vale, valora y orienta. Cabe referirse a la valencia, la valoración y la orientación. La valencia es un deber ser ideal puro, la valoración produce un deber ser ideal aplicado y la orientación se constituye con criterios generales que encaminan la solución..."* (Ciuro, 2001), lo que denota que las *"Políticas Fiscales"* carecen de estos despliegues, no contienen la valencia, ya que no se asimila al deber puro y originario del Estado de satisfacer y permitir el ejercicio y goce de los derechos. Carecen de valoración, por cuanto dejan de producir el efecto del deber ideal al aplicarse las directrices y orientaciones de la política fiscal en el contexto recaudativo. Su orientación, no contiene criterios generales que encaminen hacia la solución de la pobreza e inequidad.

Se aprecia que existen generosos regímenes de exención o beneficios tributarios, los cuales alientan a una estrecha base imponible sobre todo en materia de deducciones personales y ganancias no imponibles. A esto se adicionan los altos niveles de evasión con elevadas tasas de incumplimiento. Siendo factores que reducen los recursos disponibles y atentan contra la capacidad redistributiva del impuesto a la renta, en la medida que se incumplen requisitos básicos de equidad tributaria, destinados a que las personas con mayor capacidad de pago tributen de manera proporcional y coherente con su capacidad y que quienes tienen una igual capacidad de pago erogan el mismo monto en razón del tributo.

Esto genera especulación y volatilidad de los precios, en particular de las materias primas, lo que afecta ciertos tipos de ingresos fiscales, como los asociados a hidrocarburos como es el caso de Bolivia, Colombia, Ecuador, México y Venezuela. Minerales en lo que respecta a Chile y Perú y alimentos como sucede en Argentina. En Bolivia, Ecuador, México y Venezuela, aproximadamente un tercio del total de los ingresos fiscales, son de fuente hidrocarburífera. Respecto a la fuente de financiamiento desde los recursos naturales, Argentina, Chile, Colombia y Perú, tienen una participación aproximada de la mitad del tercio de los ingresos.

El avance y reconocimiento del alcance y efectividad de los derechos, obliga a que los Estados reformulen sus *"Políticas Fiscales"* y que estas, en el ámbito recaudativo, se reorienten a satisfacer los servicios prestacionales que factibilizan el goce de esta categoría de prerrogativas. Por ello las *"Políticas Fiscales"*, al aterrizar en leyes con contenidos jurídicos, deben ser el reflejo de las respuestas a las demandas sociales y las transformaciones de las respuestas jurídicas han de apreciarse siempre con miras a los valores en juego, sean éstos inherentes a las dimensiones

sociológica, normológica o dikelógica, siempre con la finalidad de respetar la primacía de la justicia. Desde el punto de vista formal la plusmodelación, minusmodelación y sustitución del modelo han de medirse mediante la justicia distributiva (relativa), pero para decidir sobre su acierto ha de recurrirse también a la justicia correctiva (absoluta). En definitiva, estas transformaciones se expresan desde el punto de vista formal como cambios en las relaciones de fraccionamientos y desfraccionamientos con que se supera la pantonomía de la justicia. Con relación a las variaciones en los niveles conceptual y fáctico se advierte que la inflación y el vaciamiento tienden a la ideologización, en tanto que la sobreactuación y la deflación conducen a la justificación. Desde el punto de vista del contenido de la justicia, la plusmodelación favorece la igualación y la democracia, en tanto que la minusmodelación tiende a la diferenciación y el liberalismo político (Ciuro, 1976).

La relación entre la recaudación y bases imponibles no sería problema si se diera satisfacción a las demandas sociales insatisfechas, las cuales limitan el espacio fiscal disponible y generan una política de gasto que se encuentra vinculada al ciclo económico. El gasto público social, que, si bien ha crecido, siguen siendo disímil refleja la diversidad de modalidades de provisión de bienes y servicios públicos, como las asignaciones por pensiones y lo destinado para salud, pero los mismos tienen un limitado grado de cobertura en bienes públicos esenciales. Cabe destacar la inclusión que en los últimos años ha existido de diversos programas de transferencias condicionadas, para proveer servicios básicos a sectores poblacionales que no tenían acceso a los sistemas de protección social de tipo contributivo vinculados al mercado de trabajo. Algunos de ellos, entre otros son:

- Argentina: la Asignación Universal por Hijo, el Plan Familias y el Plan Jefes y Jefas de Hogar;
- Bolivia: el Bono Juancito Pinto y el Madre Niño-Niña;
- Brasil: Bolsa Familia;
- Chile: el Chile Solidario;
- Colombia: Familias en Acción;
- Costa Rica: Avancemos;
- Ecuador: Bono de Desarrollo Humano;
- México: Oportunidades; y,
- Uruguay: Asignaciones Familiares.

Es lamentable que la efectividad de estos programas dependa de las condiciones institucionales de cada país y que, además, tengan capacidad de sustentabilidad y sostenibilidad, ya que han empezado a derrumbarse de manera paulatina.

Política Fiscal y su Influencia en la Ley

Como se ha mencionado, por “*Política Fiscal*” se entiende al conjunto de mecanismos e instrumentos con los cuales los Estados obtienen sus ingresos, siendo éstos de manera principal a través de la recaudación tributaria, se configuran en el presupuesto del Estado y el gasto público, con la finalidad de incrementar su crecimiento productivo y satisfacer las necesidades sociales. También se la ha entendido como “...*el uso del gasto y los impuestos para influir en la producción nacional, el empleo y el nivel de precios. Las políticas de gasto del gobierno afectan los beneficios del seguro social, los subsidios a los productores de leche y el empleo en la industria militar. Las políticas fiscales pueden cambiar el monto de su cheque de pago y, por tanto, influir en la decisión de comprar un auto o ir a la universidad*” (Tucker). Es decir, desde cualquier perspectiva, su concepto ha sido influenciado desde las ciencias económicas.

Pese al desarrollo de las “*políticas fiscales*”, desde el ámbito del saber de las ciencias económicas, estas son detonantes e influyentes en la órbita del derecho que, hasta cierto punto, mantienen una permanente comunicación impositiva en la manufacturación de las normas jurídicas aterrizadas en leyes. Entendiéndose que las normas constituyen la captación lógica desde el punto de vista de un tercero sobre un reparto proyectado, que de manera simultánea va describiendo e integrando el reparto, de tal manera manifiesta el contenido de la voluntad del autor de la norma y el mecanismo de su cumplimiento, con conceptos de nitidez y sentido para generar materializaciones tanto en los sujetos como en el objeto al que se destinan. En el presente caso, la captación lógica se ve influenciada por los factores económicos y macroeconómicos, de los que depende el progreso, la riqueza y desarrollo de los pueblos, de los cuales, las acertadas o inapropiadas estrategias o planeaciones depende la superación de los déficits presupuestarios, para el acceso a los beneficios del desarrollo, la satisfacción de necesidades, las demandas sociales, etc. Por lo que, el legislador, proyecta el reparto de potencias e impotencias, manifiesta la voluntad bajo el influjo de los contenidos de las políticas fiscales y los mecanismos de su cumplimiento que al generar materializaciones tanto en los sujetos que son los contribuyentes y el objeto determinado como los tributos, afectan a la ciudadanía contributiva y de manera más específica a los sectores más necesitados y en especial en el orden de la satisfacción de los Derechos Humanos Económicos Sociales y Culturales (DESC).

Tal influjo en la sociedad de parte de las “*políticas fiscales*”, que responden a ideologías como a intereses de los gobernantes de turno, motivo por el cual pasan a ser parte integrante de los planes de gobierno de turno, dejando de responder a un plan de Estado con fases de corto, mediano o largo plazo, que se ven interrumpidas con los cambios de gobierno. Tienen un elemento en común, que son manufacturadas bajo el discurso del desarrollo y la superación de las dificultades presupuestarias bajo slogans como sostenibilidad y sustentabilidad, merecen un diálogo interdisciplinar con el derecho y los sectores sociales receptores del producto de tales políticas, cuanto más que el objeto de la ciencia jurídica se construye, “...*integrando repartos de potencia e impotencia (de lo que favorece o perjudica a la vida humana, dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión axiológica, específicamente dkelógica). Desde la perspectiva dinámica cabe referirse a la actividad vinculada al aprovechamiento de las oportunidades de realizar repartos captada por normas y valorada por un complejo de valores que culmina en la justicia*” (Ciuro, 2011). Por lo tanto, las normas son un conjunto de asignaciones o repartos, de satisfacción o beneficios como también de limitaciones o impotencias, que se expiden desde un espacio de fuerza, que no necesariamente es el poder, dando a notar que responden a un conjunto dinámico de intereses y tensiones.

Dicho conjunto de adjudicaciones o mejor entendido como repartos o despliegues o caracteres (generados desde las políticas fiscales), se compone por: repartidores, que son los conductores (autores de políticas fiscales, presidentes de los países poderes legislativos); beneficiarios, que son beneficiados y/o gravados (pueblo contribuyente gravado con impuestos cual producto de las políticas fiscales); objetos, que son las potencias e impotencias (la carga impositiva establecida por medio de los sistemas tributarios dispuestos como producto de las políticas fiscales); las formas, que son los caminos para llegar a las decisiones (tributos, impuestos, tasas contribuciones); y, las razones que son los móviles, las razones alegadas y las sociales (estudios macroeconómicos determinantes de las políticas fiscales). Los repartidores, son seres humanos identificables que con su actuación, generan las adjudicaciones o elección entre diversas posibilidades, suponiendo la existencia de la libertad (se los comprende como el poder sobre los órganos del Estado que tienen potestad normativa). Los beneficiarios, son quienes receptan las potencias e impotencias, siendo beneficiados y/o gravados (comprenden los ciudadanos o cualquier entidad; no solo sujetos de derechos, sino también de obligaciones). Los objetos de los repartos constituyen lo que favorece o perjudica a la vida humana (determinados en la satisfacción o insatisfacción de los derechos a la salud, educación, etc.). La forma de los repartos es el camino previo elegido y corresponde a la mayor o menor audiencia que se produzca, pudiendo ser de más negociación o mera adhesión, de más proceso o mera imposición (por ejemplo la exigencia social vislumbrada

en las negociaciones de tablas salariales del sector público). Las razones de los repartos son móviles alegados por los repartidores y razones sociales que adjudica la sociedad cuando considera que los repartos son valiosos (la incansable lucha por la dignidad humana). De allí que, según las relaciones que se produzcan entre los repartidores y los beneficiarios, los repartos pueden ser autoritarios o autónomos. Los primeros se desenvuelven por imposición y realizan el valor poder, los segundos se desarrollan por acuerdo y satisfacen el valor cooperación (Ciuro, 2011). En el presente caso las “*Políticas Fiscales*”, generan repartos autoritarios.

En esta dimensión, la “*Política Fiscal*”, afecta a todos los sectores y ámbitos sociales como el desempeño de las actividades cotidianas de la ciudadanía. Son un eje de impacto integral de la sociedad delimitada en una estructura jurídico-política, cuya trascendencia, no solo se refleja en el aspecto económico, sino que además, modula las interrelaciones del tejido social, así irradia en el universo de relaciones y procrea intersubjetividad para activar la inmediata intervención del derecho en las dinámicas relaciones jurídicos-sociales.

La relación intersubjetiva, aparece entre el individuo (contribuyente) y el Estado (administración recaudadora), por medio del hecho generador, que responderá a las necesidades fiscales recaudativas para alimentar las arcas Estatales y destinar el gasto público. Así se tiene que, si la “*Política Fiscal*”, en un «hipotético», detecta que el Estado requiere fondos económicos para mantener su Sistema Penitenciario, contabilizados los gastos que requiere de manera integral este sector de la Administración Pública, se enfocará a calcular el presupuesto para la manutención, determinará los costos corrientes y de inversión en base a la población carcelaria y administrativa; verificará entre otras cuestiones los motivos por los cuales sus ocupantes están en dichos lugares, proyectará el tiempo de estancia. Las proyección de privados de libertad que van ingresando, más otros factores y, según los cálculos y capacidad recaudativa del Estado, recomendará acciones; ya para redistribuir tal población, ya con medidas de libertad progresiva evitando el gasto, ya con formas de descriminalización para cierta clase de conductas, ya en fin; diversas cuestiones que influenciarán en la legislación, tanto en la órbita penal, penitenciaria, administrativa, tributaria, etc. Determinantes para el repartidor y el beneficiario, en la forma y las razones de los repartos de potencias o impotencias.

Lo mismo puede suceder en otras órbitas, ya sea en derechos laborales o de seguridad social, en otro ámbito «hipotético» de este estudio, cuando el repartidor (que tiene el dominio de los intereses y tensiones de la fuerza motivadora de la voluntad repartidora), percibe que el presupuesto corriente para satisfacer las pensiones jubilares ha sufrido un desbalance de activos, para cubrir los rubros periódicos para las personas que se benefician de tal derecho irrenunciable, a una edad mínima cronológica

y de trabajo, cuyo incremento poblacional hace insostenible el cumplimiento de tales obligaciones, generadas por destinar dichos presupuestos a otras obligaciones y como ha sucedido en Ecuador, ante el incontenible gasto público, por la demanda causada, el generador de “*Políticas Fiscales*”, en busca de una salida ante la inminente crisis, decide encontrar un espacio que le sirva de colchón para evitar la inminente demanda y protesta social, por lo que se elevan las edades para la jubilación, distanciando de esta manera la satisfacción de los derechos; afectando tal medida legislación laboral, social, civil, etc.; y mientras tanto, generan tributos como medidas recaudativas para cubrir el bache fiscal a corto, mediano y largo plazo.

Vista la trascendencia, en los diversos ámbitos de operación del derecho, intervienen no solo los factores de demanda social, sino que, contienen un trasfondo autoritario del poder, pudiendo contener intereses económico-fiscales, que determinan el comportamiento recaudativo de los ingresos públicos del Estado, percibidos desde la ciudadanía en diferentes impuestos creados como medidas para paliar las “*crisis económicas*” con variadas creatividades y formas como tributación por circulación de capitales, al rodaje vehicular, a la transferencia de propiedades, las modificaciones a bases impositivas del impuesto a la renta, la adquisición de bienes y servicios, etc. Los cuales agravan la situación económica de lo más débiles, los carenciados, aquellos cuyo nivel de vida no les alcanza para satisfacer sus necesidades básicas debido a las exigencias Estatales, que tampoco logran estabilizar la crisis económica. En una sola expresión, provocan lesión de “*Derechos Humanos*”.

Las “*Políticas Fiscales*”, tienen un hermanamiento indisoluble con los “*Derechos Humanos*”, ya que éstas se encaminan a lograr el bienestar humano, que solo es posible con dignidad, si estas los atienden, satisfacen tales prerrogativas, de lo contrario generan violación de los derechos de la dignidad humana; teniendo presente que “*...los derechos humanos se... presentan ante todo como un dato del lenguaje moral y político, con una trascendencia jurídica todavía limitada – aunque gradualmente va siendo mayor – si [se atiende] al nivel de la eficacia...*” (Ballesteros, 1989). Sin pretender conciliar las graves discusiones de su afinidad y conceptualización, los “*Derechos Humanos*”, se presentan como un aspecto multidimensional, por un lado: “*Derechos*”, cual realidad juridificada; y, por otro: “*Humanos*”, cual aspecto de lo esencial de la especie. En definitiva, se dirá que son “*valores morales – juridificados*”, que en un momento de contexto histórico geográfico, cultural, social, etc., llegan a ser de irrefutable exigibilidad, producto de un ejercicio de consenso autoritario o de cooperación, donde las adjudicaciones, una vez dispuestas en el reparto, son inderogables, cuya exigencia y cumplimiento son irrefutables, ya que, de manera primordial, toda persona “*...en el disfrute de sus libertades... estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el*

reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática” (Naciones Unidas, 1948).

Debido a que, todo estudio sobre “*Políticas Fiscales*” recaudatorias aterrizan en las leyes internas de los Estados, en virtud del principio de legalidad, todo tributo al interior de los Estados, se establece por Ley previa, siendo las Cartas Fundamentales de los países, los primordiales reguladores de estas medidas; así por ejemplo, como muestreo, se tiene que Argentina (Constituyente), Bolivia (Plurinacional, 2009) y Ecuador (Asamblea Constituyente, 2008), en sus respectivas Constituciones, contienen un candado consistente en que los proyectos de Ley en materia tributaria, son potestad exclusiva del ejecutivo y se aprueban vía legislativa, sin que exista intervención de la participación ciudadana, ni ser dominio del control social. Sobre tal aspecto, la CIDH, ha enfatizado que “...*los derechos de participación, rendición de cuentas, transparencia y acceso a la información... son principios fundamentales plenamente aplicables a las políticas fiscales. De ese modo, deben implementarse en todo el ciclo de las políticas, desde la elaboración de los presupuestos y los códigos tributarios o la asignación de gastos hasta la supervisión y evaluación de las consecuencias...*” (CIDH, 2017). Siendo las “*Políticas Fiscales*” políticas públicas en materia económica, es necesario destacar que la principal recomendación a los Estados, es la construcción de políticas públicas con participación ciudadana y un control social. En el caso de Ecuador (excepto en materia tributaria y pública fiscal), para construir políticas públicas sectoriales, se convoca a los diferentes sectores sociales y se implementan parámetros de medición de su avance y cumplimiento. Más ante la visualización normativa de los países de la región, en materia Tributaria y Fiscal, no interviene nada más que una interacción entre el máximo mandatario de los respectivos poderes ejecutivos y las funciones legislativas, es decir solo interviene en su formación los repartidores que manifiestan su voluntad impositiva.

Tales cuestiones, evidencian que en la toma de decisiones fiscales recaudativas del Estado, se impide la intervención ciudadana y con esto, se limitan los derechos de participación, haciéndolos inoperativos. De allí sus efectos no previsibles en los sectores sociales hasta que se emiten los resultados de las “*Políticas Fiscales*” y tal falta de previsibilidad de parte de los beneficiarios, agrava los efectos de la insatisfacción de las demandas sociales, aterrizando en afectaciones a los derechos, como entre otros, se tienen los siguientes casos:

Argentina. - Según el 168º Periodo de Sesiones de la Comisión interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2017), se sostiene que: «*la negativa Estatal a hacer uso de impuestos a la propiedad inmueble para regular un mercado crecientemente*

especulativo ha obstaculizado la garantía del derecho a la vivienda. Adicionalmente, el gobierno ha implementado medidas regresivas en materia de seguridad social que comprometen niveles mínimos esenciales de los derechos para la población con discapacidad y la niñez. Todo ello en un contexto de graves fallas en materia de transparencia, participación y rendición de cuentas sobre los recursos que se dejan de percibir producto de exenciones tributarias que impiden dar un debate democrático sobre las alternativas existentes». De esto se tiene que la falta de intervención social en la construcción de las "Políticas Fiscales", generan que no haya un adecuado direccionamiento de los espacios recaudativos para financiar el gasto público, provocando un vacío de satisfacción que afecta a otros sectores de atención prioritaria, teniendo presente que no existe un desarrollo democrático de la tributación.

Brasil.- Según el 168º Periodo de Sesiones de la CIDH (CESR, INESC, et al., 2015), este país *«ha tomado medidas que significan retrocesos inadmisibles en los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC), como la Enmienda Constitucional 287, que desmontan el principal mecanismo redistributivo y de protección social, sin el cual se estima que la pobreza entre la población menor de 75 años no sería del 8,76% sino del 65%; calculándose que con la reforma del techo de gastos, el gasto primario caerá del 20% al 12% del Producto Interno Bruto (PIB) entre 2016 y 2026, afectando al presupuesto tanto de infraestructura como de programas sociales claves como Bolsa Familia, que pasarían a recibir del 8% al 3% del PIB en dicho período, siendo socialmente insostenible y haría recaer un ajuste innecesario en las poblaciones más vulnerables, mientras se conservan privilegios fiscales y tributarios en beneficio de los sectores más acaudalados».*

Por el direccionamiento unipolar de la formación de las Políticas Fiscales, deja de cubrir programas de satisfacción social, para cubrir otros espacios con déficit presupuestario, dejando de invertir en los aspectos de mayor importancia (el componente humano – la razón de ser de la sociedad y del Estado); el retirar de la percepción ciudadana un derecho adquirido, como en el presente caso viabilizado por medio de programas sociales, implica una grave violación al principio de progresividad y prohibición de no regresividad de los derechos que marca la limitante al Estado, so pena de decaer en incumplimiento de obligaciones internacionales, que una vez establecidos o marcados los parámetros de un derecho, estos son irreductibles e irreversibles, marcando un nivel de la figura ni un paso atrás; que de retroceder, impacta configurando responsabilidad internacional del Estado, siendo su dimensión, la onda o medida de desarrollo del derecho, que no es estática, sino que la medida de cada derecho prosigue en evolución. Los derechos sociales, en lo sustancial son la **protección social** ante eventos como la maternidad, paternidad, jubilación, seguridad social, desempleo, enfermedad, accidentes laborales,

etc.; el **derecho al trabajo en** condiciones equitativas, sin discriminación y con remuneración digna y derecho a la sindicación; **derecho a un salario** periódico por un tiempo pre establecido, por la realización de un trabajo determinado con determinación de tiempo y forma de pago; **derecho a una vivienda** adecuada y digna para la persona y su familia, con salud y bienestar; **derecho a una alimentación** adecuada, a seguridad y soberanía alimentaria; **derecho a la salud** y asistencia sanitaria completa y pública; **derecho al acceso a la cultura** en todos los ámbitos de la vida pública y privada; **derecho a una educación**, libre universal, gratuita y obligatoria. Los cuales una vez reconocidos o establecidos, reflejan el nivel de desarrollo de un pueblo. Que en el caso de Brasil, la falta de direccionamiento adecuado de los espacios recaudatorios, revelan serias violaciones de los DESC.

Colombia. - Prosigue la CIDH (CESR, INESC, et al. , 2015), indicando que este país *«puede aumentar su recaudación de impuestos. Una alternativa es aumentar la base gravable. Las cifras oficiales indican que los beneficios tributarios generaron pérdidas fiscales del orden del 7,5% del PIB en 2016, convirtiéndole en el país de América Latina con el gasto tributario más alto. Estos ingresos representarían la mitad de los recursos necesarios para implementar el Acuerdo de Paz en los próximos 15 años. Por otro lado, están las pérdidas fiscales por fenómenos de corrupción o evasión, que según estimaciones ascienden a 4.6% del PIB anualmente. En materia de corrupción, tiene el puesto 96 entre 180 países, situándolo como un país con altos niveles de corrupción. Además, medidas propuestas por un Comité de Expertos en Política Tributaria creado por el gobierno, que no fueron incluidas en la última reforma tributaria de 2016, tales como ampliar la progresividad del impuesto a la renta y establecer un impuesto al patrimonio generarían recursos del orden del 0,6% y el 1% del PIB. Con ello, se podría financiar un programa para erradicar la pobreza y cumplir con el ODS 1 de la Agenda 2030, lo cual se estima costaría alrededor del 1,5% del PIB. Por último, otra alternativa para generar recursos adicionales para asuntos sociales y la paz es la del impuesto a las bebidas azucaradas. La Comisión de Expertos indicada, recomendó considerar este tributo en la reforma de 2016, para destinar dichos recursos a temas como educación y salud a través del Sistema General de Participaciones, lo cual generaría ingresos adicionales al Estado equivalentes al 1% del PIB. Adicionalmente, tendría impactos importantes en la salud, específicamente en la disminución de enfermedades crónicas no transmisibles. Pese a estos argumentos, esta alternativa fiscal no ha sido tenido en cuenta por el Gobierno».*

En la realidad colombiana, se visualiza que la destinación recaudatoria del Estado, al no aceptar el adecuado asesoramiento, sumado al alto clima de violencia que por décadas atraviesa esta parte de la región, que con este matiz, expresa nuevas

manifestaciones de violaciones a los “*Derechos Humanos*”, estimula la lucha por los derechos básicos y por su falta de aplicación generalizada y la acumulación de demandas sociales, coincide con una ampliación de la esfera de influencia de estas prerrogativas de la dignidad humana, cuya reacción es un incremento de tensiones y movilizaciones sociales. El aumento de la desigualdad y la exclusión traen como resultado mayor conflictividad y violencia social, con un carácter de generalizada, no canalizada a través de movimientos políticos, porque no se han roto los diques de control de la sociedad. Violencia que adquiere formas cada vez más amenazantes de descontento social que afectan seriamente la consolidación de la democracia, ya desestabilizada por problemas de corrupción (Ora & Gómez, 2000). La falta de aplicación de los derechos humanos, pese a la ampliación de su reconocimiento en su sistema jurídico denota una cultura autoritaria, corrupción e impunidad como algo cotidiano que, en mayor o menor grado, afecta a su estructura social, ya en el funcionamiento institucional como en la mentalidad colectiva, incidiendo negativamente en la situación de los “*Derechos Humanos*” y la consolidación democrática, con una falta de cultura que puede suponer incluso el debilitamiento de los aspectos puramente formales de su Estado de derecho (Molina, 1998).

Perú. - La CIDH (CESR, INESC, et al. , 2015), en su estudio determinó que este país, *«tiene una presión tributaria por debajo del promedio de América Latina y el gasto social es uno de los más bajos de la región. El gasto público per cápita tanto en salud como educación, está por debajo del promedio regional. Entre el 2014 y 2016, incurrió en un déficit fiscal creciente, frenando la tendencia ascendente en el gasto de salud, incurriendo en ampliaciones de emergencia. Siendo medidas desproporcionadas e innecesarias, si se tienen en cuenta las alternativas existentes. Se estimó que el costo fiscal de exoneraciones, tasas tributarias reducidas y otros tratamientos preferenciales en el 2016 fue del 2,1% del PIB, que equivale a 4.000 millones de dólares, superando el presupuesto para salud. A su vez, las pérdidas por evasión tributaria y contrabando se estimaron en 7,5% del PIB, lo que en 2016 significaría 50.000 millones de dólares, dos veces todo el presupuesto para educación pública.»*

Tales medidas no solo van configurando la insatisfacción social e incluso los posibles elementos de responsabilidad internacional del Estado, ya que Perú, en el artículo 10 de su Constitución Política, establece que el Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida (Congreso de la República de Perú, 1993), a esto se suma la prohibición neta de irretroactividad. La fuerza del derecho, interactúa con las instituciones políticas, sociales y jurídicas, aplicando una gran influencia, sustentada en la cobertura de la aceptación social y no regresión de las conquistas, concesos

e imposiciones sociales, materializadas en los textos constitucionales. Una de aquellas expresiones del poder del derecho, es el principio de progresividad, que por excelencia es la fórmula de un: “¡alto!”, “la barrera que impide voltear la mirada”, “el camino es hacia el frente y no para atrás”. En fin, como quiera que se lo confeccione, impide a todo órgano de poder público y estatal normar o adoptar legislaciones o “*Políticas Fiscales*” de manera regresiva, quitando o eliminando prerrogativas ya difundidas en el plasma social. Por tanto, el principio de progresividad es la expresión que el lenguaje humano ha seleccionado para comprender la onda expansiva de los derechos sobre la atmósfera social. Dicha tendencia, debe delimitarse en extremos que no han de ser fronteras que no deben cruzarse, sino que la onda del síntoma, alcance y efecto de los “*Derechos Humanos*”, tiene características dinámicas de desarrollo y evolución cuya medida de captación y velocidad de impregnación, se encuentra dentro de la potencia que genera la voluntad social para imponer al poder Estatal. Tales medidas regresivas, en consecuencia lesionan de manera grave los DESC.

Pueden seguirse sumando los ejemplos en otros países de la región, que pese a sus heterogéneas realidades, denotan la constante: que la “*Políticas Fiscales*”, no se están elaborando al servicio de la sociedad, que por salvar otros aspectos con déficit presupuestario, se asumen como menos importantes los recursos destinados a satisfacer el derecho a la educación, salud, seguridad social, remuneración, etc., se limita el propio derecho al desarrollo desactivando derechos de participación para la toma protagónica de temas de interés general sin tener presente que “...la política fiscal es relevante en la consideración de las cuestiones de derechos humanos y la extrema pobreza. Los bajos niveles de ingresos fiscales nacionales, en particular, podrían ser un obstáculo importante para el cumplimiento de la obligación del Estado de garantizar el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Una evaluación basada en derechos humanos de la política fiscal es especialmente necesaria debido al impacto de la crisis financiera global que se inició en 2008 y a sus repercusiones en curso en el disfrute de los derechos humanos en todo el mundo...” (Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, 2013). Como colorario, se tiene que – Brasil, Colombia, Perú y Argentina – han alcanzado niveles de desarrollo suficientes para erradicar la pobreza a través de políticas redistributivas compatibles con un mayor dinamismo económico, lo cual se ve reflejado en que su ingreso per cápita supera ampliamente las líneas de pobreza. Es lamentable que estos países, como otros más en el contexto interamericano, no han aprovechado el potencial de dichas políticas para reducir la desigualdad en la distribución del ingreso (CESR, INESC, et al. , 2015). Pues la mirada a las “*Políticas Fiscales*”, hace notar que en los países de la región debido a tales medidas, se recortan satisfacciones de derechos, privando de los servicios de salud,

educación, seguridad social, etc., lo cual implica una regresividad, cuestión que compromete la responsabilidad internacional de los Estados.

Como Christian Courtis (2009) explica, el contenido mínimo de los derechos debe apreciarse desde su progresividad y no regresividad, ya que constituyen los primeros estándares que se contemplan a los efectos de medir cumplimiento de derechos, a los cuales se debe agregar, como obligaciones con “efecto *inmediato*” derivadas del desarrollo progresivo de los DESC; y con ello, que la garantía de los derechos se ejercen sin discriminación y que las políticas incorporan el principio de igualdad; debido a que la obligación de proteger a los sectores más vulnerables de la población o que requieran políticas y acciones prioritarias, viene acompañada de la obligatoriedad de producción de información para la formulación de políticas, sumado al principio de participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas públicas, con las garantías de acceso a la información y acceso a la justicia.

“Los derechos humanos tal como [se conciben] actualmente y como [se aspira] a que imperen, están conformados por un conjunto de principios, declaraciones y mecanismos de vigencia y aplicación, cuyo objetivo es ampliar constantemente y de manera progresiva la esfera de la libertad individual y social, de la responsabilidad compartida por el desarrollo, de la solidaridad y la equidad sin restricciones, y del bienestar común, en un marco de paz, cooperación y aplicación de la democracia” (Jaramillo & Naranjo, 2002). Por lo que las dimensiones hacia donde se extienden las “*Políticas Fiscales*”, que siendo una manifestación del Poder del Estado, son de relevancia al momento de poner sobre la mesa los derechos y con mayor énfasis los DESC; ya que dicho en otras palabras este principio o lo que es lo mismo el de “...no regresividad constituye una herramienta fundamental en la efectividad de los derechos humanos, en especial de los económicos, sociales y culturales. En tal sentido, los diferentes instrumentos internacionales de protección de tales derechos reconocen que tal propósito solo es alcanzable con el paso del tiempo y que en todo caso no deben ser adoptadas medidas que impliquen un retroceso en su efectividad, salvo que se encuentren suficientemente justificadas” (Bernal & Guzmán, 2010).

Los Estados, tienen la obligación no discrecional de direccionar su gasto público a la satisfacción de las demandas sociales que no son más que el goce de derechos humanos de carácter económico, social y cultural, los cuales no constriñen una activación automática, su sistema de operatividad depende del instrumento prestacional que brinda la sociedad, por ello, es que “...la protección de los derechos humanos requiere la disponibilidad de recursos públicos para financiar las instituciones y servicios básicos que son condición necesaria para garantizar los derechos

humanos..." (Ruiz, 2015). Las sociedades humanas, buscan un estado de bienestar, donde el interés común del "*bienestar*", se refleje en su cotidianidad, siendo el desvalor del bienestar general, la pobreza que llega acompañada de fenómenos concomitantes, como el hambre, el desempleo, la falta de educación, insalubridad y con ello la corrupción que campea como caldo de cultivo en un estado de pobreza. Las zonas más desatendidas por el Estado, es donde se tendrá una constante de inseguridad, con generación de conflictos sociales que alteran la paz y el orden público, con matices de violencia y arbitrariedad, por cientos de familias pobres, que no logran acceder al goce de derechos. Esa violencia recreará un hábitat singularizado por la precariedad, pobreza y conflictividad social; afectará al derecho a la dignidad, cual resultado del fracaso de los modelos de gestión por falta de voluntad política para atender y satisfacer necesidades básicas de los más desprotegidos. El factor social no puede ser atendido de manera aislada, sin considerar los aspectos de desarrollo local, económico, falta de empleo, escasas de oportunidades, privaciones arbitrarias de libertad, ejecuciones extrajudiciales, privación del derecho de expresión, delincuencia, etc., por ser detonantes interconectados que automáticamente generan una reacción en cadena.

Al respecto, "*...no se trata solo de la cuantía en concepto de ingresos fiscales, sino del tipo de impuesto aplicado desde la óptica de derechos humanos; ciertos gravámenes al consumo tienen un impacto proporcionalmente mayor en las personas más pobres, reduciendo su poder adquisitivo y, por tanto, su capacidad para satisfacer sus DESC*" (Ruiz, 2015). Es la actividad Estatal, contraria al bien común o a la dignidad humana, que denota la ilegitimidad del Estado, cuyo origen viene desde el momento en que se produce la distinción formal entre gobernantes y gobernados, la lucha de clases y de poderes, el zigzag que coloca a un grupo a veces en la cúspide y otras en el último escalón; como muchos "*...pensadores del quehacer público ubican al hombre dentro de una conducta egoísta y perversa, o bajo un determinante sociológico exclusivo. Según Shakespeare... 'todos los hombres son malos y reinan en su maldad'. Para Hobbes, debido al egoísmo 'cada hombre es un enemigo para los demás, por falta de un poder visible que lo mantenga a raya'...*" (Ballen, 2002). Lo que denota que el hombre por naturaleza misma busca para sí toda propiedad y derecho ocasionando el caos en el orden constituido "*La causa final, fin o designio de los hombres (que naturalmente aman la libertad y el dominio sobre los demás)*" (Hobbes), ejercido con la utilización del aparato Estatal. Es ilegítima la actividad pública Estatal que denigra la dignidad humana permitiendo las violaciones de los derechos, "*...de allí, que se justifique legitimar moralmente a un Estado, cuando reconoce y garantiza a los derechos humanos*" (Rojas, 1998).

Es así que, en específicos aspectos no solo por cuestiones de vulnerabilidad, sino de género, las *“...desigualdades, como las que existen entre hombres y mujeres. En muchos países, la desigualdad económica extrema resulta preocupante debido a los efectos perniciosos que la concentración de riqueza puede acarrear para la equidad en la representación política. Cuando la riqueza se apropia de la elaboración de las políticas gubernamentales secuestrándolas, las leyes tienden a favorecer a los ricos, incluso a costa de todos los demás. El resultado es la erosión de la gobernanza democrática, la destrucción de la cohesión social y la desaparición de la igualdad de oportunidades”* (Ruiz, 2015). La pobreza afecta a los sectores históricamente más rezagados y constituye en sí un ataque sistematizado y generalizado contra los *“Derechos Humanos”*; y, en el deber fundamental de prevenir de los Estados, estos tienen la responsabilidad de evitar tales circunstancias. Según la CEPAL, haciendo la comparación general de las tasas de pobreza y de pobreza extrema entre este organismo y las mediciones nacionales da lugar a cuatro posibles situaciones. En nueve países, las cifras de la CEPAL se encuentran por debajo de las cifras nacionales en ambos indicadores. En tres países, las cifras de la CEPAL son menores para la pobreza extrema, pero mayores para la pobreza total. En tres países, la pobreza extrema medida por la CEPAL es mayor, pero la pobreza total es menor. Finalmente, en Colombia, las cifras de la CEPAL son más altas para ambos indicadores (MarcadorDePosición1) (CEPAL, 2018). Situación que vendrá a denotar niveles altos de pobreza encubiertos ante la comunidad jurídica internacional. Con altos niveles de insatisfacción de los derechos sociales, los cuales no siempre se los ha vislumbrado en la misma medida que otro sistema de derechos, cuya activación es automática como los civiles y políticos, *“Las finanzas públicas son esenciales para la provisión de protección social, infraestructura y servicios básicos como educación y sanidad... las principales vías de acceso a recursos públicos a disposición de los estados son los impuestos, la deuda y la cooperación internacional...”* (Ruiz, 2015).

Según un informe de Oxfam Internacional *“...la desigualdad económica extrema es perjudicial y preocupante por varias razones: además de ser moralmente cuestionable, puede repercutir negativamente en el crecimiento económico y la reducción de la pobreza, así como multiplicar los problemas sociales. Asimismo, agrava otro tipo de desigualdades, como las que existen entre hombres y mujeres. En muchos países, la desigualdad económica extrema resulta preocupante debido a los efectos perniciosos que la concentración de riqueza puede acarrear para la equidad en la representación política. Cuando la riqueza se apropia de la elaboración de las políticas gubernamentales secuestrándolas, las leyes tienden a favorecer a los ricos, incluso a costa de todos los demás. El resultado es la erosión de la gobernanza democrática, la destrucción de la cohesión social y la desaparición de la igualdad de oportunidades”* (Oxfam GB, 2014). Pese a

postularse el constitucionalismo del Estado social de derechos y democracia, el indicador de que *“...La extrema pobreza es la denegación de todos los derechos humanos... establece por consiguiente un vínculo indivisible entre cada uno de los derechos de la persona. Los Estados tienen la responsabilidad primaria de aplicar el conjunto de derechos de los más pobres. La pobreza extrema es incompatible con el ejercicio del derecho a un nivel de vida adecuado...”* (CIDH, 2017). Las *“Políticas Fiscales”*, permiten la perduración de la extrema pobreza o facilitan el acceso al ejercicio del derecho a un nivel de vida adecuado; en consecuencia, la falta de atención es una vulneración generalizada, que entraña la obligación Estatal de caminar, de manera urgente hacia la erradicación de este fenómeno. Las *“Políticas Fiscales”*, tienen una gran deuda en este orden, en especial para la atención de los derechos sociales, cuyo primordial enfoque es la reivindicación, ante las exclusiones inequidades sociales y pobreza que no efectivizan ni acerca los derechos a la individualidad humana; para ser de manera armoniosa *“Políticas Fiscales”*, estas deben de caracterizarse por facilitar el acceso al derecho a un empleo y a un salario justo; a la protección social en casos de necesidad, en sus distintas dimensiones; a la vivienda; a la educación gratuita y de calidad; a la sanidad; a un entorno saludable, al acceso a la cultura y a todos los ámbitos de la vida pública de la comunidad; a la alimentación y a la soberanía alimentaria. Que en definitiva estos derechos, permiten a la individualidad humana, el acceso al disfrute de todos los derechos, lo cual resulta quimérico, ya que en *“... Muchos países no cuentan con un sistema tributario eficaz por diversos motivos internos: porque las autoridades fiscales carecen de recursos técnicos y materiales, por la corrupción de las élites políticas o por la magnitud de la economía informal...”* (Ruiz, 2015), y para traspasar de la utopía a la realidad, se requiere de voluntad y verdadera capacidad para generar estrategias plenas que permitan dilucidar la efectividad de los derechos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su artículo 2 consagra:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

La expresión *«hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente»* implica la focalización y reorientación de las *“Políticas Fiscales”* recaudativas con las cuales el Estado financia y conforma el presupuesto para el gasto público, debiendo ser este elemento, el principal instrumento de medición de los Estados en sus metas cumplidoras de los *“Derechos Humanos”* y en especial de los DESC; aunque *“Los métodos*

habituales utilizados para evaluar si un Estado está usando todos los medios disponibles para garantizar los DESC solo se centran en el análisis del gasto público y no analizan los esfuerzos gubernamentales en la recaudación de impuestos como vía para incrementar el máximo de los recursos... relación directa entre política fiscal y los derechos humanos..." (Ruiz, 2015). Pese a que tal obligación, se encuentra reiterada en el corpus iuris referente, ya que desde el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en sus artículos 26 y 29; el artículo 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales; el artículo 2.1, 5.2 y 11.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Establecen el principio de progresividad, que si bien, "...por definición, un deber progresivo no puede ser sujeto de sustentación legal ante una Corte porque un Estado no tiene la obligación de adoptar ninguna medida específica dentro de un marco de tiempo específico. Las limitaciones presupuestarias y financieras podrán impedir que un Estado tome cualquier tipo de acción positiva. Una corte no podrá forzar a un Estado a hacer algo que está más allá de su alcance financiero y de su capacidad técnica" (Melish, 2003). Siendo el mismo sistema interamericano, que se ha pronunciado en el sentido de que el principio de la progresividad es inherente a todos los instrumentos de derechos humanos a medida que se elaboran y amplían (OEA, 1993). Cosa que las "Políticas Fiscales", no lo han desarrollado y sirven como instrumento de limitación, denotando de esta manera que los "...efectos asimétricos de los ciclos económicos recesivos sobre las poblaciones en situación de desventaja no logran ser contrarrestados por periodos de expansión, los cuales se agravan con las políticas de austeridad y alimentan la exclusión y perpetúan la desigualdad socioeconómica. Los principios de derechos humanos también contribuyen a cimentar un pacto fiscal basado en la movilización de los recursos para financiar los derechos hasta 'el máximo de los recursos disponibles'; la redistribución de la riqueza para reducir la desigualdad de ingresos y otras desigualdades; y la rendición de cuentas entre el Estado y la ciudadanía..."(CESR, INESC, et al. , 2015).

Siendo como lo es un tema de sumo interés para la Comunidad Jurídica Internacional, cada Estado debe de trazar lineamientos y estrategias que garanticen la efectividad de los Derechos Humanos y en especial de los DESC, como muchos Informes y pensadores, han mencionado que "...la implementación de tributos que desalienten las prácticas especulativas de los mercados, la derogación de privilegios tributarios innecesarios, implementación de estrategias efectivas de combate a la evasión y la elusión, así como un mejor diseño y control del gasto público, podrían generar recursos suficientes para erradicar la pobreza, contribuir al cumplimiento de otros Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y superar los déficits históricos en los DESC" (CESR,

INESC, et al., 2015). Debiendo comprenderse que en el ámbito de los Derechos Humanos, en el momento histórico en que aparece tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como la Declaración Americana de los Derechos del hombre, reconocen a los derechos tanto civiles y políticos como a los económicos sociales y culturales, “... *negando en su texto la dicotomía artificial – tanto normativa como operativa – que posteriormente se estableció entre ellos*” (Martin & Rodríguez, 2006). Tal dicotomía artificial, no puede alterar el estado natural humano y siendo como lo es el ser humano, gregario por naturaleza, para lograr su desenvolvimiento en la sociedad, requiere la factibilidad de los DESC. En este sentido las políticas Fiscales, no deben alejarse de las dimensiones de la progresividad en el ejercicio de los DESC, para la satisfacción de las demandas sociales y evitar la impunidad y la configuración de la responsabilidad Estatal.

Los DESC, van ligados al concepto de sociedad, de allí que en su máxima expresión, no se encuentren de manera general reconocidos o catalogados en su más completa amplitud dentro de las Constituciones, por lo que en ciertas ocasiones, se “...*los reconoce y sitúa en el marco de los derechos a acciones positivas del Estado (prestaciones en sentido amplio) junto con los derechos a protección y los derechos a organización y procedimiento, denominándoles derechos a prestaciones en sentido estricto...*” (Alexey, 2009), pero de cualquier manera que se lo sustente, son exigibles, con vigencia y rigor coercitivo por su incumplimiento, distinto a los tradicionales civiles y políticos – sobre los que también impactan las políticas fiscales – ya que estos derechos tienen un sistema de operatividad que depende del instrumento prestacional que brindan los Estados a través de sus políticas fiscales, “...*los principios de derechos humanos constituyen un marco que apuntala las funciones clave de la política fiscal y la tributación...*” (CERS, et al., 2017). Los derechos humanos, tienen operación tridimensional como principios, derechos y garantías para la plena efectividad de los derechos, naciendo así la obligación de que los Estados deben tomar medidas pertinentes para un análisis integral de las políticas fiscales (Carmona, 2014) y de esta manera enfrentar la pobreza y pobreza extrema, con un marco amplio de políticas de carácter redistributivo que reduzcan los niveles extremos de desigualdad socioeconómica (CERS, et al., 2017).

Son relevantes para tomar en cuenta dentro de la elaboración de la “*Política Fiscal*”, el “...*aseguramiento de los niveles mínimos esenciales; movilización del máximo de recursos disponibles para la realización progresiva de los DESC; realización progresiva y no regresividad de estos derechos; y el principio de igualdad y no discriminación*” (CIDH, 2017). En ese sentido, en Colombia su desarrollo jurisprudencial ha indicado por medio de la Corte Constitucional, en Sentencia C-038 del 27 de enero de 2004, que la progresividad vinculada a la “*Política Fiscal*”, en

materia de los DESC, implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos; al reconocimiento de prestaciones y protecciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos; la no excusa por el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, los contenidos mínimos de esos derechos; e, implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida (Corte Constitucional de Colombia, 2004). Lo cual resulta relevante, ya que *“El quintil más pobre tiene menos acceso a la educación, a los servicios, a la inclusión social y laboral. Es más dependiente de las transferencias que vengan del sector público”* (Barcena), ha dicho la representante del CEPAL, en relación a América Latina, pues la insatisfacción de empleo, protección social, vivienda, educación, entorno saludable, acceso a la cultura y alimentación, se los podrá avizorar como males que aquejan a la sociedad, donde las dimensiones de las *“Políticas Fiscales”*, que vuelve factible los DESC, se apreciaran aún limitadas para el ejercicio y goce de estos derechos.

La Observación General No. 24 del Comité de los DESC, señala que *“...los Estados deben combatir las prácticas de fijación de precios de transferencia e intensificar la cooperación internacional en cuestiones de tributación, así como estudiar la posibilidad de hacer tributar a las multinacionales como empresas individuales”* (CEPAL, 2018). Pues los grupos de poder influyen en la manufacturación de la Política Fiscal y, mientras ello suceda, las grandes asimetrías sociales persistirán.

Los esfuerzos de los Estados en la región, para entender esta problemática del ámbito de la teoría general de los *“Derechos Humanos”* y las *“Políticas Públicas”* recaudatorias, aunque de manera aún limitada, encuentran ciertos avances en las cortes latinoamericanas al emitir ciertos fallos, referentes a las políticas fiscales, sustentándose sobre la base de ciertos principios constitucionales, cuya visión aún no resulta satisfactoria, pues ante el escaso desarrollo jurídico, han resuelto con sustento en principios como el de igualdad, proporcionalidad, capacidad contributiva, reserva de ley, generalidad, no confiscatoriedad, progresividad y otros. En esta línea, la Corte Suprema Argentina, ha generado jurisprudencia sobre dichos principios constitucionales aplicados al sector tributario; en igual virtud, lo ha hecho la Corte Constitucional Colombiana, cuando por ejemplo, a declarado inexecutable la extensión del IVA a productos de la canasta básica o cuando preservó exenciones para garantizar el derecho a la alimentación. También, se ha desarrollado jurisprudencia atinente a temas de políticas públicas relacionadas con derechos específicos como educación, vivienda, salud, seguridad social y referentes a lo financiero, aspectos que son cercanos al gasto público. Esto denota que los órganos jurisdiccionales internos, como las

cortes internacionales, se encuentran desarrollando la doctrina sustantiva de “*Política Fiscal*” y “*Derechos Humanos*”.

Muestra de aquello, se tiene que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en el caso Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (2012) destacó que el derecho a la vivienda requiere de la legislación para ser operativo, siendo preciso hacer un balance entre diferentes intereses y derechos, incluidas las disponibilidades financieras – ya que – hay un contenido mínimo que debe ser resguardado y cuya lesión hace posible la intervención judicial y el control judicial de razonabilidad de las políticas públicas en materia de vivienda, consiste en verificar si se ha cumplido con el contenido mínimo del derecho. Este órgano jurisdiccional que es el más alto en administración de justicia en la Nación Argentina, para lograr el indicado desarrollo, se ha sustentado en la aplicación del PIDESC y en instrumentos del Comité DESC referidos a la progresividad y a la cláusula de los máximos recursos disponibles contenida en el artículo 2 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2007) señalando que si el Estado alega una carencia de recursos debe demostrar tal circunstancia a través de un análisis integral del presupuesto, no resultando suficientes las alegaciones puramente genéricas. tiene un interés suplementario, pues se trata de un caso iniciado por una menor con un hijo discapacitado, que vivían en la calle, y patrocinados por el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad.

Conclusiones

1. Las “*Políticas Fiscales*”, determinan los mecanismos por los cuales los Estados obtienen sus ingresos, realizan el gasto y los impuestos para influenciar en la producción nacional.
2. Los Estados al aplicar las cargas impositivas gravan a los más necesitados, generando pobreza al interior de sus territorios.
3. Se establecen desmedidos beneficios para sectores empresariales, por medio de sistemas de exoneraciones impositivas.
4. Existe injusticia en la emisión de políticas fiscales por falta de atención a los sectores sociales
5. Estas políticas, orientan y direccionan la elaboración de leyes y medidas para satisfacer los requerimientos presupuestarios Estatales.
6. Al ser concernientes a materia fiscal, las políticas solo pueden materializarse mediante ley.

7. Toda ley en materia fiscal-tributaria se imparte por iniciativa del ejecutivo para aprobación legislativa sin participación ciudadana y control social.
8. Para satisfacer déficits presupuestarios, las políticas ficales dejan de atender sectores sociales como salud, educación, seguridad social y empleo.
9. La falta de control en la elaboración de las “*Políticas Fiscales*”, genera pobreza y limitación al desarrollo de los pueblos.
10. El desarrollo de la teoría del derecho orientado a “*Políticas Fiscales*”, es aún de reciente desarrollo.

Bibliografía

- OEA. (1951 de diciembre de 1951). OEA. Recuperado el 16 de junio de 2020, de Departamento de Derecho Internacional: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_inte-ramericanos_A-41_carta_OEA.asp
- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) · Center for Economic and Social Rights (CESR) Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DeJusticia) · Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) FUNDAR, Centro de Análisis e Investigación. (Octubre de 2015). *Tax Justice*. Recuperado el 01 de junio de 2020, de http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2015/10/cidh_fiscalidad_ddhh_oct2015.pdf
- Yirepa. (s.f.). *Yirepa, economía y finanzas*. Recuperado el 20 de mayo de 2020, de La política fiscal: <https://yirepa.es/la%20pol%C3%ADtica%20fiscal.html>
- Constituyente, A. *Constitución de la Nación Argentina*.
- Plurinacional, A. L. (2009). *Constitución Política del Estado de Bolivia*. Bolivia.
- Center for Economic and Social Rights (CESR) / Instituto de Estudios Socioeconómicos (INESC) / OXFAM Brasil/ OXFAM / Conectas Derechos Humanos / La Plataforma de Derechos Humanos (DHESCA Brasil)/ Justicia Global/ Ministerio Público de la Defensa de la Ciu. (2015). *Informe elaborado con ocasión de la Audiencia Temática ‘Control del gasto público, políticas fiscales y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*.
- Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos. (s.f.). *NNUU*. Recuperado el 03 de 06 de 2020, de Derechos Humanos de la Política Fiscal y Tributaria”, Ginebra 2013, disponible en: https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.

aspx?sourcedoc=/Documents/Issues/EPoverty/QuestionnaireFiscalTaxPolicy_sp.pdf&action=default&DefaultItemOpen=1

- Ciuro, M. (1976). *Aportes para una Teoría de las Respuestas Jurídicas* (Reedición ed.). Rosario, Argentina: Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario.
- Ciuro, M. (2011). *Estrategia Jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Editorial de la Universidad Nacional de Rosario.
- Ciuro, M. (1976). *Aportes a una Teoría de las Respuestas Jurídicas* (Reedición ed.). Rosario, Argentina: Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario.
- Ciuro, M. (2001). *El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)*. Rosario, Argentina: Fundación para las Investigaciones Jurídicas.
- Ciuro, M. (1976). *Aportes para una Teoría de las Respuestas Jurídicas* (Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario ed.). Rosario, Argentina.
- CEPAL. (2018). *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2018. Los desafíos de las políticas públicas en el marco de la agenda 2030*. Recuperado el 4 de junio de 2020, de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43405/4/S1800082_es.pdf
- Ciuro, M. (1976). *Aportes para una Teoría de las Respuestas Jurídicas*. Rosario, Argentina: Consejo de Investigaciones Universidad Nacional de Rosario.
- Tucker. *Macroeconomía y Política Fiscal* (Vol. 5).
- Ballesteros, J. (1989). *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. En *Artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*.
- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. En A. Constituyente, *Artículo 135*. Montecristi, Ecuador.
- Ora, J., & Gómez, F. (2000). *Textos básicos de derechos humanos y derecho internacional humanitario*. Universidad de Deusto.
- Molina, G. (1998). *Acerca de la exigibilidad y realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en América Latina y el Caribe*. Bogotá, Colombia: Editorial Kimpres.
- Congreso de la República de Perú. (1993). *Constitución Política del Perú*. Perú.
- Courtis, C. (2009). *Desde otra mirada*. Argentina: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Jaramillo, T., & Naranjo, R. (2002). *Manual de Aplicación de Normas Internacionales de Derechos Humanos en el ámbito jurídico*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Annabel.





- Bernal, J., & Guzmán, C. (2010). *Los Derechos Humanos, Una Mirada transdisciplinaria*. Colombia: Grupo editorial Ibañez.
- Ruiz, L. (2015). *Fiscalidad y Derechos Humanos: una relación ignorada*. Madrid, España.
- Ballen, R. (2002). *Ilegitimidad del Estado*. Bogotá, Colombia: Editorial Carre.
- Hobbes, T. *El Estado*. México: Fondo 2000 Cultura para todos.
- Rojas, G. (1998). *Introducción al estudio de la macrojurisprudencia*. Colombia: Ediciones Gustavo Ibáñez.
- CEPAL. (2018). *Medición de la Pobreza. Actualización metodológica y resultados*. Chile.
- Oxfam GB. (enero de 2014). Recuperado el 19 de 05 de 2020, de <https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/bp-working-for-few-political-capture-economic-inequality-200114-es.pdf>
- Melish, T. (2003). *La Protección de los Derechos Económicos Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Ecuador: Centro de Derechos Económicos y Sociales.
- OEA. (1993). *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Anual.
- Martín, C., & Rodríguez, D. (2006). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Distribuciones Fontamara.
- Alexey, R. (2009). *Derechos sociales y ponderación*. España: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- CERS, ACIJ, Dejusticia, FUNDAR, CELS, INESC, y otros. (Febrero de 2017). Comentario al informe provisional "Pobreza, pobreza extrema y derechos humanos" de la CIDH. 8-14.
- Carmona, M. S. (2014). *Informe de la Relatora Especial sobre la extrema pobreza y los derechos Humanos*. ONU.
- CIDH. (2017). *Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas* (Vol. 147). OEA.
- Sentencia, C-038 (27 de enero de 2004).
- Barcena, A. (s.f.). Recuperado el 16 de 05 de 2020, de <https://actualidad.rt.com/actualidad/302158-pobreza-extrema-alcanzar-america-latina>
- Caso "Q. C., S. Y. C/ Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (24 de abril de 2012).
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (01 de Diciembre de 2007). Declaración sobre la Evaluación de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos que disponga de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto.



La revisión como garantía normativa y recurso extraordinario en el Código Orgánico Integral Penal



David Isaías Jacho Chicaiza
Juez de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

El presente ensayo contiene un enfoque sobre el recurso de revisión en la jurisdicción penal ecuatoriana, como garantía normativa del derecho de impugnación, desde el ámbito del Estado constitucional de derechos y justicia, basado en su desarrollo normativo desde la óptica de nuestra legislación interna en consonancia con el bloque de constitucionalidad por efectos del pluralismo jurídico, en relación además con los referentes jurisprudenciales y doctrinarios que sobre el tema existen; sobre la base de estos postulados, se analizan los principios y parámetros que deben coexistir y verificarse positivamente para la admisión de este remedio procesal, con la finalidad de enervar una sentencia en materia penal pasada en autoridad de cosa juzgada.

Abstract

This essay contains an approach on the appeal for review in the Ecuadorian criminal jurisdiction, as a normative guarantee of the right to impugnment, from the scope of the constitutional State of rights and justice, based on its normative development from the perspective of our internal legislation in line with the block of constitutionality due to the effects of legal pluralism, in addition to the jurisprudential and doctrinal references that exist on the subject; On the basis of these postulates, the principles and parameters that must coexist and be verified positively for the admission of this procedural remedy are analyzed, in order to undo a sentence in criminal matters passed in the authority of res judicata.

PALABRAS CLAVES

recurso de revisión - appeal for review
jurisdicción penal - criminal jurisdiction
desarrollo normativo - normative development

La teoría de la impugnación, a través de sus principios y postulados, coadyuva a delimitar la esencia de los recursos en la jurisdicción penal; en el ámbito de la revisión, sin duda alguna, se establece que es una garantía normativa del derecho de impugnación, de carácter extraordinario y vertical, cuya postulación, admisión y procedencia, en gran medida, depende del cumplimiento inexorable de los requisitos establecidos en la ley, desarrollados por la jurisprudencia y la doctrina; en esta ocasión, aquel es el tema de nuestra disertación.

1. La revisión en el Estado constitucional de derechos y justicia

El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; ergo, el entorno dogmático del artículo 1 de la Constitución de la República determina la simbiosis jurídica de un ámbito conceptual fuertemente diferenciado:

Según Ávila (2008), el Ecuador es un Estado constitucional ya que "(...) la constitución determina el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad y la estructura de poder. La constitución es material, orgánica y procedimental. Material porque tiene derechos que serán protegidos con particular importancia que, a su vez, serán el fin del Estado; orgánica porque determina los órganos que forman parte del Estado y que son los llamados a garantizar los derechos (...); por consiguiente, se vislumbra que la Constitución materializa ciertos principios y derechos, entre ellos el de impugnación como parte de los derechos de protección, del debido proceso y defensa, en ese contexto, el artículo 76 numeral 7 literal m), de la Constitución de la República establece que:

(...) En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

(...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (...).

Este derecho, *per se*, es el antecedente constitucional que da origen a la revisión como recurso extraordinario en materia penal, materializando así el derecho a recurrir el fallo, desde la óptica del Estado Constitucional; a la vez, se distingue también que la Constitución de la República es orgánica ya que determina el órgano -Función Judicial- que, como parte del Estado es el llamado a garantizar los derechos de los usuarios del sistema de justicia; en sentido amplio, la Corte Nacional de Justicia con jurisdicción y competencia para conocer y resolver los recursos de casación y revisión¹; en sentido estricto, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, con competencia para conocer los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera²; en ese contexto, se avizora que la revisión tiene su antecedente jurídico en el ámbito material y orgánico del Estado Constitucional.

El Ecuador es un Estado de derechos, y al respecto, Ávila (2008), enseña lo siguiente:

(...) El Estado de derechos nos remite a una comprensión nueva del Estado desde dos perspectivas: (1) la pluralidad jurídica y (2) la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado. (...) En el Estado constitucional de derechos, en cambio, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican (...) En suma, el sistema formal no es el único Derecho y la ley ha perdido la cualidad de ser la única fuente del derecho. Lo que vivimos, en términos jurídicos, es una pluralidad jurídica (...).

Ergo, se determina que el Estado de derechos lleva implícito el pluralismo jurídico; en ese contexto, las normas que integran el bloque de constitucionalidad son de imperativo cumplimiento para los órganos jurisdiccionales, así, el derecho de impugnación,

¹ Constitución de la República del Ecuador: Art. 182: "(...) La Corte Nacional de Justicia tendrá jurisdicción en todo el territorio nacional y su sede estará en Quito.". Art. 184: "Serán funciones de la Corte Nacional de Justicia, además de las determinadas en la ley, las siguientes: 1. Conocer los recursos de casación, de revisión y los demás que establezca la ley. (...)".

² Código Orgánico de la Función Judicial: Art. 186: "Competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conocerá: 1. Los recursos de casación y revisión en materia penal, incluida la penal tributaria y penal aduanera; (...)".

base fundamental de la revisión, tiene su referente en principios y normas de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, *per se*, forman parte del bloque de constitucionalidad, entre ellos, el Artículo 8, numeral 2, literal h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que en torno a las garantías judiciales categóricamente señala que: “(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

En el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se indica que: “(...) Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley (...)”.

En ese contexto se determina la naturaleza jurídica del Estado de derechos en torno al derecho de impugnación.

La Constitución de la República determina que el Ecuador es un Estado de Justicia, al respecto, Ávila (2008) refiere que:

“(...) una norma y un sistema jurídico debe contener tres elementos para su cabal comprensión: descriptivo, que es el único que ha sido considerado por la ciencia jurídica tradicional (la regla o enunciado lingüístico), prescriptivo (los principios y, entre ellos, los derechos humanos), y valorativo o axiológico (la justicia). Sin uno de estos tres elementos, el análisis constitucional del derecho sería incompleto e inconveniente. Se funden tres planos del análisis, el legal, el constitucional y el filosófico-moral, todos en conjunto para que la norma jurídica tenga impacto en la realidad (eficacia del derecho) (...) la invocación del Estado a la justicia no significa otra cosa que el resultado del quehacer estatal, al estar condicionado por la Constitución y los derechos en ella reconocidos, no puede sino ser una organización social y política justa”.

Con lo expuesto *ut supra*, se avizora que el Estado de Justicia tiene como fin último la concreción de la justicia a través de la aplicación del derecho (principios y reglas); en el ámbito de la revisión como medio de impugnación se determina ciertamente que el derecho a recurrir el fallo está materializado con las garantías normativas establecidas por el legislador para este instituto jurídico de carácter extraordinario y taxativo con el objetivo de cristalizar la justicia como fin de la administración de justicia en el Estado ecuatoriano.

2. La revisión como garantía normativa del derecho a recurrir y del derecho de impugnación desde la óptica de la jurisprudencia y la doctrina

La Corte Constitucional, respecto al derecho a recurrir, mediante sentencia No. 095-14-SEPCC, dictada el 04 de junio de 2014, dentro del caso No. 2230-11-EP, ha señalado lo siguiente:

(...) La facultad de recurrir del fallo trae consigo la posibilidad de cuestionar una resolución dentro de la misma estructura jurisdiccional que la emitió, por ello el establecimiento de varios grados de jurisdicción para reforzar la protección de los justiciables, ya que toda resolución nace de un acto humano, susceptible de contener errores o generar distintas interpretaciones en la determinación de los hechos y en la aplicación del derecho (...) Es claro, sin embargo, que el derecho a recurrir al igual que todos los demás derechos constitucionales, debe estar sujeto a limitaciones establecidas en la Constitución y la Ley, siempre que respondan a la necesidad de garantizar los derechos de las demás partes intervinientes, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (...)."

Con lo anotado precedentemente, la garantía normativa de la revisión está determinada en las reglas del Código Orgánico Integral Penal, en función del principio de legalidad; así el artículo 658 del Código *ut supra* establece:

(...) Procedencia.- El recurso de revisión podrá proponerse en cualquier tiempo, ante la Corte Nacional de Justicia, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria por una de las siguientes causas:

1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta.
2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada.

3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados (...).

Así mismo refiere las siguientes reglas: "(...) La revisión solo podrá declararse en virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada. No serán admisibles los testimonios de las personas que declaren en la audiencia de juicio. La interposición de este recurso no suspende la ejecución de la sentencia (...)".

Por su parte, el artículo 659 inciso segundo del Código invocado, determina que: "(...) El escrito de interposición del recurso será fundamentado y contendrá la petición o inclusión de nuevas pruebas, caso contrario se declarará inadmisibile y se lo desechará sin lugar a uno nuevo por la misma causa (...)".

Según las garantías normativas indicadas, el recurso de revisión, procederá únicamente cuando se haya identificado la o las causales por las que se presenta el medio impugnatorio, para que su fundamentación sea acorde a la causal invocada por el propio recurrente; además deja en claro que la revisión, solo opera con la presentación de pruebas nuevas que tenga como fin, demostrar el error de hecho en la sentencia impugnada, logrando desvirtuar la autoridad de cosa juzgada que pesa sobre el revisionista.

La Corte Nacional de Justicia, al delimitar el ámbito material del recurso de revisión, dentro de la sentencia dictada en el caso 1063-2014 ha establecido que:

(...) por el recurso de revisión se busca la invalidación de una sentencia que se encuentra ejecutoriada, en pos de reivindicar la verdadera realidad histórica de los hechos y cuando la verdad procesal resulta ser discordante; de allí que, la divergencia que plantea el recurso de revisión, entre la verdad formal y la real, genera una alteración en el orden y en la seguridad jurídica ya establecida, por eso es que se trata de un recurso extraordinario, excepcional (...).

Asimismo, mediante sentencia emitida dentro del juicio No. 583-2014, ha determinado que la revisión es:

(...) una figura excepcional que debe cumplir con los principios de taxatividad, limitación, trascendencia y autonomía, a lo que ha de sumarse que la característica principal radica en el error facti. Por el principio de taxatividad, los motivos para acceder a la revisión están determinados por la ley, no se puede cuestionar aspectos del proceso, como la competencia, errónea tipificación o grado de participación, forma de culpabilidad, falta de motivación, ya que esto implicaría forzar su aplicación. Mediante el principio de limitación, el

actuar del juzgador está circunscrito a resolver con base en lo propuesto por el accionante, sin que el Tribunal pueda corregir oficiosamente, cuando la causal planteada es incorrecta por la limitación que supone el principio dispositivo previsto en el artículo 168.6 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. A través del principio de trascendencia, los fundamentos planteados deben ser sólidos, coherentes y fundamentados, a fin de poder desestabilizar la resolución de cosa juzgada y emitir un fallo en que se rectifique la realidad de los hechos. Finalmente por el principio de autonomía, las causales alegadas deben ser justificadas individualmente con cada hecho y con las pruebas que lo sustentan, para el desarrollo lógico de cada afirmación y establecerlas con su debido respaldo jurídico ya que al revisar una sentencia en firme, se ejerce una actividad jurisdiccional excepcional, ya que a través de este medio de impugnación se ataca el principio de cosa juzgada, (*res iudicata pro veritate habetur*) que es el elemento base en el que se sustenta la seguridad jurídica (...).

La Corte Constitucional al analizar el recurso de revisión en materia penal, en la sentencia No. 055-16-SEP-CC, dictada dentro del caso 0435-12-EP, de 24 de febrero de 2016, en torno a la fundamentación y presentación de prueba nueva, ha desarrollado el siguiente argumento:

(...) este Organismo en varias decisiones ha sido enfático en señalar que el recurso de revisión penal posee una naturaleza extraordinaria, por cuanto, aunque el proceso penal público haya concluido con la emisión de una sentencia condenatoria, su interposición hace posible que se pueda presentar nuevos elementos probatorios.

(...) De los fragmentos jurisprudenciales precitados y en armonía con lo expuesto se colige que el recurso de revisión es extraordinario y especial, puesto que no constituye una instancia más y, únicamente puede ser interpuesto cuando los jueces ad quem han fundado una sentencia penal condenatoria y ejecutoriada, en un error judicial, afectando con ello los derechos a la libertad e inocencia del sentenciado.

Al respecto, el ordenamiento jurídico ha previsto la posibilidad de interponer el recurso de revisión, a fin de que las partes procesales puedan incorporar nuevas pruebas para confirmar o revocar la sentencia recurrida, es decir, las nuevas pruebas ayudarán a generar nuevos elementos de juicio que permitirán inteligenciar a los juzgadores respecto a la culpabilidad o inocencia del recurrente.

Para la procedencia del recurso en mención, el legislador ha previsto ciertos requisitos, entre los cuales se encuentra que la solicitud de revisión esté debidamente fundamentada, a más de determinar la práctica de nueva prueba, y que el recurrente invoque una a una las causales taxativamente determinadas para el efecto.

En definitiva, el recurso de revisión procede cuando existe una sentencia en firme, que ante nuevas circunstancias -reición conocidas o suscitadas con posterioridad al juzgamiento- los jueces nacionales están en el deber de conocer y determinar si aquellas constituyen prueba del error judicial en la emisión del fallo recurrido, lo cual trae como consecuencia jurídica, dejar sin efecto una sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada, creando de esta manera nuevos efectos y consecuencias jurídicas, conforme a la normativa establecida por el legislador (...).

Tomando como referente el ámbito dogmático del recurso de revisión, en relación a su naturaleza jurídica y marco conceptual, Leone, citado por Rodríguez (2008), señala que “La revisión se dirige a la eliminación de la sentencia injusta sobre la base de elementos nuevos. La eliminación, por tanto, del error judicial no se hace por efecto de una nueva valoración de las pruebas, sino por efecto de la sobrevinencia de nuevas pruebas”.

Zavala (2004), refiriéndose al recurso de revisión, manifiesta lo siguiente:

(...) es un modo de impugnación de carácter extraordinario, especial, con efecto devolutivo pero sin efecto suspensivo, que tiene por objeto una sentencia condenatoria penal firme que se considera errada, a base de alguna de las clases de error previstas expresamente por la ley; con la finalidad de obtener la revocatoria de dicha sentencia para ser remplazada por una sentencia simplemente absolutoria, o por una sentencia rehabilitadora post mortem (...).

Por su parte, Roxin (2000) expresa que:

(...) La Revisión del procedimiento sirve para la eliminación de errores judiciales frente a sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada. En la exposición sobre la cosa juzgada material (...) se ha mostrado que la paz jurídica solo puede ser mantenida, si los principios contrapuestos de seguridad jurídica y justicia son conducidos a una relación de equilibrio. El procedimiento de revisión representa el caso más importante de quebrantamiento de la cosa juzgada en interés de una decisión materialmente correcta. Su idea rectora reside en la renuncia a la cosa juzgada, cuando hechos conocidos posteriormente muestren que la sentencia es manifiestamente incorrecta de manera insostenible para la idea de justicia (...).

De lo anotado precedentemente, se advierte que, el recurso de revisión tiene fuertes características técnicas y de excepcionalidad; el mismo, controla y analiza la sentencia ejecutoriada, con la aportación de prueba nueva, que logre desvirtuar la cosa juzgada, su naturaleza conlleva a ser un recurso de carácter extraordinario y de excepción, encaminado a corregir los errores “*de facti*” existentes en la sentencia de condena, sobre la cual, le compete pronunciarse al Tribunal de Revisión, en el ámbito conceptual, constitucional, jurídico y procesal del recurso de revisión en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

3. Exégesis sobre la interposición del recurso de revisión y su admisibilidad

Calderón (1965), respecto de la interposición del recurso de revisión, puntualiza con acierto que: “(...) El memorial con que se propone el recurso, no es un simple alegato de instancia. Su forma y contenido se encuentran señalados por la ley, de manera que su elaboración se ajuste a la técnica de una demanda (...) la petición por la cual se solicita la revisión de un proceso, técnicamente es una demanda (...) porque es una acción que se promueve contra la autoridad de la cosa juzgada (...).

La teoría de la impugnación determina que los recursos proceden solo en los casos previstos en la ley, siempre que se sometan a las reglas establecidas en la legislación procesal penal, ergo, su interposición se supedita al ámbito de tiempo, lugar y modo dispuestos para cada caso. Así, para admitir un recurso de revisión, es imperativo observar el cumplimiento de estos parámetros.

Siguiendo esta línea de pensamiento, es posible indicar que el tiempo, el lugar y el modo, constituyen ámbitos que diseñan los requisitos de admisibilidad, exigencias que, una vez verificadas, permitirán que un escrito contentivo de un recurso de revisión sea admitido a trámite.

En el ámbito procesal existen garantías normativas que determinan lo siguiente: la revisión puede ser interpuesta por la persona condenada, por cualquier persona, o, incluso por el mismo juzgador (legitimación), respecto de aquellas sentencias de condena que se encuentren ejecutoriadas, por lo mismo, el recurso puede interponerse en cualquier momento (ámbito de

temporalidad), para que sea remitido a la Corte Nacional de Justicia (lugar). Además, es preciso que el escrito de interposición del recurso de revisión se encuentre debidamente fundamentado, con la petición o inclusión de nuevas pruebas, y con la correspondiente explicación de su trascendencia y pertinencia (modo), so pena de la inadmisión del recurso. En tal virtud, se estudia cada una de los ámbitos referidos:

Legitimación.

El legitimado activo, dentro del recurso de revisión, según las reglas del artículo 659 del Código Orgánico Integral Penal, puede ser la persona condenada, cualquier persona o incluso el mismo juzgador, si aparece la persona que se creía muerta o se presentan pruebas que justifiquen su existencia, con posterioridad a la fecha del cometimiento del supuesto delito.

En los demás casos, solo podrá ser legitimado, la persona condenada, y si ha fallecido, podrán serlo: su cónyuge, su pareja en unión de hecho, sus hijos, sus parientes o herederos.

Sentencia de condena.

La resolución a ser impugnada a través de un recurso de revisión, en materia penal, necesariamente debe ser una sentencia condenatoria ejecutoriada, emitida por un órgano jurisdiccional, es decir, una decisión en la cual se haya realizado el juicio de tipicidad y culpabilidad de una persona, por una conducta penalmente relevante, típica, antijurídica y culpable constitutiva de un delito, respecto de la cual, no existan pendientes medios de impugnación horizontales o verticales, y haya causado estado según las reglas procesales.

Temporalidad.

El recurso de revisión como medio impugnatorio, tiene que ser interpuesto por el legitimado activo, de forma oportuna, es decir, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria como lo señala la ley.

Lugar.

Procesalmente se debe verificar que se cumpla el parámetro de "lugar"; el escrito que contiene el medio de impugnación y el auto que concede el recurso de revisión, tienen que establecer que se interpone para ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia.

Sobre el tema, la Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 13-2017, de 3 de mayo de 2017, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 21, de 23 de junio de 2017, estableció el siguiente

criterio: “Artículo único.- El escrito de interposición del recurso de revisión debe ser presentado al juez o jueza de instancia o de fuero que dictó la primera sentencia, según el caso, para ante la Corte nacional de Justicia”.

Modo.

Sobre dicho parámetro, en el recurso de revisión existen condiciones legales sobre la técnica de interposición, que aborda tres puntos, el primero sobre qué causal de revisión basa su recurso, el segundo relacionado con la fundamentación y el tercero respecto de la petición o inclusión de nuevas pruebas:

Como respuesta al primer ámbito, se ha determinado que únicamente las tres causales determinadas en el artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, permitirán que a través de este medio impugnatorio, se revise la sentencia de condena, es decir: “(...) 1. Si se comprueba la existencia de la persona que se creía muerta. 2. Si existen, simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre una misma infracción contra diversas personas sentenciadas que, por ser contradictorias, revelen que una de ellas está errada; y, 3. Si la sentencia se ha dictado en virtud de documentos o testigos falsos o de informes periciales maliciosos o errados (...)”.

Respecto a la fundamentación, este aspecto determina un estudio de forma de los escritos de interposición, que se deriva de la tecnicidad de esta vía extraordinaria y que se sostiene sobre la máxima jurídica que determinados derechos constitucionalmente consagrados son relativos, entre estos, el de recurrir, así, Cerda San Martín (2011), enseña que “(...) no constituye un simple mecanismo disponible, sino un mecanismo destinado a dar satisfacción a un interés real y legítimo (...)”, es decir, la fundamentación expuesta en el libelo, debe demostrar la existencia de la causal invocada por el recurrente.

El Código Orgánico Integral Penal, establece que el recurso de revisión, deberá estar fundamentado, dicha regla, se encuentra establecida en el artículo 659, inciso tercero, del código invocado, que señala: “(...) El escrito de interposición del recurso será fundamentado y contendrá la petición o inclusión de nuevas pruebas, caso contrario se declarará inadmisibles y se lo desechará sin lugar a uno nuevo por la misma causa (...)”; ergo, el escrito de interposición de forma imperativa, debe estar fundamentado, con la consecuencia de que, la infracción a aquel precepto, deriva en la inadmisión del recurso y que se deseche el mismo por parte del órgano jurisdiccional competente.

Los parámetros para considerar fundamentado el recurso de revisión se basan en los siguientes principios: a) Taxatividad, esto es, que la petición se adecúe en una de las causales permitidas

por la legislación para la interposición del recurso; al respecto, Rodríguez (2008), señala que dicho principio enfoca que el recurso “(...) se debe proponer únicamente dentro de las precisas causales previstas por el legislador como motivos que han de llevar a revisar el proceso en que se hubiere proferido la sentencia demandada (...)”; b) Trascendencia, es decir, que los fundamentos planteados deben ser sólidos, coherentes y fundamentados, a fin de poder desestabilizar la institución de cosa juzgada; Rodríguez (2008) enseña que “(...) El argumento del accionante expuesto en la demanda debe estar edificado sobre hechos y medios de prueba suficientemente sólidos, que tengan vocación para derribar la sentencia transida a cosa juzgada (...)”; y, c) Autonomía, por el cual, si se alegan como existentes varias causales del artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, en un mismo escrito de interposición, se haga una fundamentación o explicación razonada de cada una de ellas; Rodríguez (2008) señala que “(...) El escrito en el que se promueve la acción de revisión debe estar ceñido en conjunto a los hechos, derechos y pruebas que soportan el argumento demandatorio (...)”.

La fundamentación de cada causal de revisión exige: i) La descripción del hecho fáctico que determine la existencia de la causal de revisión alegada; ii) La pertinencia de la nueva prueba para comprobar el hecho factico en el cual se basa la interposición del recurso, sin que resulte aceptable la mera enunciación de medios de prueba si no viene acompañada de una descripción clara y detallada de la forma en la que ellos enervaran las conclusiones a las que se ha arribado en la sentencia impugnada; y, iii) Una argumentación que demuestre las razones concretas por las cuales se considera que el hecho factico que sirve de base a la revisión, se adapta a la causal invocada.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 659, inciso tercero, del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el inciso segundo del artículo 658 del código invocado, el escrito de interposición del recurso de revisión deberá incorporar prueba nueva (*ex novo*), es decir, aquella que no ha sido conocida en la etapa procesal (juicio) por parte de los órganos de justicia, y que tampoco haya estado en conocimiento del inculpado en el momento procesal oportuno, para hacerla valer a su favor, sobre el tema, Rodríguez (2008), enseña lo siguiente

(...) Por prueba nueva debe entenderse y comprenderse la surgida o conocida con posterioridad a la sentencia que puso fin a la actuación procesal, por lo que no existió la oportunidad de aducirla en el sistema procesal (...) o introducirla en la actuación, de conformidad con los principios del sistema procesal acusatorio, para ser controvertida. En otras palabras: prueba nueva es la que no pudo ser conocida al momento de los debates probatorios (...) El carácter de novedoso del medio de prueba (documento o testimonio) es que no fue anunciado por las partes procesales, ni introducido a

la actuación penal, ni controvertido en el juicio oral y público y tiene la suficiente vocación para remover los efectos de la cosa juzgada que contiene la sentencia demandada (...)"

Ergo, este requisito, consolida formal y materialmente la propuesta de revisión, siempre y cuando, haya el recurrente en su libelo, superado los dos aspectos anteriores, identificando la causal y fundamentando la existencia de la misma, justificando con la petición o inclusión de prueba nueva, el error de hecho en la sentencia condenatoria

En función de los principios de legalidad y seguridad jurídica, está vedado en sede de revisión, que los testimonios rendidos en audiencia de juicio, sean reproducidos como prueba; puesto que, la revisión solo podrá declararse virtud de nuevas pruebas que demuestren el error de hecho de la sentencia impugnada.

Por las consideraciones que preceden, se advierte que, quien acude al órgano jurisdicción, para postular una propuesta de revisión, debe cumplir con los parámetros indicados *ut supra*, para justificar la trascendencia de su argumento, con el objetivo de enervar la cosa juzgada.

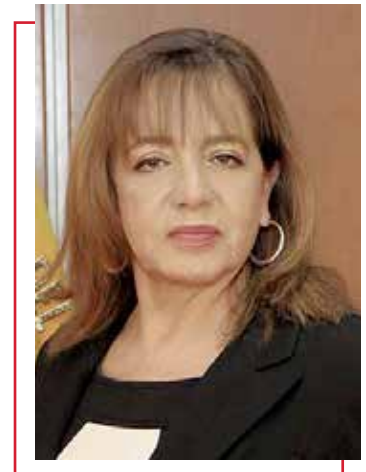
Bibliografía



- Ávila Santamaría, R. (2008). La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Quito, Ecuador: V&M Gráficas.
- Calderón, F. (1965). Casación y Revisión en materia penal. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional.
- Cerda San Martín, R.; Felices, M. (2011) El nuevo proceso penal: Contitucionalización, principios y racionalidad probatoria. Lima, Perú: Grijley.
- Rodríguez, O. (2008). Casación y Revisión Penal. Bogotá, Colombia: Temis.
- Roxin, C. (2000). Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Zavala Baquerizo, J. (2004). Tratado del Derecho Procesal Penal, Tomo X. Guayaquil, Ecuador: Edino.



La autoría por instigación, según el Art. 42.2.a) del Código Orgánico Integral Penal



Dilza Virginia Muñoz Moreno
Jueza de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

Este artículo explica la conceptualización y ubicación de la instigación en el Derecho Penal ecuatoriano. La instigación como uno de los roles del sujeto activo de la infracción, se ha venido manteniendo a través de los tiempos como parte de la autoría. Sin embargo, tal sujeto adquiere esa calidad y aparece en la escena de la tipificación como autor, siempre y cuando la instigación o consejo haya sido determinante para el cometimiento de la infracción. Por lo tanto, no es un simple consejo sino de tal naturaleza que, en la psiquis del instigador, del aconsejador exista esa condición de mentor, cuyo objetivo es lograr convencer al sujeto que hará el papel de autor directo dentro de la trama delincinencial. Estamos diciendo que un simple consejo sin una intención personal para que ocurra el hecho punible no cumple con las especificaciones creadas por el legislador para esta calidad de autoría.

Abstract

This article explains the conceptualization and location of instigation in Ecuadorian Criminal Law. The instigation as one of the roles of the active subject of the offense, has been maintained over time as part of the authorship. However, such a subject acquires that quality and appears on the scene of the classification as an author, as long as the instigation or advice has been decisive for the commission of the offense. Therefore, it is not a simple advice but of such a nature that, in the psyche of the instigator, of the adviser there is that condition of mentor, whose objective is to convince the subject that he will play the role of direct author within the criminal plot. We are saying that a simple advice without a personal intention for the offense to occur does not meet the specifications created by the legislator for this quality of authorship.

PALABRAS CLAVES

Instigación - instigation
Derecho Penal - Criminal Law
sujeto activo - active subject
infracción - offense
psiquis del instigador - psyche of the instigator
autor - author
calidad de autoría. - quality of authorship.

Art. 42.- Autores.- “Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades: ...

2. Autoría mediata:

a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión...”

Es decir, dentro del concepto de autoría, en la forma como está ejemplificada la norma, se observa la instigación como autoría mediata.

Ha querido decir el legislador, que se reconocerán como autores de una infracción a todas las formas de actuación señaladas en el Art. 42 del COIP, y entre ellas la instigación, tomando como sinónimo al consejo, siempre y cuando se pruebe que la instigación o el consejo del autor mediato determinó la comisión del delito.

La instigación o incitación vista por el legislador ecuatoriano

El Profesor Dr. Edgardo Donna realiza un análisis histórico para recabar el origen de la instigación, llegando a establecer que en el siglo XVIII la doctrina conocía sólo al causante y al cómplice. La figura del causante implicaba lo físico y lo intelectual. La causalidad intelectual estaba precisada cuando se logre “determinar la voluntad de otro a la producción del efecto antijurídico”.¹ En la segunda década de ese siglo, se cambia el término “causante físico”, por “autor”, pero para el medio siglo se escoge la palabra “instigador” para nombrar al “causante intelectual”, es decir, al actual autor mediato. “El Código Penal alemán de 1871, que siguió el modelo francés, que a su vez tuvo como modelo el Código Penal prusiano de 1851 distinguía entre autor, cómplice e instigador.”²

Nuestro actual Código Orgánico Integral Penal, ni el anterior Código Penal, no asimila la instigación con la autoría como la hacen otras legislaciones, sino que la cataloga, la relaciona como autoría mediata o intelectual.

Al existir dos formas de intervención criminal: la autoría y la complicidad, el único lugar donde cabía la instigación era la autoría, como así se ha consignado a la autoría por instigación, como antes lo hacía el Código Penal ya derogado.

Autoría por instigación que únicamente se concreta cuando “el **consejo** ha determinado (concretado, comprobado) la perpetración del delito”. Pero esa instigación y/o consejo debe resultar de tal manera determinante para que influya dolosamente en la psiquis de otro que será quien ejecute el delito. “Es característico del comportamiento del inductor incidir de manera especial en la formación de la voluntad del autor en otro (el inducido), a quien persuade sobre la conveniencia de la ejecución del delito, mediante el estímulo por las ventajas que le reporta el delito o la eliminación de sus inhibiciones de índole ética o moral y del

¹ Donna, Edgardo Alberto, La autoría y la participación criminal, segunda edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág.122.

² Márquez Cárdenas, Alvaro E., La autoría mediata en el Derecho Penal, formas de instrumentalización, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, Colombia, 2002, pág. 27.

temor a las consecuencias del delito.”³ Quien aconseja no ejerce un poder de persuasión, no le interesa si el consejo se cumple o no; mientras que quien incita o instiga a otro lo hace con el propósito de que el otro ejecute lo que él quiere, aunque siempre dependerá del instigado hacerlo o no hacerlo.

Diríamos que el verbo rector que rige la instigación es “convencer”. El instigador quiere, el aconsejador es un consejero, un asesor, un instructor. Por ello el verbo rector aconsejar que se lo ha comparado con instigar, para los efectos penales requeridos, debe llevar en su sustento esa finalidad emanada del promotor, como promotor para se consume la infracción que él tiene previsto suceda.

La doctrina distingue a la autoría desde varias teorías: ontológica, teleológica, objetiva y subjetiva. La ontológica “considera que el autor y el partícipe se distinguen según fuere el causante del resultado o mero ayudante hacia él [...] la teleológica [...] estima que el autor y el partícipe se distinguen con arreglo a juicios de imputación [...] Mientras la teoría objetiva exige que el sujeto realice personalmente el injusto típico para que sea autor, considerando partícipe a quien solo aporta una ayuda del autor, la teoría subjetiva requiere que el autor actúe con dolo o interés de tal, en tanto partícipe es quien se comporte con dolo o interés de tal.”⁴

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano ubica a la instigación como una de las formas de autoría. De ninguna manera establece que la instigación o consejo al delito forme parte de la participación, porque no hay esta figura (participación) en el Código Penal, y como ocurre en una buena parte de legislaciones de Centro y Sur América, en las que, una vez definida la autoría (directa, mediata y coautoría), los demás intervinientes forman parte de la participación que es accesoria a la autoría, dividiéndose aquélla en complicidad e instigación, y a veces, el encubrimiento, cuando éste no es un delito autónomo.

No es como ocurre en otras legislaciones penales americanas, que formando parte de la participación, el instigador no tiene la pena del cómplice sino del autor, pero por asimilación, seguramente porque si no hubiese habido la incitación, inducción o instigación posiblemente el autor directo no ejecutaba el delito. Pero esta forma de explicar las razones de punibilidad para el instigador se acopla de mejor manera a la realidad jurídica.

³ Suárez Sánchez, Alberto, *Autoría*, tercera edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007, pág. 282.

⁴ Salazar Marín, Mario, *Teoría del Delito, con fundamento en la escuela dialéctica del Derecho Penal*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2007, pág. 407.

Si decimos que el autor es el que tiene el dominio del hecho, sea de forma material o intelectual, y si el instigador es una de las formas de autoría, el fiscal y luego en su análisis y valoración el juzgador, deben razonar que esa instigación haya sembrado la idea de realización de un delito, como parte del dominio del hecho.

Dentro del marco político criminal ecuatoriano, el legislador ha considerado que el instigador al igual que el autor mediato merecen una pena igual, ya que aunque el primero apareciese que no tenga en sí el dominio del hecho o de la acción, ha conseguido dominar la voluntad del instigado, aunque el curso del hecho causal estará siempre a cargo del instigado.

Pero además, no sólo que la instigación es una forma de autoría, sino que muy independientemente el legislador creó tipos penales, en los que la incitación o instigación son conductas punibles previas para la comisión de otros hechos dolosos también tipificados. Entonces conviene razonar si la instigación es forma de autoría o es conducta punible. Porque la autoría intelectual o coautoría no son conductas punibles sino formas de intervención dentro de un hecho punible.

“1. El autor mediato controla el delito porque es su obra sin tener el ejecutor inmediato el dominio del hecho. El inductor se limita a persuadir, a fin de que otro tome la decisión del crimen, y es ése su exclusivo papel, pues en adelante el rol protagónico le pertenece al inducido, quien si actúa con dominio del hecho. De donde se concluye que el instrumento no es autor mientras que el inducido sí lo es; y 2. El instrumento (ejecutor inmediato), por lo general, no quiere el delito, mientras que el determinado (autor) sí no desea, incluso, el determinador puede llegar a quererlo también.”⁵

El Código Orgánico Integral Penal prevé la instigación, incitación, inducción, como conductas punibles propias en varios artículos:

Art. 85.- Ejecución extrajudicial. *“La funcionaria o el funcionario público, agente del Estado que, de manera deliberada, en el desempeño de su cargo o mediante la acción de terceras personas que actúen con su instigación y se apoye en la potestad del Estado para justificar sus actos, prive de la vida a otra persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”.*

⁵ Suárez Sánchez, Alberto, Autoría, tercera edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007, pág. 285.

Art. 151.- Tortura.- “ *La persona que, inflija u ordene infligir a otra persona, grave dolor o sufrimiento, ya sea de naturaleza física o psíquica o la someta a condiciones o métodos que anulen su personalidad o disminuyan su capacidad física o mental, aun cuando no causen dolor o sufrimiento físico o psíquico; con cualquier finalidad en ambos supuestos, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.*”

La persona que incurra en alguna de las siguientes circunstancias será sancionada con pena privativa de libertad de diez a trece años: ...

2. *La cometa una persona que es funcionaria o servidora pública u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, por instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.*

Art. 363.- Instigación. “*La persona que públicamente instigue a cometer un delito contra una persona o institución y no pueda ser considerada legalmente como copartícipe, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años”.*

Art. 246.- Incendios forestales y de vegetación. “*La persona que provoque directa o indirectamente incendios o instigue la comisión de tales actos, en bosques nativos o plantados o páramos, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.*

Art. 283.- Ataque o resistencia.- “ *La persona que ataque o se resista con violencias o amenazas a los empleados públicos, a los depositarios o agentes de la fuerza pública, a los comisionados para la percepción de los impuestos y contribuciones, a los ejecutores de los decretos y fallos judiciales, a los guardas de las aduanas y oficinas de recaudación y a los agentes de policía, cuando obran en ejecución de las leyes, o de las órdenes o reglamentos de la autoridad pública, serán sancionadas con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.*”

Si la conducta prevista en el inciso anterior ha sido cometida por muchas personas y a consecuencia de un concierto previo, serán sancionadas con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En los casos de los incisos anteriores, si las personas, además, están armadas, serán sancionadas con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

*La persona que **incite** a la Fuerza Pública a ejecutar las conductas anteriores, será sancionada con pena privativa de libertad establecida para cada caso incrementada en un tercio. Si como consecuencia de la incitativa resulta un conflicto en el cual se producen lesiones, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años y si se produce la muerte, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años”.*

Art. 348.- Incitación a discordia entre ciudadanos. “La persona que promueva la discordia entre los ciudadanos, armando o incitando a armarse unos contra otros, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

En consecuencia, se debe tener en cuenta cuándo la incitación o instigación forman parte del tipo penal, como verbo rector de la conducta, a diferencia de cuándo esa instigación o incitación para la consumación de un delito, conlleva a determinar la existencia de un autor mediato como instigador del autor material.

Se considera que independiente de los tipos penales que toman a la incitación como elemento del tipo penal, basta la instigación a cualquier delito y que éste ocurra o que haya principio de ejecución para que se establezca la responsabilidad del instigador, imponiéndole la pena del autor como lo determina el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano.

Hipótesis

El instigador, incitador o inductor no es autor, es partícipe, pero por la transcendencia de su actuación frente al inducido o instigado, a quien le determina a cometer un delito, debe responder con pena de autoría, aunque su gestión llegue únicamente hasta un punto en que se deslinda de la decisión que tome el ejecutor y por lo tanto al final no depende de él si se consuma o no el hecho, sino del inducido o instigado quien actúa motivado psicológicamente por la idea “vendida” por el inductor, pero revestido de conocimiento y voluntad hacia un fin que sí persigue. Entonces el dolo del instigador podría ser considerado como eventual.

Estado de la doctrina: Lo que opina la doctrina

1. “Si se adopta un *concepto unitario*, toda persona que interviene ha de ser considerada autor de un delito, sin tomar en consideración ni la importancia de su contribución al hecho ni las características delictivas de los demás protagonistas, con lo que se considera autor a todo sujeto cuyo aporte tiene vinculación causal con el resultado”.⁶ Dentro de la teoría de autoría en los delitos de dominio, hay que distinguir que “El autor mediato tiene el dominio del hecho y subordina la voluntad del hombre de adelante, lo que no sucede con el instigador, pues su actividad de persuasión no supone convertir en su instrumento al instigado, quien retiene en su persona las condiciones de punibilidad necesarias como para ser considerado autor del delito. [...] El dominio del hecho del autor mediato se concreta en el control de la voluntad del instrumento. Por el contrario, en la instigación sólo el instigado domina el hecho pues decide o no sobre la prosecución del curso causal. [...] La distinción entre autoría mediata e instigación produce efectos en la tentativa, pues es distinto el momento en que debe entenderse que el delito ha tenido comienzo de ejecución”.⁷ Según este tratadista, la *instigación* es una modalidad de la participación criminal conjuntamente con la complicidad, porque aunque contribuyan a la realización del delito, no lo cometen.
2. Siendo característica principal de la instigación la influencia psicológica, a través de diversos medios, sea la palabra, las actitudes y otras, aunque nunca por imposibilidad la inducción por omisión, que con dolo ejerce el instigador sobre el instigado, para lograr convencerle de realizar la conducta típica que el primero aspira ocurra y que cuando se concrete será porque el inducido lo haga también con dolo. “La opinión dominante requiere un doble dolo porque el inductor quiere: A) realizar su propio comportamiento, aunque sea con dolo eventual; y además B) la consumación del hecho principal”.⁸ La inducción debe tener un inducido para

⁶ Righi, Esteban, Derecho Penal, Parte General, Editorial Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires, Argentina, 2008, pág. 374.

⁷ Ídem nota anterior, pág. 384, 385.

⁸ Bacigalupo, ob, cit., pág. 398.

cometer un delito determinado que finalmente quedará a decisión del segundo hacerlo, qué hacerlo y cómo hacerlo.

3. En cuanto a la imposibilidad de que el autor mediato sea partícipe mediato, el eminente Jurista Dr. Edgardo Donna dice: “El autor mediato es siempre autor y no partícipe, independiente de quien sea el instrumento. De ese modo se puede afirmar que el autor mediato tiene el dominio del hecho [...] Esto es lo que justifica que la imputación del resultado le sea adjudicada al autor de atrás”.⁹
4. “La figura del autor mediato surge entonces por la necesidad práctica de llenar las lagunas del sistema penal alemán, las cuales fueron causadas por una noción restrictiva de autor y la extrema dependencia de la participación accesorio, consecuencia de que la doctrina interpretó que el cómplice o el instigador solamente eran punibles si el hecho realizado por el autor principal era típico, antijurídico y culpable. Dentro de tal sistema por ejemplo, ayudar o instigar a un inimputable a la comisión de un delito, es un hecho impune, pues este sujeto no puede ser autor, dado que no realiza por sí mismo ningún acto de ejecución, pero tampoco puede ser cómplice o instigador, puesto que no hay un hecho principal doloso.”¹⁰
5. “El concepto de autonomía del individuo permite edificar responsabilidad por sus actuaciones cuando tiene capacidad y opción de tomar una decisión propia y responsable, para lo cual es necesario que cuente con alternativas de actuación y con la posibilidad de conocerlas. La ausencia de alternativas de actuación se traduce en la carencia de libertad del sujeto [...] En otras palabras, sin conciencia del riesgo y voluntad de crearlo y concretarlo en el resultado no hay libertad y sin ésta no hay responsabilidad.”¹¹ Esto nos trae nuevamente a la mente la idea del autor inmediato inimputable que ejecuta el hecho promovido o sembrado por el instigador.
6. “La responsabilidad del inductor, tal como se ha venido afirmando, depende del autor principal, ya que es partícipe del delito cometido por el autor principal. Por consecuencia,

⁹ Donna, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, segunda edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 47.

¹⁰ Márquez Cárdenas, Alvaro E., *La autoría mediata en el Derecho Penal*, formas de instrumentalización, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, Colombia, 2002, pág. 28.

¹¹ Suárez Sánchez, Alberto, *Autoría*, tercera edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007, pág. 274.

como está atado a la suerte del principal, la pena depende de hasta dónde ha llegado el delito; esto es, si se consumó, tendrá la pena del delito consumado, si quedó tentado tendrá esa pena. Pero, como mínimo, el hecho principal debe haber tenido comienzo de ejecución, caso contrario la inducción es impune. [...] Bloy, por su parte, afirma que debido a que la idea criminal ha sido puesta por el inductor, éste vendría a ser la causa moral [...] Vista la cuestión en estos términos, el instigador domina la fase de decisión del acto, así como el autor la fase de iniciación del hecho. Hay en esa conducta, sin duda, un peso fundamental.”¹² Esta es la razón primordial, a decir del autor, y estimamos que corresponde a la realidad, porque así se aprecia en la legislación ecuatoriana, para aplicar la pena del autor al instigador. “Sin embargo, la equiparación de pena, como afirma Cerezo Mir, es discutible, ya que puede ser injusta en algunos casos, como cuando el autor ya está inclinado o con una actitud propicia, pero no decidido. Debería haber una cláusula de atenuación facultativa, afirmación que respaldamos.”¹³

7. “Desde la sentencia del BGH (t.40, p.218) también ha encontrado famosos seguidores la admisión de una inducción a través del hombre de atrás, tesis que había desaparecido antes de la discusión. Sobre todo Herzberg y Rotsch han vuelto a plantear esta concepción en largos artículos. Herzberg dice: “Hitler, Himmler y Honecker no han cometido como autores los delitos de homicidio que ordenaron, sino como inductores”. [...] Y es que la inducción, al igual que la coautoría, presenta una estructura vertical y consiste, al igual que ésta, en el simple poner en marcha los sucesos que van a ser cometidos por otra mano. Pero la diferencia decisiva también radica en que el inductor no domina la ejecución del hecho, la realización del delito no depende su voluntad. En el autor de escritorio esto es distinto: él es la figura central dominante del delito ordenado por él ...”.¹⁴ El autor de escritorio sería el mediato o intelectual, pues desde allí dirige la marcha del iter criminis.
8. Dentro del Código Penal de la Federación Rusa, la instigación tiene la forma de “convicción” (pedido, promesas, pago, ofertas) o “coacción” y “es considerada consumada

¹² Donna, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, segunda edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002, pág. 124.

¹³ Ídem nota anterior, pág. 126.

¹⁴ Roxin, Claus Prof. Dr. Mult., *la autoría mediata por dominio de la organización*, Director Edgardo Alberto Donna, *Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia*, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006, pág. 21.

en el momento del consentimiento por parte del instigado. Es importante destacar que, luego del consentimiento del instigado, el instigador será responsable por el delito que resulte ejecutado sin perjuicio de que el potencial ejecutor del crimen alcance la consumación o no. Desde el punto de vista subjetivo, puede haber instigación con dolo directo (el instigador conoce y quiere las consecuencias), y con dolo eventual (permanece indiferente antes las eventuales consecuencias).¹⁵

9. “en la actualidad existe unanimidad en la doctrina al reconocer que las dos categorías de intervención criminal son la autoría y la participación. Y esta última categoría es más amplia que la complicidad, pues también incluye a la inducción y a la cooperación necesaria. Por ello, para evitar equívocos hubiera sido más correcto declarar responsables a los autores y a los partícipes. “. ¹⁶ Sin embargo de situar a los inductores en la categoría de partícipes, la pena prevista para los autores por “considerarlos” autores, aunque no lo son. La legislación penal ecuatoriana simplemente los ingresó dentro de la concepción de autores. “Los inductores y los cooperadores necesarios son partícipes en un hecho ajeno, sometidos al principio de accesoriedad, aunque castigados con igual pena que el autor: son los responsables indirectos, accesorios y dependientes de la infracción realizada por el verdadero autor”. ¹⁷
10. “No existe el delito de instigación o el de complicidad. Ellos no poseen existencia propia, por más inmorales o lesionantes que resulten al bien jurídico. [...] Maurach y Gössel, afirman que es perfectamente imaginable la participación dolosa en hecho culposo y su inversa. Sin embargo, la ley penal peruana, al igual que la argentina y la alemana, sólo prevén la pena de la participación (instigación o complicidad) dolosa.” ¹⁸

¹⁵ Leonidovna, Landau Inga, el concepto de participación en el Derecho Penal Ruso, Cuestiones sobre el concepto de participación estipulado por la legislación rusa, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006, pág. 119.

¹⁶ Pérez Alonso, Esteban, La autoría y la participación en el Código Penal Español de 1995 y en la reciente reforma penal, Autoría y participación – III, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006, pág. 153.

¹⁷ Ídem a la nota anterior, pág. 154.

¹⁸ Sánchez Mercado, Miguel Ángel, la participación delictiva y la teoría de la accesoriedad limitada, ¿Puede condenarse a un partícipe sin condenar a un autor?, Autoría y participación – III, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006, pág. 232.

11. “Cuando el que obra por detrás, ejerciendo influencia mediante coacción, se tiene que el instrumento continúa en el dominio del suceso, fuera del caso límite de la violencia irresistible que priva al agente violentado de toda posibilidad de obrar. Por tanto, la cuestión consiste en determinar el grado de coacción del que obra por detrás en cuya virtud corresponde tenerlo por autor mediato. Como en los casos de dependencia psicológica, la decisión se deberá tomar a partir de la comprobación del grado de coacción y de la influencia de ésta sobre la responsabilidad jurídico-penal del instrumento, desde el punto de vista del estado de necesidad disculpante. En estos casos, se habla de autoría mediata por medio de un instrumento que obra sin libertad.”¹⁹
12. “la imputación objetiva requiere de que se verifique la conducta de haber creado un peligro jurídicamente reprochable al bien jurídico, y de que el resultado producido se corresponda con la realización del riesgo jurídicamente prohibido (relación de riesgo-resultado). Esa valoración debe efectuarse ex post facto.”²⁰. En el tema analizado en este trabajo, la instigación al delito crea un peligro jurídicamente reprochable al bien jurídico y que puede llegar a lesionarlo si la instigación logra conseguir el objetivo deseado por el instigador.
13. “en la imputación penal es incorrecto referirse a la persona en su función como sistema psicofísico. Para no perder su conexión con la realidad social, la teoría de la imputación penal debe tener en cuenta los fundamentos de la comunicación. La comunicación decisiva en la convivencia social no tiene lugar en un nivel abstracto puramente inmaterial...”²¹
14. “La inducción es una forma de participación que es, a efectos de la pena, equiparada a la conducta del autor. Rigen, en consecuencia, a su respecto todas las reglas de la accesoria. Instigar o inducir es determinar dolosamente a otra persona a ejecutar un hecho doloso. [...] tiene que ser necesariamente dolosa, de ahí que se le llamará autor intelectual [...] no puede haber inducción de un hecho culposos, pues si quien ha concebido el hecho es un inductor, frente a un autor culposo que no tiene un dominio de lo que realiza,



¹⁹ Cárdenas Márquez, Alvaro E., *La autoría mediata en el Derecho Penal, formas de instrumentalización*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2002, pág. 193.

²⁰ De Jesús, Damásio E., *Imputación Objetiva*, Editorial B de f, Buenos Aires, 2006, pág. 103.

²¹ Vobgätter, Isabel, *Concepto social de acción e imputación objetiva*, cuadernos de conferencias y artículos No.36, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, Colombia, 2006, pág. 38.

será el inductor el que tiene el dominio del hecho y, por lo tanto, será un autor mediato. [...] Discutible es la situación del llamado agente provocador, ya que instiga a un hecho determinado, que ha de ser evitado o detectado por la autoridad. Luego, no habrá instigación, porque no puede haberla sin propósito de ejecución”.²²

15. Qué son los inductores y cooperadores: “Los inductores y cooperadores pretenden que se les considere sólo partícipes de un robo del art. 501,5 y no de uno del art. 501, 1. [...] Los inductores y cooperadores pretenden que se les considere sólo partícipes de un robo del art. 501,5 y no de uno del art. 501, 1. [...] El mejor modo de ver dónde está el equívoco, es acudir a un ejemplo. Imaginemos que A convence a su novia, B que espera un hijo de aquél, para que permita que un tercero, C, que se ha presentado a ello, realice un aborto criminal. El motivo que a llevado a C a aceptar la comisión del aborto es que, estando secretamente enamorado de B, ha creído que ésta era su oportunidad para llevar a cabo la venganza a la que sus celos le impulsaban desde hacía tiempo. Son estos celos los que determinan que, llegado el momento de la comisión del delito, C, *con intención de matar al feto*, fruto de los amores de B con su rival, *y a la mujer, realice el aborto tan deficientemente*, que consigue su propósito de causar la muerte de ambos. Nada más fácil que determinar de qué responde A y de qué responde C.”²³

- Sobre la punibilidad del instigador: “El instigador es el que crea el dolo en la cabeza del autor, es decir, genera la idea de la comisión dolosa del delito en el autor. La punibilidad del instigador depende de: - Que el instigado no estuviera decidido ya con anterioridad a la comisión del delito. - Que el instigado dé por lo menos comienzo a la ejecución del hecho. Cuando la instigación no logre su propósito por razones ajenas a la voluntad del instigador cabe pensar en la posibilidad de sancionar por *tentativa de instigación*.”²⁴

16. “En Derecho lo importante es ahora no perder de vista que sólo puede imputarse lo que pertenece como derivación del accionar de alguien como persona; no lo que resulte del mero enlace de relaciones causales haya efectuado algún

²² Bustos Ramírez, Juan, Derecho Penal Parte General, Volumen III, Primera edición en Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2008, pág. 975.

²³ Gimbernat Ordeig, Enrique, Autor y Cómplice en Derecho Penal, Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito, Editorial IB de f, Buenos Aires, Argentina, 2007, págs. 279,281,282.

²⁴ Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, Lineamientos de la Teoría del Delito, 3ª edición renovada y ampliada, hammurabi, Jose Luis Depalma. Editor, pag. 181.

aporte [...] Así como el autor ha debido y podido prever el daño que sea la consecuencia inmediata de su conducta, también le es imputable el resultado si éste se produce por la imprudencia de otro [...] Así como saber quién tiene el control del suceso es una cuestión sujeta a la prueba que se presente en el proceso, ocurre lo mismo con relación a la entidad de los aportes, pues juegan criterios materiales; luego se abrirá paso a la valoración de ellos, pues sólo algunos serán imputables, a título de autor, a quienes los arriman.”²⁵

17. Sobre la instigación al suicidio: “La doctrina y la jurisprudencia alemanas parten del tratamiento dogmático de la conducta del quien interviene junto a otro en el suicidio de éste, para considerar la incidencia de la conducta del lesionado en la posible ausencia de imputación al agente. En ese sentido es dable destacar la importancia de la decisión político-criminal del Estado argentino, dándole un alcance reducido –pero reconociendo su incidencia al fin- a la posibilidad de que el injusto del autor sea de menor entidad, en razón de la conducta de la víctima: en el tratamiento de los supuestos de inducción o cooperación al suicidio.”²⁶

18. Sobre la instigación como participación moral o material: “La participación, como ya se ha dicho, puede ser moral o material. La primera consiste en determinar a otro a la ejecución de un delito o en reforzar su voluntad de cometerlo. La segunda consiste en la concurrencia a los actos materiales ejecutivos del delito. La participación moral se llama, generalmente, instigación. Manzini, con gran exactitud, la denomina “participación con actividad psíquica”, advirtiendo que esta locución no significa ya causa moral o intelectual del acto, desde que la actividad externa no falta por el hecho de que el promotor no tome parte en los actos materiales de comisión del delito. Todos los medios de que un instigador puede valerse implican, realmente, una actividad externa. Es necesario distinguir la instigación en el sentido expresado- de participación moral- de la instigación a cometer delitos, que es delito per se, y consiste en instigar públicamente a cometer un delito determinado contra una persona o institución, reprimiéndose por la sola instigación.”²⁷

²⁵ Terragni Marco Antonio, Autor, Partícipe y Víctima en el Delito Culposos 1ª ed, Criterios para la Imputación del Resultado, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, Editores, págs. 60, 150, 155

²⁶ Terragni Marco Antonio, Autor, Partícipe y Víctima en el Delito Culposos 1ª ed, Criterios para la Imputación del Resultado, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, Editores, pág. 204

²⁷ Hernández E. Jorge Alberto, Coautoría- La Legítima Defensa, Estudios de Derecho Penal General, Editora Jurídica de Colombia, Edición dirigida por Fernando Quiceno Álvarez, 1993, pag. 229.

19. Con respecto a la instigación hecha a un inimputable: “Ninguna dificultad se presenta -aunque se hayan insinuado muchas- para resolver la cuestión que suscita el caso de la instigación criminal hecha a un inimputable. Frente a la realidad de un delito, cuya causa eficiente radica, sin duda, en el instigador, la inimputabilidad del instigado, que lo ejecuta materialmente, no puede ser óbice a la responsabilidad del que lo determina.”²⁸
20. Sobre el agente provocador: “Existe una forma de instigación que requiere ser considerada especialmente. Es la que se ejercita determinando a cometer un delito con el mero propósito de colocar al instigado en la situación jurídica consiguiente, pero evitando la lesión que el hecho comporta. El que tal instigación realiza se llama, en la doctrina, agente provocador. Carrara lo define diciendo que “ es aquel que instiga a otro a cometer un delito, no porque tenga interés en la consumación del mismo o enemistad contra la víctima elegida, sino porque tiene interés en que el delito o se cometa o se intente, a fin de que al mismo instigado le sobrevenga un mal”.”²⁹
21. “La teoría ontológica de la *conditio sine qua non* se considera la verdadera causalidad. Según ella todas las condiciones son equivalentes en la producción de un resultado y cada una vale por igual. De modo que todo sujeto que ponga una condición para su producción causa el resultado pues si suprimiendo esa condición el resultado desaparece, se trata de una condición sin la cual el resultado no se produce. Luego el concepto “unitario” de autor asumió esta teoría de la *conditio*, de tal suerte que los sujetos que intervienen en la realización de un ilícito se tienen como autores. A partir de ahí es obvio negar la diferencia conceptual entre autores, instigadores y cómplices [...] rechazamos el concepto unitario de autor, porque su premisa de *igualdad causal* de contribuciones desconoce a la vez, ya en el *plano valorativo*, la diferencia de aportes en la conducta ilícita, cuando varios sujetos contribuyen a su realización, con lo cual se violaría la equidad si se les sanciona por igual.”³⁰

²⁸ Hernández E. Jorge Alberto, Coautoria- La Legítima Defensa, Estudios de Derecho Penal General, Editora Jurídica de Colombia, Edición dirigida por Fernando Quiceno Alvarez, 1993, pag. 230.

²⁹ Ídem nota anterior.

³⁰ Salazar Marín, Mario, Teoría del Delito, con fundamento en la escuela dialéctica del Derecho Penal, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2007, pág. 408

22. Sobre la diferencia entre autor intelectual e instigador: “el autor intelectual dirige la realización del hecho injusto – con importante contribución, obviamente- y generalmente lo quiere como propio, el instigador sólo suscita en otro el impulso criminal o fortalece el ya existente y quiere por lo general el hecho injusto como ajeno. Por eso se dice que la instigación accede a la autoría y es una de las formas de participación [...] Lo cual tiene el claro inconveniente de que el instigador, que siempre hace menos que el autor, se le ha venido sancionando igual al autor, con desproporción a su aporte y medida de su culpabilidad.”.³¹
23. “El instigador no es coautor porque no ejecuta la acción típica. No es autor mediato porque no se vale de un inimputable o de un inculpable para que ejecute el delito. No es autor directo o, simplemente autor, porque el instigado no ejecuta una acción típica. En las dos últimas hipótesis, los ejecutores materiales no son punibles –por ausencia de culpabilidad, los primeros, y por ausencia de acción los segundos- en tanto que en la instigación *ambos son culpables*, instigador e instigado. La falta de culpabilidad del ejecutor transforma al instigador en autor mediato. Quien convence a un loco o a un menor de que cometa un delito, podría decirse que lo ha “instigado” psicológicamente, pero no jurídicamente; para el derecho, es autor mediato.”.³²
24. “respecto a la inducción, el legislador ha descripto la solución de este problema [...] el hecho principal sólo puede ser imputado a aquel inductor que ha determinado al autor a la comisión del hecho principal. [...] *determinar* presupone ejercer influencia sobre la dirección del comportamiento de otra persona; esta otra persona debe orientar su conducta a la meta mencionada por el inductor, consistente en la lesión típica de un bien jurídico [...] Por ello se debe exigir un contacto espiritual entre el inductor y el inducido, dado lo cual especialmente la mera “creación de una situación que invita al hecho ... no constituye un medio idóneo para la inducción”.”.³³
25. Respecto a los medios de inducción y según el contenido del antiguo § 48 StGB 1870: “obsequios o promesas, amenazas, abuso de la imagen o de la violencia, provocación intencional o bien favorecimiento de un error. Esta enumeración era poco feliz, puesto que, precisamente,

³¹ Ídem nota anterior, pág. 485.

³² Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo II Parte General, Abeledo-Perrot, Ediciones Glem S.A., Buenos Aires, 1966.

³³ Maurach, Reinhart, Gössel, Karl Heinz, Zipf, Heinz, Derecho Penal, Parte general, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995, págs.. 436, 437.

frente a una gran parte de los métodos de influencia allí mencionados se debe descartar la inducción, por existir ya autoría mediata. [...] Además, para la inducción no es característico el medio, sino la relación con el hecho principal y el autor principal".³⁴

26. "Garófalo, y luego Florián Ferri, han considerado intolerable que el instigador que no se ve secundado por el autor quede impune. Estiman que el peligro de tal sujeto es paladino y que el caso ha de equipararse a la tentativa imposible con medios inidóneos. Los actos del instigador han de ser perfectamente esclarecidos. Su actividad consiste en *determinar* a otro; es decir, en mover su voluntad. Carrara que hablaba de los medios de instigación, creía que ésta podía ser por mandato, por consejo y por sociedad. Las enumeraciones al respecto nos parecen innecesarias, pero jamás podemos aceptar que haya instigación por consejo, como Carrara creyó. Inducir es mucho más que aconsejar. [...] La instigación ha de ser con *intención de que se ejecute el hecho*, por tanto, se excluye el llamado agente provocador."³⁵
27. Refiriéndose al Art. 14 del Código Penal Español, (actual artículo 28): "Prácticamente solo la "inducción" no es una forma de autoría en sentido estricto. Lo importante no es, por lo tanto, dónde se encuentra regulado el concepto de autor, sino cuáles son las características que lo definen y dónde están las diferencias con otras formas de intervención punible en la realización de un delito."³⁶
28. "La inducción debe ser de tal entidad que pueda conectarse causalmente, desde el punto de vista psíquico, con la voluntad del inducido. [...] El ofrecimiento de alguna promesa o de dinero, incluso anónimamente o por persona intermedia, puede ser suficiente para fundamentar una responsabilidad por inducción. [...] si el inducido estaba ya resuelto, antes de la inducción, a cometer el delito, no se puede hablar de inducción, aunque quizás sí de complicidad, [...] Evidentemente no cabe la inducción por omisión ni tampoco por imprudencia, aunque algunos comportamientos, [...] y sobre todo, la figura del *agente provocador* (el policía que induce a alguien para cometer un robo y luego lo detiene en el momento de ejecutarlo), pueden ser castigados en base a otros *títulos* de responsabilidad (autoría en comisión por omisión de un delito imprudente)".³⁷

³⁴ Ídem nota anterior, pág. 439.

³⁵ Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958, pág. 508.

³⁶ Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2005, pág. 154.

³⁷ Ídem nota anterior, pág. 161.

29. “1. En los delitos culposos también rige el criterio limitado de autoría, por lo que cabe distinguir entre autores y partícipes en sentido estricto (cómplices e instigadores). La necesidad de diferenciar roles entre los distintos intervinientes puede defenderse no sólo dogmáticamente; también resulta político-criminalmente conveniente. 2. Autor en los delitos culposos sólo puede ser aquel que tiene en sus manos el domino objetivo del hecho, que puede recaer en una (autoría individual) o en varias personas (coautoría)52.”³⁸

30. Según la “teoría de la participación en el ilícito. [...] “el instigador y el cómplice colaboran en la realización del ilícito cometido por el autor, de manera que la fundamentación se encuentra en la motivación o en el apoyo de un ilícito típico ajeno, sin consideración de la causación del aporte del partícipe para la punibilidad, ni tampoco de si la causalidad debe ser reconocida como elemento esencial fundante de la pena junto a otros. (Según la Teoría de la desintegración social) [...] En lo que se refiere al instigador se dice que al hacer surgir la resolución criminal en otra persona y ésta proceder a cometer la acción típica y antijurídica, provoca una desintegración social, [...] de ahí que no se sepa si el instigador pone en peligro o afecta el mismo bien que el autor 12.”³⁹

Ejemplos en dos fallos

Dentro del recurso de casación “Serra, Oscar Alberto, la Sala III de la CN Cas. Penal de Argentina, no sólo para realzar la diferencia entre autor y cómplice, sino para que se observe que el instigador si bien no es autor, tampoco es cómplice, la Corte Nacional de Casación Penal de Argentina, dice: “No pueden ser considerados autores del delito previsto en el artículo 12, inciso a) de la Ley 23.737 quienes vertieron en una página de internet manifestaciones favorables al consumo de estupefacientes, y si bien prohíbe la

³⁸ Domínguez Henáin, Daniel, Participación en el hecho culposo y participación culposa, autoría y participación – I, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006, págs. 224, 225.

³⁹ Castro, Julio César, la participación como un tipo autónomo. Hacia un concepto no accesorio en la participación criminal, autoría y participación – I, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006, págs. 283, 284.

difusión pública del uso de estupefacientes, dicho precepto debe ser interpretado en función de la libertad de expresión [...] Quien en un sitio de Internet aprueba el uso de sustancia prohibidas y brinda consejos acerca de cómo lograr un exitoso autocultivo de la planta de marihuana incurre en los delitos previstos en los artículos 12 y 28 de la ley 23.737 –incitación al uso de estupefacientes y dación pública de instrucciones acerca de la elaboración de drogas- [...] inducen a otros al consumo en la medida en que se trata de una clara promoción al consumo y a la producción de dichas sustancias (del voto en disidencia de la doctora Capolupo de Durañona y Vedia).”.⁴⁰

En la Sentencia del Tribunal Criminal n°3 de Bahía Blanca del 8 de abril de 2003 en la causa n°629 “Goyeneche, Martín Oscar, Corona Juan Antonio y Martín, Rubén Oscar por robo calificado por el uso de armas en calidad de instigadores, se dijo que “La verdadera voluntad del instigador se extrae del sentido en que se dijo cada cosa (p. ej. sarcasmo, ironía, etc). Es por ello, y esto fue señalado por el Tribunal de Casación en “Cabezas”, la propia naturaleza de la instigación, en lo que hace a conocer la efectiva determinación del autor, torna complejo averiguar en los hechos con exactitud el contenido y el momento en que la aludida determinación tuvo su expresión fáctica sensorialmente aprehensible. [...]En este sentido, no comete instigación quien induce al marido celoso a retornar a su casa, antes de la hora acostumbrada para que sorprenda a su mujer in fraganti con el amante, aunque crea efectivamente que el marido recurrirá a un arma de fuego. [...] En la instigación, el dolo del instigador no es un elemento accesorio sino personalísimo, por ello el dolo del partícipe debe ser un dolo de consumación y como tal tiene que abarcar el conocimiento de los elementos del tipo objetivo, al igual que el dolo del autor principal. De lo contrario se estaría ampliando el concepto de dolo eventual a un extremo tal que se convierte en una directa presunción de dolo (praesumptio doli). [...] en la instigación o inducción al delito gravita todavía la idea medieval de “íncubus” y un “succubus”. (Y en cuanto al exceso del instigado, el Tribunal dijo:) “Tal como lo proclama el artículo 47 del Código Penal, cada persona responde exclusivamente por su dolo. [...] DONNA distingue dos tipos de excesos: el exceso cuantitativo y el cualitativo. En el primero el inductor no responde por la parte trascendente, o el plus realizado por el autor principal. Quien induce a otro a hurtar responde solo por ello, incluso cuando el autor principal roba. El uso de violencia o fuerza no estaba incluida en el dolo del inductor. En el segundo, si el inducido comete una acción sustancialmente diferente de la prevista por el inductor, este no debe responder por ello.”.

⁴⁰ Ídem nota anterior, págs. 335, 336.

Conclusiones

Si en la instigación se requiere un inductor o instigador y un inducido o instigado (el que da y el que recibe porque así lo quiere), la falta del elemento receptor o captador no puede configurar el tipo penal de la instigación. Aún para la tentativa idónea deberá existir un principio de ejecución, caso contrario la instigación no habrá existido.

La instigación pública para cometer un delito, sí debe tenerse como delito, en la forma como está tipificada en varios de los tipos penales del COIP, aunque en el Art. 386 del Código Penal era concreto en señalar que, “El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, cuando el instigador no puede ser considerado legalmente como correo, será reprimido, por la instigación y aunque el delito no se hubiere perpetrado, con prisión de quince días a dos años, según la gravedad del delito instigado”. El COIP recoge esta conducta en el Art. 363 y prescribe: “ La persona que públicamente instigue a cometer un delito contra una persona o institución y no pueda ser considerada legalmente como copartícipe, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.”

La instigación para que tenga el carácter de tal, debe ser eficaz, directa, con dolo, por lo tanto un consejo, como consigna el COIP como sinónimo de instigación, deberá estar cargado de dolo para que tenga la característica de la inducción. La inducción se entiende aceptada por el inductor, puede ser determinante. El consejo queda como tal, como una diplomática recomendación a hacer o no hacer algo.

Por lo tanto el inductor tiene un papel decisivo pero no práctico, no real, no material. Estamos de acuerdo en que tenga categoría de autor sin serlo, pero siempre y cuando su determinación lleve al inducido a intentar o consumir el hecho.

Bibliografía



- Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, Lineamientos de la Teoría del Delito, 3ª edición renovada y ampliada, Hammurabi, Jose Luis Depalma Editor,
- Bustos Ramírez, Juan, Derecho Penal Parte General, Volumen III, Primera edición en Ecuador, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, Ecuador, 2008.
- Cárdenas Márquez, Alvaro E., La autoría mediata en el Derecho Penal, formas de instrumentalización, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2002.
- Castro, Julio César, la participación como un tipo autónomo. Hacia un concepto no accesorio en la participación criminal, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.
- De Jesús, Damásio E., Imputación Objetiva, Editorial B de f, Buenos Aires, 2006.
- Domínguez Henaín, Daniel, Participación en el hecho culposo y participación culposa, autoría y participación – I, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.
- Donna, Edgardo Alberto, La autoría y la participación criminal, segunda edición ampliada y profundizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- Fontán Balestra, Carlos, Tratado de Derecho Penal, Tomo II Parte General, Abeledo-Perrot, Ediciones Glem S.A., Buenos Aires, 1966.
- Hernández E., Jorge Alberto, Coautoria- La Legítima Defensa, Estudios de Derecho Penal General, Editora Jurídica de Colombia, Edición dirigida por Fernando Quiceno Alvarez, 1993.
- Jiménez de Asúa, Luis, Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito, Abeledo-Perrot Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1958, pág. 508.
- Gimbernat Ordeig, Enrique, Autor y Cómplice en Derecho Penal, Anexo concurso de leyes, error y participación en el delito, Editorial IB de f, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- Leonidovna, Landau Inga, el concepto de participación en el Derecho Penal Ruso, Cuestiones sobre el concepto de participación estipulado por la legislación rusa, Director Edgardo

- Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.
- Maiza, María Cecilia, Autoría y participación – II, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.
 - Maurach, Reinhart, Gössel, Karl Heinz, Zipf, Heinz, Derecho Penal, Parte general, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
 - Márquez Cárdenas, Alvaro E., La autoría mediata en el Derecho Penal, formas de instrumentalización, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Bogotá, Colombia, 2002.
 - Muñoz Conde, Francisco, Teoría General del Delito, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 2005.
 - Pérez Alonso, Esteban, La autoría y la participación en el Código Penal Español de 1995 y en la reciente reforma penal, Autoría y participación – III, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.
 - Righi, Esteban, Derecho Penal, Parte General, Editorial Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires, Argentina, 2008.
 - Roxin, Claus Prof. Dr. Mult., la autoría mediata por dominio de la organización, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.
 - Salazar Marín, Mario, Teoría del Delito, con fundamento en la escuela dialéctica del Derecho Penal, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2007, pág. 485.
 - Sánchez Mercado, Miguel Ángel, la participación delictiva y la teoría de la accesoriidad limitada, ¿Puede condenarse a un partícipe sin condenar a un autor?, Autoría y participación – III, Director Edgardo Alberto Donna, Revista de Derecho Penal, Doctrina Jurisprudencia, Rubinzal – Culzoni Editores, Argentina, 2006.
 - Suárez Sánchez, Alberto, Autoría, tercera edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia, 2007.
 - Terragni Marco Antonio, Autor, Partícipe y Víctima en el Delito Culposos 1ª ed, Criterios para la Imputación del Resultado, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, Editores.
 - Vobgätter, Isabel, Concepto social de acción e imputación objetiva, cuadernos de conferencias y artículos No.36, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, Bogotá, Colombia, 2006.



La Oralidad: Bondades y tropiezos en Ecuador



Milton Modesto Ávila Campoverde
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

Proteger a la sociedad del delito, es deber de los Estados; pero su cumplimiento con atropello a principios y normas preestablecidas, y al ejercicio del derecho a la defensa, deslegitima sus sistemas de justicia.

Por su fluidez, y vinculación eficaz con los principios de igualdad, contradicción, inmediación, publicidad, concentración, dispositivo, celeridad y economía procesal; la oralidad, es el punto de inflexión del sistema penal inquisitivo, hacia el acusatorio contradictorio en audiencias.

Sin embargo; pese a que la oralidad garantiza el derecho de ser oído en sus pretensiones ante un juez independiente e imparcial; la aún insuficiente infraestructura física y tecnológica, falta de traductores, capacitación en litigación oral, personal operativo en las salas de audiencias -constituidas en puntos de encuentros entre juzgadores, litigantes y la sociedad civil- impide que la oralidad, pese a su vigencia por veinte años en Ecuador, fluya sin tropiezos.

Abstract

Protecting society from crime is the duty of the States; but its compliance with abuse of pre-established principles and norms, and the exercise of the right to defense, delegitimizes its justice systems.

Due to its fluidity, and effective link with the principles of equality, contradiction, immediacy, publicity, concentration, device, speed and procedural economy; orality, is the inflection point of the inquisitorial penal system, towards the adversarial contradictory in hearings.

However; despite the fact that orality guarantees the right to be heard in their claims before an independent and impartial judge; The still insufficient physical and technological infrastructure, lack of translators, training in oral litigation, operational staff in courtrooms - constituted in meeting points between judges, litigants and civil society - prevents orality, to flow smoothly despite its twenty years in Ecuador, flow smoothly.

PALABRAS CLAVES

principios de igualdad, contradicción, inmediatez, publicidad, concentración, dispositivo, celeridad y economía procesal - principles of equality, contradiction, immediacy, publicity, concentration, device, speed and procedural economy

Introducción

La oralidad, es el principio procesal que marca el punto de inflexión del sistema penal de litigación inquisitorio escrito, al acusatorio oral; más, pese a sus bondades y vigencia por veinte años en Ecuador, y amén de que no sea un sistema oral puro; su implementación aún enfrenta tropiezos que dificultan su pleno ejercicio.

Por ello; cuando la señora Presidenta, empeñada en retomar la publicación de esta revista de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, propusiera un artículo relacionado con nuestro trabajo cotidiano, decidí abordar la implementación de la oralidad penal en Ecuador, tanto más que su práctica se ha diseminado a otras áreas del derecho.

Con esta base, abordaremos: 1) las bondades de la oralidad, intrincadas con otros principios también reconocidos en nuestro sistema penal acusatorio, para que el proceso cumpla la finalidad de materializar derechos de los ciudadanos víctimas del delito; y 2), los tropiezos y desafíos que enfrenta su ejercicio. Por lo tanto; y sin desconocer el protagonismo de las técnicas de litigación oral para el éxito en el sistema acusatorio, la omitiremos por tener connotaciones prácticas.

Desarrollo

El liberalismo frenó la arbitrariedad de los Estados despóticos con la implementación de la democracia parlamentaria y el principio de legalidad; los jueces son llamados a aplicar irrestrictamente la ley que emana de los parlamentos con legitimación democrática; y el sistema procesal acusatorio sustentado en la oralidad, partiendo de la oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones ante un juez imparcial, facilita la materialización de los derechos humanos a través de un debido proceso.

Más tarde los Estados constitucionales reconceptualizan el principio de legalidad; y así, si en el positivismo el método de interpretación es literal (fidelidad a la voluntad legislativa), y las antinomias se resuelven con reglas predeterminadas por el parlamento, como: jerarquía, especialidad o cronología normativa; en el constitucionalismo el juez -convertido en el principal garante de los derechos, proclamados en el derecho internacional y la Constitución- es llamado a interpretarlos siempre en función de su materialización.¹

¹ *CRE, art. 426:* Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos.

CRE, art. 427: Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

Proteger la sociedad del delito, es un deber básico de los Estados; pero combatirlo inobservando principios y normas preestablecidas por los mismos Estados, que se convierten en derechos de los justiciables, termina deslegitimando el proceso y el mismo sistema de justicia.

Sin proceso -cuya existencia a la vez demanda de un sistema- no pueden haber fallos legítimos; Devis Echandía, afirma: No puede funcionar ningún sistema de justicia, si el derecho procesal no establece normas a las que deben someterse los procesos, y el ejercicio del derecho de defensa para las partes, con facultades y derechos procesales, cargas y deberes, oportunidades de ejercicio, instrumentos para implementar la igualdad procesal.²

El tema pasa por saber, qué sistema garantiza mejor la vigencia de tales derechos en el proceso penal; si el inquisitivo escrito, o el acusatorio oral reconocido por Ecuador en 1998.

1. Sistemas Procesales Penales

1.1 Inquisitivo

En este sistema, que apareció en el Derecho Canónico en la Edad Media; el juez ante el conocimiento de la infracción, investiga, inicia y sigue de oficio el proceso; es acusador y juzgador a la vez.

El proceso es esencialmente escrito y no contradictorio, consecuentemente lento y secreto. Tiene como prueba fundamental la confesión del acusado, y aquella se busca hasta con la inquisición; como busca la verdad material, prima la prueba de oficio, y opera el sistema legal de valoración probatoria para llegar a la convicción del juez. Este sistema pierde vigencia con la revolución francesa, cuando se proclaman garantías procesales para el acusado.

1.2. Acusatorio

Se originó en Grecia y desarrolló en Roma. Radica en la potestad que tiene el ofendido para acusar -sin acusación no hay juicio-. El ejercicio de la acusación penal, en la medida que el delito afecta no solamente a la víctima directa, sino a toda la sociedad, se traslada a la Fiscalía; reservándose la acusación particular para

² Hernando Devis Echandía, Estudios de Derecho Procesal, t. I, p. 185.

un limitado número de delitos, cuya afección colectiva es menor; curiosamente estos delitos se han reducido en nuestro catálogo penal, cuando la tendencia debería ser inversa.³

El proceso, pese a ser oral, es también solemne, controvertido y comúnmente público. El juez árbitro independiente, busca la verdad formal o procesal, y está vedado de actuar prueba de oficio porque la actividad probatoria es exclusiva de las partes por el principio dispositivo que rige; carece de reglas de valoración de pruebas, y propende su valoración crítica, lógica y razonada.

1.3. Acusatorio Formal o Mixto

Surgió en Francia; mantiene la acusación oficial a través del Ministerio Fiscal como órgano independiente, y desarrolla los principios de publicidad y contradicción; investigación reservada en la fase de indagación previa; es escrito y no contradictorio. El Estado, por intermedio del fiscal, mantiene el poder de acusar, pero el de juzgar radica en otro órgano; es decir, existe la separación de funciones de investigar y acusar, con la de juzgar. Los sistemas mixtos conservan normas de prueba preestablecidas, y facultades para mejor proveer para los jueces, y la libre apreciación probatoria.

2. Debido Proceso, Oralidad y otros Principios Procesales

En el sistema penal oral acusatorio; el Estado ejerce su pretensión punitiva a través de Fiscalía, y el órgano jurisdiccional independiente es llamado a garantizar los derechos de las partes; surge así el derecho al debido proceso, como un conjunto de garantías mínimas en el proceso, tendientes a asegurar un resultado justo; permite a los sujetos procesales ser oídos, y hacer valer sus pretensiones ante un juez competente, independiente, imparcial y predeterminado.

Implica observar una serie de requisitos en las fases e instancias procesales, que regulan la actividad estatal para legitimar

³ Ver artículo 36 del CPP de 2000 y 415 del vigente COIP.

la aplicación del derecho sustantivo;⁴ lo cual a la vez consolida el derecho a la seguridad jurídica, entendida como la sujeción de los poderes del Estado a la Constitución y la ley, permitiendo la certeza y previsión de una situación jurídica concreta.

Por la fluidez en la comunicación, y porque la inmediación y concentración adquieren mayor dimensión, la oralidad es el instrumento imprescindible del sistema acusatorio que permite frenar la arbitrariedad y el abuso del poder en el sistema inquisitivo en Estados absolutistas. Propugna la exposición directa y verbal de los argumentos de las partes sobre los acontecimientos en las diferentes fases del proceso, y garantiza el ejercicio de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva.

En los procedimientos orales, la prueba testimonial, documental o pericial, para su valoración se incorporan a través del debate en el juicio con la participación activa del juez, encargado de determinar la veracidad de los hechos y con ello acoger o no la acusación; lo cual permite la ampliación y vinculación en el proceso de los principios de igualdad, contradicción, inmediación, publicidad, concentración, dispositivo, celeridad y economía procesal.

2.1. Igualdad

El artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas, sobre la base del mismo trato de los ciudadanos ante la ley, en iguales condiciones y sin discriminación; establece la igualdad ante los tribunales y el derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente, independiente e imparcial. La igualdad de armas, al estar estrechamente vinculado con la contradicción; garantiza la recta administración de justicia porque permite a las partes ejercer el derecho a ser escuchados, solicitar pruebas, defenderse, intervenir en la práctica de pruebas, y presentar alegatos.

2.2. Contradicción

El proceso oral permite la bilateralidad e igualdad en el debate, de tal forma que en la evacuación de la prueba se pueda confrontar y desvirtuar; lo cual permite al juzgador percibir los hechos con mayor objetividad, y resolver con base de las pruebas actuadas y contradichas en la audiencia oral. Materializa así

⁴ Sergio García Ramírez, *El Debido Proceso Criterios de la jurisprudencia interamericana*, Editorial Porrúa, México, 2012, p. 23: Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta rechazada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que 'el fin justifica los medios' y la ilicitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado.

el derecho de que nadie puede ser condenado sin la posibilidad de ser oído y vencido en el juicio.

2.3 Inmediación

La inmediación es parte esencial de la oralidad, tanto que podemos afirmar que no se trata de principios distintos y autónomos, sino dos aspectos de una misma realidad. El juez de la sentencia es quien ha llegado a la certeza respecto de a cuál de las partes dará la razón, después de haber visto y oído la prueba actuada y contradicha en el juicio. A través de este principio, el juez entra en contacto directo con las partes y la prueba porque la recibe y valora directamente, escucha los alegatos, y sobre esa base resuelve; lo cual transparenta el proceso y permite mayor certeza en el juzgamiento.

2.4 Publicidad

Implica no solamente el acceso de las partes procesales y de terceros a la audiencia; sino constituye un medio de legitimación en la sociedad civil de la actividad jurisdiccional. Posibilita observar el comportamiento del juez, de los sujetos procesales, de testigos y otros medios de prueba; lo cual da confianza en la actividad del juez, porque permite fiscalizar sus actuaciones en las audiencias públicas.

Como principio integrante de la oralidad, impulsa el derecho de los ciudadanos a participar en los debates, salvo excepciones previstas en la ley para juicios reservados y por fines superiores; con lo cual queda atrás la justicia secreta. La reserva es excepcional y siempre predeterminada; nuestra ley penal excepciona la publicidad, respecto de terceros, en la fase de investigación previa, y juzgamientos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, y contra la estructura del Estado.⁵

La publicidad respecto de las partes, significa que todos los actos procesales requieren de notificaciones previas para que puedan ejercer la contradicción.

⁵ *COIP, art. 652*: Las audiencias son públicas en todas las etapas procesales.

Son reservadas las audiencias sobre delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y contra la estructura del Estado constitucional.

COIP, art. 584: Las actuaciones de la Fiscalía, de la o el juzgador, del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, la Policía Nacional, y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa, se mantendrán en reserva, sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo soliciten.

2.5. Concentración

La oralidad facilita la concentración de más actos procesales en el menor número de diligencias y etapas procesales; resolviendo cuestiones incidentales que entorpecen su desenvolvimiento. En el acto único de la audiencia, puede decidirse todas las cuestiones incidentales, y se debería hasta permitir impugnar la decisión judicial; lo cual reduce tiempo y costos, materializando a la vez el principio de celeridad y economía procesal.

2.6. Identificación del Juez

El juicio oral, permite a las partes y sociedad civil, conocer al juzgador como director del debate y dueño del fallo; su identificación física y visualización de actuaciones en la sala de audiencias, legitima la justicia porque permite juzgar si el fallo es motivado, o contiene incongruencias con lo actuado; lo cual a la vez facilita ejercer la impugnación.

En un Estado constitucional de derecho, el juez actúa en representación del Estado, pero es soberano en su resolución; naturalmente para que exista independencia, no basta la oralidad; se requiere de normas procesales adecuadas y jueces probos, lo cual se logra, entre otros elementos, con adecuados filtros de selección y de permanencia.

3. Evolución de la Oralidad en el Ecuador

3.1. Reconocimientos Constitucionales

La Constitución Política del Ecuador (CPE) de 1998, ya definió al sistema procesal ecuatoriano como el medio para la realización de la justicia, en el marco del debido proceso y los principios de inmediación, celeridad y eficiencia; y además proclamó el sistema acusatorio oral del proceso penal.⁶

⁶ *CPE, art. 192:* El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficiencia en la administración de justicia. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

CPE, art. 194: La sustanciación de los procesos, que incluye la presentación y contradicción de las pruebas, se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios: dispositivo, de concentración e inmediación.

La Constitución de la República de Ecuador (CRE) de 2008, define al país como un Estado constitucional de derechos y justicia, desarrolló aquellos principios procesales del sistema procesal acusatorio; y además, extendió la oralidad a materias no penales.⁷

3.2. Configuración Legal y Reforma Judicial

El proceso de reforma penal, generalizada en latinoamericana con la incorporación del sistema acusatorio oral, y sobre la base de las exigencias constitucionales, tuvo desarrollo normativo en Ecuador con la promulgación del Código de Procedimiento Penal (CPP) en el año 2000, que dejó atrás el sistema inquisitorio escrito.

El desafío impuesto por la CRE de 2008, exigía bases para acentuar procesos de reforma y renovación de la función judicial; se promulga el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) en marzo de 2009, que reafirma la necesidad de contar normas que materialicen la oralidad y otros principios procesales; y en 2011 se evaluó de todos los servidores judiciales, lo cual devino en una remoción masiva.

Pero la real implementación de la oralidad, como principio medular en la litigación, exigía contar con nuevos cuerpos normativos procesales: así el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en 2014, extendió la oralidad a un gran número de actos procesales en los que se definen derechos, y proclamó que el proceso se basa en la oralidad en audiencias con excepciones puntuales.⁸ Finalmente en 2015 el Código Orgánico General de Procesos

⁷ *CRE, art. 1, párr. 1:* El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. [...]

Constitución de la República del Ecuador, art. 169: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

CRE, art. 169: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

CRE, art. 168.6: La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

⁸ *COIP, art. 5.11:* El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

(COGEP), configuró procedimentalmente la oralidad en las materias no penales.⁹

3.3. Nueva Conducta de Operadores de Justicia

Además de la reforma y remoción judicial; la implementación de la oralidad conllevó a fuertes inversiones en infraestructura física, tecnología y capacitación. También las Universidades del país reformulan sus mallas académicas para la formación de abogados con perfiles en litigación, y se promueven capacitaciones en Colegios de Abogados y otros gremios jurídicos para facilitar la práctica de la oralidad.

Todo esto trajo un cambio de actitud de operadores de justicia: Jueces que vivieron el sistema escrito e inquisitorio, se vieron forzados a amigarse con la oralidad, publicidad e inmediatez, y el uso de la tecnología que aquello demanda; es imprescindible tener destrezas para dirigir el debate oral, y usar adecuadamente las herramientas informáticas. Los usuarios hoy pueden in situ, hacer juicios de valor sobre el patrocinio de su defensa, y de lo que se resuelve en la sala de audiencias; por ello abogados litigantes y fiscales están también exigidos a preparar su defensa con la oralidad. La misma sociedad civil, gracias a la publicidad que promueve el juicio oral, excepto casos de reserva; hoy puede ver y escuchar a litigantes y jueces en las audiencias, y aún en ciertos casos, sin siquiera estar presentes, gracias a las coberturas informativas y difusión en las redes sociales.

Estas nuevas realidades procesales del Ecuador, sumado a la vigencia del llamado *neoconstitucionalismo*; explican el protagonismo y notoriedad que algunos juzgadores logran con su desempeño y decisiones en la sala de audiencias; así como el desprestigio de otros por deficiencias o extralimitaciones en la conducción del debate, lo cual ha devenido incluso en investigaciones y sanciones disciplinarias.¹⁰

11. Oralidad: el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia; se utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales; y, los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este Código.

COIP, art. 560, párr. 1: El Sistema procesal penal se fundamenta en el principio de oralidad que se desarrolla en las audiencias previstas en este Código. [...]

⁹ *COGEP, art. 4:* La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible.

¹⁰ *Diario El Universo, 8 de marzo de 2019, en <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/03/08/nota/7222901/consejo-judicatura-investiga-juez-navaja,19-02-2020>:* Un sumario administrativo en contra del juez de la Sala Penal de la Corte Provincial de Pichincha, Santiago A., abrió el Consejo de la Judicatura (CJ) [...].

La misma novedosa oficialización del uso de la toga en las audiencias para jueces y conjuces de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), a partir del 30 de enero de 2020 por parte del Consejo de la Judicatura, y que podría devenir en el uso de este tipo distintivos también en jueces de instancias, como símbolo de seriedad y respecto que deben proyectar los juzgadores,¹¹ encuentra explicación en las consecuencias de la implementación de la oralidad y la consiguiente publicidad.

3.4 Obstáculos

Existen limitaciones en la aplicación de la oralidad en el Ecuador; vienen desde un desarrollo legislativo cuestionado de insuficiente al mantener exigencias del sistema escrito en ciertos actos procesales;¹² falta de infraestructura física para facilitar su plena implementación; y lentitud de ciertos juzgadores ante la exigencia del nuevo rol en las audiencias, el expediente judicial escrito, no puede dejar de lado elementos que se aportan oralmente. Por decir algo, la riqueza de la prueba documental, no está en el documento mismo, sino en lo que de éste se examine y contradiga en la audiencia.

La garantía del pleno ejercicio de la oralidad, requiere de traductores de idiomas, pero su carencia lleva al incumplimiento, impidiendo que la oralidad se convierta en elemento de inclusión y ejercicio de la plurinacionalidad, prevista en los artículos: 11.7, 502.6, 563.6 del COIP, y 79 y 95 del COGEP.¹³

El hecho habría ocurrido durante la audiencia de apelación de prisión preventiva. “El juez (...) sacó una navaja, se la indicó a la víctima y puso en duda su versión acerca del ataque que ella sufrió por parte del acusado” indicó el Consejo de la Judicatura.

¹¹ *Presidenta del Consejo de la Judicatura, Resumen del discurso en la imposición de togas a las y los jueces y conjuces de la CNJ, Quito, 30 de enero de 2020*: La toga arquetipo de la justicia, más que un vestido es una investidura que tiene antecedente en los Ministros de la Corte de Castilla del Siglo XIV; su traje negro representa seriedad, respeto, precaución, capacidad, evaluación de riesgo y pensamiento profundamente crítico; es obligatoria para magistrados de la Corte Nacional desde la convicción de diferenciarse de los seres a quienes están llamados a servir a partir de la Resolución del Consejo de la Judicatura (No. CJ-DG-2020-009).

¹² *COIP, art. 560*: [...] Deberán constar o reducir a escrito:

1. La denuncia y la acusación particular.
2. Las constancias de las actuaciones investigativas, los partes o informes policiales, informes periciales, las versiones, testimonios anticipados, testimonios con juramento y actas de otras diligencias.
3. Las actas de audiencias.
4. Los autos definitivos siempre que no se dicten en audiencias y las sentencias.
5. Interposición de recursos.

¹³ *COGEP, art. 79, párr. 6*: El idioma oficial es el castellano, de no poder entender o expresarse con facilidad, las personas intervinientes serán asistidas por una o un traductor designado por la o el juzgador.

COGEP, art. 95, párr. 11: Además de la emisión en idioma castellano, a petición de parte y cuando una de estas pertenezca a una comunidad indígena, la sentencia deberá ser traducida al kichwa o al shuar según corresponda.

Se demanda de tecnología e infraestructura apropiadas; si bien el Consejo de la Judicatura hizo importantes inversiones en infraestructura civil y tecnología; aún faltan salas de audiencias, adecuación de otras al diseño que obliga el sistema oral para garantizar seguridad, movilidad, acceso a la información de los intervinientes; sistemas de grabación de imágenes y voces adecuadas; así como presencia de personal adiestrado en las salas de audiencias, constituidas en punto de encuentro entre juzgadores, litigantes y sociedad civil.


Si bien el derecho a la defensa está mejor garantizado en el sistema acusatorio oral que en el sistema escrito inquisitivo; los críticos al sistema, con razón sostienen que la oralidad puede crear celadas a los menos hábiles en la litigación, y aquello terminar afectando la finalidad del proceso. Por ello falta fortalecer la capacitación en técnicas de litigación oral a todos los operadores de justicia, incluido abogados litigantes; aquello permitirá que la oralidad fluya sin sorpresas, y finalmente los intervinientes se empoderen y beneficien de sus bondades, sin duda mayores que sus riesgos.

3.5 Desafíos

Las bondades del juicio oral, con la consiguiente materialización de los principios de inmediación y publicidad, y que posibilitan el protagonismo de juzgadores en las audiencias donde se definen derechos -y del mismo poder jurisdiccional, al que vemos cada vez más empeñado en comunicar sus actividades y sintonizar con la sociedad civil- puede traer el siguiente riesgo: Distraer a los juzgadores, y/o sus autoridades, hacia la aprobación o agrado mayoritario, a la que pueden inducir coberturas informativas, opiniones en redes sociales y medios de comunicación, a las que hoy se accede con enorme facilidad; Santiago Basabe sin cortapisas habla hasta de un rol político autónomo de los jueces para garantizar su propia autonomía.¹⁴

¹⁴ *Santiago Basabe, Apurar los tiempos, la mejor opción para la Corte Nacional, en <https://4pelagatos.com/2020/02/11/>: Visto así, a simple vista, señalar el papel político de los jueces podría aparecer como una herejía. En efecto, en una visión tradicional del papel del juzgador, la decisión de un caso jurídico debe estar ceñida únicamente a la verdad procesal y la ley. Por tanto, aunque idealmente aparece como una posición deseable, en la realidad eso no sucede. Los jueces, sobre todo los que resuelven procesos judiciales con connotaciones políticas, económicas o sociales, siempre toman decisiones considerando los efectos que de allí se podrían derivar. Negar esto es asumir que el juzgador está envuelto en un aura que lo aleja de la realidad en la que se circunscribe. Eso es falaz y rechaza la posibilidad de observar al juez, sobre todo al de altas cortes, como un actor crucial en la resolución de conflictos que, originados en la arena de la política, derivan en la de orden judicial. De lo dicho están conscientes los jueces, aunque les cueste asumir en público su posición.*


En ese plano, la actuación política de los jueces no debe confundirse con adscripción partidista ni dependencia al poder político, en sus diversas manifestaciones. Tampoco



El riesgo de la publicidad e intermediación que promueve la oralidad –aunque fuere lógico y simple decirlo– exige que la prudencia del juzgador, soberano en sus actos por delegación del Estado, no se la abandone nunca. La independencia jurisdiccional, que se reclama como garantía del sistema democrático, encuentra límites en la verdad procesal, la Constitución y las leyes; no importa que la decisión fuere contra mayoritaria,¹⁵ o amenace la misma estabilidad laboral del responsable del fallo.



Conclusiones



La oralidad en el sistema acusatorio penal ecuatoriano, es la mejor garantía del derecho a la defensa, y de otros principios que también se reconocen para que el proceso sea en verdad el camino a la justicia. Este derecho, como importante arista del debido proceso, implica la posibilidad de ejercitar los principios de contradicción, igualdad, intermediación, concentración y publicidad, en las diferentes fases del proceso.

Las bondades de la oralidad, serán mayores cuando existan suficientes y apropiadas salas de audiencias, medios de grabación y filmación para la evacuación del juicio oral y fundamentación de los recursos; contemos con traductores acreditados para la inclusión de los sujetos procesales o auxiliares del proceso que no hablen o entiendan el idioma oficial castellano; y las técnicas de litigación oral hayan sido empoderadas por todos los operadores de justicia, incluido defensores particulares, para impedir sorpresas que pueden tender los más hábiles en desmedro de los menos preparados en la litigación.

con intereses coyunturales ni corrupción. Simplemente, los jueces tienen olfato y capacidad de prever las consecuencias inmediatas o mediatas de lo que decidirán hoy. Así actúa la corte constitucional alemana, la corte suprema estadounidense o cualquiera de los más prestigiosos y reputados tribunales de justicia del mundo. No se trata, por tanto, de niveles de independencia judicial ni de espacios geográficos. Se trata, eso sí, de desmitificar ese mal entendido criterio de que el juez se reduce a ser la boca de la ley. Desmitificar ese criterio es clave no sólo porque coloca a la opinión pública ante un mundo real sino también porque favorece, aunque parezca contradictorio, a una actuación mucho más autónoma de quienes administran justicia.

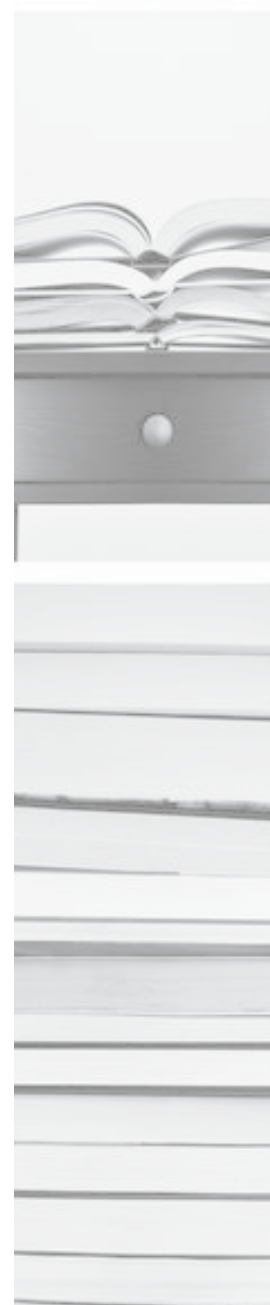
¹⁵ Jack M. Balkin-Sanfor Levison, *Los Cánones y la Canocidad*, en *El Canon Neo Constitucional*, Miguel Carbinell y Leonardo García Jaramillo, editores, primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010: El juez adopta frente a las normas básicas del sistema, en términos de H. Hart, un “punto de vista interno”, que a diferencias del “punto de vista externo”, no se apoya en razones prudenciales de costo-beneficio o de negociación-compromiso. Este último es reservado a lo político: la función de los jueces supremos, continúa Garzón, no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad.



El protagonismo judicial que la oralidad posibilita en el juzgamiento en audiencias, no puede dejar de lado la prudencia y los límites de la independencia interna y externa de los jugadores. El respeto a las normas constitucionales y legales, es la única manera de preservar los derechos de las partes procesales, y la seguridad jurídica como fundamento del Estado constitucional, de derechos y justicia.

Bibliografía

- Ariosto Reinoso Hermida, “El Juicio Acusatorio Oral en el Nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano”, Projusticia, Quito, 2001.
- *El Universo*, 8 de marzo de 2019, en <https://www.eluniverso.com/noticias/2019/03/08/nota/7222901/consejo-judicatura-investiga-juez-navaja.19-02-2020>.
- Hernando Devis Echandía, “Compendio de Derecho Procesal”, sexta edición, Editorial ABC, Bogotá, 1979.
- Jack M. Balkin-Sanfor Levison, *Los Cánones y la Canocidad*, en “El Canon Neo Constitucional”, Miguel Carbinell y Leonardo García Jaramillo, editores, primera edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- Juan Montero Aroca, “Derecho Jurisdiccional”, Veinteava Edición, España, 1979,
- Pedro P. Grández Castro, *Tribunal Constitucional y Argumentación Jurídica*, Palestra Editores, Lima, 2010.
- Ramiro Ávila Santamaría, *Los Principios de Aplicación de Los Derechos*, en “La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado”, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador, Quito, 2008.
- Santiago Basabe, *Apurar los tiempos, la mejor opción para la Corte Nacional*, en <https://4pelagatos.com/2020/02/11/>, 21-02-2020.
- Sergio García Ramírez, “El Debido Proceso Criterios de la jurisprudencia interamericana”, Editorial Porrúa, México, 2012.
- Constitución Política del Ecuador
- Constitución de la República del Ecuador
- Código Orgánico de la Función Judicial
- Código de Procedimiento Penal
- Código Orgánico Integral Penal
- Código Orgánico General de Procesos



El principio de favorabilidad frente al bien jurídico protegido



José Humberto Layedra Bustamante
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

El principio de favorabilidad es uno de esos principios del sistema penal que desde la órbita constitucional conforma la estructura del debido proceso, herramienta orientada al logro de los fines de nuestro ordenamiento jurídico y a la cual los operadores del sistema deben acudir para establecer las técnicas procedimentales a que se debe sujetar el derecho penal y el derecho procesal penal. Este principio pro reo, protege al ciudadano investigado por el órgano de persecución penal y dicha protección, a la luz de este principio, se orienta a buscar la solución más favorable frente a la existencia de un conflicto de leyes, evento en el cual se debe optar por la ley menos grave a los intereses del individuo. El principio favor al reo, mismo que de forma general se refiere a que, todo lo más favorable para él en cuanto sus derechos en aras de su bienestar debe ser aplicado directamente y de forma irrestricta por el operador de justicia.

Abstract

The principle of favorability is one of those principles of the criminal system that from the constitutional orbit makes up the structure of due process, a tool aimed at achieving the purposes of our legal system and to which the system operators must resort to establish the procedural techniques to that criminal law and criminal procedural law should be subject to. This pro reo principle protects the citizen investigated by the criminal prosecution body and said protection, in light of this principle, is aimed at seeking the most favorable solution to the existence of a conflict of laws, an event in which it must be to opt for the law less serious to the interests of the individual. The principle favor the defendant, which generally refers to the fact that everything that is most favorable to him in terms of his rights for the sake of his well-being must be applied directly and unrestrictedly by the justice operator.

PALABRAS CLAVES

Principio penal - criminal principle
Principio pro reo - pro reo principle

La Constitución de la República de 2008 es la norma jurídica de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, primando inclusive sobre los convenios y tratados internacionales salvo excepciones en casos de derechos humanos más beneficiosos. Esta supremacía obliga a todas las nuevas normas infraconstitucionales a ser redactadas en concordancia a los derechos y garantías establecidas en el texto constitucional. Nuestra constitución es denominada como garantista dentro de la tendencia neoconstitucionalista, y cambia el modelo estatal de Estado social a Estado constitucional de derechos y justicia. Este se fundamenta en el respeto, materialización y protección de los derechos y garantías propias de los ciudadanos, lo que ha implicado la búsqueda de límites al ejercicio del poder punitivo del Estado, el menor grado de lesividad de los derechos del ciudadano y la creación de principios orientados no solo a ser moduladores de la actuación judicial y administrativa, sino también a sentar las bases o pilares fundamentales del proceso penal. El principio de favorabilidad es uno de esos principios del sistema penal que desde la órbita constitucional conforma la estructura del debido proceso, es una herramienta orientada al logro de los fines de nuestro ordenamiento jurídico y a la cual los operadores del sistema deben acudir para establecer las técnicas procedimentales a que se debe sujetar el derecho penal y el derecho procesal penal.

Este principio pro reo (favorabilidad), protege al ciudadano que está siendo investigado por el órgano de persecución penal y que por ende es sujeto del derecho penal y dicha protección, a la luz de este principio, se orienta a buscar la solución más favorable frente a la existencia de un conflicto de leyes, evento en el cual se debe optar por la ley menos grave a los intereses del individuo, esto es consecuencia directa de la influencia de los postulados del derecho penal internacional y de la protección internacional de los derechos humanos, de la protección y el papel protagónico que se le ha otorgado a la víctima dentro del sistema penal y de la expansión del derecho penal; el trauma generado por el delito, las penas cumplen una función simbólica respecto a la deuda que adquiere el ciudadano infractor con su conducta. El derecho penal clásico, se caracterizó por la limitación al poder punitivo del estado, evitando la actuación ilimitada en perjuicio de sus gobernados, característica que no predomina en el derecho penal moderno, en el cual la injerencia del estado es más latente; como consecuencia de la constante aparición de los denominados delitos de peligro abstracto, de la extensa protección de los bienes jurídicos de carácter colectivo, de la expansión del derecho penal, entre otros aspectos; que hacen del derecho penal actual, un derecho más penalizador.

Entre los derechos y principios expresados dentro de la Carta Magna, es fundamental tener en cuenta los referentes a los derechos del procesado o condenado dentro de un proceso penal y los principios que deben aplicarse al mismo. Encontramos el principio favor al reo, mismo que visto de forma general se refiere a que, todo lo que sea más favorable para el reo – entiéndase como reo al investigados, procesado o condenado en cuanto a la consumación de sus derechos en aras de su bienestar – debe ser aplicado directamente y de forma irrestricta por el operador de justicia, se entiende que el principio favor al reo es de carácter general, puesto que, dentro del mismo se desarrollan por lo menos cuatro principios específicos, los cuales pueden ser accionados y aplicados en el proceso penal, tanto en el procedimiento en sí como en la pena o sanción que se le imponga al responsable de la infracción, se tiene al principio de favor libertatis el cual versa sobre la aplicación más favorable al procesado siempre que se le haya limitado su libertad, en segundo lugar el principio de reformatio in pejus, es decir que, no se puede empeorar la situación del condenado que ha apelado de su sentencia, en tercer lugar el principio in dubio pro reo, aplicable en los cuales el juzgador tenga duda de la culpabilidad y ulterior responsabilidad del procesado, principio que conviene decir no puede ser confundido con el principio de inocencia; y como último principio el de favorabilidad, en cuanto una ley posterior otorgue mayores beneficios al procesado o condenado que los dispuestos en una ley posterior; o a su vez cuando exista conflicto entre dos leyes, debe aplicarse la más favorable al procesado.

El principio de favorabilidad, es dispuesto por el legislador en razón de que éste considera que, cierta conducta sancionada dejó de ser lesiva para la sociedad o por lo menos su impacto en determinado bien jurídico protegido es menos lesivo, por lo tanto la sanción debe ser revisada. En tal virtud, el Estado como garante de los derechos de los ciudadanos, mediante una correcta tutela judicial efectiva y un irrestricto respeto al principio de la seguridad jurídica, tiene la obligación de, en todo caso que amerite, aplicar la norma que sea más favorable para el investigado, procesado o condenado en el proceso penal.

Conviene destacar que, el principio de favorabilidad no opera sólo, es decir, no se puede ejecutar por sí mismo sin que previamente se realice una vinculación a otros principios, en otras palabras, su aplicación debe fundarse en el análisis previo de por lo menos los principios de legalidad, proporcionalidad, igualdad e irretroactividad, de tal manera que, el juzgador tenga la plena convicción de que el principio de favorabilidad pueda ser aplicado.

Principio de legalidad, siempre que una norma se encuentre vigente cuando se cometió la infracción, puede por ende aplicarse el principio de favorabilidad; caso contrario, la infracción cometida al no contenerse dentro del catálogo penal se imposibilita su investigación y peor aún su juzgamiento.

Principio de proporcionalidad, el juzgador al momento de aplicar el principio de favorabilidad, debe analizar principalmente la sanción que se le ha impuesto o se le va a interponer al responsable de la infracción, es decir, si la norma posterior contiene una condena menor a la dispuesta en la norma anterior, el juzgador debe aplicar la condena dispuesta en la norma posterior.

Asimismo, en el supuesto en el cual la aplicación del principio de favorabilidad se derive de un recurso de apelación o de casación, el tribunal penal correspondiente deberá aplicar la norma posterior que sea más favorable para el condenado.

Principio de igualdad, significa que la favorabilidad debe ser aplicada a todas las personas condenadas sin importar sus condiciones físicas, económicas o sociales.

Principio de irretroactividad, el principio de favorabilidad permite que una ley posterior sea aplicada en lugar de una ley anterior, esto no significa que vulnere la irretroactividad de la ley; pues es una excepción el principio de favorabilidad cuando, siempre que se beneficie al procesado o condenado. Adicionalmente, al ser la favorabilidad una excepción a la irretroactividad, significa que tampoco se vulnera el derecho a la seguridad jurídica. El principio de favorabilidad penal no ha sido ajeno a ese

cambio y ello se ha evidenciado principalmente a la hora de aplicar dicho principio en los tipos penales cuya ejecución es permanente en el tiempo, cuestionándose la función garantista que como modulador de la actividad judicial suponía su aplicación y dando paso a un adelantamiento del poder punitivo del Estado. Tradicionalmente, se entendía que frente a la colisión de leyes o frente a los cambios normativos, se aplicaba la ley que resultase ser más benéfica a los intereses del procesado, lo que operaba de manera automática, esto es, sin reparo alguno, por ser ello no un beneficio sino un derecho de todo ciudadano.

Garantía del principio de favorabilidad

El respeto por las garantías del individuo son el soporte fundamental de las actuaciones judiciales y administrativas y ello se desprende del contenido que el constituyente primario y el legislador le otorgaron al principio del debido proceso, principio que adquiere relevancia dentro del sistema jurídico y especialmente en la rama penal, por conformar una serie de garantías que deben permanecer incólumes a lo largo de la actuación y que deben ser respetadas por todos los intervinientes del proceso. Cuando hablamos de debido proceso, estamos hablando, entre otros aspectos, de la materialización de los principios rectores del derecho procesal penal, siendo uno de estos el de favorabilidad, principio que es de vital trascendencia a la hora de analizar los efectos de las diferentes normas que han tenido vigencia durante el proceso penal al que se vio sometido el individuo. Los fundamentos de la favorabilidad, como lo son el principio de legalidad y en específico el de la ley previa, apuntan a impedir la arbitrariedad del Estado, su intervención abusiva sobre los derechos y las libertades del individuo.

La Corte Constitucional de Transición dijo; que en materia penal, juega un papel primordial el principio de estricta legalidad, que constituye una norma meta legal dirigida al legislador, a quien prescribe una técnica específica de calificación penal idónea para garantizar la taxitividad de los presupuestos de la pena, la decibilidad de la verdad de su enunciación, ya que el principio de mera legalidad es dirigida a los jueces, a los que se ordena que consideren delito cualquier acto calificado por tal por la ley.

El canon de la retroactividad de la ley penal favorable o permisiva y por lo tanto, el de la no retroactividad de la ley desfavorable al procesado está erigido por nuestra carta en un principio

supralegal, en una garantía constitucional, como uno de los derechos supremos reconocidos a la persona humana frente al poder del Estado, es decir, como uno de aquellos derechos que integran la personalidad inviolable de todo ciudadano, que no puede ser desconocido por ninguna norma legislativa, cualquiera sea su naturaleza.

Ambos fenómenos, esto es, el de retroactividad y ultractividad de la ley penal, adquieren relevancia cuando estamos frente a una coexistencia de legislaciones penales, en cuyo evento el operador judicial en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales, está llamado a aplicar la ley permisiva o favorable, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Es claro que la modificación o derogación de una norma surte efectos hacia el futuro, salvo el principio de favorabilidad, de tal manera que las situaciones consolidadas bajo el imperio de la legislación objeto de aquélla no pueden sufrir menoscabo. Por tanto, de conformidad con el precepto constitucional, los derechos individuales y concretos que ya se habían radicado en cabeza de una persona no quedan afectados por la nueva normatividad, la cual únicamente podrá aplicarse a las situaciones jurídicas que tengan lugar a partir de su vigencia.

Tradicionalmente se ha entendido que en virtud del principio de favorabilidad en materia penal y en procura de garantizar plenamente el derecho fundamental al debido proceso, de manera excepcional, es posible reconocer efectos ultractivos a las disposiciones que han sido eliminadas del ordenamiento jurídico -sustantivas o procedimentales, tanto por vía de la derogatoria como por vía de la declaratoria de inconstitucionalidad, para efectos de regir los recursos, los trámites y las actuaciones que se iniciaron previamente a la exclusión de la ley del sistema legal, durante el término en que se encontraba vigente y mientras estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad. Ello es así, si se tiene en cuenta que el principio de favorabilidad comporta una garantía esencial del derecho al debido proceso y como tal, el mismo no puede ser desconocido en ningún escenario legal o judicial donde su aplicación sea necesaria para garantizar el debido proceso y asegurar la vigencia de un orden justo. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva.

La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva ley, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos, evento en el cual debe el operador judicial por mandato constitucional, interpretar y

actuar aplicando el principio de favorabilidad penal. Al respecto. FERNANDO VELASQUEZ, Manual de Derecho Penal General, cit., p 287 (Colombia). Velásquez, indica que al interpretarse la ley debe observarse el axioma según el cual “lo favorable debe ampliarse y lo odioso restringirse”; ello permite, entonces, exceptuar el carácter general de la prohibición en gracia de favorabilidad, dando oportunidad a la ley de actuar más allá del término de vigencia, sea por vía de ultraactividad o de retroactividad.

El principio de favorabilidad penal se constituye en una herramienta para dar solución a los conflictos que puedan suscitarse ante la sucesión de varias normas en el tiempo. El principio de favorabilidad en materia penal se puede aplicar no solo en materia sustantiva, sino también en materia procedimental cuando las normas procesales posteriores tienen relevancia para determinar la aplicación de una sanción más benigna, ello no es lo mismo que buscar decisiones benévolas para quien se encuentra incurso en un proceso penal.

La constitución de la República del Ecuador Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora, consagró de esta manera el principio de favorabilidad, norma que fue reproducida en los pactos y tratados internacionales que han sido ratificados por nuestro país y que confirman el principio de favorabilidad como una garantía fundamental del proceso.

El principio de favorabilidad que tratamos, constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse en ninguna circunstancia y ello no solo por ser un mandato constitucional, sino por ser a su vez un mandato de normas internacionales, esto es, por ser un principio reconocido en tratados internacionales, los cuales integran el bloque de constitucionalidad y son de obligatorio cumplimiento, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la ley 74 de 1968, se enuncia este principio en los siguientes términos: “Artículo 15-1 Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.” Principio que es replicado por la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la ley 16/72, en el artículo 9º, que reza así: “Artículo 9º Principio de legalidad y de retroactividad. Nadie

puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas, según el derecho aplicable. Tampoco puede imponerse pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”. El artículo 5.1. Del Código Orgánico Integral Penal, se refiere al principio de legalidad; no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la Ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla. Que a su vez desarrollo el postulado de favorabilidad en los siguientes términos: ARTICULO 5.2.- En caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. De conformidad al tenor literal de la normativa trascrita, debemos partir de un hecho cierto e innegable, como lo es que ni en la Constitución de la República del Ecuador y ni en el Código Orgánico Integral penal se consagran excepciones al principio de favorabilidad, por el contrario, el constituyente ha consagrado de manera expresa, que la ley favorable se aplicará, sin excepción, de preferencia a la desfavorable, razón por la cual resulta contrario a derecho que sea el intérprete quien haga tales excepciones.

Principio de favorabilidad y su aplicación en los delitos de carácter permanente

Cuando se habla de delitos de carácter permanente, se hace alusión a aquellas conductas cuya consumación se prolonga en el tiempo y está vigente la infracción a la ley penal, hasta el momento en el que cesa el atentado al bien jurídico objeto de tutela, sin que corresponda a una realización del comportamiento por tramos.

El punto de partida para identificar cuando estamos frente a un delito de carácter permanente, está en determinar cuándo se entiende realizada la conducta punible. Para a partir de allí, establecer si se cumple o no con el principio de preexistencia de la Ley. En esta materia, predomina la teoría de la acción, según la cual “el hecho punible se entiende cometido al momento en que se produce la manifestación de voluntad”. En cuanto a los delitos permanentes, el tiempo de comisión comprende el lapso transcurrido desde la manifestación de la conducta hasta que cesa de ejecutarse. Para la comisión de este hecho punible es necesario

que el estado dañoso o de peligro, provenga de la conducta del sujeto activo de manera continua, es decir, que no se agote en un solo instante, sino que prosiga durante determinado tiempo y que la prórroga de la situación antijurídica se deba a la exclusiva conducta voluntaria del sujeto, quien persiste en ella ininterrumpidamente después de la realización del hecho que constituye el inicio del punible. Al respecto, Roxin indica que en los delitos de carácter permanente, el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo.

Respecto a estos delitos que como decimos doctrinariamente son conocidos como delitos continuados, respecto a la aplicación del principio de favorabilidad existen en la doctrina mundial varias posiciones y tenemos; a) La no existencia de los presupuestos legales para la aplicación del principio: no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado. Siendo ello así, palmario resulta que no opera el mencionado principio tratándose de delitos permanentes, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola. b) Por la autodeterminación del sujeto: el agente no se intimidó con la ley más gravosa y por ende decidió de manera libre continuar lesionando y/o poniendo en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador, esto es, el sujeto continúa indiferente ante la protección del bien jurídico pretendida por el legislador y por ello, no hay razón para aplicarle la ley anterior más favorable y desconocer la nueva ley que también fue trasgredida por el individuo. c) Por otro lado también existe una corriente que sostiene que en el evento en que se presente un tránsito legislativo en los delitos de ejecución permanente, lo que procede es aplicar la ley más favorable; d) La favorabilidad, como se sabe, constituye una excepción al principio de la irretroactividad de la ley, pudiéndose aplicar en su acogimiento una ley posterior al hecho cometido (retroactividad) o prorrogarle sus efectos aún por encima de su derogatoria o su inexequibilidad (ultraactividad), siempre que en algún momento haya regido la actuación y que -desde luego- sea, en uno u otro caso, más favorable al sindicado o condenado. En nuestro país aplicamos la

favorabilidad, atendiendo el principio de legalidad lo dispuesto en la Constitución de la República Art. 77 numeral 5 y el fundamento legal previsto en el Art. 5 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal. **la Corte Constitucional del Ecuador con respecto al Principio de Favorabilidad ha dicho, en la sentencia N.-002-18-PJO-CC de 20 de junio de 2018**, emitida dentro de la jurisprudencia vinculante **N.- 0260-15-JH**, "Sobre los mecanismos de impugnación procesal en materia penal, **toda la normativa penal debe ser interpretada sistemáticamente en observancia** de máximas figuras jurídicas penales como **el principio de Favorabilidad**, indubio pro reo y prohibición de interpretación extensiva o análoga. En otras palabras, **las normas que rigen el derecho penal** deben obedecer a **principios Constitucionales rectores como el de favorabilidad**, indubio pro reo y prohibición de interpretación extensiva". (Trámite de Garantía Jurisdiccional de Hábeas Corpus con aplicación del Principio de Favorabilidad, 2018). Entre sus considerandos y resolución, claramente ha determinado que **en toda la normativa penal** se debe tener en cuenta las siguientes reglas con respecto al principio de favorabilidad: 1). cuando hay dos normas en el tiempo aplicables para una misma situación o caso, se debe interponer la norma del Derecho Penal que más beneficie a los intereses del reo. 2). Así mismo, cuando existen dos interpretaciones posibles para una misma norma, se debe realizar la interpretación que más favorezca al privado de libertad, la corte concluye indicando que en ningún caso se deberá aplicar una norma posterior que restrinja Derechos Constitucionales.

A criterio del autor, la Corte Constitucional es clara al señalar que la Favorabilidad es aplicable sin restricción alguna a toda la normativa penal, es decir que es procedente a las normas sustantivas, adjetivas y ejecutivas de la ley penal, ya que si el legislador o jueces recurren a una interpretación extensiva o si se establecen limitantes a la aplicación de este principio, se estaría frente a una grave vulneración de Principios y Derechos garantizados desde los instrumentos internacionales y la Constitución. La Corte Nacional de Justicia, ha resuelto varias consultas y entre ellas una respecto al principio de favorabilidad, las mismas que constan en la página 15, del Boletín Institucional No. 17, que en resumen, señala lo siguiente: "*...Por el principio de favorabilidad, toda ley nueva de contenido penal, debe aplicarse con efecto retroactivo, sin excepción, de oficio o a petición de parte cuando le sea beneficiosa a la persona sospechosa, procesada, o a quien ha recibido condena*".

Es decir no se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Así lo establece el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 11 inciso segundo, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El tratadista argentino, Eduardo Jauchen:

explica: *“por ley más benigna debe entenderse, al decir de Mezguer, la situación normativa que comprende el total estado jurídico en que se apoya la sanción penal en el caso concreto.* La Corte Nacional de Justicia ecuatoriana, en la sentencia dentro del caso 2016-05930 respecto al principio de favorabilidad se refirió así.- *“...En la presente causa, la sentencia objeto del recurso, configura los términos estrictos y unívocos, claros de la conducta punible, establecida en el artículo 369 del Código Orgánico Integral Penal y que ha sido punida por principio de favorabilidad con la pena de los artículos 369 y 370 del Código Penal ultra activo para esta causa, sin que existan salidas no penales para el problema jurídico solucionado. No existe ambigüedad en la formulación del tipo penal sentenciado ni genera dudas, por lo que no abre el campo del arbitrio de la autoridad, para decir que contra norma se ha establecido responsabilidad penal. “...Esto tiene particular importancia en la función del juez, quien al aplicar la ley penal debe atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico...”*; la subsunción al catálogo penal es clara (Art. 369 COIP) y su punición se benefició por el principio de favorabilidad (Art. 369 y 370 CP); observa de manera estricta los elementos preceptuados en el texto legal, por lo que no existe duda de la adecuada subsunción practicada por el juez de instancia por medio de su sentencia hoy objeto de impugnación, entre los presupuestos fácticos, con el precepto penal aplicado y la norma punitiva impuesta, ya que por generación del principio de favorabilidad, no se puede decir que la norma de punición (Art. 369 y 370 CP).

De esta manera, en el Ecuador, la normativa constitucional y penal establece la posibilidad de que una ley posterior se aplique con efecto retroactivo en todo lo que sea más favorable al procesado, es decir, el reo puede ser beneficiado por una ley posterior a su sentencia si la misma contiene una pena menos rigurosa que le fue aplicada al momento de los hechos. De extinguirse el delito o la pena para la acción que generó su condena, esta persona debe recuperar su libertad inmediatamente al entender que la necesidad de tipificar la conducta penal ya no es necesaria. Ello responde además, a una exigencia de coherencia en la aplicación del ordenamiento jurídico, ya que si los hechos han dejado de ser desvalorados por el legislador o se les desvalora en menor medida, no tiene sentido que los ciudadanos sigan padeciendo las consecuencias de unas leyes que han dejado de considerarse adecuadas. De esta manera, los principios constitucionales en los procesos penales deben interpretarse de forma sistémica, ante lo cual, la Corte Constitucional ha señalado que: *“... sobre los mecanismos de impugnación procesal en materia penal, toda la normativa penal debe ser interpretada sistemáticamente en observancia de máximas jurídicas penales como el principio de favorabilidad, indubio pro reo y prohibición de interpretación extensiva o analógica (...)*

En otras palabras, y sin pretender realizar una interpretación de normativa infraconstitucionales, las normas que rigen el derecho penal deben obedecer principios constitucionales rectores como el de favorabilidad, indubio pro reo, y prohibición de interpretación extensiva...”, Lo cual ratifica el reconocimiento de que ante un conflicto de normas en materia penal, siempre se aplicará la más favorable al reo, aun cuando esta es posterior a la conducta que originó la sanción. También se puede observar que la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado este principio en su jurisprudencia, de este modo, tenemos que en un caso análogo en el que se solicita la aplicación del principio de favorabilidad por la promulgación de una ley posterior a la condena, ha señalado: El principio de favorabilidad constituye un elemento fundamental del debido proceso que no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia. En tal sentido, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que autorice un trato diferente para las normas procesales. El principio de favorabilidad como parte integrante del cuerpo dogmático de la Constitución, conserva pleno vigor y aplicabilidad respecto de la Ley. De este modo, es claro que el principio de favorabilidad implica que aún para hechos sucedidos con anterioridad a la promulgación de una norma se puede aplicar la pena por ser esta más favorable a la existente al momento de los hechos que originaron el proceso penal. Siendo así, el principio de favorabilidad es visto como una excepción a la irretroactividad de la ley penal como parte del principio de legalidad que comprende la imposibilidad de condenar a una persona por hechos no descritos en la legislación vigente, lo cual, debe entenderse referida a todas aquellas que resulten perjudiciales, por fundamentar no sólo la existencia de la condena sino también su concreta gravedad.

En este sentido, resulta indudable que las leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas del delito, no pueden ser aplicadas de modo retroactivo. Siendo así, una norma posterior que restrinja derechos no podrá ser aplicada por considerarse inconstitucional, pero sí las normas que establezcan circunstancias eximentes, atenuantes o que disminuyan la gravedad de las penas, y por supuesto, las que despenalicen conductas pueden ser aplicadas a hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigencia. Es común escuchar de la ciudadanía y en gran parte de las víctimas de delito, reacciones como; que si el ciudadano x comete un delito tan grave, encima de ello la justicia le imponga una pena menor cuando la Ley actual dice que la pena que le corresponde es mayor sobre todo cuando a un delito como el de robo con muerte por ejemplo la legislación actual prevé una pena mayor, pero sucede que el delito en realidad fue cometido cuando no estaba vigente la ley actual sino una que prevenía una pena menor; Es allí cuando entramos a valorar, el bien jurídico protegido que ha sido vulnerado; y nos remitimos al concepto dogmático

de bien jurídico, acuñado por Birnbaum a mediados del siglo XIX, se refiere a los bienes que son efectivamente protegidos por el Derecho. Según von Liszt, y bajo una concepción material del bien jurídico, su origen reside en el interés de la vida existente antes del Derecho y surgido de las relaciones sociales. El interés social no se convierte en bien jurídico hasta que no es protegido por el Derecho. El bien jurídico es aquella realidad valorada socialmente por su vinculación con la persona y su desarrollo. Vida, salud, integridad, libertad, indemnidad, patrimonio... son bienes jurídicos. Un bien jurídico se refiere a los bienes materiales o inmateriales que están salvaguardados de una forma efectiva por el derecho; por lo tanto, están regulados. Ejemplos de estos bienes son la vida, la salud y la libertad, entre otros. Se produjo una legislación precisa para proteger diferentes derechos, así como bienes y valores. Pero la aplicación del principio de favorabilidad debe ser aplicado y se lo aplica, cualquiera sea el bien jurídico protegido, pues como lo dijimos se orienta a buscar la solución más favorable frente a la existencia de un conflicto de leyes, evento en el cual se debe optar por la ley menos grave a los intereses del individuo investigado, procesado, acusado o sentenciado como lo llamemos según la etapa procesal que atravesase, esto es consecuencia directa de la influencia de los postulados del derecho penal internacional y de la protección internacional de los derechos humanos, sin que ello implique menoscabo de los derechos de la víctima o la sociedad.





El actual martillo de las brujas

(malleus malleficarum)



Lauro Javier de la Cadena Correa
Conjuez de la Corte Nacional de Justicia

Resumen

La función de los jueces de aplicar justicia, nace de los mandatos constitucionales y legales, radica en otorgar a cada uno de los sujetos procesales, lo que le corresponde en derecho; sin embargo, existen causas en las que la opinión pública, da mayor seguimiento e importancia, apareciendo así conflictos entre medios de comunicación y juzgadores, generando afectaciones a los derechos de los ciudadanos procesados y al principio de independencia judicial, que implica que las resoluciones judiciales únicamente deberán estar sometidas a la normativa vigente.

El presente ensayo inicia recordando la influencia en las decisiones judiciales de los medios de comunicación en la edad media, a través del martillo de las brujas o “malleus malleficarum”; posteriormente se realiza un breve análisis de las implicaciones que tiene la criminología mediática en el menoscabo de los derechos de honra y principio de inocencia y los alcances que han tenido los medios de comunicación en los procesamientos judiciales, para finalmente realizar una breve recomendación en torno a esta problemática.

Abstract

The function of the judges to apply justice, arises from the constitutional and legal mandates, lies in granting each one of the procedural subjects, what corresponds to them in law; However, when public opinion gives follow-up and importance, in some cases, conflicts appear between the media and judges, generating effects on citizens' rights and the principle of judicial independence.

This essay begins by recalling the influence on the judicial decisions of the media in the Middle Ages, through the hammer of the witches or "malleus malleficarum"; A brief analysis is made of the implications of media criminology, the impairment of the rights of honor and the principle of innocence, the scope of the media in judicial proceedings, to finally make a brief recommendation on this issue.

La influencia mediática en los procesamientos judiciales

En la edad media (siglo XIV de nuestra era) el mundo enfrentaba a uno de los problemas cruciales más duros de esa época. Pues, se consideraba de extremada peligrosidad la existencia de aquellos grupos sociales que practicaban rituales secretos volcando su pensamiento hacia estigmas maléficos de adoración satánica. Esos grupos ocultos, de quienes incluso se sospechaba la práctica oscura de actos de "brujería", constituían el enemigo al que se debía combatir.

En el terreno de ese combate se estigmatizó a muchos hombres y mujeres por considerarlos un peligro inminente para la humanidad. Por tanto, en aras de procurar un propósito sublime para la sociedad dentro de los predios de la paz, la concordia y la solidaridad, esos grupos o sociedades secretas debían ser exterminados.

Para cumplir con este "meritorio cometido", en el año de 1487 se redactó en Alemania un texto conocido como el "*malleus malleficarum*", documento que, con la revolución de la imprenta, fue difundido en todo el viejo mundo durante los siglos XV y XVI de nuestra era, llegando incluso a América. A este texto se lo considera como el libro más vendido después de la biblia. En él se consigna el principio de "no dejarás viva a una bruja". Y es así como, en honor a ese principio, se ejecutó las más horribles torturas y se condenó a la hoguera, sin fórmula de juicio, sin pruebas, a veces por sospecha, a casi unas sesenta mil personas.

La finalidad de ese manuscrito era perseguir y exterminar a “herejes y brujas” con el propósito de sostener y afianzar una férrea estructura política, económica y social de la humanidad de aquellos tiempos.

La primera estrategia que se daba en este proceso consistía en difamar a los y a las acusadas, encaminado así el criterio de la asamblea popular hasta conseguir su apoyo en la decisión final de exterminar al enemigo. En la tercera parte de este “manual” se instruía a los jueces con una serie de recomendaciones tendientes a obtener de los encausados su confesión auto incriminatoria, bajo la oferta de actos de misericordia. Caso contrario, esto es de no confesar su participación en la brujería, se los amenazaba con proceder a la imposición de la condena fatal.

Bajo la sombra de esta bandera de justicia y en aras de la aplicación del derecho penal, se cometió los más crueles asesinatos. Vale señalar que el poder jurídico ya sea para aquellos tiempos o para el actual, requiere de herramientas que las acepte la sociedad y que permitan sostener y extender su estructura, con el fin de “generar las condiciones sociales y políticas que den lugar a la fabricación de las herramientas legales”¹ Ciertamente es que, en esta tónica, se crean aparentes realidades que permiten visibilizar lo digno y combatir lo indigno. Para el filósofo francés Michel Foucault el poder es “esencialmente lo que reprime”². Entonces, “bajo la comprensión de que el poder no está en manos de la sociedad, sino de grandes grupos políticos y económicos a los que otorgamos capacidad de control y actúan avalados por el criterio de legitimidad”³, vamos a sostener que el poder no sólo se ejerce por las instituciones estatales como Fiscalía, Policía y Fuerzas Armadas, sino también por otras instituciones que logran influir en la población como la educación, la religión, los medios de comunicación, entre otros.

En esa coexistencia de realidades que son verdaderas o creadas, según Eugenio Raúl Zaffaroni, opera la selectividad penal, mediante la reafirmación de estereotipos dominantes, que son los prejuicios que cada persona tiene sobre otra, por determinados distintivos o apariencias, que configuran el aspecto criminal. En tal sentido dice:

¹ Torres, Sergio Gabriel. “Características y consecuencias del derecho penal de emergencia”, en Luigi Ferrajoli, edit., *La Emergencia del Miedo*, Buenos Aires: EDIAR, 2013, Pág. 77.

² Foucault, Michel. *Microfísica del poder*, España: Edissá, 1979, Pág. 135.

³ Echeverría Andrade, María Fernanda. “Criminología mediática y el principio de independencia de la administración de justicia”, Repositorio de Monografías Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador- 2017, Pág. 12.

“Todas las sociedades contemporáneas que institucionalizan o formalizan el poder (estados) seleccionan a un reducido grupo de personas, a las que someten a su coacción con el fin de imponerles una pena. Esta selección penalizante se llama criminalización y no se lleva a cabo por azar sino como resultado de la gestión de un conjunto de agencias que conforman el llamado sistema penal.”⁴

El citado autor refiere que este proceso selectivo de criminalización se desarrolla por medio del “sistema penal” que “opera ejerciendo un poder punitivo represivo en forma de criminalización primaria y secundaria”⁵. Así, a la criminalización primaria la define como “la formalización penal de una conducta en una ley, o sea que es un acto legislativo de prohibición bajo amenaza de una pena”⁶, y consiste en el acto formal de incluir conductas en la ley penal material, para que estas sean sancionables. Dice que, por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias políticas (legislativo y ejecutivo), en tanto que su aplicación que implica un programa, lo ejecutan las agencias de criminalización secundaria (policías, jueces, agentes penitenciarios). En cambio, la “criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas”⁷, se la realiza cuando estas agencias ejecutoras como la Policía, por ejemplo, detecta a una persona a la que se le atribuye la realización de cierto acto criminalizado, inicialmente la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a los jueces (como dice el autor a la agencia judicial), donde es juzgada públicamente y, en caso de declarar su culpabilidad, se le impondrá una pena que, cuando es privativa de libertad, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización). En definitiva, la sociedad en general se encontrará satisfecha, considerando que el sistema penal ha protegido los derechos ciudadanos de seguridad individual y colectiva.

En este contexto, el Estado Ecuatoriano, con la vigencia de la Constitución del dos mil ocho, entró en la era del constitucionalismo contemporáneo, que involucra un cambio evolutivo en toda su estructura, apareciendo así como un mandato soberano la norma constitucional que es su fundamento, por el cual se crean, en unos casos y se fortalecen, en otros, las instituciones estatales que procuran garantizar el cumplimiento de los derechos y libertades ciudadanas. Con todo ello se procura mantener la unidad de todas las normas al mandato constitucional. Por este mandato

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl /Alagia, Alejandro/ Slokar, Alejandro. “Derecho Penal, Parte General”. Editorial Ediar, Segunda Edición, Buenos Aires, 2002, Págs. 7 y 8.

⁵ Zaffaroni, Eugenio Raúl /Slokar, Alejandro/Alagia, Alejandro/ “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Segunda Edición. Ediar. Buenos Aires, Argentina. 2006. P. 11.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*, pág. 12.

que se integra con normas contenidas en tratados, declaraciones internacionales y en la Ley, el Estado asume la función de resolver los litigios que nacen de la colisión de nuestros derechos con los supuestos derechos de otros. Lo óptimo sería que el ciudadano que sienta que ha sido afectado en sus derechos pueda acceder a la justicia buscando su tutela.

Sin embargo, cuando el Estado no ha sido efectivo en la tutela de derechos sociales, como educación, trabajo, salud, vivienda, seguridad social, entre otros, cuya carga de cumplimiento le corresponde a la función ejecutiva, el discurso de seguridad ciudadana es la herramienta más utilizada por los actores que manejan grupos de poder, con la intención de desviar la atención del conglomerado, al tiempo que instrumentalizan vías para solicitar del Estado la materialización de los derechos de protección que se han instaurado como una garantía ofertada por el Estado ecuatoriano a través de la institucionalidad y de políticas públicas, consolidando así el acceso a la justicia como un derecho inter relacionado con otros derechos como los de libertad y el respeto a los derechos fundamentales del individuo. La Constitución de la República establece que todas las personas tienen acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses con sujeción a los principios constitucionales por lo que, en los sistemas jurídicos, el acceso a la justicia está reconocido como un derecho independiente y se lo conoce con el nombre de derecho de acción;

(...) La acción es pues el derecho o facultad de acudir al Juez y pedirle dos cosas una que resuelva el litigio y dos que haga respetar el derecho que nos auto atribuimos. Es pues un derecho autónomo del derecho sustantivo, tanto que puedo demandar la actuación de la justicia y el juez puede rechazar lo que pido porque, a su juicio no me asiste o no he podido probar en el proceso”⁸

Pero no es suficiente que el ciudadano haya tenido acceso a la justicia. Este, o sea el ciudadano, aspira a que los jueces le devuelvan o reparen su derecho vulnerado, creándose así una necesidad de defensa de bienes jurídicos. En respuesta a esta necesidad social, aparecen políticas de “*populismo penal*” que procuran combatir al enemigo general, con las que los poderes políticos y económicos hacen uso demagógico del derecho penal. Para ello se utiliza a los medios de comunicación con el propósito de implantar el “miedo” en la sociedad, creando una sensación de inseguridad ciudadana que, como objetivo primordial, procura llegar

⁸ Trujillo, Julio César. “Constitucionalismo Contemporáneo”. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Corporación Editora Nacional. P. 141

a consensos sobre la importancia de la expansión del poder punitivo del Estado, para justificar y legitimar la intervención penal. En este sentido, Gabriel Anitua afirma que: “El terror que puede suponer la realización o la necesidad de cambiar al hombre antes que a la sociedad. Lo que pretenden sus sostenedores es defender en todo caso el statu quo en el que a ellos no les va tan mal.”⁹

Al respecto, Ramiro Ávila explica que: “La sociedad lo que quiere es tener presos, a como dé lugar, para convencerse de que los delincuentes están encerrados, sin importar si son culpables o no. La alarma social, la inseguridad, el orden público, justifican que la policía encierre a sospechosos y que los jueces no los dejen salir.”¹⁰ En este quehacer, tienen un papel de suma importancia los medios masivos de comunicación como la radio, la prensa, la televisión, las redes sociales, etc., que saturando de noticias sobre procesos judiciales, despiertan el interés ciudadano y con ello la orientación de la vindicta pública sobre el resultado de la administración de justicia, repitiendo los actos ocurrido en la época de la inquisición, con el “*malleus malleficarum*” o martillo de las brujas.

En relación a los hechos que los tenemos planteados podemos afirmar que el ciudadano común, sin contar con suficientes elementos de convicción, estructura su criterio de acuerdo a un cúmulo de determinados actos motivadores que fueron creados y difundidos por los medios masivos de comunicación quienes, en respaldo a la tendencia del poder, emiten mensajes que son aceptados por la población. Al respecto Zaffaroni, dice:

“(…) Lo cierto es que las personas que todos los días caminan por las calles y toman el ómnibus y el sub terraneo junto a nosotros, tienen la visión de la cuestión criminal que construyen los medios de comunicación, o sea, que se nutren –o padecen- una *criminología mediática*.

Esto ha sucedido siempre y lo que hemos visto de René Girard lo explica claramente: *si el sistema penal tiene por función real canalizar la venganza y la violencia difusa de la sociedad, es menester que las personas creen que el poder punitivo está neutralizando al causante de todos sus males. (...)”*¹¹.

⁹ Anitua, Gabriel Ignacio. “Historias de pensamientos criminológicos” ..., 533.

¹⁰ Ávila Santamaría, Ramiro “La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos” ..., 26.

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Criminología Mediática en “La Cuestión Criminal”*. Grupo Editorial Ibañez, Bogotá Colombia. 2013. Pág. 210.

En la actualidad, en nuestro país Ecuador, hemos sido testigos de varios casos de criminología mediática, especialmente en causas penales, como los ocurridos a consecuencia de las manifestaciones del 30 de Septiembre, o los que corresponden a los casos arroz verde hoy Sobornos, Singue, Diezmos, Walter Solís, Capaya, Juliana Campoverde (Pichincha), Gaby Díaz (Chimborazo), Juez Quito (Pastaza), Fernando Balda (Guayas), Joffre Poma (Sucumbíos), Mascarilla (Imbabura), Diana Carolina (Imbabura), David Rosero (Imbabura), Bucaram (Guayas), Hospital de Pedernales y otros más, los mismos que han sido motivo de una cobertura amplia por parte de medios de comunicación nacionales y locales como prensa escrita, televisión y radio, a pesar que el valor del espacio en estos medios es costoso, sin embargo de ello a diario se puede observar como esos medios dedican mucho tiempo en informar a la colectividad sobre varios procesos judiciales. En todos estos casos que los hemos tomado como ejemplo, vemos como la presión mediática pretende mostrar, según la conveniencia, la racionalidad de la violencia del sistema penal o la deficiencia del mismo, dando lugar así al nacimiento de un conflicto entre jueces y medios de comunicación.

En este sentido, Luis Pásara manifiesta que: “en la mayor parte de América Latina aparece un conflicto sordo entre la administración de justicia y los medios de comunicación, que erupciona intermitentemente, a propósito de determinados casos y cuya falta de resolución se encamina a debilitar, aún más, nuestra frágil institucionalidad”¹².

Es así como Luis Pásara sostiene el hecho de que, en este conflicto, por un lado se encuentra la Administración de Justicia que, por varias razones, no ha gozado de un reconocimiento social importante y, lo que es peor, muchas veces “ha sido llevada al banquillo de los acusados”¹³, mientras que, del otro lado, “los medios de comunicación se han convertido en depositarios importantes de credibilidad y confianza públicas”¹⁴ lo que ha generado un sentimiento popular de inconformidad que va en contra del sector de la administración de Justicia.

A la criminología mediática actual, que también se la ha denominado *neo punitivismo*, y que tiene características propias, la vemos expandirse a través de los diferentes medios de

¹² Pásara, Luis. Profesor investigador de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económica, CIDE México. En “Reforma Judicial”, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, N° 3. México, D.F., 2003.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*

comunicación que suelen ser **impresos** como los periódicos, las revistas, entre otros; o **audiovisuales** que son los que se escuchan y/o se ven, es decir los que se basan en imágenes y/o sonidos para expresar la información tales como la radio, la televisión, el cine; o **digitales**, que en la actualidad son los más usados y a los que se accede por medio del Internet, a través de las redes sociales. “De estos medios, la televisión se ha convertido en el medio masivo por su rapidez, por la cantidad de recursos que utiliza (imágenes, sonido, personas) y, sobre todo, por la posibilidad que le ofrece al público de ver los hechos y a sus protagonistas sin necesidad de estar presente.”¹⁵ Este medio de comunicación cierto que se ha hecho indispensable en los hogares ecuatorianos, expande noticias con mayor fluidez en este mundo globalizado, por ello ha recibido varias críticas de los doctrinarios criminólogos, en el siguiente sentido:

(...) Por ende no es nada nuevo, aunque, como es natural, la criminología mediática actual tenga características propias. El discurso de la criminología mediática actual no es otro que el llamado *neo punitivismo* de Estados Unidos, que se expande por el mundo *globalizado*. Se trata del fenómeno que analizan Garland, Wacquant y Simon, al que hemos hecho referencia y sobre el que no insistiremos.

La Característica central de la versión actual de esta criminología proviene del medio empleado: la televisión. Por eso, cuando decimos discurso es mejor entender *mensaje*, pues se impone mediante imágenes, lo que dota de un singular poder.

Los críticos más radicales de la televisión son Giovanni Sartori y Pierre Bourdieu. Para Bourdieu la televisión es lo opuesto a la capacidad de pensar, en tanto que Sartori desarrolla la tesis de que el *homo sapiens* se está degradando a un *homo videns* por efecto de una cultura de puras imágenes.¹⁶

También el citado autor manifiesta que “La criminología mediática” entra en conflicto en relación a sus fines porque los jueces son el obstáculo para una eficaz lucha contra los estigmatizados dentro de un proceso, en virtud que las garantías constitucionales, penales y procesales son para los buenos, no para los malos, en virtud que ellos no respetaron los derechos de la sociedad en general, en esta tónica es común observar que existen procesos de juzgamiento paralelos entre los órganos de justicia y los medios de comunicación. Luis Pásara al respecto dice:

¹⁵ <https://lahistoriadelosmedios.wordpress.com/2010/02/14/clasificacion-de-los-medios/>

¹⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Criminología Mediática” en “La Cuestión Criminal”. P. 211.

(...) El conflicto puede quedar mejor delimitado si se escucha las versiones encontradas que, desde uno y otro lado, se formula en torno a él. Según aquéllos que se desempeñan en tareas judiciales, existe una invasión de los medios de comunicación sobre asuntos que legalmente competen sólo al conocimiento y resolución de aquel brazo del Estado a quien constitucionalmente corresponde la resolución de conflictos. Tales invasiones, se sostiene, constituyen formas de presión o de interferencia, según la modalidad que usen los medios; pero, esencialmente, todas ellas corresponden a un rol que el periodismo se ha adjudicado y que no se limita, como antaño, a informar sobre los pasos que sigue un caso determinado a través de su procesamiento por la justicia.

Desde el nuevo rol, se realiza una serie de actividades que, en los hechos, configuran un proceso paralelo, concerniente a aquellos casos que, debido a algún elemento motivador de interés público, suscitan la atención y cobertura de los medios de comunicación. Se investiga entonces los hechos, se interroga testigos, se sopesa elementos probatorios, se examina y discute hipótesis y, en definitiva, se establece o descarta responsabilidades en el campo civil, y culpabilidades o inocencias en materia penal. Se anota también que, en el desarrollo de estas diversas actividades, el periodismo no siempre es guiado por el objetivo de informar, plenamente legítimo, sino por motivos como: el propósito comercial de aumentar la circulación o la audiencia del medio, la satisfacción de intereses económicos o políticos vinculados a los propietarios del medio, y la venalidad de algunos periodistas que ponen su labor al servicio de quien pueda recompensarla. (...) ¹⁷

De lo expuesto, se puede resaltar que según lo manifestado por el citado autor, Luis Pásara, en el juicio paralelo, llevado al público por los medios de comunicación, no existe un total respeto de los derechos fundamentales, empezando por las garantías del debido proceso y presunción de inocencia del procesado. Según Carlos Santiago Nino, al referirse al debido proceso dice: “Son las garantías que consisten en la posibilidad de acceso activo, por propia iniciativa, o pasivo, por iniciativa de otro, a un proceso debido en protección de un derecho individual amenazado”¹⁸. Estos derechos como principio y fin en la defensa de la persona humana, acarrearán una serie de criterios inspiradores de la interpretación y aplicación jurídica de las decisiones judiciales, mucho

¹⁷ Pásara Luis. En “Reforma Judicial”, *Ibíd.*

¹⁸ Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”. Editorial Astrea. Buenos Aires 2002; pág. 446.

más en los países como Ecuador, considerados Estados constitucionales de derecho, donde el fin principal de un procesamiento judicial, es la protección de los derechos de todos los ciudadanos, porque así se ha consagrado en la constitución.

Además que, en este procesamiento paralelo de los medios de comunicación “el honor de las personas es frecuentemente mancillado”¹⁹, sin que exista una adecuada reparación pública cuando un ciudadano ha sido infundadamente agraviado por una información lesiva a su honor, en este sentido, la actividad del Estado tiene que dirigirse al reconocimiento de los derechos y a su efectiva vigencia, los actos de las Instituciones públicas y privadas como medios de comunicación, deben estar enmarcados en los principios y normativa constitucional, teniendo como objetivo el respeto de los derechos concebidos como inalienables e intangibles, en virtud que:

(...) El manejo de los casos en los medios de comunicación se halla a cargo de personas que no conocen el aparato técnico para considerar profesionalmente hechos, pruebas y normas aplicables. Esto hace que aquellos razonamientos jurídicamente validados para conocer y resolver un conflicto determinado sean ignorados por los medios y sustituidos, en el tratamiento periodístico del asunto, por criterios legos que, pese a ampararse en el sentido común, no resultan adecuados ni legítimos para dar solución al mismo²⁰.

Por otro lado, los comunicadores, argumentando “libertad de expresión” asumen en la práctica su trabajo cotidiano manifestando que el descrédito del aparato judicial está documentado, y “tiene su raíz en la experiencia del ciudadano con la justicia”²¹, y no en la imagen que de ella ofrezcan los medios, se dice que el comunicador limita su papel “al de espejo que sólo refleja una realidad lamentable”²² y, en consecuencia, no se considera productor de una imagen negativa de la justicia.

Finalmente, se puede extraer que, la República del Ecuador, presupone la obligación del poder judicial, de adecuar sus resoluciones al cumplimiento de las normas y derechos de los ciudadanos, con predominio del interés social y humano; dentro de este marco se presenta la llamada democracia constitucional, desarrollada por el profesor Ferrajoli, que explica que la constitución es un instrumento para limitar a los poderes públicos, con lo que se afianza la supremacía constitucional, por la que ninguna

¹⁹ Pásara Luis. En “Reforma Judicial”, *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

autoridad o sus actuaciones pueden estar por sobre la Constitución o en detrimento de derechos constitucionales. En efecto, ya no es la ley la norma máxima y la producción legislativa debe estar en observancia estricta al texto constitucional y debe tender a adecuarse a la realidad social.²³

Frente a ello, en el actual Estado Constitucional de Derechos y Justicia es obligatorio que las autoridades de justicia, apliquemos el marco jurídico, garantizando los principios, derechos y garantías, conforme lo prescribe el artículo 82 de la Constitución que dice: *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”* En tal sentido, constituye fundamento de la seguridad jurídica, el respeto al principio de legalidad; y, el orden jerárquico de aplicación de las normas; por el primero, los actos del poder público deben estar emitidos en los términos exactos que la ley autoriza o le faculta, así su potestad no puede ir más allá de lo previsto en la Ley; y, por el segundo, esa misma autoridad pública en la expedición de sus actos, está constreñida en aplicar primero la Constitución, y bajo de ella las siguientes normas en su orden: tratados y convenios internacionales; leyes orgánicas; leyes ordinarias; normas regionales y ordenanzas distritales; decretos y reglamentos; ordenanzas; acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos, conforme lo establece el principio de legalidad, en el artículo 226 de la Constitución de la República.

Sin embargo, en los procesamientos judiciales una vez que se encuentran en el debate público, los jueces están impedidos de pronunciarse sobre el desarrollo del proceso, por tanto los medios de comunicación emiten sus propias versiones de la contienda, muchas veces sin mayor conocimiento de las pruebas que constan en las tablas procesales, creándose así “un clima social en el que el juez encuentra acrecentadas dificultades para juzgar con ecuanimidad”²⁴, y al momento de resolver, cuando el fallo del caso publicitado no coincide con el criterio de los medios de comunicación se sospecha de la idoneidad del juzgador lo cual alimenta el descrédito del órgano judicial mismo.

Por tanto, si de superar el conflicto se trata, del lado de los medios de comunicación es preciso tomar conciencia que su tarea de informar no puede realizarse a costa de los derechos de las personas involucradas en casos judiciales, ni en perjuicio de

²³ Christian Masapanta, “El juez garantista, un nuevo rol de los actores judiciales en el constitucionalismo ecuatoriano”, en Luís Fernando Torres, edit., Debate Constitucional. Monografías, (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2010), 94-95.

²⁴ *Ibidem*.

la independencia de los jueces, que es a quienes corresponde juzgar. Mientras que por parte de los jueces, debe existir un mecanismo de aproximación a los comunicadores a fin de que el mensaje de las causas que llega al público sea preciso; consecuentemente, en algún momento es necesario que tanto comunicadores y jueces construyamos un mecanismo de difusión de los mensajes en las causas judiciales; a fin que el poder judicial provea de información, y los comunicadores la difundan bajo la perspectiva del respeto a los derechos ciudadanos.



Conclusiones



A través de los tiempos, la influencia de los medios de comunicación en la sociedad ha sido uno de los métodos de los grupos de poder, para implantar en la sociedad una sensación de inseguridad colectiva y desviar la atención ciudadana ante la falta de materialización de los derechos sociales.

Cuando existen causas de conmoción social, se desarrollan juzgamientos paralelos entre jueces y medios de comunicación, apareciendo conflictos durante el procesamiento, y al final de este, en caso de que la resolución judicial no esté acorde al criterio de los medios, generándose un desprestigio de la función judicial.

En relación a este conflicto se torna necesario llegar a acuerdos entre medios de comunicación y jueces, posibilitando que tanto los comunicadores como los jueces puedan desarrollar su trabajo, sin afectar los derechos ciudadanos.



Bibliografía



- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006.
- Ávila Santamaría, Ramiro, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos*. Quito: Ediciones legales: EDLE, 2013.
- Echeverría Andrade, Fernanda. "Criminología mediática y el principio de independencia de la administración de justicia",





Repositorio de Monografías Universidad Andina Simón Bolívar. Quito-Ecuador- 2017.

- Foucault, Michel, *Microfísica del poder*. España: Edissa, 1979.
- Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional: Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional”. Editorial Astrea. Buenos Aires 2002; pág. 446.
- Masapanta, Christian, “El juez garantista, un nuevo rol de los actores judiciales en el constitucionalismo ecuatoriano”, en Luís Fernando Torres, edit., *Debate Constitucional. Monografías*. Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2010.
- Pásara, Luis. Profesor investigador de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económica , CIDE México. En “Reforma Judicial”, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónomas de México, N° 3. México, D.F., 2003.
- Torres, Sergio Gabriel, “Características y consecuencias del derecho penal de emergencia”, en Luigi Ferrajoli, edit., *La Emergencia del Miedo*, Buenos Aires: EDIAR, 2013.
- Trujillo, Julio César. “Constitucionalismo Contemporáneo”. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Corporación Editora Nacional.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*. Bogotá: IBANÉZ, Bogotá Colombia. 2013.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2006.

Linkografía



- <https://lahistoriadelosmedios.wordpress.com/2010/02/14/clasificacion-de-los-medios/>

BIBLIOTECA

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA



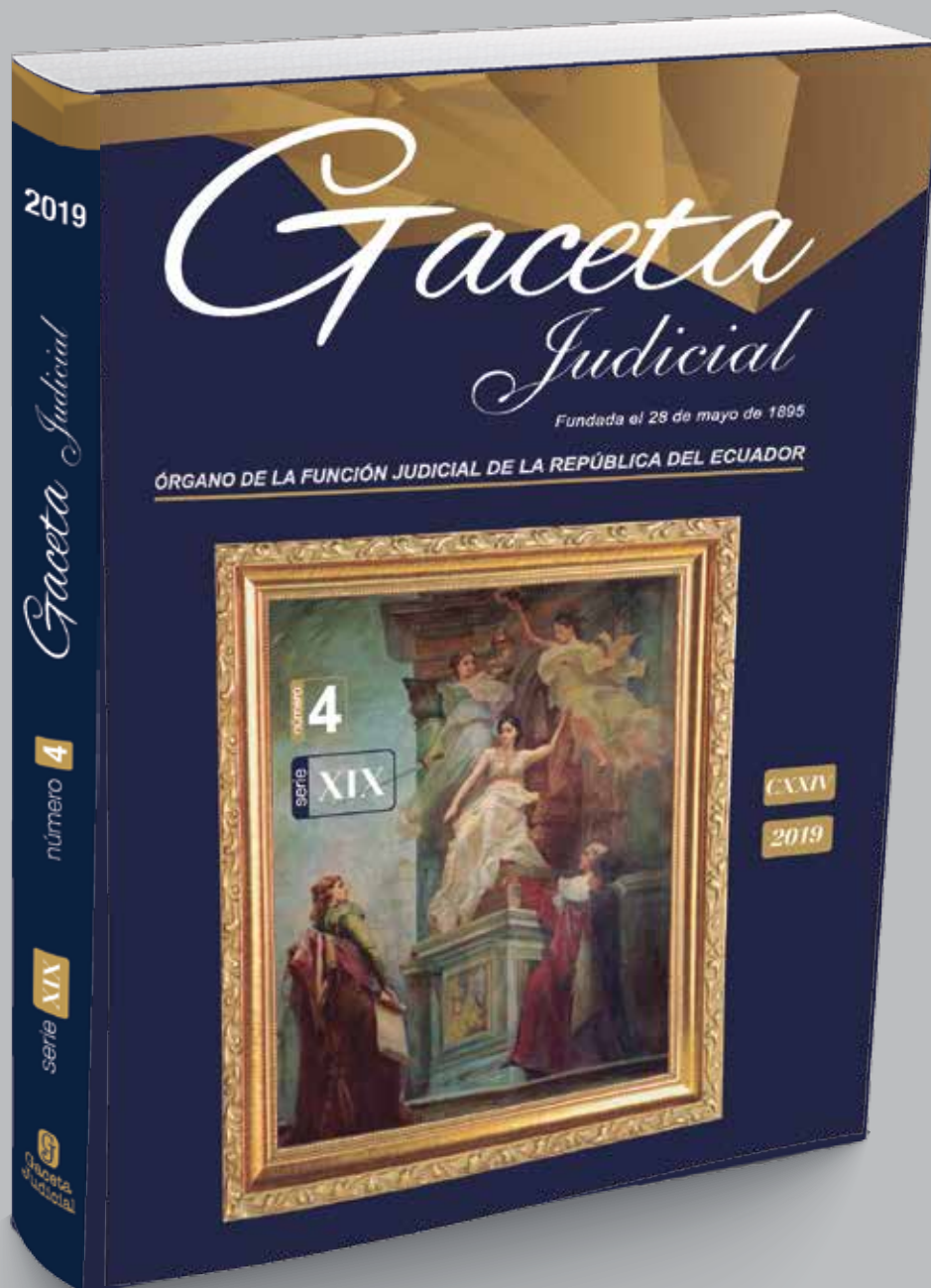
CORTE NACIONAL DE
JUSTICIA

Esta es una de las bibliotecas especializadas más antiguas del Ecuador. Se trata de una colección de libros relacionados con temas jurídicos. Es satisfactorio a través de este artículo, realizar un paseo por algunas de sus publicaciones más emblemáticas. Los profesionales del derecho y curiosos lectores, se llevarán gratas sorpresas al visitarla.

Como se ha señalado en párrafos anteriores, la colección completa de la Gaceta Judicial –que por más de un siglo ha registrado todo lo relacionado con la aplicación de las leyes en el Ecuador; son las 60.000 páginas que contienen fallos de los últimos 124 años; cinco sentencias de la época de la Real Audiencia de Quito (1783 y 1784); una selección de resolucio-

nes de las últimas décadas del siglo XIX (aproximadamente 600 que van de 1871 a 1900); unas 8.000 correspondientes al siglo XX y unas 1.400 del siglo XXI, que fueron seleccionadas y recogidas en la Gaceta Judicial por iniciativa de algunos de sus directores o autoridades de la Corte.

El acervo documental de la Biblioteca de la Corte es de capital importancia para la historia de nuestro país: además de ser un centro de consulta, contiene una parte esencial de nuestra historia impresa que debería compilarse en un 'Registro del Patrimonio Bibliográfico Nacional' que abarque desde la instalación de la imprenta en nuestro territorio, en 1755, hasta lo que actualmente se produce en formato de libro impreso y digital.



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



Gaceta
Judicial

www.cortenacional.gob.ec

Av. Amazonas N37 -101 y Union Nacional de Periodistas
PBX (02) 395- 3500