

ISSN 1390-7182

Revista de la Asociación Escuela de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

57/58

año 2014

ruptura





ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO

Revista Jurídica Ruptura
Edición No. 57/58
año 2014

Yessenia Venegas Chamba
Presidenta AED 2014

Carlos Izquierdo Apolo
Vicepresidente AED 2014

REVISTA JURÍDICA RUPTURA

EDICIÓN No. 57/58

año 2018

ruptura

Revista de la Asociación Escuela de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

57/58



Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Facultad de Jurisprudencia

Asociación Escuela de Derecho 2014

Ruptura No. 57/58

Comité Editorial

Yessenia Venegas Chamba

Paulina Muñoz Galarza

Carlos Izquierdo Apolo

ISSN

Impresión: Imprenta Ideaz

El contenido intelectual y de investigación de esta obra son de exclusiva responsabilidad de sus autores

Edición: Quito – Ecuador, agosto 2018

*Los criterios emitidos en esta obra, son de exclusiva responsabilidad de sus autores.
Todos los derechos reservados. Se autoriza su reproducción siempre que se cite la fuente.*



DIRECTORIO DE LA ASOCIACIÓN ESCUELA DE DERECHO 2014

Yessenia Venegas Chamba
PRESIDENTA

Carlos Izquierdo Apolo
VICEPRESIDENTE

Paulina Muñoz Galarza
Lizbeth Iza
CONSEJO DE FACULTAD

VOCALES DEL DIRECTORIO

Eduardo Chang Dávila
Andrea Barragán
Juan José Robles

Nora Márquez Galárraga
Víctor Espinosa Jácome
Cristina Escobar Montalvo

JUNTAS DE FACULTAD

Jorge Chiriboga
Carla Grefa
Galo Poveda Guerrero
Katherine Villacis
Alejandro Laverde Díaz
Lorena Mendoza
Sofía Gordillo
Charles King
Juan Andrés Paredes

Ma. Susana Vaca Loaiza
TESORERA

Nicole Gavilanes
SECRETARÍA

A Ricardo Vaca Andrade,
Ilustre catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Contenido

Mensaje de la Asociación Escuela de Derecho 2014 a la Comunidad Universitaria	III
Mensaje del Comité Editorial a sus lectores	V
Agradecimientos	VII
Presentación Revista Jurídica Ruptura	IX

Capítulo I: Derecho Penal

Formulación de cargos del Fiscal y la instrucción	3
<i>Ricardo Vaca Andrade (Ecuador)</i>	
El Código Integral Penal (COIP) y su potencial aplicación garantista	29
<i>Ramiro Ávila Santamaría (Ecuador)</i>	
La responsabilidad penal de los partidos políticos como personas jurídicas	47
<i>Aleksandar Marsavelski (Croacia)</i>	
El principio de mínima intervención penal dentro del Código Orgánico Integral Penal	69
<i>Eduardo Chang Dávila (Ecuador)</i>	
La incidencia de la fase prelegislativa en la inclusión de nuevos tipos penales	89
<i>Christian Javier Gallo (Ecuador)</i>	
Libertad y castigo: Reencuentro con Césare Beccaria	107
<i>Cristian León Ortiz (Ecuador)</i>	

El cultivo, consumo y tenencia de drogas en el Código Orgánico Integral Penal..... 121
José Luis Castro Montero (Ecuador)

La (in)conveniente reforma al proyecto del COIP sobre las excusas legales absolutorias en casos de aborto 135
José Rodrigo Moreno (Ecuador)

Comparativa a Nivel Andino de la Mala Praxis médica como tipo penal 149
Cristian Ruiz Carrera (Ecuador)

**Capítulo II:
 Derecho Constitucional**

La tutela de los derechos de los pueblos indígenas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Constitución del Ecuador 177
Hernán Víctor Gullco (Argentina)

Conflicto de principios constitucionales a la luz de un caso concreto de transgenitalización en Brasil..... 187
Guillermo Tomizaga (Brasil)

Impacto del marco jurídico constitucional y legislativo de los años 1998 y 1999 como generador de la crisis financiera 201
Ana Carrión (Ecuador)

Constitutional Review Of Arbitral Awards: Between Guarantism And Interventionism 217
Camilo Muriel (Ecuador)

Mensaje de la Asociación Escuela de Derecho 2014 a la comunidad universitaria

Cursar las aulas de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador - PUCE implica superar un sin número de retos, fundamentalmente a nivel académico; sin embargo, existe un reto en particular que motiva la esencia misma de la Asociación Escuela de Derecho, un reto tan complejo como satisfactorio, el reto de la representación estudiantil.

A finales del año 2013, la Asociación Escuela de Derecho atravesaba una fuerte crisis institucional al encontrarse su Directorio en total acefalía por la renuncia tanto de su Vicepresidente como de su Presidenta. En ese momento histórico, para quienes conformamos el Directorio de la Asociación Escuela de Derecho - AED 2014, asumir el desafío de liderar la Asociación Escuela implicó mucha valentía para tomar las riendas de un organismo que había perdido total institucionalidad; implicó luchar contra la apatía, y contra la indiferencia de los estudiantes, dejar el letargo, la pasividad, el conformismo y la crítica vacía para pasar a ser actores de cambio.

Constituye alto honor ejercer un cargo de representación estudiantil, más aún cuando hablamos de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE y de su camino histórico forjado desde 1949, es por esto que el Directorio AED 2014 enfocó el desarrollo de sus funciones en reconstruir la institucionalidad de la Asociación Escuela con trabajo responsable y comprometido para la real defensa de los intereses y derechos de sus estudiantes.

Desde el Directorio se impulsaron iniciativas encaminadas a dotar de sentido y estructura a la Asociación Escuela de Derecho como verdadero órgano de representación estudiantil. Fue en ese marco que a nivel de Facultad se trabajó en el Nuevo Estatuto de la AED cuya Comisión Redactora estuvo integrada por un representante del binomio presidencial, un representante de la Comisión Académica, tres representantes imparciales electos por Concurso Público y un representante de cada movimiento estudiantil debidamente inscrito, Estatuto que fuera aprobado en Asamblea General de Estudiantes.

A nivel de Universidad, entre otras actividades se brindó asesoría jurídica en la elaboración del nuevo estatuto de la Federación de Estudiantes, por un lado; y, por otro formamos parte y presidimos la Comisión de Veeduría Jurídica Universitaria, creada principalmente para la implementación del Sistema de Defensores Estudiantiles de la Facultad de Jurisprudencia, servicio estudiantil disponible para todos los estudiantes de la PUCE.

Es deber de los dignatarios de la Asociación Escuela de Derecho, velar por el fortalecimiento institucional no únicamente de la AED sino también de la Facultad, es razón por la cual, en coordinación constante con las autoridades y docentes de la Facultad se brindó acompañamiento en proyectos como: la creación de la Unidad de Titulación que implementaría por vez primera la modalidad de titulación por examen complejo, de conformidad con la normativa nacional vigente; en el proceso de acreditación de la carrera; y, aportando en el programa de elaboración del nuevo pensum académico, dejando sentado la opinión de los estudiantes en cada uno de estos proyectos académicos.

En igual sentido, en el afán de fomentar el pensamiento crítico de los estudiantes, se crearon espacios de debate y formación continua, buscando también, involucrar a la comunidad estudiantil en temas de interés local y nacional como por ejemplo, en el debate organizado con los candidatos a la Alcaldía de Quito en el 2014, único evento de este tipo en el proceso electoral de aquella fecha.

Por otro lado, uno de los distintivos de la gestión de la AED es sin lugar a dudas la publicación de la Revista Jurídica Ruptura, que constituye un invaluable aporte a la memoria histórica de la Facultad y sus estudiantes. Es por eso que de conformidad a la decisión adoptada en 2013, el Directorio AED 2014 inició el proceso de indexación, con el cual se buscaba que la Revista Jurídica Ruptura ingrese en la categoría de Catálogo en Latindex; con dicho fin, y debido a la imposibilidad manifiesta del Directorio 2013 de publicar la edición de la Revista que les correspondía, este Directorio electo para el año 2014, asumió la responsabilidad de publicar la edición compartida de la Revista Jurídica Ruptura, esto es la edición número 57 y 58, la cual busca realzar el aporte académico de los estudiantes en la misma.

La Publicación de esta edición de la Revista Jurídica Ruptura cierra un periodo caracterizado por la recuperación de la institucionalidad de la Asociación Escuela de Derecho, en la que los dignatarios de la AED 2014 estamos orgullosos del esfuerzo y compromiso entregado a lo largo del desempeño de nuestras funciones. Culmina un camino complejo pero a la vez satisfactorio, un año de trabajo desinteresado por el enaltecer nombre de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE y su Asociación Escuela del Derecho.

Yessenia Venegas
Presidenta del Directorio
AED 2014.

Carlos Izquierdo
Vicepresidente del Directorio
AED 2014.

Mensaje del Comité Editorial a sus lectores

Como ustedes conocen la Revista Jurídica Ruptura es un espacio creado por la Asociación Escuela de Derecho, de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en el cual estudiantes principalmente y los docentes, académicos y profesionales del Derecho en general, pueden realizar sus contribuciones respecto a cuestionamientos que nacen del análisis, interpretación, y práctica del derecho.

Esta edición número 57/58 de la Revista Jurídica Ruptura para nosotros representa una pequeña contribución a la Facultad de la cual somos orgullosos ex-estudiantes, en donde se nos proveyó de los insumos académicos necesarios para desempeñarnos como profesionales, siendo un eje transversal de nuestra formación, la investigación y el cuestionamiento crítico de la ciencia del Derecho.

Colegas, nunca abandonen la curiosidad, el cuestionamiento, la investigación, ni la redacción jurídica, creen Derecho, permitan que trascienda a través del tiempo, publiquen, pues esperamos fielmente en la próxima publicación de la Revista Jurídica Ruptura contar con su valioso aporte, ya que sin ustedes toda nuestra labor carecería de sentido.

Agradecimientos

El Consejo Editorial y de Coordinación, agradece la valiosa contribución de todas aquellas personas que remitieron sus creaciones jurídicas a nuestra redacción, no fue una labor sencilla seleccionar de esa gran cantidad de aportes a quienes ahora son nuestros articulistas, gracias a ustedes es posible realizar la publicación de la edición número 57/58 de la Revista Jurídica Ruptura.

Para los articulistas, agradecemos el tiempo dedicado a cada una de sus obras, y los instamos a continuar con esta gran tarea que engrandece la labor del abogado. Continúen creando doctrina, cuestionen y creen Derecho, incentiven esta práctica en las generaciones que los precedan, ya que solo de esta manera el derecho tendrá vida.

A nuestros auspiciantes, sin ustedes no sería posible llegar con esta publicación a los estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por eso corresponde reconocer su importante contribución a las siguientes firmas legales: Raza y Asociados Estudio Jurídico; Cabezas Wray & Albán Abogados; y, LEGAL GROUP Estudio Jurídico.

A Andrés Ortiz y Nathaly Yépez miembros del Directorio de la Asociación Escuela de Derecho 2013, por su aporte a esta publicación.

Finalmente, a la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador por su objetividad y rigurosidad académica en la enseñanza del Derecho, formadora de excelentes profesionales en todas las ramas del derecho, prueba de esto son todas y cada una de los artículos con los cuales anualmente se conforma La Revista Jurídica Ruptura.

Comité Editorial Revista Jurídica Ruptura
Edición 57/58

Presentación

Revista Jurídica Ruptura

Pensar en la Revista Jurídica Ruptura, es remontarse a la historia misma de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, es realizar un viaje en el tiempo para darnos cuenta que, quienes concibieron la idea de su nacimiento estaban un paso adelante de su época, buscaban que la misma trascendiera y diera respuesta a un sinnúmero de interrogantes, inclusive considerando la posibilidad, cada vez más frecuente, de que dichas respuestas generen simultáneamente más dudas antes que certezas.

Hablar de esta Revista es referirse al pensamiento crítico de los estudiantes y al aporte de excelencia de los profesores de la Facultad, pues, si bien es una publicación realizada por los estudiantes desde sus escenarios de representación, la misma no ha estado exenta de contar con la valiosa contribución del cuerpo docente.

Desde sus inicios, su principal objetivo fue generar un espacio de crítica y de opinión respecto de varios temas jurídicos, sociales, políticos e inclusive históricos, razón por la cual, ha sido publicada con periodicidad desde el año 1949. Dicha periodicidad ha sido anual, a excepción de épocas en las que por determinadas circunstancias su publicación se ha visto interrumpida.

Esta Revista se ha constituido en un insumo invaluable para el quehacer jurídico ecuatoriano, cuyo contenido se ha caracterizado por ser enriquecedor, innovador y crítico; y, además, por presentar un alto grado de investigación en los trabajos elaborados por sus autores.

La publicación de este aporte jurídico estudiantil, ha sido responsabilidad de la Asociación Escuela de Derecho de turno, máximo órgano de representación estudiantil al interior de la Facultad de Jurisprudencia, la cual ha velado año tras año, por entregar, no solo a la comunidad estudiantil, sino a la comunidad en general, un producto intelectual de gran calidad, que en esta edición cuenta también con la participación de académicos nacionales y extranjeros.

Comité Editorial Revista Jurídica Ruptura
Edición 57/58

Capítulo I

DERECHO PENAL

Formulación de Cargos del Fiscal y la Instrucción

Ricardo Vaca Andrade¹

Siguiendo al maestro colombiano Hernando DEVIS ECHANDIA, en su obra COMPENDIO GENERAL DEL DERECHO PROCESAL. TEORÍA GENERAL DEL PROCESO. TOMO I, tenemos que partir del supuesto de que los jueces, para el cumplimiento de sus atribuciones de *dirección y decisión* del litigio, cuentan con la posibilidad de ejercer su poder jurisdiccional mediante actos procesales que pueden ser agrupados en cuatro categorías: *de decisión, de coerción, de documentación y de ejecución*. A su vez, “el ejercicio de esos poderes se hace mediante actos adecuados, que pueden ser *de gobierno y de composición*”. “Los actos decisorios del juez están contenidos en las providencias que dicta y se clasifican entre nosotros en dos categorías: autos y sentencias”.

El *auto*, en términos estrictamente procesales, y según el Diccionario Jurídico ESPASA es una “*Resolución judicial por la que se deciden cuestiones de importancia afectantes a intereses de los litigantes dignos de protección pero distintos de las cuestiones de fondo, esto es, del objeto principal y necesario del proceso*”. El mismo diccionario explica brevemente cual debe ser el contenido y forma de los autos para distinguirlos del género providencias, que incluye también a los decretos y las sentencias: “*Los autos se formulan expresando no sólo el tribunal que los dicta y su contenido, sino también su motivación, mediante la exposición en párrafos separados y numerados de los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho*”.

1 ¹ Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales. Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor principal de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, desde 1973 en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Cursos de Post Grado y Especialización en Derecho Penal y Procesal Penal en Universidades de Bélgica, España, Chile, Costa Rica y Estados Unidos. Fue participante en el Aula Iberoamericana de la Escuela Judicial de España (Barcelona) e invitado especial como profesor y conferencista de la Universidad de Lovaina, Bélgica y de la Universidad de Delaware, EEUU. A nivel nacional ejerció varios cargos públicos, entre los más destacados están: Director General de Trabajo, Conjuez de la Corte Suprema del Ecuador, Vocal Presidente de la Comisión Administrativa – Financiera del Consejo de la Judicatura y Presidente del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Pichincha. Autor de los libros: Manual 1 y 2 de Derecho Procesal Penal, El Delito de Lavado de Activos en el Ecuador, entre otros.

El auto cabeza de proceso que dictaba el Juez Penal para abrir la etapa del sumario - de acuerdo con el CPP de 1983 - en la que se investigaba la comisión del delito, ha sido sustituida por la resolución del Fiscal, funcionario de la Fiscalía General del Estado que ciertamente no está investido de jurisdicción penal, pero dentro de un sistema procesal penal acusatorio, es el único que tiene el monopolio del ejercicio de la acción penal. Sin su resolución de formular cargos no puede iniciarse un proceso penal por delito de acción pública. Con esta resolución, a la vez, se inicia oficialmente el proceso penal y se abre la etapa de la Instrucción; en consecuencia, con la aclaración que ha quedado consignada, de que no es un Juez Penal sino el fiscal el que resuelve formular cargos, y no mediante *auto*, todo lo dicho respecto del auto cabeza de proceso podría - doctrinariamente hablando - aplicarse a la decisión del fiscal.

Esta primera etapa es esencialmente investigativa, tanto como la anterior fase de Investigación previa, pero varía sustancialmente, en cuanto a que en ésta, las investigaciones deben cumplirse de manera oficial, dentro de un proceso penal instaurado en legal y debida forma, contando con el Juez Penal que se constituye en garantista de los derechos fundamentales de involucrados, procesado, víctima. Para que la relación jurídico procesal penal se constituya legalmente debe notificarse al procesado y a la Defensoría Pública. En términos concretos, como ya dijimos, corresponde al fiscal, al Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses y a la Policía buscar y encontrar evidencias o elementos de prueba que permitan establecer que se ha cometido un delito de acción pública, así como individualizar e identificar a los presuntos responsables.

1.- Inicio de la Instrucción

El Art. 590 del COIP, que por su importancia y trascendencia lo transcribimos a continuación, tiene el siguiente texto: *“Artículo 590.- Finalidad.- La etapa de instrucción tiene por finalidad determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada.”*

A partir del Art. 590 COIP se regula la Instrucción, primera etapa con la que oficialmente empieza el proceso penal, previa resolución del fiscal, pero partiendo de un supuesto imprescindible: siempre que aquel *cuenta con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, que en eso consiste la formulación de cargos.* Artículo 591.- *Instrucción.- Esta etapa se inicia con la audiencia de formulación de cargos convocada por la o el juzgador a petición de la o el fiscal, cuando la o el fiscal cuenta con los elementos suficientes para deducir una imputación.*

En esta última aseveración encontramos nosotros los primeros cimientos del proceso penal acusatorio. Y es que sobre la base de las investigaciones que se han cumplido en la fase de Investigación Previa que han producido como resultado la información necesaria y los fundamentos suficientes, evidencias, declaraciones, indicios o elementos de prueba, en definitiva, el representante de la Fiscalía General del Estado resuelve dictar una resolución formulando cargos para iniciar la Instrucción en contra de una persona a la que se le llama procesado.

Para dar inicio al proceso penal, el fiscal debe enviar una solicitud a la sala de sorteos con la finalidad de que el Juez Penal señale día y hora para la realización de la Audiencia de formulación de cargos, descrita y normada, igualmente, en el Art. 592 COIP.

“Artículo 592.- Duración.- En la audiencia de formulación de cargos la o el fiscal determinará el tiempo de duración de la instrucción, misma que no podrá exceder del plazo máximo de noventa días. De existir los méritos suficientes, la o el fiscal podrá declarar concluida la instrucción antes del vencimiento del plazo fijado en la audiencia. Son excepciones a este plazo las siguientes:

- 1. En delitos de tránsito la instrucción concluirá dentro del plazo máximo de cuarenta y cinco días.*
- 2. En todo delito flagrante la instrucción durará hasta treinta días.*
- 3. En los procedimientos directos.*
- 4. Cuando exista vinculación a la instrucción.*
- 5. Cuando exista reformulación de cargos.*

En ningún caso una instrucción fiscal podrá durar más de ciento veinte días. En delitos de tránsito no podrá durar más de setenta y cinco días y en delitos flagrantes más de sesenta días.

No tendrá valor alguno las diligencias practicadas después de los plazos previstos.”

Deberá ser fijada por el Juez Penal dentro de las veinticuatro horas subsiguientes a la solicitud y que deberá realizarse dentro de cinco días a partir de dicho señalamiento, salvo los casos de flagrancia.

2.- Formulación de cargos

En esta audiencia, el fiscal, en presencia de los sujetos procesales principalmente

el procesado y su defensor (con la advertencia de que en el caso de no asistir se contará con el defensor público) pronunciará oralmente su decisión de dar inicio a la etapa de Instrucción, expresando lo siguiente:

“Artículo 595.- Formulación de cargos.- La formulación de cargos contendrá:

- 1. La individualización de la persona procesada, incluyendo sus nombres y apellidos y el domicilio, en caso de conocerlo.*
- 2. La relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción o infracciones penales que se le imputen.*
- 3. Los elementos y resultados de la investigación que sirven como fundamento jurídico para formular los cargos.*

La solicitud de medidas cautelares y de protección, salidas alternativas al procedimiento o cualquier otro pedido que no afecte al debido proceso.”

Nos llama la atención el numeral tercero por no expresar a qué tipo de investigación se refiere; sin embargo, consideramos que el legislador hace referencia a la Investigación previa. En cualquier caso, nos resulta inapropiada la redacción de dicho numeral porque esta fase no es consustancial, no es imprescindible para todos los procesos penales como lo hemos expresado anteriormente. No se da siempre y en todas las causas, porque los elementos de conocimiento y evidencias que aporta el denunciante son más que suficientes para dar inicio a la Instrucción.

Es importante para nuestro estudio analizar el contenido de la resolución de formular cargos a la que debe haber llegado el fiscal, no por un capricho o por haber recibido instrucciones o mandatos superiores, sino por su propia y personal convicción, en cumplimiento de sus deberes institucionales.

Consignar los datos personales de quien va a ser procesado.

Es imposible iniciar un proceso penal sin conocer los datos completos del sujeto al que se va a procesar. En el nuevo sistema acusatorio no es posible iniciar un proceso penal para recién empezar a descubrir los datos de la persona a la que se le atribuye el hecho delictivo, porque ello sería irracional e ilógico: no puede pensarse en términos racionales que el fiscal impute a un desconocido un hecho delictivo concreto. Es de suponer que para cuando el fiscal ha tomado la decisión de dictar la resolución imputando cargos e iniciando la Instrucción fiscal se conoce ya la identidad del sujeto contra quien se va a proceder penalmente, puesto que la fase de la Investigación previa sirve, precisamente, para que la Policía realice este tipo de investigaciones en el plazo conocido. Por lo tanto y como ya lo expresamos, no se pueden iniciar procesos penales “para descubrir autores” como usualmente

disponían los jueces penales teniendo como antecedentes las denuncias que se les presentaba.

La exigencia de consignar los datos del procesado es lógica dentro de un sistema acusatorio como el previsto porque si no se conoce contra quien proceder penalmente porque no se sabe a quién imputar la comisión del delito, es inútil dar trámite a un proceso penal que, posiblemente, no va a arrojar resultados positivos como espera la sociedad. Más aún: la ley le impone al fiscal la obligación de agotar todos los medios necesarios que permitan determinar el domicilio del investigado (Art. 594 No. 3 COIP).

Describir o relatar de manera circunstanciada los hechos relevantes y, fundamentalmente, la infracción penal que se le va a imputar al procesado.

En la resolución de formulación de cargos deben puntualizarse los indicios con que cuente el fiscal de que se ha cometido un delito concreto, en el entendido de que la etapa de la Instrucción servirá para practicar actos tendientes a verificar que, en efecto, se ha cometido un delito de acción pública. En consecuencia, es indispensable que se narre lo más detallada y prolijamente posible la conducta punible sobre la que versará el proceso penal con todas sus circunstancias, mencionando la actuación de cada uno de los que hubieren concurrido a su realización.

También debería mencionarse la forma en que el fiscal ha llegado a tener conocimiento del cometimiento del hecho presuntamente punible, bien sea para dejar constancia de que la forma en que se ha transmitido la noticia del delito a la Fiscalía General del Estado es a través de una denuncia procesada legalmente – y no de un anónimo, por ejemplo – o ya también para que el abogado defensor del procesado pueda orientar su defensa conociendo de quien provienen las imputaciones. No puede soslayarse que muchas denuncias maliciosas, provienen de personas enfermas del alma que no están animadas de propósitos nobles, sino que buscan hacer daño al denunciado involucrándole en un proceso penal infundado.

Descripción de los elementos y resultados de la investigación cumplida extraoficialmente o dentro de la fase de Investigación previa, que han servido de sustento jurídico para la imputación de cargos.

Igualmente, cabe suponer que luego de la fase previa de Investigación se cuenta con suficientes evidencias, elementos de conocimiento o de prueba como para poder fundamentar la imputación o formulación de cargos que se hace a una persona determinada. De no contar con esta base o fundamento de la imputación el procesamiento sería inconstitucional en cuanto no se puede atribuir a una persona

un delito de acción pública sin bases sólidas que apoyen o respalden la decisión del fiscal, porque se presume la inocencia de toda persona; quien, además tiene derecho a la defensa en cualquier estado y grado del proceso; y, por elemental lógica tiene derecho a saber de qué se le acusa, qué delito se le imputa, qué elementos existen que le comprometen para ser involucrado en una causa penal.

Notificación. El Fiscal solicitará al Juez Penal que notifique con el inicio de la instrucción a los sujetos procesales, la notificación se la realiza en la misma audiencia. Los sujetos procesales quedarán notificados en la misma audiencia con el inicio de la instrucción y las decisiones que en ella se tomen. No es esta una mera formalidad; todo lo contrario. Jurídica y procesalmente hablando es en este momento cuando se produce lo que los procesalistas llaman “la traba de la litis”, es decir, la constitución formal de la relación procesal entre el sujeto activo del proceso y el sujeto pasivo, quienes en el proceso penal no son otros que el fiscal, por un lado, en los términos que ya hemos analizado, tanto en representación de la sociedad, como también como titular de la acción penal; y, en el otro lado, el procesado, a quien se atribuye participación y responsabilidad penal en una conducta delictiva tipificada en las leyes penales”. (Revisar artículo del Dr., Ricardo Vaca)

La solicitud de medidas cautelares o de protección que el fiscal considere convenientes y pertinentes.

Esta es una atribución del fiscal que no la debe tomar de manera infundada o apresurada. Puede o no formular la solicitud al Juez. Las medidas cautelares (Art. 522 COIP) cumplen un fin específico y determinado y no otros que podría tener el fiscal, como serían persecutorios por razones políticas, de notoriedad o imagen de la Fiscalía. Las medidas cautelares sirven para asegurar al procesado y mantenerle vinculado al proceso con la finalidad de que no entorpezca la marcha del proceso, intimide testigos o manipule pruebas, y para que en su momento se cumpla la audiencia del Juicio, y, de ser el caso, se cumpla la condena y la reparación integral a las víctimas. La prisión preventiva no es la finalidad del proceso, como ocurre de tanto en tanto en Ecuador, y menos aún la expropiación de bienes de los encausados como aparece en algunos artículos del COIP. En cambio las medidas de protección (Art. 558 COIP) tienen como objetivo primordial precautelar los intereses, la seguridad, la vida, la integridad física y otros derechos de las víctimas del delito.

Nos parece novedosa y positiva la posibilidad de que sea el fiscal quien sugiera “alternativas” al procedimiento penal, pensando en la posibilidad de fiscales conciliadores, pacificadores, solucionadores de los litigios y conflictos penales antes que en fiscales esencialmente acusadores, en trasnochados “torquemadas” que consideran, erradamente, que su función es la de perseguir a los ciudadanos

para hacerles cumplir las penas previstas en las leyes penales, dicho de otro modo y en la concepción más oscura del Derecho Penal, “meter a la cárcel” a las personas.

En los tiempos actuales, el propio COIP, en los Arts. 662 a 664 sugieren alternativas de solución de conflictos, las que, de ser debidamente entendidas y aplicadas por los ecuatorianos en general, abogados, fiscales y jueces podrían contribuir decididamente a disminuir los conflictos penales y los juicios penales, cuando en muchos casos, lo único que se requiere es una gran dosis de buena voluntad para arreglar las diferencias y un amigable componedor que bien puede ser el abogado, el fiscal o el juez. En este punto nos permitimos recomendar nuestra obra “Alternativas al ejercicio de la acción penal”, la que deberá también ser actualizada según los lineamientos del COIP.

Todo lo expuesto en la audiencia de formulación de cargos (inclusive la identificación plena del fiscal) quedará registrado en el acta que contenga el extracto de la misma, elaborada por el secretario de la judicatura, en el que debe constar principalmente la resolución de formular cargos y abrir la Instrucción, y todos los datos consignados en la audiencia y la notificación respectiva al procesado o su defensor, así como las medidas cautelares que se hubieren dispuesto, siempre por petición del fiscal y no por propia y sola decisión del Juez penal. Al conocer plenamente la identidad del fiscal no se está obstaculizando el legítimo y constitucional derecho a la defensa; así, el procesado y su defensor no solo conocerán quien está a cargo de la Instrucción y a quien dirigirse, sino principalmente pueden obtener de él los datos que obren en su poder – tanto elementos de prueba que sean de cargo o de descargo – y con cuya información deberá trabajar el defensor para sustentar y reforzar su tarea de defensa o para desvirtuar la que le desfavorezca a su defendido. Precisamente, por esta razón no nos parece correcto que el Fiscal General o el Fiscal Provincial, por sí y ante sí, despertando todo tipo de sospechas, cambien de un momento a otro y sin explicación de ninguna naturaleza, al fiscal que estaba a cargo de un caso, peor aun cuando existen fundadas sospechas de que la Fiscalía ha perdido la imparcialidad.

Es obligación del fiscal actuar con objetividad e imparcialidad, sin prejuicios ni prevenciones, y obrando en consecuencia, poner a disposición del procesado, de la víctima y de sus defensores todas las evidencias que tenga en su poder, incluyendo las de naturaleza exculpatoria, de manera que el procesado ejerza su derecho a examinar todos los objetos, instrumentos y documentos recogidos durante la investigación. Si es requerido, el fiscal deberá entregar al procesado, copias de todos los documentos relacionados con la infracción, y todo lo que forme parte del expediente, sin obstaculizar o negar la obtención de copias del expediente.

Como ya lo expresamos, la audiencia de formulación de cargos, con todos los

datos consignados y la notificación respectiva, quedarán registrados en el extracto de la audiencia, elaborado por el secretario de la judicatura y suscrito por él, bajo su responsabilidad, sin perjuicio de que, aprovechando los adelantos técnicos modernos el contenido íntegro de la audiencia quede registrado en el expediente y por cualquier medio tecnológico.

El No. 6 del Art. 594 COIP permite hacer efectivo el principio de celeridad al igual que el de concentración ya que en la misma audiencia, si el procesado lo considerare pertinente solicitará la aplicación del procedimiento abreviado (Arts. 635, 636 COIP), así como cualquiera de los derechos y garantías constitucionales de que se crea asistido.

Es importante mencionar que en caso de no conocerse el lugar o domicilio en que deba notificarse a la persona o personas contra quienes se vaya a formular la imputación se contará con la intervención del defensor público, para que no se imposibilite la realización de la audiencia, la que se desarrollará con un defensor público, quien con mucha o poca voluntad, “garantizará” el derecho a la defensa de una persona, que a lo mejor no conoce ni de quien tiene referencias adicionales a las que consten en el expediente que se le facilite, casi siempre, a último momento.

3.- Partes de la formulación de cargos

Aunque la resolución del fiscal es una sola y se da en la Audiencia de formulación de cargos como lo hemos expresado, en la práctica la mayoría de agentes fiscales lleva un documento escrito en el que está estructurada la intervención de los mismos en dicha audiencia. La intervención de los fiscales en donde se expresa la resolución estudiada debe mantener la unidad, simplemente para fines didácticos, podemos señalar las siguientes partes constitutivas:

Debería haber una primera parte declarativa en la que se ponga de manifiesto que se trata de una declaración oficial de la Fiscalía General del Estado, como expresión de la soberanía del Estado a través de una persona en particular, - el fiscal a cargo de la instrucción - cuya nominación se hará constar con nombres y apellidos (para su identificación plena). Tiene gran importancia para que todas las personas que habitan en el territorio de la República conozcan que la Fiscalía General del Estado ha resuelto iniciar una acción penal, es decir, iniciar un proceso penal por delito de acción pública, para comprobar “conforme a derecho” la existencia de un delito determinado, identificar, si fuere el caso a los culpables, y lograr que, eventualmente, la justicia penal sancione a quienes aparezcan como responsables del mismo sobre la base de las actuaciones que se cumplan en la Instrucción con la activa participación de los otros sujetos procesales. Por lo tanto, quien se expresa

y hace constar por escrito su decisión de iniciar un proceso penal no es la persona que transitoriamente es fiscal, sino la Fiscalía, a través de un funcionario que tiene atribución, facultad, derecho y capacidad legal para decidir, que se instruya un proceso penal, imputar a tales o cuales personas el cometimiento del acto y disponer que se practiquen determinadas diligencias legales.

En la parte descriptiva se incluye una de las características esenciales de toda resolución, cual es la de hacer constar la fundamentación tanto de hecho como de derecho de la decisión que ha adoptado el fiscal: la descripción del hecho presuntamente punible y los elementos que le han servido de sustento para hacer la imputación.

Luego, de manera detallada, en algunos casos transcribiendo íntegramente la noticia del delito que textualmente se contiene en la denuncia se narrará la conducta o comportamiento que se tiene por delictivo, así como los resultados que se han producido como consecuencia y, de ser posible, mencionando específicamente a las personas que han tenido alguna intervención, protagonismo o participación en dichas acciones u omisiones, que han sido testigos o han conocido de los mismos.

En la parte constitutiva, se puede encontrar el establecimiento de la relación jurídica procesal básica entre el Estado y los sujetos principales: Fiscalía General del Estado y procesado (cuyos datos personales deben constar con precisión). Ello se produce cuando el fiscal imputa o atribuye a una determinada persona ciertos hechos que podrían ser delito y le hace saber en presencia del Juez de esta decisión oficial de un órgano del Estado. No hay que olvidar que la resolución del fiscal debe notificarse a todos los sujetos procesales en la misma audiencia, particularmente a los procesados, a quienes, de no haber concurrido se les notificará en la persona del defensor público. El procesado es la persona de quien se presume que pudiere tener alguna participación penal en el cometimiento de un delito de acción pública, que se lo imputa; y, por ello, el fiscal decide nominarle para que se vincule oficialmente al proceso, ejercite el derecho a la defensa y el derecho de contradicción a la pretensión del Estado de aplicarle las sanciones previstas en las leyes penales. La relación de jurisdicción contenciosa es doble, como señala DEVIS ECHANDÍA, *“relación de acción (entre demandante, denunciante o querellante y parte civil, y el Estado) y relación de contradicción (entre el demandante e procesado o procesado y el Estado). No existe ninguna diferencia procesal entre ellas, puesto que se trata, como observa ROCCO, de “un diverso aspecto del derecho de acción”.*

El procesado es sujeto pasivo de la pretensión, pero, al mismo tiempo es sujeto activo de contradicción. Esto significa que el Estado, en ejercicio de su soberanía, dispone la iniciación de un proceso investigativo previo para hacer efectivo su

derecho de sancionar a quienes han cometido un delito de acción pública; pero, al mismo tiempo, el procesado tiene derecho a contradecir la acción oficial oponiendo sus argumentaciones, pruebas de descargo o excepciones. El Estado quiere castigar; y el procesado que no se lo haga, al menos a él. Como hace notar el mismo DEVIS ECHANDÍA:

“La oposición a la demanda o a la imputación penal es concreta y persigue que ésta sea desestimada, como es obvio y busca, por lo tanto, una sentencia favorable. El derecho de contradicción persigue el ser oído y gozar de oportunidades de defensa, para obtener la sentencia que resuelva en el sentido legal lo que corresponda a ese litigio”.

Se da por supuesto que para cuando se dicta la resolución del Fiscal, éste ya conoce los nombres de los presuntos responsables a quienes se les puede atribuir la calidad de procesados.

En la resolución del Fiscal ya no habrá una parte dispositiva como sí tenía el auto cabeza de proceso, en la que el Juez Penal disponía: *“La orden de organizar el sumario, con expresión detallada y numerada de los actos procesales de investigación que se deben practicar”* y esto porque en el nuevo sistema cabe suponer que al menos algunas diligencias ya se han cumplido en la fase de investigación previa; o ya también porque en el decurso de la Instrucción se pueden ir ordenando algunas diligencias o actuaciones según vayan apareciendo nuevos datos.

En caso de que se haya privado de la libertad a una persona, o habiéndosela detenida por haber sido sorprendida en delito flagrante, dentro de las veinticuatro horas siguientes a contarse desde el momento en que ocurrió la detención por delito flagrante el fiscal solicitará al Juez Penal que convoque a una audiencia oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite. Como en el caso de la detención, que no podrá exceder de veinticuatro horas, dentro de este lapso, de encontrarse que el detenido ha intervenido en el delito que se investiga, de haber mérito para ello, se dictará la resolución de formular cargos en su contra y de inicio de Instrucción Fiscal.

Los plazos, 24 horas en ambos casos, que pueden parecer cortos son los estrictamente necesarios para que un ciudadano esté privado de libertad hasta que le investiguen (tanto más que a la investigación *oficial* puede preceder una investigación previa “no oficial” de un año) y establezcan o encuentren suficientes elementos de conocimiento y convicción como para sustentar la decisión del fiscal de formular cargos dentro de la audiencia de formulación de cargos.

Si la Instrucción no se dicta en 24 horas y, en el mismo plazo, el Juez Penal no formaliza la privación de libertad, el recurso de Habeas Corpus, contemplado en el Art. 89 de la Constitución vigente, sería perfectamente viable y el Juez, de ser el caso, tendría que disponer la libertad del recurrente.

En los casos en que no exista privación de libertad, no hay mayor urgencia y la Resolución de formular cargos del Fiscal puede dictarse en cualquier tiempo, siempre y cuando la acción penal no hubiere prescrito.

4.- Reformulación de cargos

Esta es una situación novedosa en el COIP. No estaba prevista en el CPP, aunque la experiencia demostró que era necesaria en algunos casos, cuando el fiscal califica erradamente la imputación de cargos al abrir la etapa de la Instrucción con un tipo de delito que, luego no guarda correspondencia con las actuaciones que se den en el decurso de esta etapa. Dicho de otro modo, en la audiencia de formulación de cargos se imputa al procesado un tipo de delito (calificación jurídica de la imputación, dice el COIP), pero los resultados de la investigación practicada hacen variar justificadamente esa atribución o imputación inicial. En un proceso acusatorio, resulta evidente que si la Fiscalía acusa a una persona de un delito, el procesado y su defensor van a organizar su defensa respecto al delito que se le ha imputado, y no respecto del que aparece como justificado, posteriormente. Con el CPP no cabía la posibilidad de variar la imputación durante el decurso de la Instrucción y por ello no era raro que la Instrucción se hubiera desarrollado sobre consideraciones jurídicas distintas a las que luego, en la audiencia preparatoria del juicio el fiscal desarrollaría recién al exponer su dictamen acusatorio. Así, para ilustrar con un ejemplo, tomado de nuestro ejercicio profesional, a veces tortuoso y mortificante por la actitud de algunos fiscales incapaces de entender hasta lo de la más elemental lógica, la Fiscalía formuló cargos por delito de asociación ilícita, pero al emitir su dictamen acusatorio lo hace por “lavado de dinero”, con lo cual la actuación de fiscalía deja un mal sabor con tintes de viveza, engaño, deslealtad con la parte acusada, como que la Fiscalía estuviera en una competencia para ver quien engaña mejor, con más viveza, al defensor.

Por lo dicho, nos parece altamente conveniente esta disposición del COIP, pues con esta norma que comentamos el fiscal está en la obligación de solicitar al Juez que convoque otra audiencia para reformular cargos, pero por una sola vez; y, una vez realizada esta nueva audiencia se extenderá el plazo de la Instrucción por treinta días adicionales, aunque siempre existe la posibilidad de que al vincular nuevas personas al proceso el plazo de la Instrucción también se extienda, pero por el plazo legal y no más. ¿Acaso no hemos visto en el pasado recientes Instrucciones

fiscales que se extendieron hasta por 18 meses, por la sola disposición del Fiscal General, que pensó que estaba un poquito más arriba que Dios?.

La norma del COIP es clara y no deja lugar a dudas:

“Artículo 596.- Reformulación de cargos.- Si durante la etapa de instrucción, los resultados de la investigación hacen variar justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos, la o el fiscal deberá solicitar a la o a juzgador, audiencia para motivar la reformulación de cargos. Realizada la reformulación, el plazo de la instrucción se incrementará en treinta días improrrogables, sin que la o el fiscal pueda solicitar una nueva reformulación.

5.- Accesibilidad al expediente

El legislador ecuatoriano al reformar el Art. 217 C PP (reformas 24-03-09) suprimió un inciso sumamente importante para el ejercicio pleno del derecho constitucional a la defensa. En este constaba la obligación del fiscal de poner a disposición del procesado, del ofendido y de sus defensores todas las evidencias que tenía en su poder, incluyendo las que podrían considerarse como exculpatorias, o que en su momento podrían servir como pruebas de descargo del procesado, de manera tal que el procesado y la defensa pudieran ejercer a plenitud su derecho a examinar todos los objetos, instrumentos y documentos recogidos durante la investigación o indagación previa. Igualmente, si era requerido, el fiscal debía entregar copias de todos los documentos relacionados con la infracción, aunque no se mencionaba a costa de quien. Aunque ahora, con la expedición del COIP no exista la norma, es innegable el derecho del procesado y del defensor a acceder al expediente, y a obtener todas las copias que requiera, simples o certificadas, aunque esta posibilidad no esté limitada a ellos, en razón de que todo proceso penal por delito de acción pública es, valga la redundancia, público; no obstante, los fiscales no pueden, no deberían permitir que cualquier persona o periodista acceda al expediente, obtenga datos o información o copias del expediente, con fines protervos, y por ello estamos de acuerdo con la disposición administrativa que requiere identificación del profesional del Derecho o de sus asistentes que requieren las copias o tener acceso al expediente para revisarlo.

También en este punto debemos criticar la actitud díscola, mal educada y prepotente – como parece ser el signo de los tiempos - de uno que otro fiscal que se da importancias que nunca las tuvo, solo porque tiene el dominio del expediente por decirlo de alguna manera; y por ello, cuando se le requiere el expediente sume actitudes arrogantes y se niega con cualquier pretexto: que está bajo llave, que

no está foliado, que el auxiliar está con permiso. La verdad es que para ejercer la profesión con uno que otro de estos especímenes hay que tener mucha, mucha paciencia.

6.- Intervención del procesado y el defensor

Aunque el protagonismo en la Audiencia de Formulación de Cargos lo tiene el fiscal ante el Juez Penal, y aunque el COIP no lo permite expresamente, no cabe duda que el procesado y su defensor no deben mantener una actitud sencillamente pasiva en cuanto a limitarse a escuchar la intervención del fiscal y sus peticiones de que se notifique su decisión o de que se dicten medidas cautelares. La labor del defensor, principalmente, debería ser la de hacer uso del derecho constitucional a la defensa y argumentar razonadamente en contra de la decisión del fiscal o sus pedidos, y, de ser el caso, exhibir evidencia documental para sustentar sus dichos.

El Juez Penal no debería impedir que el abogado defensor del proceso haga su exposición de la mejor manera posible, sobre la base de la disposición constitucional que reconoce el derecho de una persona a defenderse en cualquier etapa, o grado del proceso, más aun en esta audiencia cuando a su defendido se le está imputando, con razón o sin ella, responsabilidades penales con todas las consecuencias que se deriva. Ciertamente que el juez no va a emitir ninguna resolución pero le va a servir para adquirir elementos de conocimiento que luego le servirán para decidir apropiadamente. Así, el Defensor podría manifestar y demostrar con documentos que no se ha cometido delito, o que el procesado nada tiene que ver con los hechos que se le atribuyen, porque no estuvo en el país, por ejemplo, o porque la acción penal ha prescrito o no procede por tratarse de un asunto civil. El Juez no podría ni debería negar la palabra al Defensor, tomando en consideración que la Audiencia de Formulación de Cargos es, esencialmente, oral, pública y contradictoria, aunque evitando que la audiencia se torne en un ir y venir de argumentos opuestos. Si al defensor sólo le van a requerir su presencia para escuchar el discurso o la perorata del fiscal, entonces se estará menospreciando al defensor y minimizando su labor como abogado, como profesional y como persona, tanto más que para que simplemente escuche la exposición unilateral del fiscal bastaría señalar casilla judicial y limitarse a recibir la boleta o reclamar posteriormente el extracto de la audiencia. Recuerdo que en alguna ocasión acudí a una audiencia de formulación de cargos; escuché pacientemente la intervención del fiscal y luego pedí la palabra a la Juez, ciertamente demasiado cara para el cargo que ostentaba. Me negó reiteradamente el uso de la palabra. Cuando presenté evidencias en la Instrucción demostré que el supuesto delito no era tal sino un asunto civil y que, además, estaría prescrita la acción penal. La Juez me reclamó

porque oportunamente debí hacerle conocer estos puntos; le recordé que me negó el uso de la palabra, pero dicho episodio lo tenía arrumado en diván de los “olvidos convenientes”.

De otro lado, el defensor, frente al pedido de que se ordene prisión preventiva, podría contra argumentar y solicitar, razonadamente al Juez Penal, que no la dicte por ser innecesaria, o que opte por otras medidas cautelares personales alternativas, con base en documentación fehaciente. Son varios los casos en los que el Juez Penal niega la petición de la Fiscalía y no ordena medidas cautelares de ningún tipo, o sustituye la prisión preventiva, gracias a la gestión y argumentación del defensor.

7.- Características de la resolución del fiscal de formular cargos

- a) Es un acto necesario, porque sin él no puede haber proceso penal válido, ya que no hay otra forma de abrir la etapa de la Instrucción.
- b) Es un acto de resolución porque el fiscal que instruye esta etapa lo hace libre y voluntariamente, y resuelve sobre la base del expediente. En definitiva, decide iniciar el proceso penal y expresar de manera anticipada, si bien provisional, sobre la comprometida situación del sujeto pasivo del proceso, esto es, del o de los procesados.
- c) Es un acto de orden, en razón de que, como hemos visto, el fiscal, en uso de la atribución constitucional y legal se dispone a comprobar oficialmente la existencia del delito, la participación y responsabilidad de las personas. Más adelante y en el decurso de la etapa de la Instrucción, el fiscal puede, libremente, y por su propia iniciativa, sin necesidad de esperar que así lo soliciten los otros sujetos, disponer que se cumplan otras diligencias investigativas, así como también pedir al Juez Penal que ordene medidas cautelares personales o reales.
- d) Es descriptiva, en cuanto en ella se narra la conducta que se considera delictiva, señalando, al mismo tiempo, el *thema* de la prueba, como llaman los autores al ámbito probatorio sobre el que deberá concretarse la actuación oficial, aunque ciertamente solo cabe hablar de evidencias o elementos de convicción, porque la producción probatoria se cumple recién en el Juicio. Es, precisamente, la conducta que compromete al procesado, de la que debe estar informado desde un primer momento, tanto para que conozca qué supuesto o real delito se le atribuye y pueda, en consecuencia, ofrecer o presentar pruebas de descargo, es decir, defenderse.
- e) Contiene una acusación provisional de un delito de acción pública concreto. Como bien hace notar ZAVALA BAQUERIZO, al referirse al auto

- cabeza de proceso - equivalente de lo que ahora sería la resolución de formular cargos del Fiscal - "No se puede dudar que el auto cabeza de proceso contiene una acusación contra el sindicato; pero esta acusación es provisional y, por lo tanto, es susceptible que, en el desarrollo del sumario, se desvanezca y llegue así el proceso a una de las formas anormales de conclusión, cual es el sobreseimiento"; aunque la otra posibilidad es de que, existiendo evidencia de cargo, la acusación inicial se convierta en una "acusación más o menos firme" en el dictamen fiscal y, por ello, el Juez Penal dicte auto de llamamiento a Juicio.
- f) Ya no emana del titular del órgano jurisdiccional competente (Juez Penal) sino del Fiscal, quien, es un funcionario público autónomo de la Función Judicial (281 COFJ). Es de esperar que los fiscales obren con la más absoluta independencia, autonomía e imparcialidad ya que ellos deben decidir libre y soberanamente si dictan o no la resolución fiscal. Nadie, ni aun el Presidente de la República, los medios de comunicación o cualquier poderoso, por cacique que se considere, puede ordenar a un fiscal que dicte la resolución.
 - g) Da origen al establecimiento de la relación jurídica básica entre la Fiscalía General del Estado, la víctima y el infractor o procesado con su abogado defensor; y para hacerla efectiva, se notifica a tales sujetos. Sin tal notificación todo el proceso puede tornarse nulo ya que se estaría violando el derecho del procesado a saber quién le acusa, de qué y por qué.
 - h) Permite que se radique la competencia. En efecto, si el fiscal ha dictado la resolución, anticipándose a otros (que, igualmente, podrían ser competentes), en el conocimiento de la causa, tal hecho, por sí solo, permite que se radique la competencia, en virtud de las reglas previstas en el propio COIP.
 - i) No es impugnabile porque no se puede interponer ningún recurso; por lo tanto, el procesado no puede interponer recurso de apelación, ni de nulidad, ni de hecho. Una vez que se abrió la etapa de la Instrucción tiene que sustanciarse dicha etapa y luego pasar a la Intermedia para resolver la suerte del proceso y del procesado; mas, esto no quiere decir que el procesado que se encuentra privado de la libertad no pueda reclamarla por otros medios constitucionales y legales, pero para este solo efecto.
 - j) No es revocable, vale decir, el fiscal no puede dejar sin efecto su propia declaración de voluntad mediante la cual dispuso que se inicie un proceso penal. Por lo tanto, los fiscales deberán tener mucho cuidado para evitar ser sorprendidos por personas inescrupulosas que les podrían inducir a errores hasta convencerles que dicten la resolución fiscal por algo que no es

punible, o sin ser competentes por la razón que fuere, ya que una vez que se descubra el error no podrán revocarla, ni por propia decisión declararla nula, pues se da por supuesto que la decisión original fue seria y suficientemente meditada. Los fiscales no pueden prestarse a burlas, presiones, chantajes u otro tipo de actuaciones desleales o viciadas que pondrían en entredicho la majestad de la Justicia penal. Somos de la opinión que los fiscales deberían responder por lo menos civilmente por los daños y perjuicios que ocasionan con sus actuaciones y decisiones indebidas, ilegales y a veces inmorales.

Como se ve, la obligación de los fiscales, su responsabilidad personal y frente a la sociedad es muy grande. Deben los fiscales examinar con mucha atención y cuidado los asuntos que les son sometidos a su conocimiento y discernimiento, pero, principalmente, con gran seriedad, ética y responsabilidad deben meditar y estudiar acerca del contenido de una denuncia; y, sin apresurarse, salvo que el caso concreto así lo exija, decidir si deben o no iniciar un proceso penal a cuyo efecto deben dictar la Resolución de formular cargos. Los fiscales no pueden ni deben dejarse influenciar o sorprender por algunos abogados litigantes que fingiendo desconocer la ley o con una evidente perversidad distorsionan los hechos y los desfiguran hasta darles la apariencia de “delitos”, siendo así que con no mucho esfuerzo se llega fácilmente a la conclusión de que son asuntos civiles, laborales, o de otra naturaleza litigiosa pero, en ningún caso, asuntos penales.

8.- Actividades investigativas en la Instrucción. Versiones, peritajes

Durante la Instrucción el procesado puede, en ejercicio de su derecho constitucional a la defensa ejercido dentro del proceso penal, requerir todo tipo de actuaciones de descargo, empezando por rendir su versión personal ante el fiscal, en presencia de su abogado defensor y sin juramento, la cual será reducida fielmente a escrito y en la que podrá narrar libremente sobre el hecho delictivo que se le imputa, haciendo mención de las circunstancias y móviles, así como de su participación o la de otras personas y de quienes podrían declarar en su favor ratificando sus dichos, teniendo presente que las personas mencionadas pueden ser llamadas por el fiscal para que, igualmente, rindan sus versiones, las que eventualmente serán confrontadas por el fiscal para descubrir la verdad, que es lo que realmente le interesa. Podría, también, en el mismo acto, exhibir documentos, objetos u otros elementos probatorios que favorezcan su posición, que no siempre podrá ser la de reclamar o proclamar su absoluta inocencia, sea o no cierto, y esto último en razón de que también podría darse el caso de que el procesado acepte los hechos que se le atribuyen. Pero, esta no es una atribución exclusiva del procesado, pues todos los sujetos procesales también tienen derecho y libertad para obtener

elementos o datos que sustenten sus alegaciones con sujeción al debido proceso, como sostiene el Art. 597 del COIP, para lo cual pueden ejercer todas las actividades investigativas y utilizar medios de prueba, con las restricciones del mismo COIP. Cabe observar que también la víctima del delito investigado puede comparecer ante el fiscal y solicitarle los actos que considere necesarios para comprobar la existencia del delito, y, de paso, demostrar su condición de víctima.

Las versiones.- Resulta particularmente interesante lo que trae el diccionario respecto al significado de Versión. Según el DRAE, es el modo que tiene cada uno de referir un mismo suceso; o, cada una de las formas que adopta la relación de un suceso. En la producción de las actuaciones que se dan en los dramas del diario vivir intervienen varios protagonistas, sujetos activos y sujetos pasivos; y, más concretamente, en los acontecimientos penales unos son autores principales o secundarios, víctimas o victimarios, curiosos, testigos presenciales u ocasionales, investigadores, peritos, etc. sin que escape alguno cargado con intereses o pretensiones personales. Cada uno sufre o aprecia los acontecimientos con una visión distinta, no uniforme ni única, y para corroborar aquello se han conducido muchos experimentos en Escuelas o Facultades de Derecho o Criminalística, principalmente sobre la veracidad de los testimonios, cuya fidelidad sufre mayor desmedro con el paso de los meses.

Precisamente, de todas las versiones de cada uno de los protagonistas o intervinientes en el caso que investiga el fiscal debe tratar de obtener una versión, ojalá única, de lo que realmente ocurrió, y esa no es tarea fácil, como se puede apreciar en tantos y tantos casos. Unos narran los hechos de un modo y otros, de otro modo y no siempre con datos coincidentes. ¿Versiones contradictorias? Basta confrontar simples realidades de la historia reciente ecuatoriana: lo que para unos fue un gravísimo e imperdonable intento de magnicidio, para otros – posiblemente la mayoría de millones de ecuatorianos –, fue la utilización distorsionada políticamente de hechos que pudieron ser intrascendentes si se los controlaba atinadamente. Nunca debieron llegar a mayores ni mucho menos causar muertes, si no hubiera habido imprudente provocación y desafío. Así las cosas, resulta fácil aplicar el aforismo latino: El que es causa de la causa, es causa del mal causado.

Versiones la rinden el procesado, la víctima, los que sepan o conozcan algo y puedan aportar datos a la investigación que cumpla el fiscal. Las versiones son voluntarias, libres y se las recibe sin juramento, pero en presencia de abogado, que cumple cabalmente el papel de consejero. Se rinden oralmente, pero se las reduce a escrito. El fiscal puede requerir que la persona comparezca voluntariamente u obligarle mediante el uso de la fuerza pública, pero no le puede ni intimidar ni amenazar, para obligarle a hablar. En consecuencia, el versionante puede negarse

a decir una sola palabra y limitarse a guardar silencio, y ello aunque disguste a fiscal; más aún cuando se trate del procesado, quien puede acogerse al derecho constitucional al silencio que no significa ni implica ninguna presunción de responsabilidad por ese solo hecho. Si el procesado se abstiene de declarar ante el fiscal, es su propio y personal derecho y privilegio constitucional, sin que por ello sea más sospechoso y menos aún, culpable, como equivocadamente piensan quienes desconocen la garantía constitucional de la no imputación forzosa y el derecho a la presunción de inocencia.

Al recibir las versiones, es de vital importancia la presencia del fiscal ya que, sin ella, la declaración carecería de toda fuerza conviccional. La declaración – el legislador insiste en llamarle “versión”, para diferenciarle del testimonio, que, en cambio rinde el testigo – deberá ser firmada por el procesado, y por cada uno de los versionantes que comparezca, el fiscal y el defensor. Si el procesado o versionante, no supiere o no pudiese firmar, se hará constar este particular y por él firmará un testigo. Si no quisiere firmar, situación que podría darse cuando el procesado declara libremente, pero luego se arrepiente y se niega a firmar su propia versión, también se hará constar este particular y firmará un testigo. El procesado y los otros versionantes pueden ser interrogados respecto a los hechos materia de la versión, con la finalidad de aclaren o precisen algunos datos; y él, a su vez, está en su derecho de contestar o no a lo que le pregunte el fiscal, previa consulta con su abogado, de ser necesario, que también debe concurrir para ejercer su importantísima labor de asesor y defensor de las garantías y derechos de su defendido, impidiendo que se le formulen preguntas capciosas, inconstitucionales, ilegales, especialmente por ser inculpativas.

Siempre existe la posibilidad de que el procesado y su defensor resuelvan no acudir al llamado del fiscal, sea porque necesitan más tiempo para preparar la versión, o porque el procesado está ausente o imposibilitado de concurrir a la Fiscalía; de ser así, se puede pedir diferimiento de la fecha y hora, una vez y otra también, pero no indefinidamente. No escapa a las posibilidades de defensa la de que el procesado y defensor decidan, definitivamente, no acudir al llamado de la fiscalía, como parte de su estrategia debidamente meditada y ponderada, porque es legal y constitucional, en cuanto a nadie se le puede obligar a que declare contra sí mismo, su cónyuge o familiares próximos, en asuntos que pueden acarrearles responsabilidad penal; aunque, el fiscal siempre tendrá la posibilidad de amenazar con recurrir a la fuerza pública, léase Policía, para lograr la comparecencia del procesado a rendir la versión, medida que, en la práctica podría resultar no del todo eficaz salvo por el fastidio y molestias que se ocasionan al ciudadano en adición al daño por la publicidad en los medios escandalosos de esa decisión del fiscal. Y

esto porque aún en el supuesto de que se le haga comparecer con la fuerza pública, más allá del atropello y abusos a los que están acostumbrados los miembros de la fuerza pública, el ciudadano puede acudir y, de viva voz, él y su abogado defensor, expresarle al fiscal que no se va a rendir la versión, de lo cual se sentará un acta para incorporar al expediente de la Instrucción Fiscal, sin que ello implique que se acoge al derecho al silencio, porque no es lo mismo invocar ese derecho constitucional a decir que simplemente no se quiere rendir la versión, o que lo hará más adelante o en el momento que la defensa considere oportuno y conveniente. Por eso es libre!!!

No escapará al prudente criterio de muchos abogados que, desperdiciar o dejar pasar la oportunidad de que el procesado le haga conocer al fiscal, directamente y de manera oral, la versión de los hechos delictivos que se le atribuyen o de su responsabilidad penal por haber participado de tal o cual manera, podría ser contraproducente y perjudicial para la defensa porque ese es el momento propicio para el que el fiscal conozca físicamente al procesado, le vea, le escuche y se entere de muchos datos importantes. Así, si a una persona de 82 años se le acusa de haber agredido a dos jovencitos de 30, adictos y fornidos, el fiscal, con solo ver al procesado va a descubrir que se trata de una falsa imputación, a menos que el fiscal no quiera ver la realidad, pero por otras razones.

Finalmente, cabe la posibilidad de que los otros sujetos procesales también estén presentes al momento en que se reciben las versiones, y que formulen preguntas o pedidos de aclaraciones, pero no directamente, siempre a través del fiscal, quien debe cumplir con el deber de calificar los cuestionarios, y dar paso o no a las preguntas, sin perder la objetividad e imparcialidad, cualidades innatas en el desempeño de sus funciones pensando que su único norte es el descubrimiento de la verdad.

Es de utilidad revisar las disposiciones del COIP, artículos 501 en adelante que incluyen las reglas generales sobre la recepción de la prueba testimonial en lo que fuere aplicable a las versiones

Siempre hemos sostenido que antes que preguntar que puede ordenar o disponer la Fiscalía en el decurso de la Instrucción para descubrir la verdad, habría que preguntar ¿qué NO puede ordenar el fiscal en esta etapa para alcanzar este fin? Y la respuesta depende y está íntimamente vinculada con su inteligencia, su sagacidad, su dinamia, su entusiasmo, su experiencia y percepción para ver más allá de lo simplemente aparente, de lo superficial y lo que parece evidente, pues es u obligación descubrir toda la verdad. En suma: puede ordenar lo que se ocurra, lo que sea pertinente y conveniente, aunque siempre dentro de los límites constitucionales y legales. Los sujetos procesales pueden contribuir a esta compleja

y delicada tarea sugiriendo o pidiendo al fiscal que disponga la práctica de pericias que sean necesarias para obtener elementos de convicción, como remarca el Art. 598 del COIP, pero sin olvidar que las actuaciones no pueden ser impertinentes, ajenas a la Instrucción, ilegales, abusivas y muchísimo menos violatorias de los derechos fundamentales de las personas, so pena de provocar nulidades que podrían dar lugar a reparaciones por daños y perjuicios que, incuestionablemente, provocan policías, fiscales y hasta jueces, como lo reconoce en cada sentencia condenatoria la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Y por esos errores tenemos que pagar millones de dólares todos los ecuatorianos, más allá de la vergüenza de saber que en el extranjero la Justicia ecuatoriana aparece y es como lo que en realidad es, y no como lo que nos quieren hacer creen con propaganda oficial.

9.- Procesado con síntomas de enfermedad mental

En este evento, el fiscal debe ordenar su inmediato reconocimiento por parte de médicos psiquiatras, quienes deben informar por escrito en el plazo que determine el fiscal y, mientras tanto, no se le puede recibir su versión. Si del informe pericial se concluye que la enfermedad mental es transitoria, el fiscal debe postergar la recepción de la declaración hasta que el procesado recupere sus facultades mentales, luego de lo cual debe proseguir la sustanciación de la Instrucción. Si la enfermedad mental es permanente, el fiscal debe remitir un informe al Juez junto con la documentación respectiva para que sea el Juez Penal el que ordene su internamiento en un hospital psiquiátrico, o una medida de seguridad, sin perjuicio de que el fiscal, prosiga con la Instrucción, de ser el caso, porque siempre existe la posibilidad de que se haya utilizado al inimputable como medio para competir el delito y, los verdaderos responsables, se escuden en él para evitar ser descubiertos. En cualquier caso, hay que tener presente lo dispuesto en el Art. 36 del COIP.

10.- Garantías del procesado

El mandato del Art. 220 CPP, era de suma importancia, aunque, lamentablemente, ya no consta en el COIP. En esta norma se declaraba que en ningún caso se obligará al procesado, sea mediante coacción física o moral, a que se declare culpable de la infracción que se le atribuye; de tal manera que quedaba prohibido antes o durante la tramitación del proceso, el empleo de la violencia, de drogas, o de técnicas o sistemas de cualquier género, que atenten contra la declaración libre y voluntaria del procesado, advirtiéndose que los miembros de la Policía, de la PJ y de la Fiscalía General del Estado que contravengan esta disposición incurrirán en la sanción penal correspondiente para los delitos tipificados en el CP y otros más graves si es que se han producido heridas, lesiones o muerte del procesado.

Aunque la disposición haya sido suprimida del COIP no cabe duda que lo dicho mantiene su plena vigencia porque se sustenta – algunos abogados ilustrados dirán en el “bloque constitucional”, que está sobre la norma procesal y es jerárquicamente superior - en los derechos de la persona y la garantía del debido proceso, guste o no a algunos policías y fiscales que creen erradamente que el fin – descubrir la verdad –, justifica cualquier medio empleado.

11.- Vinculación con la Instrucción

En el COIP se menciona la posibilidad de que fiscal haga extensiva la Instrucción, en cuanto aparezcan datos procesales que hagan presumir la autoría o participación de una o varias personas en el hecho objeto de la Instrucción, distintas a quien ya tiene la calidad de procesado.

La decisión del fiscal debe estar fundamentada en presunciones fundadas en indicios ciertos, reales, comprobados que arrojen datos que aparezcan en el transcurso de la Instrucción, luego de la inicial formulación de cargos. En este punto sería bueno revisar nuestro estudio: “Valor jurídico de las presunciones” en www.analisisjuridico.com .

Tomada la decisión, el fiscal debe solicitar al Juez Penal que fije día y hora para la realización de una nueva audiencia oral, pública y contradictoria para formular cargos contra el nuevo o los nuevos procesados, al tiempo que les vincula al proceso que ya está en marcha con la Instrucción que ya está abierta. Esta formulación de cargos contra los recién procesados debe sujetarse a las mismas reglas que ya vimos en líneas precedentes, particularmente el Art. 595 del COIP.

La fijación de día y hora debe darse cuanto antes, mejor, pues los plazos corren; por eso el Art. 593 COIP fija un plazo máximo de cinco días, y a la audiencia debe concurrir, necesariamente el fiscal; las personas a vincular con sus abogados defensores privados o públicos que les representen. No es indispensable la presencia del procesado, más aun, puede no ser conveniente porque nada raro sería que el Juez ordene su prisión preventiva y sea apresado ahí mismo en la audiencia.

Una vez cumplida la vinculación, el plazo de la Instrucción se ampliará por treinta días improrrogables, que, en realidad no son tales, porque este procedimiento que debería ser excepcional puede volverse recurrente, particularmente por parte de algunos fiscales que en el camino van descubriendo datos que luego utilizan para vincular una y otra vez, y otra vez a nuevos procesados, lo cual no está prohibido en el 593 del COIP. Unos proceden de buena fe, y otros no tanto, en casos de importancia en los que requieren más tiempo para leer todo el voluminoso expediente que se va acumulando por gestión de ellos mismos. Varios casos en los

que hemos intervenido demuestran que algunas Instrucciones se han prolongado por mucho tiempo con el artificio de vincular un nuevo procesado cada vez. Si es de buena fe y se busca toda la verdad, es encomiable; si hay otro tipo de objetivos, es negativo y obstaculiza la marcha de un proceso penal que debe llegar a su fin con la mayor celeridad posible.

Sobre este punto y respecto a la reforma que se hizo al CPP, en su momento nosotros expresamos lo siguiente, pero que no ha perdido actualidad:

“El Art. 221 permite que se haga extensiva la Instrucción Fiscal a personas distintas a los procesados que originalmente fueron mencionados como tales en la Resolución Fiscal, con la que se da inicio, oficialmente, al proceso penal, luego de la Indagación previa; pero la vinculación con la Instrucción a la que se refiere la norma citada puede darse en cualquier momento del plazo de noventa días que debe durar la primera etapa del proceso penal. No dice el CPP vigente qué pasa si a una persona, por ejemplo, se le vincula 80 días después de dictada la Resolución Fiscal: ¿para ella corren únicamente 10 días a fin de que presente “elementos de descargo” en uso de su derecho a la defensa (lo cual sería injusto); o, por el contrario, para ella empieza a decurrir un nuevo plazo de noventa días desde que se la vincula a la Instrucción Fiscal? Este es un vacío que debe subsanarse”.

El problema que se presenta con motivo de la vinculación de un nuevo procesado a la Instrucción lo ha subsanado, a medias, nuestro ilustrado legislador estableciendo un plazo adicional de treinta días, pero dejando algunos vacíos que dan lugar a confusiones. En efecto, la norma deja algunas dudas y da lugar a equívocos. Lo que se pretendía era no dejar sin posibilidad de defensa al procesado recién vinculado al proceso; o, cuando menos, no restarle días al plazo reconocido legalmente de 90 días para que pueda actuar o pedir que se cumplan diligencias que tiendan a descubrir la verdad o demostrar su eventual inocencia o participación mínima en la ejecución de la infracción, aunque las situaciones particulares que pueden presentarse en la realidad son muy variadas. Veamos algunos casos:

- a) Si al recién procesado se lo vincula en una nueva audiencia de formulación de cargos, en los primeros treinta o sesenta días a contarse desde la inicial Resolución Fiscal, tenemos que en virtud de esta disposición reformada, la Instrucción tiene que prorrogarse por treinta días adicionales, hasta llegar al plazo de 120 días, que, indiscutiblemente, beneficiará a todos, especialmente a los inicialmente procesados.
- b) Si al recién procesado se lo vincula en los últimos treinta días del plazo de noventa, la prórroga se da, igualmente, hasta completar los 120 días. Se

supone que hasta completar los 120 días, todos los procesados, incluidos los originalmente vinculados al proceso, pueden seguir pidiendo actuaciones al fiscal, en defensa de sus intereses, porque es el plazo de la Instrucción el que se amplía para todos.

- c) De haber posteriores procesados luego de que por disposición legal se produjo la prórroga inicial por 30 días, al haber nuevos vinculados al proceso, el plazo de 120 días no puede volver a prorrogarse cada vez, con 30 días adicionales cada vez y cuando, porque el espíritu de la norma y de sus inspiradores fue evitar que la Instrucción se mantenga abierta indefinidamente por meses y meses, vinculando a nuevos procesados, en algunos casos con cierto grado de viveza criolla, sucesivamente, a unos después de otros, y entonces tener justificación cada vez para prorrogar la Instrucción por 30 días adicionales. No. Eso no es lo que quiso la propia Fiscalía General. Al tiempo que denunciarnos esta viveza que tiene visos de maniobra a la que recurren algunos fiscales hasta de niveles superiores, expresamos nuestros desacuerdo tanto con la forma imprecisa de legislar de despistados legisladores que no pusieron las cosas en blanco y negro, porque muchos de ellos, por no decir todos, ni siquiera entendieron la naturaleza del problema, y también expresamos nuestra repulsa a la decisión de los fiscales que en lugar de imputar de una vez a todos, lo van haciendo en decisiones sucesivas, para tener abierta la Instrucción por más tiempo. Aunque suene extraño, nosotros intervenimos en una Instrucción Fiscal que se lleva al más alto nivel, que, por lo pronto, estuvo abierta por dieciocho meses en razón de que el Fiscal, cada vez imputaba a un nuevo personaje, aunque la lista de los presuntos responsables la tuvo desde un inicio. Esto no ha corregido el COIP ni podía hacerlo con semejantes legisladores incapaces de entender la naturaleza del problema.

Deberá tenerse en cuenta que el plazo adicional de treinta días, afecta a otras instituciones del Derecho Procesal Penal, como es la caducidad de la prisión preventiva y sus consecuencias disciplinarias, las apelaciones, y se agrava si el procesado no ha recuperado la libertad, respecto a lo cual se ha guardado silencio, pese a que los plazos se verán reducidos por este motivo. Y peor aún en los casos de delitos de tránsito y delitos flagrantes, en los que los plazos son reducidos, - 45 y 30 días, respectivamente - aunque también cabe la posibilidad de que se vincule a otros procesados; por ejemplo los compinches del que fue sorprendido en delito flagrante.

Otro problema, cuya solución soslaya deliberadamente el legislador ecuatoriano, es el de la imaginaria vinculación del procesado en general al proceso penal sobre la base de la notificación de la resolución fiscal de formulación de cargos, al

defensor público designado por el Juez penal. Para empezar, creemos que se trata de *citación* y no de notificación, ya que es un acto mediante el cual se comunica oficialmente a una persona que se ha iniciado un proceso penal en su contra. De igual manera, somos del criterio que el continuar nombrando defensores públicos, no llena el vacío institucional y estatal, ya que en la práctica éstos no cumplen la indispensable función de defensa que la sociedad espera de ellos, para que haya el equilibrio procesal entre una parte acusadora oficial y la defensa del procesado. Esa es una hipocresía que pretende mostrarnos a los ojos de otros países y organismos internacionales como cumplidores de convenios internacionales que garantizan el debido proceso y el derecho a la defensa que los atropellamos cientos de veces al día.

Únicamente cuando se logre organizar efectivamente en la práctica (y no sólo en la letra muerta de la ley) a la Defensoría Pública y se estructure apropiadamente a este organismo, dotándole de todo lo indispensable, se solucionará este gravísimo problema, sin olvidar que en muchos casos defender efectivamente a gente que no se conoce ni se puede dar con su paradero se constituye en misión imposible, más allá de la buena voluntad y deseos de servicio que anima a muchos defensores públicos, como hemos constatado en nuestro ejercicio profesional.

12.- Intervención del procesado en su defensa

Como ya dijimos, el procesado puede presentar al fiscal los elementos probatorios de descargo, pruebas en realidad, que considere convenientes para su defensa; y, si para obtenerlos hace falta orden judicial, el fiscal la obtendrá del Juez Penal, como cuando se requiera la comparecencia de personas que pudieren declarar en su favor, o pedir que se requieran documentos, informes o copias de instrumentos públicos y privados que pudieren favorecer la posición del procesado. En definitiva, durante la etapa de la Instrucción se podrá solicitar y evacuar todas las diligencias investigativas que permitan al procesado ejercer su defensa y contradecir o rebatir los elementos de convicción o de conocimiento, evidencias que obran en manos del fiscal. Hay que entender que en este equilibrio de posiciones entre la parte instructora y la parte imputada, es que se produce la *litis* o confrontación constituida en la relación jurídica procesal penal básica, dejando de lado posiciones equivocadas de algunos fiscales que no se han enterado o han olvidado que en un sistema acusatorio la Fiscalía y la defensa están en un plano de igualdad, no para anularse mutuamente sino para colaborar franca y decididamente en la búsqueda de la verdad. Sus decisiones desubicadas o prepotentes puede anular el proceso penal menoscabando el objetivo que busca la sociedad por intermedio de ellos.

No puede el fiscal negarse a disponer algunas diligencias que se le requieran como parte de la defensa, o de la víctima, porque estaría coartando el derecho a la defensa del procesado, quien siempre podrá acudir al Juez Penal a fin de que actúe en su condición de garantista de los derechos fundamentales del procesado y de la víctima. Y es que el Juez Penal está sobre los contendientes, precisamente, para vigilar o supervisar que el proceso se lleve en forma equitativa. Adicionalmente, si el fiscal no está actuando de modo objetivo siempre se podría acudir al Fiscal superior para que corrija y subsane errores de esta naturaleza. No pueden descartarse actuaciones ilegales o inconstitucionales de los policías investigadores o fiscales que podrían originar nulidades procesales que deberían servir de base para interponer un recurso de nulidad para ante la sala penal de la Corte provincial. Esta posibilidad, eliminaron los legisladores que aprobaron el COIP, aunque la mayoría de ellos son incapaces de distinguir entre “flagrante” y fragante.

Ante esta omisión no nos quedará más remedio que esperar que el Juez Penal, al conducir la audiencia preparatoria del Juicio y de evaluación, conozca las posibles causas de nulidad y se pronuncie en consecuencia declarando la nulidad de lo actuado, aunque muchos jueces temen adoptar una decisión de tal naturaleza, sometidos a una Justicia dependiente de los caprichos de los que se creen infalibles.

13.- Intervención de la víctima en la Instrucción

La víctima puede solicitar al fiscal los actos procesales que considere necesarios para comprobar la existencia del delito, así como la responsabilidad del procesado. Si para obtenerlo se requiere orden judicial, el fiscal la obtendrá del Juez.

Siempre hemos mantenido nuestro criterio de que las víctimas deben también tener participación activa – en algunos casos decisiva, como en la violación, por ejemplo - en el desarrollo de la Instrucción, sin necesidad de haberse constituido en parte procesal, previa presentación de su acusación particular. A tal efecto, podrá colaborar con la tarea del fiscal e, indirectamente, con los investigadores del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses y de la Policía, solicitándole al primero que practique los actos procesales que, según su criterio, pueden conducir a demostrar la existencia del delito cometido y la responsabilidad de las personas que ya tuvieren la calidad de imputadas o podrían llegar a tenerla si sobre la base de la aportación de la víctima se les puede hacer extensiva la Instrucción. Si para practicar algunos de aquellos actos hace falta orden judicial, el fiscal debe obtenerla del Juez, para evitar ilegalidades o posibles causas de nulidad de esos actos y su posterior valor probatorio en Juicio, como cuando se requiere, por ejemplo, interceptar las llamadas a una línea telefónica o la correspondencia, o allanar una vivienda.

Desde luego, las iniciativas de la víctima deben transmitirse, apropiadamente y oportunamente, al fiscal que tiene a su cargo la dirección de la Instrucción, para que él y los investigadores policiales evalúen la posibilidad o no de efectuar los actos que sugiere o pide, pero más importante aún, la conveniencia o no de practicar esos actos en el momento apropiado y oportuno, porque la finalidad que se persigue es la de que el ofendido coadyuve - no obstaculice o interfiera - con la labor de los órganos encargados oficialmente de combatir la criminalidad, para poner al descubierto sus actividades y recoger evidencias para permitir el castigo de los delincuentes. No olvidemos que otro de los reparos que se hace a la intervención del ofendido en el proceso penal es el de que el ánimo o propósito que prevalece en la víctima es siempre vindicativo, es decir, ejercitar venganza en mayor o menor grado en contra del reo, objetivo distinto al que mueve las actuaciones oficiales de la Fiscalía General del Estado y de la Policía: descubrir la verdad para que el inculcado sea juzgado y reciba las penas previstas en las leyes penales.

14.- Duración de la Instrucción

Es de confiar que el plazo máximo de 90 días, *improrrogables*, que debe durar esta primera etapa de proceso penal sí se cumpla en la realidad, salvo excepciones legales de 45 y 30 días, en delitos de tránsito y delitos flagrantes. También podría durar menos, por decisión del fiscal, (*“De existir los méritos suficientes, la o el fiscal podrán declarar concluida la instrucción antes del vencimiento del plazo fijado en la audiencia Art. 592 COIP*), en delitos comunes porque la norma permite que dentro de este plazo – que va de 1 a 90 días – se declare concluida la Instrucción. De observarse en forma irrestricta la norma que señala el plazo máximo de duración de la Instrucción, los plazos de caducidad de la prisión preventiva, serían suficientes para procesar y juzgar a los procesados o acusados, quienes no deberían recuperar la libertad, antes de ser juzgados, absueltos o condenados.

Respecto a posibles prórrogas, los incisos finales del Art. 592 COIP son muy claros y terminantes, por lo que no cabe interpretación alguna: *“En ningún caso una instrucción fiscal podrá durar más de ciento veinte días. En delitos de tránsito no podrá durar más de setenta y cinco días y en delitos flagrantes más de sesenta días. No tendrá valor alguno las diligencias practicadas después de los plazos previstos”*.

El Código Integral Penal (COIP) y su potencial aplicación garantista

Ramiro Ávila Santamaría¹

*Al profesor Ricardo Vaca Andrade
con particular cariño y admiración*

Introducción

El Código Integral Penal (en adelante COIP) ha sido aprobado y publicado en el Registro Oficial. Sobre el COIP hemos escuchado un debate tardío sobre sus virtudes y defectos, focalizado sobre muy pocos temas y muy específicos, como la mala práctica médica o el aborto. Muchísimas instituciones pasaron inadvertidas, sin que esa falta de debate público signifique que no sean importantes.

El COIP es como el dios romano Jano, que tenía dos caras. La una que mira al pasado y la otra al futuro. Alguna interpretación hizo Teubner (1992: 1443) en el sentido de que la una cara mira a la sociedad y la cultura, y la otra mira a las leyes y al orden. El COIP tiene dos caras en el mismo cuerpo: el garantismo y el punitivismo. Las dos caras miran a lados distintos. El garantismo busca la aplicación mínima y excepcional del sistema penal y tiene múltiples frenos y límites al poder punitivo, que básicamente son los derechos y las garantías. En cambio, la otra cara es el punitivismo, que trata de abrir la mayor cantidad de puertas y ventanas para que entre el poder violento penal del Estado. Los frenos y los límites en el punitivismo son un estorbo. Se apuesta, en lugar de a los derechos y garantías, a fortalecer la policía, las normas, la aplicación rápida y mecánica de prisiones y condenas. El garantismo tiene como principio guía la presunción y el trato de inocente a toda persona, aún si ha sido detenida en delito flagrante. En cambio, el punitivismo tiene como principio básico la presunción de culpabilidad, aún si podría ser inocente.

1 Doctor en jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Máster en Derecho por Columbia University (New York), Máster en Sociología Jurídica por la Universidad del País Vasco-Instituto Internacional de Sociología Jurídica. Doctor en Sociología Jurídica (candidato) por la Universidad del País Vasco. Docente de planta del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar-Sede Ecuador y coordinador de la Maestría en Derecho Penal. Es autor y editor de varias publicaciones, entre ellas: *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos* (Quito, 2013), *Neoconstitucionalismo transformador* (Quito, 2011), *Derechos y garantías. Ensayos críticos* (Quito, 2010). ramiro.avila@uasb.edu.ec, ravila67@gmail.com

En el sistema garantista se prefiere beneficiar a los culpables porque es mucho más grave encerrar a un inocente que tener a un culpable libre. En cambio, en el sistema punitivista no importa si se encierra al inocente, que es el costo normal a sufrir, con tal que todo culpable esté encerrado. Lo que quiero graficar es que las dos caras del COIP son diametralmente opuestas.

Este ensayo está dividido en cuatro partes. En la primera se hace un recuento sobre la tensión entre garantismo y punitivismo en la política criminal del Gobierno de turno. Se pueden distinguir dos momentos claramente marcados, uno de normas y prácticas garantistas (¡sí se pudo!) y otro de reformas y prácticas punitivistas (¡no se debería!). En la segunda parte se enuncian los principios garantistas del COIP. En la tercera parte se enuncian, describen y comentan múltiples normas punitivistas. En la parte final, quizá la más importante, se contesta la siguiente pregunta: ¿qué hacer con este cuerpo de dos cabezas?, ¿qué mirada debe prevalecer? Se sostiene que debe prevalecer la mirada garantista y que los operadores jurídicos (fiscales, jueces, abogados) tienen las competencias y el deber de procurar la interpretación y aplicación garantista de las normas del COIP. Ante una contradicción entre los principios constitucionales y las normas del COIP, no hay dilema: prevalecen los derechos fundamentales de la Constitución y el efecto es que invalidan las normas inconstitucionales del COIP.

Suena fácil decirlo y, admito, es difícil aplicarlo. Los juzgadores y operadores de justicia requieren de dos condiciones: independencia judicial y convicción de que los derechos fundamentales exigen un derecho penal mínimo. Pero es posible. La gente más vulnerable que cae en nuestras cárceles, y que a veces el único servicio público que reciben es el penitenciario, se lo merecen. Nuestra sociedad se merece que se use la violencia estatal lo menos posible y que los problemas se resuelvan pacíficamente. Nuestra sociedad requiere de menos exclusión social, que es justo lo que mejor hace el sistema penal, y más justicia. Los jueces y operadores tienen un rol que jugar en la administración de la exclusión social y ese rol es vital en la democracia constitucional. Con esa esperanza, expongo las reflexiones que siguen.

La política criminal: del garantismo al punitivismo

Los códigos penales suelen ser difíciles de reformar integralmente, aunque es fácil hacer reformas puntuales y eso se ha demostrado en los últimos treinta años. Algo así pasa con el Código Civil. ¿Quién puede atreverse a tocarlo? Con el Código Penal, el Gobierno se atrevió. Y sí que hacía falta. El antiguo Código Penal era hijo de su época y, a su manera, se fue adaptando a las necesidades del control estatal: en la época liberal (napoleónica, siglo XIX) se trataba de proteger la propiedad, el mercado y el trabajo, por lo que se sancionaba casi exclusivamente

el robo y la vagancia; en la época fascista (en la Italia de Mussolini, a principios del siglo XX), había que proteger la autoridad y la limpieza de sangre, de ahí que la calumnia a un funcionario público era un delito agravado y se permitía el aborto de la mujer idiota; en la época de la lucha antisubversiva (guerra fría a finales del siglo XX), con las necesidades de control geopolítico de los Estados Unidos, había que penalizar las drogas ilegales (no las de las farmacéuticas que son legales) y eliminar al enemigo interno o al opositor mediante figuras como el terrorismo.

Después de la expedición de la Constitución de Montecristi, sin duda alguna, el Código Penal era franca y abiertamente inconstitucional. La Constitución de Montecristi es garantista y con sobradas razones. Evidencias: derechos de las personas privadas de libertad (Art. 51); derechos al debido proceso en materia penal (Art. 77, con 14 numerales, cada uno señalando derechos); derechos de las víctimas de infracciones penales (Art. 78); garantías constitucionales: normativas que se aplican en materia de legislación penal (Art. 84), de política criminal (Art. 79) y jurisdiccionales (hábeas corpus, Art. 89, cuando hay privación arbitraria de libertad; y acción de protección, Art. 88, si existe cualquier otra violación); creación de la defensa pública para proteger derechos de las personas procesadas (Art. 191); mandato de sujeción al principio de mínima intervención penal (Art. 195); y, finalmente, los principios de trato a la persona condenada (Art. 201). No había por donde irse. La cancha estaba marcada. No había discrecionalidad por parte del legislador y del Ejecutivo. Hubo y hay mandatos claros para nuestras autoridades parlamentarias, judiciales y ejecutivas.

La Constitución es garantista y, hay que reconocerlo, el Gobierno también lo fue hasta el año 2010, como explicitaré más adelante. Efectivamente, el Gobierno auspició todos esos derechos y principios para que estén consagrados en la Constitución. Durante la Asamblea Constituyente se dio un justo indulto a las personas que habían sido condenadas por la draconiana ley de drogas. También en esos tiempos el Gobierno creó la necesaria defensa pública, sin la cual nunca podríamos hablar de verdaderos juicios adversariales. Se creó la Comisión de la Verdad, que investigó graves violaciones a los derechos humanos y encontró indicios de responsabilidad en varios agentes del Estado, y, posteriormente, para judicializar estos casos, creó una unidad especial en la Fiscalía. En el año 2009 el Gobierno avaló la primera reforma garantista al Código de Procedimiento Penal, al incluir las medidas alternativas a la privación de libertad, los acuerdos de reparación y, entre otras, se consagró la audiencia de flagrancia².

En el año 2010, con la reforma al recién modificado Código de Procedimiento

2 R.O., Suplemento N. 555, 24 de marzo de 2009.

Penal³, la política criminal estatal cambia de rumbo diametralmente. La lógica fue expandir el poder punitivo del Estado y esto siempre se logra a costa de las garantías: se crearon nuevos tipos penales (por ejemplo, el delito de ocultación de cosas robadas, que anda en la línea del poder para criminalizar el trabajo informal), volvieron a ser delito conductas que se consideraron contravenciones, se consideró que la reincidencia (que siempre es la evidencia del fracaso de la “rehabilitación”) era una agravante, se obligó a la Fiscalía a presentar el registro de detenciones (atentado la presunción inocencia que solo se pierde con condena y no con registros policiales), se prohibió la sustitución de la prisión preventiva en ciertos delitos.

En el año 2011 se realizó la consulta popular para hacer la primera (mala) reforma constitucional.⁴ Esa consulta no debió, en muchas de sus preguntas, ser avalada por la Corte Constitucional porque afectaba regresivamente a los derechos. Y los derechos no pueden ser menoscabados por mayorías. La primera pregunta se relacionó con la caducidad de la prisión preventiva. La caducidad significa que el Estado tiene un tiempo (máximo un año) para tener presa a una persona procesada. Se estableció una excepción: cuando el tiempo se dilata por acciones de la defensa. Es decir, si un defendido busca por todos los medios su libertad, puede seguir preso. La segunda pregunta es más regresiva aún: eliminó las medidas y penas alternativas a la libertad y abrió la posibilidad para la obligatoriedad de dictar la prisión preventiva de conformidad con la ley. Es decir, sin sentencia, la reforma presume que todo procesado es culpable.

Paralelamente tenemos algunas medidas que fortalecen el poder del Estado en contra de las garantías: la política de los más buscados, el eficientismo penal, las recompensas, el triunfalismo de los operativos policiales.

Pero la guinda del pastel, que más parece el puño de hierro del pastel, es el COIP, que sintetiza toda la política criminal del Gobierno. Hay que reconocer que la versión del proyecto original presentado por el presidente, elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que era una propuesta técnicamente deficiente en todo sentido (era un código viejo con ropajes nuevos), fue sustancialmente mejorada por la Asamblea Nacional.

El garantismo en el COIP

El COIP tiene una parte que es evidentemente garantista, que va desde algunos párrafos de la Exposición de Motivos, y desde el Art.1 hasta el Art.43. En esta parte

3 R.O. N. 160, 29 de marzo de 2010.

4 R.O., Suplemento N. 490, 13 de julio de 2011.

está la finalidad, que es normar el poder punitivo, tipificar infracciones, regular el debido proceso, promover la rehabilitación y reparar integralmente. Luego vienen los principios, que invocan a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Se establecen principios y derechos reconocidos por las legislaciones penales contemporáneas, como la dignidad, la legalidad, el no ser juzgado dos veces por el mismo delito, la presunción y el trato como inocente (el trato como inocente tomado seriamente debería proscribir la prisión preventiva), los derechos de las víctimas y de las personas privadas de libertad. Se adopta la teoría del bien jurídico, que ofrece oportunidades enormes de aplicación garantista del COIP. También tenemos un principio importante sobre la interpretación, que incluye métodos de interpretación constitucional y la prohibición de la analogía. Creo que todos estos principios, a los que volveré más tarde, ofrecen una enorme oportunidad para una aplicación adecuada y garantista del COIP.

El punitivismo en el COIP

Lamentablemente, el COIP también tiene una parte punitivista, que va no solo en contra de la Constitución sino también en contra del capítulo de Garantías y Principios Generales del propio código. Señalaré brevemente las cuestiones punitivistas y regresivas que más preocupan.

Las alternativas a la pena de privación de libertad. La privación de libertad es el parámetro fundamental para la sanción penal. Esto es evidente cuando se define, en el Art. 19, al delito y a la contravención como infracciones sancionadas con penas privativas de libertad. En el Art. 60 se establecen las penas no privativas de libertad. Se enumeran trece penas. En la doctrina y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, que están vigentes y con fuerza de ley en Ecuador, estas penas son alternativas (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1990.12.14). Pero curiosamente, contrariando toda la tendencia mundial para evitar los efectos perniciosos de la privación de libertad, para el COIP no son penas alternativas sino acumulativas. *“La o el juzgador –dice el último inciso– podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal”*. Es decir, “carga montón”. A más de las penas privativas de libertad, se pueden poner hasta trece penas más. Grave retroceso.

El **aumento de penas** es notable. En Ecuador siempre hemos tenido una tradición republicana envidiable. El máximo de las penas hasta bien entrado el siglo XX fue dieciséis años. Cerca de la recomendación garantista del profesor Ferrajoli (2005: 455), que sugería, basado en estudios criminológicos, que la pena máxima de encierro debería ser de diez años. Después de diez años, nadie puede volver a ser “normal” y nunca podrá rehabilitarse. Con la ley de drogas, las penas aumentaron

a veinticinco. Con el nuevo COIP, las penas pueden ser hasta de cuarenta años (Art. 20 y Art. 55). Luego tenemos unos rangos de penas pequeños, lo que podría suponer que el margen de aplicación del juez es reducido. Las penas van de 26 a 30, 22 a 26, 19 a 22, 16 a 19, 13 a 16, 10 a 13, 7 a 10, 5 a 7, 3 a 5, 1 a 3. Se trata de un sistema curioso, del cual no encontramos explicación alguna en la exposición de motivos ni una justificación que nos demuestre la proporción entre privación de libertad y daño provocado por el delito.

La tendencia punitivista se refleja también en las **circunstancias agravantes**. Esto quiere decir que ante un hecho criminal, que merece una pena determinada, hay que aumentar la pena porque se producen situaciones que, a criterio del legislador, debe empeorar la pena. Las atenuantes, por el contrario, son las situaciones que hacen bajar la pena. En el COIP las atenuantes son solo seis; en el Código Penal derogado eran doce. Las agravantes son diecinueve (Art. 47) y si a estas se las agrega las relativas a integridad sexual, que son nueve (Art. 48), tenemos un total de veintiocho agravantes; en el Código Penal derogado eran solo cinco. Veamos gráficamente:

Cuadro No. 1

	Código Penal derogado	COIP
Atenuantes	12	6
Agravantes	5	28

Este simple gráfico nos ayuda a demostrar la tendencia punitivista del COIP solo comparándolo con la anterior legislación: menos atenuantes, que se reducen a la mitad, y más agravantes, que se incrementan cinco veces.

Las baterías están para poner mayores penas a los infractores. A esto hay que sumarle que, en toda infracción, el juez “aplicará además la **pena de multa**” (Art. 70). Esas penas van desde el 25% de un salario básico unificado, para aquellas de uno a treinta días, hasta multas de mil a mil quinientos salarios básicos unificados. Si consideramos que la gente más miserable y marginal es la que en su mayoría habita las cárceles, estas normas establecerían una deuda impagable y una carga más en la vida de las personas: “carga montón” otra vez. Esperamos que funcione la condonación de “una parte” de la multa cuando se demuestre extrema pobreza (no se aplica para los simplemente pobres, Art. 69, b).

La institución de la **prescripción**, que ha sido diseñada para limitar el poder del Estado y evitar que pueda perseguir a una persona toda la vida, ha sido tradicionalmente de cinco años para delitos leves y hasta diez años para los delitos más graves. La prescripción, según el COIP (Art. 75), tiene plazos determinados en función del máximo de la pena, a la que hay que sumar un 50%. Es decir, si la pena es de 30 años, la prescripción será de 45 años. Si la pena es de 10 años, la prescripción será de 15 años. Más severidad, más poder punitivo, menos límites garantistas.

La **finalidad de la pena** merece reflexión. Según la Constitución, la finalidad es la rehabilitación y la resocialización. Más allá de que estemos o no de acuerdo con esta finalidad (enseñar a vivir en sociedad excluyendo a la persona no suena lógico. El fin es de imposible cumplimiento estando encerrados, que es como enseñar a jugar fútbol a un equipo en un ascensor, o enseñar a nadar en una piscina sin agua), ese es el principio constitucional. En la doctrina esto se llama prevención especial positiva, porque la pena pretende algo bueno para el infractor y es algo personal. La doctrina distingue la prevención general, cuando piensa en la sociedad en su conjunto. Puede ser positiva, cuando lo que trata es de respetar el sistema jurídico por parte de la sociedad. Es negativa cuando con las penas se busca la venganza y disuasión, mediante el empleo de penas severas. La lógica es que sanciono severamente a uno para que otro se inhiba de delinquir. A la prevención general no le importa la persona sino la sociedad. Esta prevención, la general, no está en la Constitución. Sin embargo, el COIP lo establece inconstitucionalmente en el Art. 52: “Los fines de la pena son la prevención general para la comisión de delitos”.

Por otro lado, se establece que con la pena también se pretende reparar el derecho de la víctima. Y este no es un equívoco menor. El derecho reparador por excelencia es el constitucional y el civil. El derecho penal, de acuerdo con la Constitución, se hizo para rehabilitar al delincuente. Ahora bien, se podría decir que la “constitucionalización” del derecho penal torna inevitable la influencia de la Constitución en el derecho penal. De acuerdo. Pero si esto sucedería, habría que leerlo de forma adecuada. Una vez que se produce la reparación del delito, por el principio de lesividad (Art. 22 COIP), debería extinguirse la pena, porque el daño que provoca la reacción del sistema penal deja de existir. Lo que sucede con el COIP es que (un “carga montón” más) se repara y además sigue vigente la pena de privación de libertad. La reparación integral que excluye a la pena debería ser una forma de entender el derecho penal mínimo (Art. 3 COIP).

El derecho penal, como consta en el COIP, se debe interpretar en el sentido literal y se prohíbe la analogía (Art. 13.3). Este principio empata con el principio de

legalidad que exige que las conductas que serán sancionables sean claras y unívocas, es decir, sin lugar a dobles interpretaciones. Cuando se violan estos principios se dice que estamos ante **tipos abiertos**. Y son abiertos porque se prestan a múltiples interpretaciones. Voy a poner algunos tipos penales para ejemplificar sobre esta defectuosa e inconstitucional forma de tipificar delitos.

La trata de personas determina que hay delito cuando existe explotación, que es “*toda actividad de la que resulte provecho material o económico, una ventaja inmaterial o cualquier otro beneficio*” (Art. 91). Si el COIP dice *toda actividad* realmente no está señalando una conducta de forma clara. ¿Qué significa *provecho* o *cualquier otro beneficio*? Si yo preguntara esto a tres jueces, tres respuestas tendría. Esto es un tipo abierto. En el acoso sexual (Art. 166) se establece que “la persona que solicite *algún acto de naturaleza sexual*”. ¿Qué acto? ¿Cuándo es de naturaleza sexual? (según Freud todo acto humano es de naturaleza sexual, desde la forma de vestirse hasta una relación sexual). En los delitos sobre sustancias sujetas a fiscalización (drogas), no se sabe cuál es la droga penalizada. En el Art. 277 se habla de “*normativa correspondiente*”, y quien define cuál es el contenido de esa norma es una agencia del Ejecutivo. Tipo abierto evidente. En el lavado de activos (Art. 317) se habla de *activos de origen ilícito*. ¿Qué es ilícito?, ¿ilegal?, ¿delito?, ¿sin autorizaciones administrativas?

Otro delito paradigmático es el de terrorismo. En el Art. 366 se establece que “*la persona que, (sic) irrumpa los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de las personas internacionalmente protegidas.*” Una de las formas de protesta y también de protección en América Latina ha sido tomarse embajadas, como la famosa toma de la Embajada de España en Guatemala para protestar por la represión en el interior del país, o las veces que perseguidos políticos se han tomado embajadas pidiendo refugio. Estas actividades pueden, si se interpreta literalmente el tipo penal, ser consideradas terrorismo. Estamos, pues, ante un uso inadecuado de la técnica legislativa.

Hay un tipo penal, el de **evasión**, que me ha llamado la atención porque tiene que ver con el sentido profundo de la libertad. La libertad es un derecho fundamental que puede ser limitado, contra la voluntad, por razones excepcionales. Una de esas razones es el cometimiento de delitos. Pero destaco que esto se hace en contra de la voluntad de la persona condenada o privada preventivamente de la libertad. Lo que quiere decir que, en ejercicio de su derecho a la libertad, la persona podría fugarse y esto es un ejercicio de derecho y además una demanda natural. Nadie quiere vivir encerrado. En el anterior Código Penal, consecuente con este razonamiento, la evasión producía un castigo al cuidador, que tiene la obligación de evitar la fuga, pero no se sancionaba al evasor. El COIP sanciona a la persona que se fuga con

uno a tres años de cárcel (Art. 274). Es decir, una persona tiene que claudicar a su derecho a ejercer su libertad: sometimiento total.

Luego tenemos los tipos penales que protegen la autoridad del Estado o de la norma y no el bien jurídico. El ejemplo paradigmático son los delitos contra los derechos del buen vivir. En la gran mayoría de los tipos encontramos frases como estas: “listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional” (Art. 247), en los delitos contra la fauna y flora. Es decir si no está listada, no tiene protección. No es la fauna y flora, sino la autoridad gubernamental. “Incumpliendo la normativa nacional” (Art. 248.1), en el patrimonio genético; “contraviniendo la normativa vigente”, en los delitos contra el agua (Art. 251); “contraviniendo la normativa vigente” (Art. 253), en la contaminación del aire. Puede existir contaminación del agua y del aire siempre que la norma lo permita. Insisto, no se protege el aire y el agua sino la norma. Lo importante es cumplir la norma, no respetar el aire y el agua.

El COIP es **eficientista**. Por eficientismo entiendo la técnica mediante la cual se busca un sistema penal y un poder punitivo medido en sentencias condenatorias y en mayor número de personas privadas de libertad, logradas en el menor tiempo posible. Para lograr este objetivo se utilizan medidas que atentan contra los derechos y las garantías del debido proceso. Lo importante es combatir la delincuencia usando la justicia penal y no importa si se lo hace violando los derechos y condenando al inocente. Varias manifestaciones de eficientismo encontramos en el COIP. Una de ellas es la **“atenuante trascendental”** (Art. 46). Si se delata, se rebaja la pena. ¿Puede ser usado esto por un delincuente sin escrúpulos que acuse a un inocente para conseguir una rebaja de penas? Se dirá que la información debe ser comprobable y relevante. Más de una vez hemos escuchado de la estrategia de sembrar droga, por ejemplo, para conseguir una condena y una rebaja de pena.

Otra medida eficientista es cuando el COIP permite el **control de identidad y registro** superficial, “sin orden judicial, como una actividad de carácter preventivo o investigativo” (Art. 478.3); esto en la práctica va a ser, como siempre ha sido, puro estereotipo negativo y nunca operará contra el delincuente de “cuello blanco” que no tiene estereotipo criminal.

Tenemos todo un capítulo que “legaliza” lo que en la doctrina se conoce como **derecho penal subterráneo**, que tiene el nombre de **técnicas especiales de investigación**. Aquí tenemos el agente encubierto, que es la autorización para que agentes del Estado cometan delitos; las entregas vigiladas, que pueden ser formas de inducción de delitos; la cooperación eficaz que tiene relación con la delación y con valores que precisamente una sociedad del *sumak kawsay* no necesita. Ojo

con esta norma, que rompe todo el procedimiento adversarial y público: “*todas las actuaciones relacionadas con la cooperación eficaz deberán ser guardadas bajo secreto y mantenidas fuera de actuaciones judiciales*” (Art. 494). Esta situación se presenta cuando alguien está siendo investigado y condenado por delitos relacionados con el lavado de activos, drogas o terrorismo, porque “*todos los bienes, fondos, activos y productos, que han sido incautados, serán transferidos al Estado y podrán ser vendidos de ser necesario*” (Art. 557.6). Como suele suceder, incautarán lo que es y lo que no, no habrá distinción entre propiedad privada y bienes relacionados al delito.

En lo procesal, todo el código se debería organizar para proteger al inocente, en el sentido de que nunca debe estar preso y peor condenado. Sin embargo, reiterando el principio de culpabilidad en la aplicación de la **privación preventiva de libertad**, se establece que “*no cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años*” (Art. 536), que no son pocas. Se regula la triste primera reforma constitucional, en relación a la **caducidad** de la prisión preventiva, de tal forma que inhibirá al procesado a recurrir, que es un derecho fundamental y con más razón cuando se decide sobre la libertad de las personas. Se establece que no procede la caducidad cuando la *persona* “*por cualquier medio evade, retarda, evita o impide su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad*” (Art. 541.6), y no se computa el tiempo cuando se interponga recusaciones (Art. 541.8), que es una garantía para contar con jueces independientes e imparciales.

En el diseño del procedimiento ordinario siempre me ha preocupado la fase de **investigación previa**, en cuanto al principio de independencia e imparcialidad. Si bien se ha hecho un esfuerzo grande en América Latina desde finales del siglo pasado, y en nuestro país desde el año 2000, por establecer un procedimiento que respete el principio adversarial y acusatorio en el proceso penal, para superar una de las taras del inquisitismo penal, que se manifestaba en que un juez hacía la instrucción, pedía y practicaba prueba y además llamaba a juicio. Es decir, era un juez que era investigador y juzgador. Esto se evitó con la designación del fiscal como la parte que hace la acusación e investiga, como sucede en la instrucción fiscal. Pero existe una fase que se denomina de investigación previa, que es exactamente una fase inquisitiva. El fiscal es juez y parte, decide si instruye o no un juicio, “*si la conducta investigada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe, la existencia del daño causado*” (Art. 580). Esta fase es reservada, sin escrutinio público (Art. 584), que tiene sentido si lo que se pretende es evitar la estigmatización de un juicio penal. En la fase de instrucción tenemos también rasgos de un sistema inquisitivo, cuando “*la persona*

procesada podrá presentar a la o el fiscal los elementos de descargo” (Art. 596) y “*en la instrucción, cualquiera de los sujetos procesales podrá solicitar a la o al fiscal que disponga la práctica de pericias...*” (Art. 598). Es decir, el procesado pide la prueba a su acusador. Esto rompe con la igualdad procesal y otorga una injustificable ventaja a la fiscalía.

La institución que probablemente me preocupa más, por sus consecuencias en términos de privación de libertad, son los denominados procedimientos especiales. Estos procedimientos están llamados a ser la regla en materia de juicios penales. Primero, porque la mayoría de los delitos que llenan la cárcel cumplen los requisitos para que se enmarcan en estos procedimientos. Segundo, porque va a demostrar la eficacia y la eficiencia del sistema penal: condenas en poco tiempo y sin juicios contradictorios. Los procedimientos especiales son tres: abreviado, directo y expedito.

En el **juicio abreviado** hemos adoptado lo peor del sistema norteamericano, que es la institución del *pleabargaining*. Cuando las penas sean de hasta 10 años y haya consentimiento libre y expreso del procesado, se impondrá una pena que no será más grave que la sugerida por el fiscal. Esto, en buen romance, se llama sistema inquisitivo. La premisa del sistema inquisitivo –además de la unión entre acusador y juzgador que hemos enunciado– es que la prueba está en la persona procesada. Antes se la hacía mediante tortura, ahora se la va a hacer mediante la presión, la vivencia y la amenaza de la cárcel. Si en el primero se sacaba una versión mediante presión física, ahora se sacará una versión mediante presión moral. En los dos casos, la confesión es prueba suficiente para condenar. Funcionaría algo así: el fiscal dirá “si no admites que robaste, te pongo siete años; si admites, te pongo dos años. Escoge”. El procesado, que normalmente estará preso, padeciendo las consecuencias de estar en un lugar violento en esencia, seguramente dirá lo segundo, para gozar además de algunos derechos de los condenados.

El **procedimiento directo** funcionará para los delitos flagrantes, con penas de hasta cinco años, y durará diez días hasta tener sentencia. Y el **procedimiento expedito** que se refiere a juicios de contravenciones en una sola audiencia. Es decir, con estos procedimientos, tenemos una máquina de producción inmediata de sentencias condenatorias. Seguramente no tendremos presos sin sentencias porque, con los mismos requisitos que antes se usaban para dictar prisión preventiva, ahora se dictarán sentencias. Esta máquina de condenas hará que nuestras cárceles estén hacinadas a corto plazo.

En el libro de **ejecución de penas** hay normas importantes y garantistas, que se adecúan a las normas mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento

al recluso. Además se regula la norma constitucional del juez de ejecución de penas, que tendrá competencia para conocer sobre el cumplimiento de la pena y resolver jurisdiccionalmente actos administrativos violatorios de los derechos. Me preocupa la cuestión de la **peligrosidad** y no estoy seguro, siendo pragmáticos, si se podría evitar. En el Art. 22 se establece una norma acorde con el derecho penal contemporáneo: “no se podrá sancionar a una persona por cuestiones de identidad, peligrosidad o características personales”. Esto significa que a las personas hay que juzgarles y condenarles por lo que *hacen* y no por lo que *son*. Sin embargo, este principio ya no cuenta en la ejecución penal. Se habla ya de peligrosidad, incluso de “extrema peligrosidad” (Art. 678.1) y en función de la peligrosidad, se establece la ubicación de las personas privadas de libertad en regímenes de máxima, media y mínima seguridad (Art. 694). Ahora ya no cuenta por qué acto entraron a la cárcel sino quiénes son. Por otro lado, me parece regresivo el eliminar lo que se conocía como 2x1, que era un incentivo para tener mejor conducta (también para corromper cuando la administración era la encargada de concederlo). Ahora hay un sistema más rígido, que establece que el 60% de la pena tiene que estar en sistema cerrado, el siguiente 20% en régimen semiabierto y el 20% en régimen abierto. Esto es una especie de progresiva reinserción a la vida social fuera de la cárcel. Lo curioso es que si hay incumplimiento o fugas, pasan al régimen cerrado. Es decir, las personas de peor conducta no tienen este acceso progresivo a la sociedad sino que, cumplida la pena, vuelven “de golpe” a la calle.

Se pensaba que el COIP no iba a regular la situación de los adolescentes infractores. Sin embargo, tenemos una profunda y extensa reforma al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (CNA). Al final, entonces, el COIP sí reguló sobre la materia especial de adolescentes infractores. Quizá lo más grave es el aumento de penas de cuatro a diez años (Décimo cuarta reforma, Art. 385.3 CNA). Y esto no es entender lo que significa que las penas para los adolescentes infractores están encaminadas a la educación y a la inserción familiar. Se supone, además, que en la adolescencia, por ser una fase de formación de la personalidad, el impacto de una experiencia negativa, como la exposición prolongada a un ambiente violento como la cárcel, les puede perjudicar y marcar de por vida. Grave retroceso.

¿Se puede con la parte garantista del COIP solucionar la parte punitivista?

El COIP se adscribe claramente a una teoría que creo puede ser de mucho provecho: la del bien jurídico, que aparece en la exposición de motivos y en algunos artículos. También se puede echar mano del principio rector de la mínima intervención penal. Para la interpretación constitucional, que consta en el COIP, es de fundamental importancia el principio de aplicación directa de la Constitución y

de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Todos estos principios son profundamente garantistas, tienen estrecha relación con los derechos humanos y deben ser tomados en cuenta al momento de aplicar todos y cada uno de los artículos del COIP.

Comencemos por la teoría del **bien jurídico**. Hay varias formas de entenderlo, unos dicen que se trata de las relaciones humanas: “*tiene su origen en la base social y es el producto de los procesos interactivos que tienen lugar en su seno*” (Bustos y Hormazábal, 2006: 72). Es decir, las relaciones humanas deben ser desarrolladas en igualdad, dignidad y sin violencia. Esta entrada me parece amplia y no deja de ser importante. Si no hay relaciones humanas involucradas, como por ejemplo aquellas infracciones a las normas administrativas (delitos contra los derechos del buen vivir), entonces esas normas serían inconstitucionales. No digo que no deba pensarse la observancia de reglamentos, que algunos son importantes para la vida cotidiana y económica, pero esos problemas deben resolverse por el derecho administrativo y no por el derecho penal. Pero hay otra concepción que me parece adecuada con una constitución garantista, que es la vinculación del bien jurídico con los derechos fundamentales. Bajo este aspecto, solo los derechos que tienen tanta importancia que están constitucionalizados, podrían ser bienes jurídicos con relevancia penal⁵. Esto no quiere decir que todos los derechos tienen que ser penalizados, pero sí que ningún bien que no esté constitucionalizado podría estar penalizado. Volvamos a los delitos contra el derecho al buen vivir: si lo que en el tipo penal, como quedó explicado anteriormente, se protege es la norma o la autoridad estatal, y no el agua o el aire por sí mismos, ese no es un derecho fundamental y, por tanto, no debería aplicarse por ser un tipo penal inconstitucional.

El **principio de mínima intervención penal** también es un principio rector que guía toda la aplicación del COIP. La definición del COIP es la correcta. “*La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de personas. Constituye último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales*” (Art. 3). Acá hay dos palabras importantes. La una es la *necesidad*. Esto quiere decir que aunque esté tipificado en el COIP puede que la aplicación del derecho penal sea innecesaria. La necesidad exige que la respuesta penal sea la única salida ante un conflicto social; si hay otras alternativas o posibilidades reales (no legales) para resolver un conflicto, entonces no es necesario utilizar el sistema penal. También nos pone una finalidad: la protección de los derechos. La pregunta que obliga a hacer a los aplicadores del derecho penal, insistimos, es: ¿hay otros mecanismos para proteger derechos que lo hagan de

5 Sobre este tema véase el capítulo sobre la relación entre derecho penal y constitución en Prieto Sanchís, Luis (2004), *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.

mejor manera que el COIP? Si es que hay otros mecanismos, deben ser utilizados. Cuáles son esos mecanismos: el derecho constitucional, que es tutelar de los derechos de las víctimas de violaciones de los derechos, y el delito siempre, cuando se aplica la teoría del bien jurídico, es una violación a los derechos fundamentales; el derecho administrativo, cuando se trata de violaciones a normas o disposiciones de la autoridad; el derecho civil, cuando se trate de los efectos patrimoniales de una norma.

El derecho penal tiene la cárcel y esta sanción es harto seria por las repercusiones que tiene en la vida de una persona y su familia. ¿Es necesario llevar a la cárcel y poner en riesgo el derecho a la libertad, dignidad, integridad y vida por un delito que puede resolverse con dinero? La respuesta es categóricamente no. No es necesario. En este caso, según este principio que es aplicable, cuando el juez encuentre una posibilidad de acuerdo reparatorio, debería inhibirse de seguir una acción penal. Y qué pasa si en los requisitos legales no es posible por el principio de legalidad. Entonces, prevalece el principio de mínima intervención por ser rector y por estar en la Constitución. Luego, para mayor énfasis y claridad, el artículo añade que es “el último recurso”. Esto quiere decir que hay que pensar en otros recursos antes de aplicar el derecho penal e imponer una pena de privación de libertad. Aun cuando el COIP ha establecido que las penas no privativas de libertad son acumulativas, creo que por una interpretación de acuerdo con el bloque de constitucionalidad, que comentamos enseguida, debe entenderse que son alternativas y no acumulativas.

El **bloque de constitucionalidad** aparece con esas palabras en el Preámbulo: *“la fuerza normativa directa, los principios y normas incluidos (sic) en su texto y en el Bloque de constitucionalidad confieren mayor legitimidad al Código...”*. Se vuelve a repetir este principio integrador de normas en el Art. 2 del COIP: *“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”*. El bloque de constitucionalidad es una especie de caja de herramientas, que son todas las normas de todos los sistemas jurídicos, en la que el juez debe encontrar la mejor norma para promover y garantizar los derechos. No hay otra, el bloque no sirve para perjudicar a las personas sino para promover los derechos.

El bloque de constitucionalidad nos dice qué normas son aplicables y además que estas tienen rango constitucional. Se discute si las normas secundarias, legales y reglamentarias, son parte del bloque de constitucionalidad. Yo sostengo que a veces encontramos normas secundarias que desarrollan derechos y que estas cuando amplían el contenido del derecho deberían formar parte del bloque; pero lo que sí es claro y no es discutible es que lo integran las normas que están en los instrumentos de derechos humanos. Los instrumentos de derechos humanos

se encuentran en pactos o convenciones y en las declaraciones. No solo en los primeros, y esto fue explícito en Montecristi. Instrumentos es todo documento producido por un organismo internacional que trata al ser humano y las colectividades como sujeto de derechos. En estos encontramos, por ejemplo, las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”, los “Principios básicos para el tratamiento de los reclusos”, los “Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, las “Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad”, la “Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles”. De todos estos instrumentos y más jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o de los órganos convencionales de derechos humanos de Naciones Unidas, hay muchas normas claras y que son imperativas en Ecuador. Ejemplo claro. Si las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas privativas de libertad (Reglas de Tokio)” establecen la obligación de introducir medidas no privativas de libertad para reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal (N. 1.5) y que “las disposiciones se aplicarán a todas las personas sometidas a acusación, juicio o cumplimiento de sentencia” (N. 2.1), ¿cómo deben entenderse las penas no privativas de libertad del COIP? Me parece que, sin duda alguna, por el bloque de constitucionalidad, las penas no privativas de libertad deben ser consideradas como medidas alternativas a la privación de libertad.

La exposición de motivos invoca el principio de **proporcionalidad** (Ávila, 2013: 74) de las penas, que está en la Constitución (Art. 76). En el capítulo de las penas el COIP establece un techo: “*no se impondrán penas más severas que las determinadas en los tipos penales de este Código*” (Art. 53). La primera valoración de proporcionalidad, en abstracto, la estableció el asambleísta. Pero la segunda valoración, en concreto, le corresponde al juzgador. ¿Qué pasaría si al juez le parece que la pena del Código en un caso concreto es manifiestamente desproporcionada? Digamos, por ejemplo, el daño de un bien material ajeno (Art. 204), que establece una pena de dos a seis meses. Y que el daño es la rotura de una ventana de un bien inmueble. La persona repara la ventana, ¿tendrá sentido poner dos meses en la cárcel a una persona? Yo creo que no, y que por el principio de proporcionalidad, en el caso concreto, se podría no aplicar una pena por ser, en el caso, inconstitucional. El COIP establece techos: en ningún caso el juzgador puede poner una pena más severa; pero en relación al mínimo, por el principio de mínima intervención penal y también el de proporcionalidad, el juzgador podría inobservar lo determinado en la ley.

Otro principio muy importante es el de **lesividad**, que está adecuadamente definido en el COIP: “*son penalmente relevantes las acciones u omisiones que ponen*

en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables” (Art. 22). Esto quiere decir que si no hay un daño concreto en una persona de carne y hueso, simplemente no hay lesividad. Qué pasa si, con este filtro, miramos la tenencia de armas o los delitos relacionados con las drogas. ¿Se puede medir el peligro o el daño? No. Si es que no, no hay lesividad. ¿Procede aplicar el tipo por drogas? No, porque es inconstitucional y atenta contra los mismos principios legales.

Finalmente, recordar que toda la teoría del delito que se encuentra en el COIP, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (Art.22 al 28), son garantías penales y límites al poder punitivo. Recuerdo la teoría de los diques de Zaffaroni (2009: 33). El poder punitivo es como una corriente de aguas putrefactas que, si no se frena, inundan las ciudades o el Estado de derechos y justicia. No se puede detener la marcha de las aguas, porque reventaría, pero lo que sí se puede es canalizar y frenar su torrente. Esos frenos son los diques, y en el sistema penal es la teoría del delito. Para llegar a la pena, que está en la terraza de una casa, hay que subir varios pisos y las gradas son un obstáculo. Esos pisos son los elementos de la teoría del delito.

Yo siempre me quejo de que en las sentencias penales que leo y en las audiencias que escucho, nunca o muy pocas veces hay análisis de la teoría del delito en el caso, en particular de la culpabilidad. La culpabilidad hace que la mera conducta y el resultado no se aplique de forma irracional, sino que hay que mirar y comprender a la persona que ha delinuido. La pena se adecúa a la persona, si es que llega. Entonces, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad son obstáculos al poder punitivo para evitar que un inocente sea condenado o que un culpable tenga una condena desproporcionada. Estos principios, insisto, se aplican a todo el COIP.

¿Qué debe hacer un juez si encuentra un tipo penal inconstitucional o una norma inconstitucional como muchos de los que hemos señalado en este ensayo? Tres alternativas. La una es inaplicar el tipo penal, que haría que la Constitución sea eficaz y estaría dando vida al famoso principio de la aplicación directa de la Constitución. La otra es detener el proceso, si tiene duda razonable, y consultar a la Corte Constitucional. La tercera alternativa es abiertamente violatoria de las normas supremas: aplicar las normas del COIP que son inconstitucionales. Esta tercera alternativa es injustificable. Con toda esa batería de principios, el juez o jueza que aplique un tipo penal abierto, innecesario, desproporcionado, sin lesividad, en suma, inconstitucional, estaría actuando en contra del sistema jurídico y, peor aún, en contra de las personas que son titulares de derechos.

¿Y qué con el principio de legalidad? El juez está, según la interpretación tradicional, atado a la ley penal. Esta forma de entender la legalidad, Ferrajoli la denominó “mera legalidad” o “legalidad formal”, que es un respeto incondicional

al legislador o asambleísta. Pero Ferrajoli, entendiendo la lógica de los derechos fundamentales y que los asambleístas están vinculados por la Constitución, inventó el principio de “estricta legalidad” o también “legalidad material”, que quiere decir que el tipo penal es válido y aplicable solo si es realizado mediante el procedimiento legal (legalidad formal) y está conforme a la Constitución (legalidad material). Esto quiere decir que el asambleísta, al establecer una pena desproporcionada o un tipo penal abierto, se equivocó, no respetó la Constitución, y que el juez o jueza tiene todo el poder del mundo para corregir ese error, que no tiene por qué pagar o sufrir la persona procesada. Entonces, más bien, si el juzgador no aplica la Constitución viola el principio de legalidad. El juez o jueza tiene que mirar siempre y en última instancia la Constitución y, con ese lente, valorar el COIP.

En conclusión, el COIP tiene muchas normas punitivistas que son inconstitucionales. Los operadores de justicia, fiscales, defensores y juzgadores, tienen la misión de corregir, en los casos concretos, los defectos del COIP. En el dilema entre punitivismo y garantismo hay que optar por ser garantistas, porque es un mandato constitucional. No debería haber dilemas ni dudas. Vivimos en un Estado de derechos y justicia, y las personas somos más importantes que el Estado y sus autoridades. En suma, no debería haber dilemas para un verdadero juez garantista: no aplica la norma inconstitucional y por los principios garantistas corrige los defectos punitivistas en favor de las personas.

Bibliografía

- Asamblea General de las Naciones Unidas (1990, diciembre 14) *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*.
- Ávila Santamaría, Ramiro (2013) *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador/Corporación MYL.
- Bustos, Ramírez Juan y Hormazábal Malarée, Hernán (2006). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrajoli, Luigi (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: EditorialTrotta.
- Prieto Sanchís, Luis (2004). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Editorial Trotta.
- Teubner, Gunter (1992). The two faces of Janus: rethinking legal pluralism. En *Cardozo LawReview*.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2009). *Estructura básica del Derecho Penal*, Buenos Aires: Ediar.

La responsabilidad penal de los partidos políticos como personas jurídicas^{1*}

(Criminal responsibility of political parties as legal entities)

Aleksandar Marsavelski²

RESUMEN:

La mayoría de los países en el mundo han introducido la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, mientras que al mismo tiempo en muchos países los partidos políticos tienen el estatus de personas jurídicas. La expansión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas ha permitido tener a los partidos políticos como criminalmente responsables, salvo que exista una ley que prevea una excepción respecto a ellos. Esta nueva posibilidad de sancionar a los partidos políticos ha sido aplicada en la práctica por primera vez en marzo del 2014, cuando Croacia declaró culpable y condenó un importante partido político (la Unión Democrática croata) por corrupción.

Este artículo tiene como propósito demostrar el desenvolvimiento histórico de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas así como comparar cómo podrían ser aplicadas las distintas teorías a los partidos políticos. Las teorías relevantes sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas cuya aplicabilidad a los partidos políticos se somete a evaluación son las que siguen: *strict liability*, *vicarious liability*, modelo de la identificación o *alter ego*, modelo de la representación, teoría de la agregación, teoría de la cultura corporativa, teoría del defecto de organización, teoría de la inobservancia deliberada y teoría del beneficio.

-
- 1 Quiero expresar mis agradecimientos a mi amigo y colega Camilo Moreno-Piedrahita H., por haber traducido este artículo al español así como por sus perspicaces comentarios y sugerencias.
 - 2 Profesor asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zagreb (Croacia), Departamento de Derecho Penal. Investigador del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht* (Friburgo - Alemania). Max Planck Partner Group Balkan Criminology. aleksandar.marsavelski@pravo.hr; a.marsavelski@balkan-criminology.eu

1. Introducción

El 11 de marzo del 2014, una corte croata dio un paso histórico sometiendo a los partidos políticos a las reglas del Derecho Penal. En un importante caso de corrupción, la Corte del Condado de Sarajevo condenó al partido político más grande de Croacia – la Unión Democrática Croata (UDC)- ordenándole pagar la máxima pena de multa prescrita por la ley además de librar una orden de comiso para que devuelva 24 millones de kunas (unos \$3,2 millones) como ganancias de su delito.

Es importante entender las circunstancias bajo las cuales hubo comenzado el enjuiciamiento en este caso. El periodo en el cual los crímenes de la UDC fueron cometidos es el comprendido entre el 2003 al 2009. Croacia se encontraba todavía en el periodo de transición en el cual se convertiría de una ex-república yugoslava en un miembro de la Unión Europea (2013). En el mismo tiempo, el 2007-2008, la Crisis Financiera Global comenzó, trayendo un sentimiento de inseguridad social y económica. En el 2009, el primer ministro de Croacia Ivo Sanader, el presidente de la UDC, renunció a su cargo, dejando escasas explicaciones sobre su gestión y desapareciendo temporalmente de la vida pública. Esto despertó serias dudas acerca de los motivos reales de su dimisión, y las personas que él dejó inmersas en una economía en declive quisieron una explicación sobre sus acciones y las de su partido.

En periodos de recesión se intensifica la exigencia pública de responsabilidad de los políticos y sus partidos. Las decisiones políticas dudosas, especialmente las costosas transacciones desde el presupuesto del Estado, son observadas e investigadas si es que se tiene la sospecha de que se han cometido delitos. Los políticos vinculados con los delitos económicos son el primer blanco lo cual requiere y exige ir más allá de las responsabilidades individuales. Nos enfrentamos a una nueva era de responsabilidad política en la medida en que más y más países aceptan la responsabilidad criminal de los partidos políticos (Marsavelski, 2014).

Una de las interrogantes principales es: ¿cómo atribuir responsabilidad criminal a los partidos políticos? Esto todavía es difícil de imaginar en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo. Una forma de hacerlo es tratar a los partidos políticos como personas jurídicas y determinar su responsabilidad de la misma forma que se hace con las corporaciones. Este fue el modelo introducido en Croacia en el 2003, cuando la Ley sobre la Responsabilidad de las Personas Jurídicas por los delitos penales fue promulgada, sin embargo con anterioridad al *caso de la UDC* jamás había sido aplicado a los partidos políticos. En este artículo compararé los distintos modelos de responsabilidad criminal de los partidos políticos como personas jurídicas. Por eso tiene importancia para el Ecuador ya que los partidos políticos

son personas jurídicas conforme su legislación³ y doctrina (Moreno-Piedrahíta C., 2014), pudiendo incurrir en responsabilidad criminal.

II. Desarrollo histórico del *societas delinquere potest*

Para valorar los distintos modelos de responsabilidad criminal de los partidos políticos como personas jurídicas, es necesario analizar su desarrollo histórico. Conforme los recursos históricos disponibles, el primer jurista que se ocupó del problema de la responsabilidad colectiva de las estructuras políticas por un comportamiento delictivo fue *Ulpiano*. Él se cuestionó acerca de la responsabilidad de los municipios por fraude (*dolus*):

“Se duda si una acción por motivo de fraude (dolus) puede ser aceptada en contra de un municipio. Considero que no puede concederse por causa de su propio fraude: de hecho, ¿cómo podría un municipio cometer fraude? No obstante, opino que esa acción podría aceptarse cuando del fraude de los agentes que administran sus negocios resulte algún beneficio para el municipio”.”

La doctrina tradicional del *societas delinquere non potest* está perdiendo relevancia en el Derecho comparado, pese al hecho de que muchos países y sus respectivos autores todavía la consideran como uno de los principios básicos del Derecho Penal (vgr. Weigend, 2008). Es poco conocido en la doctrina que la máxima ampliamente usada fue elaborada a partir de una de las glosas del Papa Inocencio IV:

“[Aquel]los individuos quienes fueren responsables podrán ser excomulgados por sus propios delitos. Las colectividades, por otro lado, no pueden ser

3 N. del T.: Los partidos políticos en el Ecuador tienen personalidad jurídica (art. 313 concordante con el 308 de la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas) de carácter privado, pese a que legal y constitucionalmente se les reconozca como «organizaciones públicas» (art. 108 de la Constitución). Con esto el constituyente y legislador solo quisieron destacar que los partidos persiguen una finalidad pública: servir al ejercicio de los derechos políticos de los individuos; de allí que hayan precisado que son «...no estatales». Por lo tanto, las disposiciones del art. 49 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) les son aplicables. Si son penalmente responsables. Desafortunadamente la falta de reflexión del legislador sobre el alcance de la norma (debido a la premura con que se expidió el COIP), no le permitió hacer una excepción respecto a las penas de disolución y clausura, las cuales pugnan con ciertos principios democráticos según se advierte en este trabajo. Nos resta tan solo esperar que en caso de que un partido resulte indiciado, los jueces ecuatorianos no apliquen estas penas ya suspendiendo la tramitación de la causa mientras la Corte constitucional resuelve sobre su constitucionalidad, ya imponiendo otras menos lesivas cuando resulte posible.

4 Ulpianus ad Edictum 11, Dig. 4.3.15.1.

excomulgadas porque es imposible que cometan un crimen [impossibile est quod universitas delinquat], ya que las colectividades, como los capítulos, poblaciones, tribus o entes similares, son nombres en la ley y no de las personas⁵.

Esta glosa de Inocencio hacía referencia a un decreto contra el alcalde y los concejales de la ciudad de Pisa, quienes promulgaron una serie de estatutos que violaban la libertad eclesiástica (Bolgár, 1982, p. 81). El líder político de la ciudad iba a ser excomulgado en caso de que mantuviese en vigor esos estatutos ilegales. El problema al que Inocencio se enfrentaba era si se debía separar la culpabilidad de la ciudad de aquella de sus líderes políticos. Él consideró que la responsabilidad criminal de este colectivo era una «grave injusticia» ya que existen niños que tienen solo «un día de nacidos» y además miembros que no podían haber cometido el delito. El gran argumento de Inocencio sobre el «niño-miembro» en contra de la responsabilidad de la ciudad por los actos ilegales de sus líderes políticos, muestra las dificultades para enfrentar la responsabilidad de los dirigentes políticos cuando no existían partidos. Además, su sentir acerca de la injusticia del castigo de los miembros de la colectividad, incluyendo aquellos que no habían contribuido a la comisión del delito, es correcta; a este argumento se debe el que los modelos contemporáneos de responsabilidad criminal de las personas jurídicas no estén dirigidos a los miembros de la colectividad, sino a la colectividad misma y los individuos culpables de su comisión.

Bartholus de Saxoferrato usó también una frase similar en sus comentarios: «*[U]niversitas possit delinquere? Respondeo proprie non potest delinquere*»⁶. Sin embargo, él nunca mantuvo que las colectividades no pueden ser criminalmente responsables. *Bartholus* solo arguyó que en principio las colectividades no pueden causar daño (*universitas delinquere non potest*), pero también enfatizó que los juristas pueden considerar sus actos delictivos como ficciones jurídicas⁷. Así reafirmó el argumento del Papa Inocencio IV, conforme el cual una corporación (*universitas*) es simplemente una construcción jurídica que no existe en realidad, lo cual fue luego ampliamente conocido como la teoría de la ficción de Savigny. Según *Bartholus*, las colectividades pueden ser responsables de dos tipos de delincuencia: (1) la que les es propia: omisiones y actos formales de órganos colectivos; y (2)

5 Innocent IV. ad X 5.39.53, Véase además Hostiensis, Summa aurea 5 de sent. excomm.

6 «¿Pueden las colectividades causar daño? Mi respuesta es que ellas no pueden causarlo» *Bartolus* ad Dig. 48, 19, 16, 10, no. 4. *Universitas* es el término jurídico romano para personas jurídicas. Por ejemplo, el Derecho romano desarrolló dos tipos de personas jurídicas: *universitas personarum* (asociaciones) y *universitas bonorum* fundaciones). Las entidades conocidas hoy en día como partidos políticos podrían pertenecer a la categoría de las *universitas personarum*.

7 *Bartolus* ad Dig. 48, 19, 16, 10, no. 4.

la que pertenece a otros: los crímenes graves de sus miembros (vgr. homicidio) que pueden ser atribuidos a la colectividad⁸. No obstante, lo que se pasa por alto nuevamente en la literatura es que su concepto de *delictum* proviene de la ley romana sobre daños vinculados a sanciones civiles, como algo opuesto al *crimen* asociado a sanciones penales⁹. El único *crimina* por el cual se podía imponer una sanción penal contra una colectividad fue la lesa majestad y la herejía¹⁰. El propósito por el cual se punía a las colectividades por estos delitos fue suprimir la oposición política organizada: la primera protegía al soberano y la última la religión del Estado.

Las observaciones de Bártolo se basaron en su perspicaz conocimiento práctico¹¹, y sus autorizados puntos de vista fueron muy influyentes. En las leyes del Medioevo tardío de los países europeos existió la responsabilidad criminal de una amplia gama de colectividades como ciudades, pueblos, villas, universidades, colegios, academias, capítulos, monasterios, guildas, asociaciones de abogados, etc. (Garçon, 1952, p. 61). Los delitos por los cuales estas colectividades podían ser responsables variaron; no obstante, fueron los delitos de naturaleza política (como los actos ilegales en contra del soberano) los que condujeron a la introducción de la responsabilidad criminal colectiva. En primer lugar, porque los soberanos sabían que los grupos organizados de ciudadanos suponían un peligro para el Estado, por lo cual era necesario asegurarse de que las sanciones colectivas los disuadan de actos subversivos. En segundo lugar, porque una vez que había ocurrido una rebelión era difícil distinguir a los criminales de quienes no lo eran: ¿quién contribuyó más, quién contribuyó menos y quién un mero observador pasivo? Así, era más sencillo imponer sanciones colectivas que iban desde las económicas (multas), la pérdida de privilegios hasta la disolución. En el Sacro Imperio Romano, una de las sanciones comunes contra las ciudades responsables de rebelión, conspiración y traición fue la privación imperial de derechos (vgr. Mainzen 1163, Rostock, Regensburg 1491, Erfurt en 1663 etc.). La privación imperial de derechos (*Reichsacht*) fue utilizada como medio para mantener el orden en el Imperio, suprimiendo la oposición política organizada.

Siglos de opresión política de las colectividades causaron revoluciones liberales que abandonaron completamente la responsabilidad criminal colectiva. A partir

8 Bartolus ad Dig. 48, 19, 16, 10, no. 3-4.

9 Véase Bartolus ad Dig. 48, 19, 16, 10, no. 5. (argumentando que en principio no es posible imponer un castigo criminal, pero que puede someterse a un juicio civil).

10 Bartolus ad Dig. 48, 19, 16, 10, no. 5.

11 Él escribió cerca de 400 opiniones jurídicas ante el pedido de jueces o partes privadas, conocidas como *consilia*.

de fines del siglo XVIII, influenciado por las ideas del Iluminismo y la Revolución francesa, prevaleció un punto de vista opuesto conforme el cual solo los individuos podían ser criminalmente responsables (vgr. Feuerbach, 1812, p. 28).

La revolución industrial y la liberalización de los mercados influenciaron en el desarrollo de las corporaciones como actores principales en la economía del Estado. Sin embargo, como el Derecho Penal basado en las preocupaciones sobre la seguridad del *ancien régime* fue sustituido por un concepto más liberal-individualista del Derecho Penal, el crecimiento del poder corporativo sin responsabilidad permitió que las corporaciones devinieran «tiránicas» (Gunzburg & Mommaert, 1929, p. 15). En el periodo post-revolucionario, los estudiosos comenzaron a buscar nuevas soluciones frente a la responsabilidad corporativa. La labor no fue sencilla ya que era necesario proveer una protección adecuada contra los abusos derivados de las corporaciones, manteniendo al mismo tiempo el nuevo sistema liberal.

El dilema principal respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas, fue vinculado a su naturaleza jurídica. En el siglo XIX, dos estudiosos alemanes del Derecho privado desarrollaron dos teorías opuestas acerca de la personalidad de las corporaciones: (1) la *teoría de la ficción de Savigny* (1840), y (2) la *teoría de la realidad de Gierke* (1881).

La teoría de la ficción (o «nominalista») sostiene que la corporación es simplemente una construcción legal que no existe en realidad, lo cual significa que únicamente puede actuar mediante sus representantes humanos (Savigny, 1840, p. 312)¹². Los efectos de esta teoría respecto a la responsabilidad criminal de las corporaciones corresponden a lo que más tarde sería desarrollado en el *common law* como el modelo de la responsabilidad criminal corporativa de la identificación (o «alter ego»), conforme al cual una persona jurídica puede cargar con culpabilidad penal mediante su identificación con los seres humanos que le sirvieron como su «directing mind and will».

La teoría de la realidad (u «orgánica») mantiene que las personas jurídicas poseen una personalidad distinta, la cual manifiesta su voluntad por intermedio de los actos de sus órganos. Esta teoría es rechazada ampliamente por ser «irrealista», ya que las personas jurídicas no existen como tales sin las normas que regulan su estatus.

A pesar del hecho de que la doctrina jurídica sobre las corporaciones se

12 Además de esto, Savigny arguyó que las personas jurídicas se encontraban «completamente fuera del alcance del Derecho Penal» (Savigny, 1840, p. 312)

desarrolló con anterioridad en los países del *civil law*, su responsabilidad criminal fue introducida en primer lugar en los Estados Unidos de Norteamérica y el Reino Unido. La jurisprudencia sobre el Derecho de daños en los países del *common law*, la cual influenció sustancialmente su Derecho Penal, desarrolló además un modelo de responsabilidad criminal vicarial de las corporaciones por los delitos de sus subordinados derivada de la doctrina del *respondeat superior*. Sin embargo, a diferencia de la responsabilidad de las colectividades en el Derecho medieval, el objetivo principal de este desarrollo fue proteger la economía antes que lograr propósitos políticos.

Los nuevos avances sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en los países del *civil law* puede ser dividida en tres fases: (1) el periodo inter guerras (1918-1939), (2) el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial (1945-1990), y (3) el periodo contemporáneo (1990 – nuestros días).

El primer movimiento de la responsabilidad criminal de las colectividades en el *civil law* tuvo lugar durante el periodo inter guerras. Ya en uno de los primeros encuentros de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), algunos prominentes penalistas defendieron la necesidad de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El asunto principal del Segundo Congreso Internacional de Derecho Penal celebrado en Bucarest en 1929, tuvo precisamente ese título. Entre sus conclusiones se encontraban las dos siguientes:

“1. - Que debería introducirse en la ley de cada país medidas eficaces de defensa social contra las infracciones de las personas jurídicas perpetradas en cumplimiento de sus fines o intereses, o a través de medios proporcionados por ellas y que involucren su responsabilidad.

2. - Que la aplicación de medidas de defensa social a las personas jurídicas no debería excluir la posibilidad de una responsabilidad penal individual por las mismas infracciones, de los individuos quienes fuesen responsables de la administración o dirección de dichas personas jurídicas, o que hubiesen cometido la infracción a través de medios proporcionados por ellas¹³.”

La recomendación del Congreso de la AIDP fue que los Estados deberían desarrollar algún modelo eficiente de responsabilidad frente a las personas jurídicas (penal o cuasi-penal), mientras éste no excluya la responsabilidad penal individual. Por medidas de defensa social (*mesures de défense sociale*) puede entenderse bien las penas (*peines*), bien las medidas de seguridad (*mesures de sûreté*), o ambas. Aquellos que se opusieron al concepto de responsabilidad criminal de las personas

13 RIDP vol. 7, 1, 1930, pp.10-14 (francés). Véase también RIDP vol.19 3-4, 1948, pp.415-418 (inglés).

jurídicas interpretaron que las medidas de defensa social equivalían a las medidas de seguridad (Roux, 1930, p. 6; Battaglini, 1930).

Esto dio lugar a una serie de ante proyectos de ley acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, particularmente en los países hispanohablantes (véase Saldaña, 1927, pp. 138-143). Algunos de ellos nunca entraron en vigor – vgr. el Ante proyecto francés de 1933 (véase Magnol, 1934)-, pero dieron lugar a la introducción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas vgr., en España (1928), Cuba (1938) y Rumania (1938). No obstante, el entusiasmo sobre la responsabilidad criminal colectiva pronto empezó a cesar. En la segunda fase, durante el periodo posterior a la II Guerra Mundial, solo unos pocos países (vgr., los Países Bajos) introdujeron la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Finalmente, la tercera fase es el periodo de expansión real de este concepto, el cual comienza en la década de los 90 del siglo XX. Primero fue Francia (1994), seguido por Dinamarca (1996), Bélgica (1999), Austria (2006) etc. República Checa (2012) introdujo muy recientemente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Salvo por Francia, en la mayor parte de estos países todavía es dudoso si es posible tener a los partidos políticos como personas jurídicas penalmente responsables.

III. Modelos de responsabilidad de los partidos políticos como personas jurídicas.

Los distintos modelos de responsabilidad dependen principalmente de las formas de atribuir los elementos subjetivos del delito (*mens rea*) a los partidos políticos.

3. 1. Strict liability

Ya que la culpabilidad es una característica de las personas naturales, aunque ellas actúen conjuntamente, quizás la forma más sencilla para solucionar el problema de la atribución de responsabilidad a los partidos políticos es rechazar las características subjetivas del delito. Los elementos restantes construyen un modelo de responsabilidad criminal objetiva de los partidos políticos. De acuerdo a este modelo, para la responsabilidad es suficiente comprobar que un partido político ha dañado o puesto en peligro algún bien jurídicamente protegido. En otras palabras, es suficiente que un partido político realice el *actus reus* del delito, mientras la existencia del *mens rea* permanece irrelevante.

Los países del *common law*, pese a todo, dudan sobre la extensión de la responsabilidad penal a los partidos políticos. De esta forma, solo podemos

discutir hipotéticamente cómo debería ser aplicado este modelo. La primera consecuencia sería un rechazo del requisito de culpabilidad también frente a los partidos políticos. No se trata de una responsabilidad objetiva exclusivamente para los partidos políticos, sino del resultado de las provisiones de la *strict liability* en general. Como modelo podría ser preconizado fácilmente en el ámbito del *common law* respecto de las corporaciones, sin embargo parece ser difícil que se reconcilie con los postulados del Derecho Penal continental, independientemente de la discusión acerca de la responsabilidad de las corporaciones o partidos políticos. Pese a todo, aun en los países del *common law* este modelo solo es aplicable principalmente frente a faltas reglamentarias, ya que éstas son por lo general de naturaleza menos grave, más no por ejemplo respecto a los delitos de corrupción.

La responsabilidad objetiva de los partidos políticos podría justificarse por dos razones fundamentales. Primeramente, su independencia: en algunas áreas de su actuación (vgr., los reportes periódicos de donaciones a las campañas políticas), sería difícil probar el modo en que alguien fuese individualmente culpable de la comisión de una falta reglamentaria como aquella. En segundo lugar, la maximización de la obediencia a la ley: la conciencia de la facilidad de la atribución de la responsabilidad penal, incentiva a los miembros de los partidos políticos a controlar las actividades de sus prójimos dentro de esos entes.

Desde una perspectiva procesal, aunque generalmente la *strict liability* se desempeña bien en los países que aceptan la discrecionalidad de la acusación (principio de oportunidad), no sucedería lo mismo con los partidos políticos ya que la discreción podría devenir políticamente selectiva. Por otro lado, la obligatoriedad de la acusación de los partidos políticos por faltas reglamentarias de responsabilidad objetiva desdibujaría la diferenciación entre los partidos políticos envueltos en delitos graves y aquellos que simplemente violaron la ley (sobre todo si se toma en cuenta que la sanción principal en ambos casos es la multa).

Uno de los principales problemas del modelo de la responsabilidad objetiva se relaciona con la condena: ¿cómo se determinaría la sanción de un partido político si la culpabilidad de sus autoridades es irrelevante para condenarlo? La pena es una forma de reprender y la condena es un proceso complejo en el cual el monto de daños no es el único parámetro. Un importante parámetro subjetivo es el nivel de culpabilidad del acusado. En un modelo de procedimiento penal del *common law*, esto es sencillo de implementar ya que allí existe una bifurcación entre la culpa y la fase de condena. En la fase de culpa, un partido político podría ser considerado responsable basándose únicamente en las circunstancias objetivas del delito (*actus reus*), mientras los elementos subjetivos podrían ser tomados en cuenta en la fase de condena.

3.2. Vicarious Liability

La responsabilidad vicarial es una doctrina jurídica civil medieval que surgió del desarrollo de la responsabilidad del señor (empleador) por su sirviente (empleado). El principio vicarial fue retomado en el siglo XIX en Inglaterra, cuando las cortes decidieron establecer la responsabilidad corporativa por algunos delitos tipificados en el ámbito administrativo. La responsabilidad criminal de las corporaciones se logró extendiendo el concepto de la responsabilidad vicarial individual del señor, del mismo modo en que ya había sucedido respecto a la responsabilidad de los municipios por el delito de alteración del orden público previsto en el *common law* (Wells, 2001, p. 88). La alteración del orden público del municipio comprendía la injuria, pérdida o daño resultante de la falta de conservación del funcionamiento de caminos y canales en su jurisdicción. Las autoridades locales eran responsables como «señores» cuando sus «sirvientes» (los funcionarios locales) cometían el delito de alteración del orden público. Así, la responsabilidad corporativa vicarial fue de hecho establecida mediante una recepción del modelo de responsabilidad de los regímenes políticos locales por actos ilícitos en contra del bienestar público. Entonces, se puede realizar el proceso inverso para aplicar la responsabilidad penal corporativa a los regímenes políticos (tanto locales como nacionales) y adicionalmente para extender el concepto a la oposición política.

La base para la atribución de esta forma de responsabilidad a los partidos políticos, es el delito cometido por una persona natural. Los delitos de los funcionarios de cargos de baja graduación, y aun de miembros sin una posición especial dentro de la estructura jerárquica, pueden ser utilizados para el establecimiento de la responsabilidad de todo el partido. Sin embargo, para hacer vicarialmente responsable a un partido político, la conducta individual debe estar dentro de la competencia del empleador o autoridad. Esto estrecha de alguna forma el ámbito de la responsabilidad, aunque no significativamente. Por tanto, podríamos considerar el concepto de la responsabilidad vicarial como una herramienta peligrosa que puede ser utilizada para justificar injustamente acusaciones malintencionadas contra partidos políticos, que de hecho tiene el propósito de socavar su credibilidad en la vida política antes que indagar si son penalmente responsables o no. Los delitos de los funcionarios de cargos de baja graduación que sean completamente desconocidos para la dirección del partido, no deben ser utilizados para establecer su responsabilidad criminal.

En algunos países la responsabilidad vicarial podría ser cuestionada constitucionalmente. Uno de los argumentos sería que dichas leyes tendrían un carácter discriminatorio, ya que requerirían *mens rea* para los delincuentes

individuales (los políticos), pero no para los colectivos (los partidos políticos). No obstante, como las personas jurídicas son simplemente construcciones jurídicas, no se puede aplicar las mismas formas de responsabilidad desarrolladas para los individuos. Las cortes de algunos países han afirmado este punto de vista. Por ejemplo, de acuerdo a la jurisprudencia estadounidense, las leyes que imponen responsabilidad criminal sobre el empleador inocente por la conducta ilegal de sus empleados fueron consideradas constitucionales puesto que no se encontró violaciones al debido proceso o a la igualdad de protección¹⁴. Pese a esto, es importante tener en cuenta que a diferencia de las corporaciones los partidos políticos desempeñan un rol de particular importancia para un sistema político equilibrado. Consecuentemente, su responsabilidad criminal vicarial podría ser cuestionada como atentatoria al principio constitucional de la separación de los poderes: unos procesos penales como tales ofrecerían un umbral tan bajo para la atribución de responsabilidad frente a lo que sería una interferencia intolerable del poder judicial en el ejecutivo y/o legislativo.

En todo caso, el modelo de responsabilidad vicarial resulta aceptable para las infracciones menos graves de la ley, como faltas reglamentarias, delitos menores o infracciones administrativas. Es decir, las formas de responsabilidad menos graves. Por lo demás, las deficiencias de este modelo no deben desalentarnos en la búsqueda de otros más apropiados.

3.3. Identificación, teoría del alter ego y modelo de la representación.

Las cortes inglesas no pueden aplicar la responsabilidad vicarial a todos los delitos. Dado que la principal objeción al establecimiento de responsabilidad de las personas jurídicas frente a delitos que requieren culpabilidad¹⁵ (vgr. fraude) fue que ellos requieren la prueba de un elemento psíquico (intención, imprudencia o negligencia), en 1940 ellas desarrollaron la *teoría del alter ego* o de la *identificación* (Wells, 2001, pp. 93-94). Al igual que en la doctrina vicarial, ésta teoría soporta la responsabilidad colectiva en la responsabilidad de los individuos. La diferencia es, en todo caso, ésta limita el círculo de las personas naturales a quienes ejercen liderazgo, es decir, a las así llamadas mentes directivas.

En todo caso, el nuevo concepto no reemplaza la doctrina de la responsabilidad vicarial, sino que bifurca la responsabilidad criminal de las personas jurídicas: el tipo vicarial, que ha sido ampliamente asociado con la responsabilidad objetiva y

14 Así, *In re Marley*, 29 Cal. 2d 525, 175 P.2d 832 (1946)

15 N. del T. El original dice «fault offences», es decir, lo opuesto a las «strict liability offences». Aquellas sí requieren elementos subjetivos; por eso una traducción literal resulta difícil pues en el sistema continental los delitos siempre son del primer tipo.

la responsabilidad directa o imputada, en base a la teoría de la identificación o del alter ego. Esta situación permaneció hasta 1971 en que la *House of Lords* adoptó la teoría del *alter ego* como teoría rectora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Wells, 2001, p. 97).

La teoría de la identificación, gestada en el Derecho de daños, busca traer el concepto de responsabilidad penal colectiva de acuerdo a dos elementos básicos del delito en el *common law* (*actus reus* y *mens rea*). La consecuencia práctica de la aplicación de la teoría de la identificación a los partidos políticos, es la necesidad de determinar el *actus reus* y *mens rea* del individuo que actúa para el partido político, el cual es generalmente un miembro de la dirección. Así, no es necesario que todos los miembros del partido (ni todos los de la dirección) satisfagan estos elementos para atribuirle responsabilidad.

El *modelo de representación* es una variante de la teoría de la identificación propia del Derecho continental. Con ella se imputa el acto y la culpabilidad de un individuo a la persona jurídica por causa de la representación. Este modelo sienta las bases del Código penal francés, el cual es hoy en día la legislación continental más influyente en materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Puesto que Croacia adoptó la teoría de la representación, este ha sido el único modelo que se ha aplicado para condenar a los partidos políticos como personas jurídicas. En Ecuador conforme al artículo 49 del COIP los partidos políticos serían criminalmente responsables por los delitos de «quienes ejercen su (...) control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas».

El argumento más severo esgrimido contra la aplicación de este modelo a los partidos políticos, es que si se liga el delito objetiva y subjetivamente a la persona individualmente responsable, ¿por qué debería condenarse al partido político como una colectividad? Existe además el peligro de que esta teoría se combine con la doctrina del *responde at superior*, la cual llevaría a una condena injusta de los partidos políticos ya que utiliza estándares bajos de *mens rea* en el establecimiento de responsabilidad penal. Aunque esto resulta aceptable frente a las corporaciones, el rol de los partidos políticos es de tal importancia para la sociedad que impide se asuma tan fácilmente su responsabilidad criminal.

3.4. La teoría de la agregación

Una de las principales características de los partidos políticos altamente organizados es una estricta división de las competencias. La división competencial entre los funcionarios siempre se encuentra asociada a la especialización por tareas. Pese a que este tipo de organización es más eficiente, supone además la imposibilidad de que los altos funcionarios puedan ser informados acerca de todas actividades de sus subordinados. Los directivos de los partidos simplemente no tienen acceso a toda la información en base a la cual determinar su conocimiento o negligencia. Al igual que la teoría de la identificación, la de la agregación se basa en la atribución del *actus reus* y *mens rea* de todos los delitos contributivos de las personas naturales a las personas jurídicas. Aunque la agregación de los *actus reus* contributivos se encuentra presente también en otros modelos de responsabilidad, la particularidad de esta teoría es que busca hacer además un «mens rea collage» con los fragmentos de conocimiento reunidos a partir de una variedad de individuos de la colectividad. Así ha sido aceptado el modelo de la agregación en las cortes estadounidenses¹⁶.

Un funcionario de un partido político gobernante seleccionó a la compañía X como ganadora de una licitación pública, pese a que el tesorero del partido conocía que aquella había hecho generosas donaciones a su campaña política para las elecciones. Amparándose en la teoría de la agregación, podríamos automáticamente asumir que ésta es una práctica corrupta en la cual la compañía X se benefició «sobornando» al partido político durante el proceso electoral. No existe duda de que esto puede ser usado como un indicio importante sobre una práctica corrupta, aunque no sería suficiente para probar la culpabilidad colectiva del partido político. En algunos casos en los cuales no existe dentro de él una persona singular que cumpla el prerrequisito del *mens rea* por el delito en cuestión, sería inaceptable atribuirle responsabilidad criminal. Finalmente, la teoría de la agregación es una solución incompleta para la responsabilidad criminal de los partidos políticos ya que contiene un típico ejemplo de un argumento incorrecto conocido como falacia de composición (*fallacia compositionis*)¹⁷. Dado que los partidos políticos son ficciones construidas por la sociedad, ¿cuál sería la razón para que no se aplique un modelo ficticio para establecer su responsabilidad criminal? Pese a que podemos recurrir a la teoría de la ficción de Savigny para explicar el estatus de los partidos políticos como personas jurídicas, debe eludirse

16 Véase *United States v Bank of New England*, 821 F.2d 844 (1st Cir.), cert. denied, 484 U.S. 842.

17 La falacia de composición es un argumento incorrecto en la lógica, que surge cuando alguien deduce que algo es verdadero respecto al todo únicamente por el hecho de ser cierto para alguna parte o cada parte correspondiente a la totalidad.

generalmente las ficciones jurídicas cuando es posible aplicar un modelo realista. Un partido político no tiene una conciencia propia y puede fundamentar su conocimiento únicamente en la misma cantidad de conocimiento de las personas que actúan al interior de su estructura.

La agregación puede ser aplicada a los delitos que suponen un umbral de conocimiento bajo (imprudencia) o ausencia de conocimiento (negligencia o responsabilidad objetiva). Frente a este tipo de delitos es más sencillo fundamentar la atribución de responsabilidad criminal al partido, puesto que se aplicaría estándares similares o idénticos de conocimiento tanto a los individuos como a las colectividades.

3.5. Teoría de la cultura corporativa

Algunos patrones culturales son decisivos en los procesos que tienen lugar al interior de los partidos políticos, ya que determinan sus actividades. La cultura partidista puede encontrarse en la política, postura, regla, línea de conducta, práctica general dentro del partido o prácticas particulares de algún cuerpo del mismo en que ocurrió el delito. El Código penal australiano de 1995 adoptó la teoría de la cultura corporativa para atribuir a los «bodies corporate» aquellos elementos subjetivos que fuesen distintos a la negligencia (artículo 12.3.). Al aplicar el modelo cultural australiano a los partidos políticos, puede establecerse una intención, conocimiento o negligencia colectivas con: (1) la prueba de la existencia de una cultura partidista que dirigió, alentó, toleró o condujo a la no obediencia de la disposición pertinente; o (2) la prueba de que el partido político fracasó en la creación y mantenimiento de una cultura corporativa que exija la obediencia de la disposición pertinente. Conforme al modelo australiano, deben tomarse en cuenta también los siguientes factores relevantes en la aplicación de esa teoría a los partidos políticos: (1) si es que la autoridad para cometer el delito u otro de carácter similar ha sido dada por parte de un alto funcionario del partido; y (2) si es que el empleado, agente o funcionario del partido que cometió el delito creyó por motivos razonables, o mantuvo una expectativa razonable, de que ese alto funcionario habría autorizado o permitido la comisión del delito.

La teoría cultural enfrenta dificultades en la prueba de los elementos culturales de algunas colectividades. Quienes son ajenos a la cultura de la organización normalmente no la entienden, se encuentran en desventaja práctica para descubrir la verdad y son frecuentemente engañados por la jerarquía constante en el papel pese a que alguien más haya sido el que tomó las decisiones clave (véase Fisse & Braithwaite, 1993, p. 196). No obstante, con la ayuda de los miembros del partido que tienen un conocimiento privilegiado sobre las posiciones clave en la estructura, la cultura quebrantadora de la ley puede ser descubierta. El testigo

clave, un individuo tomado de un grupo de sospechosos dentro del partido al que se privilegia con la renuncia del procesamiento (o una condena disminuida) por testificar contra los demás perpetradores, puede ser utilizado como medio para obtener información sobre la cultura organizacional del partido político.

3.6. Teoría del defecto de organización y el *compliance*

La idea de una culpabilidad corporativa se basa en la teoría de Gierke (1881) según la cual las personas jurídicas no son ficciones, sino que existen realmente. Consiguientemente, su *mens rea* no debe derivar necesariamente del *mens rea* de los individuos, sino a partir de la política y práctica que representa la esencia de la persona jurídica.

La teoría del defecto de organización de Tiedemann (*Organisationsverschulden*) entiende la culpabilidad de las personas jurídicas por los delitos en una forma amplia, de forma que comprende un «reproche social» como base de una responsabilidad colectiva (Tiedemann, 1988, p. 1172). Esta teoría solo es coherente si se acepta un concepto normativo de culpabilidad, más o menos despojado de sus características psicológicas (conocimiento y voluntad). Un partido político, al igual que cualquier otra persona jurídica, carece de funciones cognitivas propias, de tal forma que su culpabilidad puede ser percibida únicamente como un reproche moral que la sociedad le endilga.

Un modelo especial de la teoría del defecto de organización se encuentra vinculado a las medidas de cumplimiento (*compliance measures*). La teoría del *compliance* sostiene que la responsabilidad criminal de los partidos políticos se erige cuando un delito se ha cometido como resultado de un programa de cumplimiento ineficaz. Una ventaja importante de la adopción de la teoría del *compliance* sobre la responsabilidad, es que permite probar los defectos de organización de los partidos políticos de forma más sencilla. Por otro lado, una desventaja de esta teoría es que no siempre está claro qué medidas debería tomar un partido político para evitar su responsabilidad criminal. Los programas de cumplimiento normalmente se diseñan para un tipo específico de cumplimiento (vgr., programas de cumplimiento financiero, programas de cumplimiento y ética, etc.) y usualmente no pueden cubrir todos los tipos de delitos que pueden ser atribuidos a una persona jurídica.

La teoría del defecto de organización sostiene que una corporación puede ser tenida como culpable únicamente por sus fallos organizativos que causaron la comisión de un delito (Tiedemann, 1988, p. 1172). Tiedemann discutió su teoría esbozando un paralelo con el delito de intoxicación inconsciente resultante de la comisión de un acto ilegal (artículo 323a Código penal alemán). La analogía que

utiliza no es del todo coherente, ya que de su correcta aplicación se podría derivar que las personas jurídicas pueden ser tenidas como responsables únicamente por un delito de «fallo organizativo», pero no por delitos específicos (como una evasión de impuestos, fraude en las elecciones, cohecho, etc.). En lo que respecta a los partidos políticos, el reproche social debería contener un mensaje claro para el público acerca de cuáles son los delitos por los que los partidos pueden ser responsables. Esto es de una importancia trascendental para lograr los fines de la pena, especialmente la disuasión, en los casos en que ellos hayan sido acusados.

3.7. Teoría de la *willful blindness* de los partidos políticos

La teoría de la ignorancia corporativa se basa en la falta de conducción de una investigación interna, establecimiento de responsabilidades disciplinarias de uno o más individuos y adopción de medidas para prevenir ese tipo de actos en el futuro, por parte de una persona jurídica. Bajo esta teoría, los partidos políticos pueden ser criminalmente responsables por una actividad delictiva deliberadamente desobediente. La ignorancia corporativa se basa en la doctrina de la inobservancia deliberada (*willful blindness*¹⁸).

Sin embargo, la inobservancia deliberada contiene un estándar bajo de conocimiento siendo cuestionable si es que los estándares de esta naturaleza pueden ser usados directamente para atribuir responsabilidad criminal a los partidos políticos, ya que este tipo de acusaciones podrían afectar directamente la situación política de un país. En todo caso, este modelo parece ser aceptable frente a los delitos menores, como la falta de notificación de las donaciones políticas.

3.8. Teoría del beneficio

La teoría de la responsabilidad criminal por el beneficio mantiene que un acto que beneficia o tiene el propósito de beneficiar a un partido político puede serle atribuido independientemente del hecho de que el actor carezca o no de una autorización real para dicho acto (véase Capuano, 2009, p. 190). En realidad esta no es una teoría independiente, sino que se combina siempre con otras teorías sobre la responsabilidad colectiva. El beneficio proveniente del delito es en la mayoría de las jurisdicciones una circunstancia relevante en la atribución de responsabilidad criminal a los partidos políticos. Puesto que es la que ha sido adoptada en el Código penal croata en combinación con el modelo de la representación, demostraré en las líneas que siguen cómo fue aplicada esta teoría en el caso de corrupción de la UDC.

18 N. del T.: El sentido literal («ceguera deliberada») no es tan expresivo en nuestro sistema continental.

IV. El caso croata de corrupción de la UDC

La UDC es el partido político de centro derecha más grande de Croacia (supera los 200.000 miembros), que ejerce liderazgo desde que el país obtuvo su independencia. El fundador y primer presidente del partido fue Franjo Tudman, quien además fue el primer presidente elegido democráticamente en el país y gobernó en la década de 1990 durante las guerras yugoslavas. Tras la muerte de Tudman el partido perdió las elecciones en el 2000, y una coalición opositora se hizo cargo del gobierno dirigido por el Partido Social Demócrata (PSD). Mientras tanto, Ivo Sanader, anteriormente Ministro de Ciencias y Tecnología (1992-1993) y dos veces encargado del Ministerio de Relaciones Exteriores (1993-1995, 1996-2000), se convirtió en el presidente de la UDC. Sanader, una persona carismática y de muchos intereses profesionales, condujo nuevamente al poder a su partido ganando las elecciones parlamentarias en diciembre del 2003. Aquí es donde la historia del *caso de corrupción la UDC* comienza.

El epílogo judicial de uno de los más grandes casos de corrupción de la historia política de Croacia aconteció en marzo del 2014, cuando la Corte del condado de Sarajevo condenó a la UDC y su expresidente Ivo Sanader. Se desató una fuerte discusión sobre si el caso representaría una gran vergüenza para el sistema político croata, o si le convertiría en un modelo a imitar para que otros países lleven a la justicia no solo a los más altos funcionarios políticos sino además a sus partidos políticos por sus delitos económicos. Verdaderamente el caso de la UDC no solo es un precedente para Croacia sino para el mundo entero, en el tratamiento de la corrupción política (Roksandic Vidlicka, S. & Marsavelski, A, 2015)

En diciembre del 2011, Ivo Sanader (anteriormente primer ministro de Croacia y presidente de la UDC), sus socios, la UDC y algunas corporaciones privadas, dentro de las cuales Fimi Media jugó el rol principal, fueron acusadas de conspiración y abuso de autoridad. De acuerdo a la acusación y el fallo de la Corte del condado de Sarajevo, Sanader abusó de su autoridad en el periodo comprendido entre el 2003 y el 2009 mientras se desempeñaba como primer ministro y presidente del partido político líder de Croacia, con el fin de obtener beneficios económicos para sí mismo, para la UDC y otras personas. La planificación fue de Sanader, quien personalmente o dando órdenes al tesorero de la UDC, pidió a los jefes de ciertos departamentos estatales, los directores y administradores de corporaciones estatales (incluyendo la empresa nacional de energía, la empresa de carreteras, el banco postal, la empresa de petróleos, etc.) que realizaren transacciones comerciales con la compañía llamada Fimi Media. Las ganancias ilegalmente obtenidas por Fimi Media se dividieron en tres partes: (1) el director de Fimi Media conservó una, (2) otra fue entregada al tesorero de la UDC, el cual la entregó después a

Sanader, y (3) la última fue utilizada por el director de Fimi Media para financiar algunos servicios para la UDC.

Además de las ganancias ilícitamente obtenidas por intermedio de Fimi Media, la UDC se benefició adicionalmente de donaciones no declaradas, las cuales fueron recopiladas por Sanader y las asociaciones de su partido, abusando nuevamente del poder y autoridad del grupo político.

Algunas de estas donaciones fueron ilegales puesto que excedieron el monto máximo prescrito por la ley¹⁹, mientras que una parte de ellas fue pagada a través de la cuenta de Fimi Media. Sanader ordenó que no se guarde constancia de los montos de estas donaciones en los registros financieros, creando fondos negros para el partido. La UDC los utilizó para satisfacer varias de sus necesidades, también bajo las órdenes de Sanader. Conforme a las declaraciones de los testigos, todos los bienes ilegalmente obtenidos fueron principalmente utilizados en campañas para los comicios, pagos a cantantes, medios de comunicación, lujos (autos BMW, viajes, catering, etc.). El monto total que la UDC obtuvo mediante estas actividades delictivas fue de 24,3 millones de kunas (aproximadamente 3,1 millones de euros), un beneficio que fue crucial al atribuir responsabilidad criminal al partido.

La ley croata adoptó el modelo francés de responsabilidad criminal de las personas jurídicas (con inclusión de los partidos políticos), basado en la responsabilidad criminal de los individuos. En este caso, la responsabilidad criminal de la UDC se sustentó en los delitos cometidos por su presidente Ivo Sanader y los miembros de su partido. Adicionalmente, la UDC obtuvo bienes en forma ilegal mediante esos delitos, con lo cual se satisfizo los requerimientos para condenarla. El único castigo que la Corte podía imponer a la UDC era una multa, puesto que la ley croata excluye la posibilidad de disolver un partido político mediante los procesos penales. La finalidad de esta previsión es prevenir los abusos que pueden poner en riesgo uno de los valores constitucionales básicos: el sistema democrático multipartidista (Roksandic Vidlicka, S. & Marsavelski, A., 2015).

La multa que la Corte del condado impuso a la UDC fue del máximo de la pena prescrita por la ley: 5 millones de kunas (unos \$ 750,000), y adicionalmente le ordenó pagar 24,3 millones de kunas (unos \$ 3,7 millones).

Durante el proceso, la UDC presentó un incidente contra Sanader y sus asociados reclamándoles el pago de 50 millones de kunas (unos \$ 7,5 millones),

19 De acuerdo al Derecho croata, las donaciones a un partido político no pueden exceder la cantidad de 90.000 kunas (aproximadamente \$ 13.600) por año, y es prohibida la aceptación de fondos provenientes de donantes anónimos.

con el argumento de que el partido había sufrido daños morales y materiales puesto que los acusados hubieron actuado en forma contraria a sus estatutos, a pesar de que sus actos delictivos le habían sido atribuidos. Sin embargo, la corte rechazó esa petición. La mayor parte de los medios de comunicación croatas sostuvieron que el principal daño que había sufrido la UDC durante el proceso fue su derrota en las elecciones del 2011. Sin embargo, las elecciones parlamentarias europeas del 2014 demostraron que el fallo de la Corte del condado de Sarajevo no tuvo ningún impacto en los votantes y evidentemente no puso en peligro el futuro político de la UDC, ya que su coalición ganó con el mayor número de votos (41,42 %) en esas elecciones.

El caso se encuentra actualmente en apelación restando constatar si la Corte Suprema de Croacia mantiene el fallo condenatorio.

V. Conclusión

Es difícil encontrar un país en el mundo que haya sido inmune a escándalos de corrupción en los que se haya visto involucrado el partido político gobernante. El poder de su voluntad colectiva y la falta de miedo ante las posibles consecuencias de sus actos, hace que sea difícil disciplinarlos. Hasta ahora los países no encuentran la forma adecuada para abordar la responsabilidad criminal de los partidos políticos. El juicio acaecido en el *caso croata de la UDC* es un precedente que puede ser utilizado como un nuevo modelo para determinar la responsabilidad criminal de los partidos políticos por delitos económicos. Los desafíos que la corrupción política plantea en una sociedad y democracia son de gran escala, no obstante, este nuevo modelo también supone más retos a la democracia. Esto no significa que debemos rendirnos o limitar substancialmente la responsabilidad criminal de los partidos políticos. Algunas salvaguardas ya se encuentran previstas proporcionando obstáculos en la investigación, acusación, condena y castigo a los partidos políticos por los delitos, como por ejemplo la inmunidad, amnistía, indulto, enmiendas a la ley, etc. Sin embargo, es necesario determinar el correcto balance en el espectro de su aplicación, a fin de prevenir una situación en la cual las estructuras políticas sean irresponsables.

El análisis del desarrollo histórico de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas demuestra que evolucionó a partir de los instrumentos jurídicos de opresión contra la oposición política, en los tiempos en que los partidos políticos aún no existían. Luego de evaluar los diferentes modelos de responsabilidad criminal de los partidos políticos, puede concluirse que cada uno de ellos tiene ventajas y desventajas. Es iluso pensar que existe un modelo útil para todas las situaciones, ya que esto depende además de la tradición jurídica (*common law*

vs. civil law), los sistemas políticos y otras circunstancias. El modelo francés de representación que ha sido aplicado en el caso de la UDC no enfrenta obstáculos cuando un partido político fue indiciado.

Estas son únicamente algunas conclusiones acerca de un asunto intrigante para los juristas y criminólogos, que requiere mayor investigación en el futuro. A fin de dar respuestas a muchas preguntas que se encuentran aún abiertas, podríamos esperar el resultado final del primer caso en el cual se ha hecho a un partido político criminalmente responsable de corrupción, cuya apelación se encuentra aun pendiente hoy en día ante la Corte Suprema croata. En Ecuador, aunque la ley prevé la posibilidad de hacer responsables criminalmente a los partidos políticos, es cuestionable si el sistema judicial podría actuar en esos casos sin injerencias de las presiones políticas.

Bibliografía:

- Battaglini, M.G. (1930), Responsabilité pénale des personnes juridiques?, *Revue internationale de Droit penal*.
- Bolgár, V. (1982), The Fiction of the Corporate Fiction: From Pope Innocent IV to the Pinto Case. in: R.H.
- Capuano, A. (2010), Catching the Leprechaun: Company Liability and the Case for a Benefit Test in Organic Attribution, *Australian Journal of Corporate Law*, Vol. 24, No. 2, 2010.
- Feuerbach, P.J.A. (1812), *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, G.F. Heyes.
- Fisse, B. & Braithwaite, J. (1993), *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 196.
- Garçon, E. (1952), *Code Pénal Annoté*, Recueil Sirey, Paris.
- Gierke, O. (1881), *Das deutsche Genossenschaftrecht*, III., Dritter Band, Berlin.
- Graveson (ed.), *Festschrift für ImreZajtay / Mélanges en l'honneur d'ImreZajtay*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.
- Gunzburg, M.N & Mommaert, R. (1926), La responsabilité pénale des personnes morales privées, *Revue internationale de Droit pénal*, Vol 6, No. 1.
- Hagemann, T.A. & Grinstein, J. (1997), Mythology of Aggregate Corporate Knowledge: A Deconstruction, *George Washington Law Review*, vol. 65.
- Magnol, J. (1934), *L'avant-projet de revision du Code pénal français (Partie generale): Rapport présenté à la Faculté de droit de Toulouse*, Librairie du Recueil Sirey, Paris.
- Marsavelski, A. (2014), Responsibility of Political Parties for Criminal Offences: Preliminary Observations, Challenges and Controversies, In: A.-M.

- GetošKalac, H.-J. Albrecht & M. Kilchling (eds.), *Mapping the Criminological Landscape of the Balkans*, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law: Duncker & Humblot, Berlin.
- Moreno- Piedrahíta H., C. (2014), Las Personas Jurídicas y el Derecho penal, *Revista Judicial*, 11.11.2014, (<http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2014/11/11/las-personas-juridicas-y-el-derecho-penal>) [29.12.2014].
- Roksandić Vidlička, S. & Marsavelski, A. (2015), Criminal Responsibility of Political Parties for Economic Crimes – Democracy on Test, in: P.C. van Duyne et al. (ed.), *Organising fears, Crime and Law Enforcement: New horizons and trends in Europe and beyond*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen.
- Roux, J.-A. (1930), Congres de Bucarest, *Revue internationale de Droit penal*.
- Saldaña, Q. (1927), *Capacidad criminal de las personas sociales*, Editorial Reus, Madrid.
- Savigny, K.F. (1840), System des heutigen Römischen Rechts, Vol. II.
- Tiedemann, Klaus (1988), Die “Bebussung” von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 19.
- Weigend, T. (2008), Societas delinquere non potest?: A German Perspective, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 6, Issue 5.
- Wells, C. (2001), *Corporations and Criminal Responsibility*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford.

El Principio de la mínima intervención penal dentro del Código Orgánico Integral Penal

Eduardo Chang Dávila¹

RESUMEN

A cuatro años de vigencia del Código Orgánico Integral Penal – COIP; el presente estudio tiene como punto de partida el análisis de la aplicación del principio de Mínima Intervención Penal recogido en el artículo 95 de la Constitución de la República del Ecuador, a la luz del nuevo Código Orgánico Integral Penal. Si bien es cierto, para la Mínima Intervención Penal, el Derecho Penal es una herramienta de última ratio, existen más áreas de protección del mencionado principio. Una de ellas es justamente la protección a quien ha sido privado de la libertad con un sistema de penas que no sean arbitrarias y desproporcionadas. En este estudio podremos conocer como ciertamente el reciente Código Orgánico Integral Penal tiene un sin número de penas desproporcionadas.

Las penas privativas de la libertad dentro del COIP se contraponen a la Mínima Intervención Penal recogida por la Constitución de la República del Ecuador por cuanto el presente estudio, se demuestra de acuerdo a la dogmática de dicho principio la contradicción antes mencionada y se pone en evidencia que las penas desproporcionadas son recogidas por varios tipos penales. Ahora bien, cabe hacernos la pregunta ¿Son inconstitucionales las penas recogidas por el Código Orgánico Integral Penal en virtud del Principio Constitucional de Mínima Intervención Penal?

Es por eso que este estudio gira en torno a la relación que tiene el Principio de Mínima Intervención Penal con la Constitución y a su vez la finalidad de la pena dentro de un Estado Constitucional.

PALABRAS CLAVE: Mínima Intervención Penal; Finalidad de la Pena; Derecho Penal; Constitución.

1 Abogado por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar.

I MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL

1.1 Estudio dogmático del principio de la mínima intervención penal

Según el tratadista Luis Jiménez de Azúa, el Derecho Penal es “conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento del delito, del delincuente, y de la reacción social que ambos provocan, conocimientos de los que, sistemáticamente estructurados, se deducen principios y leyes generales”.² El Derecho Penal estudia las normas y disposiciones que regulan el poder sancionador del Estado, así como su poder preventivo estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal y además establece la responsabilidad del sujeto para asociar la infracción a la pena.

El poder sancionador o iuspuniendi, lo detenta el Estado en sus tres niveles de acción. El nivel primario o sustantivo el cual consiste en la creación de las normas en las cuales se va describir una conducta lesiva que vulnera bienes jurídicos protegidos, acompañados de una pena. El nivel secundario o adjetivo se da cuando la persona adecúa su conducta al tipo penal y se adapta a la norma general iniciando así el Estado un proceso para determinar la culpabilidad o no de la persona. El nivel ejecutivo se da una vez cuando el procesado ha sido encontrado culpable, aquí las normas determinan de qué forma se cumplirá la pena.

Entendido ya, que el iuspuniendi es el poder de castigar, que a su vez es facultad exclusiva del Estado; es un derecho subjetivo del Estado que se expresa en un derecho objetivo penal a través de normas (iuspoenale) y como tal, ésta debe ser limitada de alguna forma. La principal forma de limitación del poder punitivo del Estado (iuspuniendi) se da mediante el principio de legalidad a través del axioma: “*nullum crimen nullapoena sine lege previa, nullapoena sine procesum*”. No hay delito sin ley previa, no hay pena sin ley previa, no hay proceso penal sin ley previa.

El principio de legalidad brinda una doble garantía; es una garantía política ya que dentro de la sociedad, las personas deben tener certeza acerca de las conductas tipificadas; y, es una garantía jurídica ya que las personas pueden conocer con anterioridad las conductas que sean delitos.

Partiendo de que el poder punitivo del Estado tiene un límite en el principio de legalidad, la sociedad y en concreto los habitantes del Estado son aquellos que estarían al tanto de las conductas consideradas delitos.

2 JIMENEZ DE AZUA, Luis, Principios Del Derecho Penal. La Ley Y El Delito, Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot: 4ta, 2005, pp18.

Se debe tener en cuenta de que el Derecho Penal no es el único medio de control social. La mínima intervención penal entiende este sentido y trata de llevar a la esfera penal el mínimo de conductas transgresoras. “*Se hace imprescindible formular y fundamentar un Derecho Penal con las bases de la Ilustración, orientada a proteger los derechos fundamentales de todas y todos los ciudadanos frente a la potestad punitiva del Estado*”.³

Solo las conductas de alto grado de lesividad y que afecte y dañe a la colectividad deben estar dentro del Derecho Penal. El Derecho Penal es de última ratio para proteger bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves.

Siguiendo con el estudio de la mínima intervención penal, se debe tomar en cuenta dos principios que a su vez lo componen:

Principio de fragmentariedad.- Consiste en que el Derecho Penal debe ser necesario exclusivamente en su acción y pena en los ataques graves de derechos fundamentales. a) Máxima utilidad del Derecho Penal de las víctimas; b) Mínimo sufrimiento necesario para los delincuentes.

Principio de subsidiariedad.- El Derecho Penal debe actuar cuando las demás ramas del derecho son insuficientes. No es el principal.

El derecho penal entendido como la ley del más débil tiene una doble finalidad: a) La prevención general de los delitos; y, b) La prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas.⁴

La prevención general de los delitos debe ser entendida como la protección a los derechos fundamentales de las personas a través de la ley penal. Los otros miembros de la comunidad quedan impedidos a la violación de tales derechos fundamentales. Por otro lado, la prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas actúa una vez cometida la violación de los derechos fundamentales de las personas, para lo cual la consecuencia jurídica es la imposición a quien sobrepasó tal límite de la pena y en este momento la finalidad del derecho penal es proteger a la persona condenada en contra de excesivas, innecesarias e ilegítimas violencias

La “ley del más débil” para la mínima intervención penal por tanto se da en dos casos:

- 1) En primer lugar el más débil es la persona miembro de la comunidad quien está en riesgo constante de que otro miembro de la comunidad vulnere sus

3 ALVAREZ, María Fernanda, Ejecución penal y derechos humanos, La ejecución de la pena. Carolina Silva Editora, Quito-Ecuador, 2008. pp. 129

4 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Editorial Trotta, 1995. pp 334

derechos fundamentales, siendo protegido con la ley penal que prohíbe que tal suceso se dé.

- 2) Por otro lado, el más débil después de haber sobrepasado el límite de la ley penal es quien fue encontrado culpable dentro de un debido proceso penal, protegiéndolo de penas arbitrarias y desmedidas.

Es necesario aclarar que la ideología de un derecho penal garantista no es en modo alguno la de la impunidad e insensibilidad ante el dolor de las víctimas. Formular un derecho en el que se respete la estricta legalidad, la necesidad y la proporcionalidad en las penas es buscar una verdadera seguridad ciudadana. Pero sobre todo reconocer que la dignidad de la persona y sus derechos humanos no son concesiones estatales y por tanto su vigencia es absoluta e inderogable.⁵

Admitir la necesidad de la intervención penal del Estado, indispensable para encausar y regular las reacciones sociales ante el delito; pero limitarla al mínimo posible.⁶ Es principio fundamental de la mínima intervención penal, ya que al utilizar de manera subsidiaria el Derecho Penal, el Estado se libera de carga innecesaria para atender solamente a los delitos que tengan alto grado de lesividad y conmoción social. La justicia penal es un campo especialmente propicio para la violación de derechos fundamentales.

Lo aconsejable en una sociedad es recurrir al expediente penal solamente en casos muy concretos y en los cuales su utilización resulte plenamente justificada. Esto es cuando se trate de lesiones realmente graves a bienes jurídicos muy relevantes, con una estricta aplicación del principio de valoración; y, cuando sea la última ratio, es decir cuando no haya otros mecanismos jurídicos que puedan ser empleados eficazmente.⁷

Por último, debemos añadir que la mínima intervención penal exige además que el legislador tenga en cuenta un proceso riguroso de descriminalización de las conductas que no sean de alta lesividad. También comprende el establecimiento de penas alternativas y no rigurosas, mucho menos arbitrarias.

1.1.2 Mínima Intervención Penal en el Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo primero

5 ALVAREZ, María Fernanda, Ejecución penal y derechos humanos, La ejecución de la pena. Carolina Silva Editora, Quito-Ecuador, 2008. pp. 132

6 ALBÁN, Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales, Décima cuarta edición, Quito-Ecuador. pp 31

7 Ibid. pp 32

que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.⁸ Estableciendo así como principio el respeto incuestionable a la Constitución. De ahí que la creación de normas debe estar acorde a la Constitución.

El Ecuador ha incluido en la Constitución que el sistema penal estará dado de acuerdo al principio de mínima intervención penal. Que como lo hemos mencionado, se encarga de elevar a categoría penal a las conductas más lesivas que atentan contra los derechos fundamentales más relevantes para la sociedad. El artículo 195 de la Constitución establece que:

*“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y **mínima intervención penal**, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal (...)”* (El énfasis es nuestro).

Como se puede notar, la propia Constitución establece como principio rector de la acción penal a la mínima intervención penal. Esto acarrea una complicación la cual está dada en el sentido que al ser la Constitución el eje guía para el desarrollo y creación de todas las normas, incluidas las leyes penales, éstas no deben contradecir a tal precepto.

Ecuador también expresa la mínima intervención penal en la reforma que se hace del código de procedimiento penal en marzo del 2009, se introduce el artículo enumerado 5,4 a continuación del artículo 5. “la intervención mínima” en la investigación penal.

Como hemos analizado en párrafos anteriores, la mínima intervención penal tiene dos fines: La protección de las personas susceptibles de ser violentadas en sus derechos fundamentales y la protección de los encontrados culpables de penas arbitrarias y desproporcionadas. Si la ley penal no cumple estos fines, evidentemente quiere decir que no estaría acorde al precepto constitucional. Poco se ha desarrollado respecto al tema, sin embargo es trabajo del legislador acatar el mandato constitucional del principio de mínima intervención penal para la creación de la ley penal, que en éste caso particular es el Código Orgánico Integral Penal.

8 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 1

9 Ibid. Artículo 195

1.1.3 Mínima Intervención Penal Derecho Comparado

Como lo hemos anotado en líneas anteriores, el Ecuador es de los pocos Estados, si no es el único que ha incluido como política de la acción penal al principio de mínima intervención penal. Poco se puede recopilar si en Estados distintos al Ecuador se ha incluido a la mínima intervención penal como principio en la práctica. Cabe destacar que juristas como Luigi Ferrajoli han sido grandes impulsores de la Intervención Penal Mínima, que en su libro titulado “Derecho y Razón” establece axiomas a seguir respecto de este principio.

Frente a estas ideas de política criminal a veces radicales como las tendencias abolicionistas, se dan reacciones por parte de los diferentes sectores del pensamiento Penal, que conscientes de que vimos formando parte de sociedades concretas con estructuras de poder establecidas, no permitirán el cese del control social sino en la medida en que no vean una amenaza a esta hegemonía. Sectores que siempre trataran de mantener el poder, por el medio más idóneo y, que al menor peligro existente para ejercer ese poder, han comprendido claramente que es necesario no ceder mucho campo del control que ejerce el Derecho Penal, el que al menos, siempre trata de mantenerse dentro de los márgenes de respeto a la dignidad humana; y que vean la posibilidad de rescatarle, en los mejores términos, para su buen funcionamiento.¹⁰

Cabe destacar que existe cierto peligro para la legislación de cualquier Estado adoptar la mínima intervención penal como principio rector del Derecho Penal interno. Peligro en el sentido en el cual se deberá tener en cuenta que la normativa penal deberá estar basada en este principio que a su vez y de cierto modo sería difícil y muy demorado su reforma.

II FINALIDAD DE LA PENA

2.1 Finalidad de la Pena según el principio de Mínima Intervención Penal.

En términos generales, la pena es la expresión máxima del poder punitivo del Estado o *iuspuniendi*. Es la limitación de los derechos de libertad de quien adecuó su conducta a algún tipo penal. El Estado impone una pena a la persona que después de haber sido procesada jurisdiccionalmente ha sido encontrada culpable de un delito. La pena es la sanción jurídica que establece la ley para quien incurre en la conducta típica prohibida.¹¹ Delito y pena son dos componentes inseparables dentro del poder punitivo del Estado.

10 SACOTO, Pilar, Compendio de Introducción al Derecho Penal, Cevallos Editora Jurídica, Segunda Edición, Quito-Ecuador, 2013, pp272

11 ALBÁN, Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales, Décima cuarta edición, Quito-Ecuador. pp 271

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, pena es: “*Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta.*”¹²

Cabanellas define a la pena como: “*Sanción, previamente establecida por ley para quien comete un delito o falta, también especificados.*”¹³

Queda claro entonces que siguiendo el principio de legalidad, la pena debe estar contenida en la ley penal como consecuencia de un precepto prohibido por el legislador. Cabe destacar que existen diferentes tipos de penas que van desde las privativas de la libertad, hasta la pecuniarias como las multas.

Si bien es cierto, existe varios tipos de penas, las penas privativas de la libertad son las más representativas del catálogo de penas. Es por ello que hay que prestar especial atención a la finalidad de la privación de la libertad de las personas. Es facultad única y exclusiva del Estado con su poder de imperio sobre los ciudadanos, el poder limitar la libertad de los mismos. Claro está, que la limitación de la libertad no puede ser arbitraria, ilegal o injusta; debe ser impuesta después de haber comprobado la culpabilidad de un sujeto en relación a un delito.

El fin en primera instancia de la pena y del Derecho Penal en sí, es el carácter sancionador a quien cometió una infracción y puso en marcha la acción del poder punitivo del Estado. Es decir, la persona que cometió un delito y que fue encontrada culpable dentro de un debido proceso penal, debe ser sancionada. Debe ser sancionada en virtud del daño que causó. Según la Escuela Clásica del Derecho Penal, la pena es la retribución proporcional a un mal cometido. La pena cumple la función de justicia y defensa de la sociedad. A la luz de esta escuela, la pena es la imposición proporcional de un “mal” a quien cometió otro “mal”; está claro que el único que puede imponer este “mal” es el Estado.

Hegel por su lado, expone que la pena cumple una función dialéctica, es decir la concepción de la realidad entre opuestos. El delito es un mal (-) porque lesiona bienes jurídicos protegidos y altera la paz; debe ser retribuido con otro mal (-) que debe sufrir el delincuente, como por ejemplo su privación de libertad. Imponiendo este segundo mal, se ratifica la vigencia de la ley penal (+) dentro del sistema jurídico. (-).(-) = (+)

Las penas no son más, que una prevención hacia los delincuentes sobre el poder punitivo del Estado y una retribución a la sociedad si tales delincuentes decidieron

12 Diccionario de la lengua española, Recuperado de: <http://lema.rae.es/drae/?val=pena>

13 CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, Decimonovena edición, Bs.As-Argentina, 2008, pp 287

cometer algún delito. La privación de la libertad es el medio más idóneo para la finalidad de la pena. Los delincuentes deberán permanecer en prisión como forma de castigo y como medida de seguridad para el resto de la sociedad.

Ahora, a la luz de la mínima intervención penal, la finalidad de la pena es la protección de la persona que ha sido condenada. Una vez cometida la violación la consecuencia jurídica es la imposición de la pena, y en este momento la finalidad del Derecho Penal es proteger a la persona condenada en contra de excesivas, innecesarias e ilegítimas violencias.¹⁴

La aplicación de las penas, especialmente de la privación de la libertad, no solo cumple las finalidades que teóricamente tienen, sino que más bien provoca nuevos y graves problemas.¹⁵ Tales problemas vienen a ser atenuados por la mínima intervención penal que trata de proteger al condenado durante su privación de libertad. Lograr prevenir los castigos excesivos que promueve la venganza privada.¹⁶

El Derecho de Mínima Intervención Penal reduce la violencia punitiva del Estado; violencia que se manifiesta en la imposición de penas a quien ha adecuado su conducta a algún delito penal. Es por eso que las penas no son, ni deberían ser por ningún motivo desproporcionadas a delito cometido, la pena en este sentido es una sanción que no debe destruir el principio de dignidad humana que todas las personas tenemos. En teoría, al ser de última ratio a la luz de la intervención penal mínima, el Derecho Penal que es sancionador por naturaleza no debe tener una excesiva tipificación de delitos ya que las penas no cumplen otra función que proteger al condenado en un sistema de rehabilitación por haber cometido un mal. Queda claro entonces que, en el ejercicio de la acción penal, se prestaría especial atención al interés de la sociedad, a los derechos de los procesados, a las víctimas y al ofendido.¹⁷

Para la Doctora Paulina Araujo Granda en su concepción de Mínima Intervención Penal, se debe justificar solamente prohibiciones dirigidas a impedir ofensas graves a los bienes fundamentales de la persona, de modo que sólo el modelo democrático de Estado permite limitar convenientemente el ejercicio de poder que implica el Derecho Penal.

14 ALVAREZ, María Fernanda, Ejecución penal y derechos humanos, La ejecución de la pena. Carolina Silva Editora, Quito-Ecuador, 2008. pp.131

15 ALBÁN, Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales, Décima cuarta edición, Quito-Ecuador. pp 31

16 GARCÍA FALCONÍ, José, El recurso de casación penal, la amnistía, el indulto, la ley de gracia, y sus trámites. Los principios constitucionales de oportunidad y mínima intervención penal, Ediciones RODIN, 2009, pp 286

17 Ibid, pp 283

Con la pena se debería intervenir sólo en conflictos muy graves, que comprometen intereses generales, y en los que, de no hacerlo, se correría una venganza privada ilimitada. El concepto de una pena de clara inspiración liberal, que constituye uno de los más acabados esfuerzos contemporáneos desde esta posición.¹⁸

El profesor Ferrajoli manifiesta que el Derecho Penal no nace como negación de la venganza sino como desarrollo, no como continuidad sino como discontinuidad y en conflicto con ello; y, se justifica no ya con el fin de asegurarla, sino con el de impedirla. El derecho penal está dirigido a cumplir una doble función preventiva; la prevención de los delitos y a la prevención general de las penas privadas y arbitrarias o desproporcionadas. La primera función indica el límite mínimo, la segunda el límite máximo de las penas.¹⁹

La pena está justificada como mal menor, esto es, solo si es menor, o sea menos aflictiva y menos arbitraria; sin embargo la pena, por su carácter aflictivo y coercitivo, es en todo caso un mal, al que no sirve encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reductivo.²⁰

Lo que busca entonces la pena en la Mínima Intervención Penal no solamente “*prevenir los injustos delitos, sino también los castigos injustos.*”²¹ La pena cumple la función protectora del condenado que por ningún motivo deberá ser reducida su dignidad humana. Entendida la pena en el sentido género de reacción aflictiva a la ofensa no solo es un medio, sino que es ella misma un fin: el fin de la minimización de la reacción violenta del delito.²² Es claro que en el Derecho Penal de Mínima Intervención, se busca la tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo y la racionalidad de las penas impuestas a quien fue encontrado culpable de un delito.

2.2 Finalidad de la Pena en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.

En Ecuador, la pena tiene la finalidad de rehabilitar y reinsertar progresivamente a quien ha caído en delito. Históricamente, la finalidad de la pena se encuentra en los “considerandos”, que son la motivación para la expedición de una norma, del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social vigente a la fecha donde se

18 ARAUJO, Paulina, Derecho Penal del Enemigo, Recuperado de: paulinaaraujo.wordpress.com

19 FERRAJOLI, Luigi, Prevención y Teoría de la Pena, en: El Derecho Penal Mínimo, Editorial Jurídica ConoSur, 1995, pp 38

20 Ibid pp39-40

21 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Editorial Trotta, 1995, pp 332

22 Ibidpp 332

establece que se debe “*aplicar a las personas que cumplen penas de privación de la libertad, sistemas científicos tendientes a su rehabilitación integral, de modo que una vez que egresen de los centros de rehabilitación social, puedan reincorporarse a la sociedad como elementos positivos de ella.*”²³

Además se marca un definido programa de control de peligrosidad dentro de los centros de rehabilitación al establecer “*sistemas de control y custodia de los condenados en la medida que éstos requieren de seguridad máxima, media o mínima, de acuerdo a sus circunstancias especiales y a su estado de peligrosidad.*”²⁴

Por su parte, el Código de Ejecución de Penas hace referencia en su Título II, Capítulo I, artículo 2 que los organismos encargados de la aplicación de esta ley son: El Consejo Nacional de Rehabilitación Social, la Dirección Nacional de Rehabilitación Social y los Centros de Rehabilitación Social. En contraste al Código Orgánico Integral Penal que en su artículo 679 manifiesta que: “*La ejecución de penas y medidas cautelares, corresponde al Organismo Técnico encargado del Sistema de Rehabilitación Social, bajo el control y supervisión de las o los jueces de garantías penitenciarias (...)*”²⁵ poniendo así de manifiesto una reestructuración en el sistema penitenciario, sin embargo siguiendo la misma línea de rehabilitación y reinserción del encontrado culpable.

El Consejo Nacional de Rehabilitación Social es “*el máximo organismo encargado de la aplicación del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social; su objetivo es la determinación de la política penitenciaria con el propósito de obtener la rehabilitación integral de los internos y la adecuada administración de los Centros de Rehabilitación Social que funcionan en el país.*”²⁶

El sistema de rehabilitación social ecuatoriano tiene como tareas específicas ejecutar las penas, tratar y rehabilitar integral y productivamente a las personas privadas de libertad, así como el control post carcelario. La pena es, en todo caso no un castigo sino un medio de rehabilitación de quien ha cometido un delito, y su posterior reinserción en la sociedad.

23 CÓDIGO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y DE REHABILITACIÓN SOCIAL.

24 Ibid

25 Código Orgánico Integral Penal

26 CASTILLO, Carmita, EL TRABAJO COMO MECANISMO PARA LA REHABILITACION Y DESARROLLO DE LAS INTERNAS DEL CENTRO DE REHABILITACION SOCIAL FEMENINO DE QUITO, Tesis presentada como requisito para optar al Título de Master en Seguridad y Desarrollo, Quito, 2007, pp 12

III CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP)

3.1 Principio de Mínima Intervención Penal en el COIP

Nuestro estudio se basa en el Principio de Mínima Intervención Penal, que a su vez se encuentra recogido como principio constitucional. El Código Orgánico Integral Penal, establece: “*Artículo 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.*”²⁷

Al texto lo dividiré en tres partes las cuales integran la mínima intervención penal, que son:

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.

El primer punto manifiesta la protección de las personas como fin máximo del Derecho Penal. El cual se hará efectivo si y solo si es necesaria para la protección de las personas.

Como hemos anotado en líneas anteriores, la mínima intervención penal cumple una doble función de protección. a) La prevención general de los delitos; y,

b) La prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas.²⁸

La prevención general de los delitos debe ser entendida como la protección a los derechos fundamentales de las personas a través de la ley penal. Los otros miembros de la comunidad quedan impedidos a la violación de tales derechos fundamentales.

Por otro lado, la prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas actúa una vez cometida la violación de los derechos fundamentales de las personas, para lo cual la consecuencia jurídica es la imposición a quien sobrepasó tal límite de la pena, y en este momento la finalidad del derecho penal es proteger a la persona condenada en contra de excesivas, innecesarias e ilegítimas violencias.

27 Artículo 3, Texto del Código Orgánico Integral Penal aprobado el 13 de Octubre del 2013 por la Asamblea Nacional

28 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Editorial Trotta, 1995. pp 334

En definitiva, el Derecho Penal de Mínima Intervención en teoría protege al más débil, por lo tanto la acción de la intervención penal que consta en el COIP se legitima siempre y cuando el Derecho Penal proteja a la persona. Sin embargo, del mismo texto aprobado por la Asamblea Nacional podemos observar penas desproporcionadas. Las penas desproporcionadas se contraponen con el Principio de Mínima Intervención Penal, por lo tanto, a mi modo de ver, la redacción del COIP contradice a la Mínima Intervención ya que no se protege a la persona condenada en contra de excesivas e innecesarias violencias; entendiendo a la pena como una violencia.

Por otro lado, como se dijo en el capítulo primero, la mínima intervención penal exige a su vez la adopción de dos principios que la componen que son el de fragmentariedad y el de subsidiariedad. Con respecto a la fragmentariedad consiste en que el Derecho Penal debe ser necesario exclusivamente en su acción y pena en los ataques graves de derechos fundamentales. a) Máxima utilidad del Derecho Penal de las víctimas; b) Mínimo sufrimiento necesario para los delincuentes.

Anotamos nuevamente que se incumple la función del mínimo sufrimiento necesario para los delincuentes. Una pena desproporcionada y elevada causa en el delincuente un estado mental contrario al de la finalidad de la pena que es el de rehabilitación y reinserción; la persona sufre y no se rehabilita. Al cumplir la pena, la persona ha perdido la confianza en sí mismo y en la sociedad en general.

Con respecto al principio de subsidiariedad que básicamente manifiesta que el Derecho Penal debe actuar cuando las demás ramas del derecho son insuficientes, hablaremos en las líneas siguientes. El artículo 3 del COIP también menciona que la intervención penal “constituye el último recurso”. Esta frase hace referencia al Derecho Penal de última ratio que básicamente constituye elemento fundamental de la Mínima Intervención Penal. En teoría, este artículo hace referencia al principio de subsidiariedad que es parte de la Mínima Intervención ya que el Derecho Penal debería actuar cuando sea necesario y no exista método alguno que lo reemplace.

Con respecto a la frase “cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”. Me permito acotar que, los mecanismos extrapenales son aquellos que están totalmente separados del Derecho Penal, entonces si bien es cierto que existen otras ramas del Derecho que podrían solucionar conflictos entre las personas, los mecanismos extrapenales a veces son insuficientes para la resolución de conflictos. Por lo tanto el Derecho Penal se pone en marcha.

Pero, si en teoría el Derecho Penal es de última ratio y actúa cuando los métodos alternativos son insuficientes, ¿Por qué se tipifica conductas podrían ser

solucionables por otras vías? Tal es el caso de la tipificación de la apología del delito.

El artículo 358 del COIP establece que: *“Apología. La persona que por cualquier medio haga apología de un delito o de una persona sentenciada por un delito, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.”*²⁹

Para tipificar conductas, el legislador, debe tener en cuenta la necesidad, la lesividad y la materialidad de la acción que vulnere un bien jurídico protegido. Según la Mínima Intervención, las conductas tipificadas son las más lesivas y las que más afectan a los bienes jurídicos. En el caso que precede, la apología probablemente no sea necesaria que se tipifique porque pueda que no sea lesiva con ningún bien jurídico y por otro lado, podría ser sancionado desde la esfera administrativa y no la penal.

En definitiva, lo que quiero expresar es que la utilización de medios extrapenales debe abarcar más conductas para que esto nos lleve a una destipificación de conductas que no son lesivas ni verificables en su materialidad.

3.2 Finalidad de la Pena en el COIP

El COIP aprobado, tiene una serie de exposición de motivos los cuales el legislador ha considerado necesarios para que se expida el Código Orgánico Integral Penal (COIP). Entre los cuales se expresa el siguiente:

“La ejecución de las penas. El derecho de ejecución de penas ha estado doctrinaria y jurídicamente divorciado del derecho procesal y del derecho penal sustantivo, en todas sus dimensiones. Una vez dictada la sentencia, sin que se debata la prolongación de la pena, las juezas y los jueces no tienen relación alguna con el efectivo cumplimiento de la sentencia, no existe control judicial sobre las condiciones carcelarias, las sentencias no se cumplen efectivamente y la administración ha estado a cargo de un órgano poco técnico y con inmensas facultades discrecionales. Si a esto se suman las condiciones carcelarias, que son deplorables, la falta de estadísticas confiables, la ausencia de registros y la forma arbitraria de establecer sanciones al interior de los centros; se llega a la conclusión que urge realizar una reforma creativa, integral y coherente con el resto del sistema penal.

El trabajo, la educación, la cultura, el deporte, la atención a la salud y el fortalecimiento de las relaciones familiares de las personas privadas de la

29 Artículo 358, Texto del Código Orgánico Integral Penal aprobado el 13 de Octubre del 2013 por la Asamblea Nacional.

libertad, deben ser los puntales que orienten el desarrollo de las capacidades de las personas privadas de libertad y viabilicen su reinserción progresiva en la sociedad.

En aplicación de la norma constitucional, especial énfasis merece el trabajo de la persona privada de libertad que, además de constituir un elemento fundamental del tratamiento, es considerado un derecho y un deber social de la persona privada de libertad.

También se regula el régimen disciplinario para evitar la discrecionalidad de la autoridad competente o personal de seguridad penitenciaria.

Es prioritario partir de una reforma integral destinada a que los mandatos constitucionales se hagan realmente efectivos, que implique una construcción normativa conjunta, con una misma perspectiva y un mismo eje articulador: garantizar los derechos de las personas.³⁰

Claramente se expresa que como punto finalidad de la pena para el COIP es que personas privadas de libertad y viabilicen su reinserción progresiva en la sociedad a través de diferentes mecanismos dentro de los centros carcelarios. Según esta exposición de motivos, el legislador ha considerado necesario la reforma del Sistema Penal para que así la finalidad de rehabilitar y reinsertar al privado de la libertad, se cumpla de manera efectiva.

Pareciera que el legislador trata de proteger al privado de la libertad, cumpliendo así fielmente uno de las dos finalidades de la Mínima Intervención Penal que es la prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas.

Si bien el legislador trata de proteger al procesado en contra de la arbitrariedad, no lo hace contra la desproporcionalidad de la pena. Como habíamos mencionado en líneas anteriores una pena desproporcionada y elevada causa en el delincuente un estado mental contrario al de la finalidad de la pena que es el de rehabilitación y reinserción; la persona sufre y no se rehabilita. Las penas elevadas no cumplen su finalidad de rehabilitar y reinsertar, al contrario causan otros problemas en el privado de la libertad. Sufrimiento innecesario que la Mínima Intervención Penal quiere evitar.

30 Exposición de motivos para la expedición del Código Orgánico Integral Penal.

IV CONSTITUCIONALIDAD DE LAS PENAS EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL (COIP)

4.1 Estudio constitucional del principio de Mínima Intervención Penal

El Ecuador ha sido uno de los pocos Estados que ha recogido constitucionalmente al principio de la Mínima Intervención Penal ya que el artículo 195 de la Constitución establece que:

“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. (...)”³¹ (En énfasis es nuestro).

Como se puede notar, la propia Constitución establece como principio rector de la acción penal a la mínima intervención penal. Esto acarrea una complicación la cual está dada en el sentido que al ser la Constitución el eje guía para el desarrollo y creación de todas las normas, incluidas las leyes penales, éstas no deben contradecir a tal precepto. La Constitución como norma máxima en el ordenamiento jurídico de un Estado, conlleva que las normas jerárquicamente inferiores deben guardar armonía con los preceptos constitucionales. Pero visto desde otro modo, la constitución es la expresión máxima de un Estado sobre sus ciudadanos. *“El Estado no es quien otorga los derechos fundamentales sino quien debe crear las condiciones de su realización”³²*

Hemos visto a lo largo de este estudio que el Principio de Mínima Intervención Penal tiene dos finalidades muy bien marcadas que son: a) La prevención general de los delitos; y, b) La prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas.³³ Por tanto, se sobreentiende que el Código Orgánico Integral Penal debe guardar armonía con tal principio que es recogido constitucionalmente. Sin embargo, no lo hace. En cuanto a la prevención de las penas arbitrarias y desproporcionadas, hemos demostrado que el COIP exagera en cierto sentido al establecer penas altas. Son desproporcionadas en sentido contrario a la Constitución.

“La política constitucional procesal cuya legitimidad se acrecienta por el hecho de

31 Constitución de la República del Ecuador. Artículo 195.

32 BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho Penal. Editorial Hammurabi, Buenos Aires-1999, pp 13

33 FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Editorial Trotta, 1995. pp 334.

que los principios del proceso penal están particularmente legados con los derechos fundamentales relativos al proceso.”³⁴ En llamados derechos fundamentales relativos al proceso se encuentra el Principio de Mínima Intervención Penal, que procesalmente hablando establece que únicamente debe considerarse en la esfera penal a los delitos más lesivos y que más daño infrinjan a un bien jurídico protegido.

“La Constitución forma un nexo entre diversas esferas de la vida humana objetivada, por el que se vinculan sectores de la realidad política, jurídica, sociológica, etc.”³⁵ Es esta misma constitución la que rige desde estos ámbitos la sistematización de la sociedad en la cual se desenvuelve. “La Constitución es el acto jurídico fundamental que determina la organización del Estado y reglamenta el ejercicio del poder estableciendo un régimen de garantías.”³⁶

La Mínima Intervención Penal es una garantía que el Ecuador debería acatar y reglamentar el ordenamiento jurídico interno a fin de que se cumpla tal precepto constitucional. El COIP recoge tal principio, sin embargo como se ha venido mencionando en reiteradas ocasiones, sus penas son desproporcionadas en virtud de los bienes jurídicos protegidos.

4.2 Penas elevadas en el COIP

A través de este estudio, se ha venido manifestando que las penas del Código Orgánico Integral Penal tienden a ser elevadas, desmedidas y desproporcionadas. Esto se hace notorio por ejemplo en el caso del artículo 58 que establece: “Acumulación de penas. La acumulación de penas privativas de libertad procede hasta un máximo de cuarenta años. Las multas se acumulan hasta el doble de la máxima impuesta.”³⁷ El tiempo de 40 años como pena máxima en el COIP, reduce significativamente la calidad de vida del procesado.

Ejemplificando el enunciado anterior: Una persona que delinca y entre en los tipos penales que permitan la acumulación de penas hasta 40 años a la edad de 20 años, será puesto en libertad a la edad de 60 años. Una persona de 60 años que ha pasado más del doble de toda su vida en prisión, estando en libertad no le quedan muchos recursos para reinsertarse a la sociedad. Desgraciadamente en Ecuador las oportunidades para los emprendedores son escasas y de cierto modo limitan

34 FIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal, pp 14.

35 SALGADO, Hernán, Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Legales, 4ta Edición, Quito-Ecuador, 2012, pp 46 citando a GARCÍA PELAYO, Manuel, Derecho Constitucional Comparado.

36 SALGADO, Hernán, Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Legales, 4ta Edición, Quito-Ecuador, 2012, pp 48.

37 Artículo 58, Texto del Código Orgánico Integral Penal aprobado el 13 de Octubre del 2013 por la Asamblea Nacional

mucho a las personas en general, ¿Qué podríamos decir de una persona que ha estado privada de la libertad 40 años?

*“Las penas tampoco pueden ser inhumanas ni degradantes. Básicamente son inhumanas las penas que no guardan proporcionalidad con la gravedad del hecho cometido y con la responsabilidad del autor.”*³⁸ Una pena además de ser la expresión del ius puniendi del Estado al sancionar a una persona por un acto cometido, también en Ecuador debe cumplir la función de rehabilitar y reinserir. No cabe de ninguna forma la expresión de desproporcionalidad de las penas que se encuentran en el COIP.

Me permito citar el artículo 63 del COIP:

“Penas no privativas de libertad. Son penas no privativas de libertad:

- 1. Sometimiento a tratamiento médico o psicológico o a capacitación, programa o curso educativo.*
- 2. Obligación de prestar un servicio comunitario.*
- 3. Comparecencia periódica y personal ante la autoridad, en la frecuencia y en los plazos fijados en sentencia.*
- 4. Suspensión de la autorización o licencia para conducir cualquier tipo de vehículos.*
- 5. Prohibición de ejercer la patria potestad o guardas en general.*
- 6. Inhabilitación para el ejercicio de profesión, empleo, oficio o cargo aunque provenga de elección popular.*
- 7. Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia.*
- 8. Pérdida de puntos en la licencia de conducir en las infracciones de tránsito.*
- 9. Restricción del derecho al porte o tenencia de armas.*
- 10. Prohibición de aproximación o comunicación directa con la víctima, sus familiares u otras personas dispuestas en sentencia, en cualquier lugar donde se encuentren o por cualquier medio verbal, audiovisual, escrito, informático, telemático o soporte físico o virtual.*
- 11. Prohibición de residir, concurrir o transitar en determinados lugares.*
- 12. Expulsión y prohibición de retorno al territorio ecuatoriano para las extranjeras o los extranjeros.*

38 BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal, Editorial TEMIS, Bogotá, 1996, pp 30

La o el juzgador puede imponer una o más de estas sanciones, adicional a las penas previstas en cada tipo penal.³⁹ (El énfasis nos corresponde)

En el referido artículo, especialmente en el último inciso se hace referencia a la facultad del juez para imponer más de una sanción. Con lo anotado previamente, ¿Podríamos decir que guarda referencia con la Mínima Intervención Penal recogida constitucionalmente? A mi parecer, pienso que no, porque viola profundamente los elementos esenciales de la Mínima Intervención Penal los que protegen al procesado de penas desproporcionadas. Además, difícilmente creo que la doble (o más) sanción cumpla la función de rehabilitar y reinsertar en la sociedad a un procesado.

A mi modo de ver, pienso que la pena debe ser cumplida de acuerdo a lo establecido en el mismo tipo penal. Por ejemplo: Hay penas con solo multa, hay penas con solo prisión, hay penas con prisión y multa, pero tales sanciones se encuentran recogidas en el mismo tipo penal. Resulta innecesario agregar más sanciones a una persona que esté cumpliendo con las referidas sanciones. “*El fin de las penas no es el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni el de deshacer un delito ya cometido.*”⁴⁰

4.3 Contradicción entre las penas elevadas en el COIP y la finalidad del principio constitucional de Mínima Intervención Penal

Cabe destacar como último punto que existe una contradicción evidente entre las penas elevadas del Código Orgánico Integral Penal y el Principio Constitucional de la Mínima Intervención Penal.

*“La interpretación de la Constitución consiste en su composición en este sentido, de tal manera que la significación de las normas constitucionales resulta del sentido y de una realidad funcional previas a las mismas normas constitucionales.”*⁴¹ Las penas contenidas en el COIP que recoge el principio constitucional de la Mínima Intervención Penal por tanto no deberían contradecir el referido principio constitucional.

*“Para que una pena consiga su efecto, basta que el mal de la pena supere al bien que nace del delito; y en este exceso del mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y a pérdida de bien que el delito produciría.”*⁴² No se debe hablar de penas desproporcionadas a

39 Artículo 63, Texto del Código Orgánico Integral Penal aprobado el 13 de Octubre del 2013 por la Asamblea Nacional.

40 BECCARIA, Cesare. De los delitos y las Penas, Editorial TEMIS, 3ra Edición, Bogotá, 2012, pp 38.

41 BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho Penal. Editorial Hammurabi, Buenos Aires- 1999, pp 24.

42 BECCARIA, Cesare. De los delitos y las Penas, Editorial TEMIS, 3ra Edición, Bogotá, 2012, pp 39.

la luz de la Mínima Intervención Penal; las penas desproporcionadas demuestran un exceso de ius puniendi. El Procesado debe cumplir la pena en virtud de que el fin de la pena “no es otro que el de impedir a reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que los hagan iguales”⁴³.

La Mínima Intervención Penal exige que la protección del sistema penal se traslade al procesado en el momento en el cual éste cumpla su pena, ya que evita de cierto modo que su pena no sea desproporcionada y que la finalidad de la misma sea rehabilitar y reinsertar. Pongo énfasis en que la Mínima Intervención Penal es un principio recogido por la Constitución de la República del Ecuador.

La Constitución como norma máxima de un ordenamiento jurídico ordena que el mismo ordenamiento jurídico esté acorde con ella. “Cuando se elabore una ley penal y de tipo objetivo y subjetivo se trate, el órgano legislativo debe ponderar junto a la realidad fáctica que busca prohibir y sancionar: La producción de un resultado y/o peligro concreto; El dolo o la culpa del hecho”⁴⁴

Legislador que al fin y al cabo, no debe excederse en la imposición de penas tan elevadas siempre que esté vigilante a la Constitución y por ende al principio de Mínima Intervención Penal.

Las penas elevadas se contradicen a la Constitución de la República del Ecuador ya que no han sido analizadas a la luz y bajo el principio de Mínima Intervención Penal.

“Se debe tener muy presente que el segundo nivel de acción del Derecho Penal, en el cual se verifica por excelencia la labor interpretativa, requiere del suministro de principios y reglas que estén sujetos a determinados condicionamientos, pues “de la técnica legislativa depende esencialmente la efectividad de la función de garantía de la ley penal.”⁴⁵

En conclusión, ¿Qué suministro de principios tiene el juez si la ley penal no ha sido creada a la luz de los mismos? Es una cuestión que nace a raíz de la comprobación de la contradicción de las penas elevadas con la Constitución por la mala técnica legislativa empleada.

43 Ibid, pp 38.

44 ARAUJO, Paulina, Ratiodecidenti/Análisis del Sentido y alcance de la Técnica Legislativa y las nuevas formas de criminalidad en el Ecuador, Editorial Cevallos, Quito, 2012, pp74

45 Ibid. Pp 81

Bibliografía

- ALBÁN, Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Ediciones Legales, Décima cuarta edición, Quito-Ecuador.
- ALVAREZ, María Fernanda, Ejecución penal y derechos humanos, La ejecución de la pena. Carolina Silva Editora, Quito-Ecuador, 2008.
- ARAUJO, Paulina, Ratiodecidenti/Análisis del Sentido y alcance de la Técnica Legislativa y las nuevas formas de criminalidad en el Ecuador, Editorial Cevallos, Quito, 2012.
- ARAUJO, Paulina, Derecho Penal del Enemigo, Recuperado de: paulinaaraujo.wordpress.com
- BACIGALUPO, Enrique. Manual de Derecho Penal, Editorial TEMIS, Bogotá, 1996.
- BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho Penal. Editorial Hammurabi, Buenos Aires-1999.
- BARATTA, Alessandro, Criminología y Sistema Penal (Compilación in memoriam), Editorial BdeF, Buenos Aires, 2004
- BECCARIA, Cesare. De los delitos y las Penas, Editorial TEMIS, 3ra Edición, Bogotá, 2012.
- CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, Decimonovena edición, Bs.As-Argentina, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Editorial Trotta, 1995
- FERRAJOLI, Luigi, Prevención y Teoría de la Pena, en: El Derecho Penal Mínimo, Editorial Jurídica ConoSur, 1995.
- FIEDEMANN, Klaus. Constitución y Derecho Penal.
- GARCÍA FALCONÍ, José, El recurso de casación penal, la amnistía, el indulto, la ley de gracia, y sus trámites. Los principios constitucionales de oportunidad y mínima intervención penal, Ediciones RODIN, 2009
- JIMENEZ DE AZUA, Luis, Principios Del Derecho Penal. La Ley Y El Delito, Buenos Aires, Argentina: Abeledo-Perrot: 4ta, 2005.
- MIR PUIG, Santiago, El derecho penal en el estado social y democrático de derecho, Barceloa, 1994.
- SACOTO, Pilar, Compendio de Introducción al Derecho Penal, Cevallos Editora Jurídica, Segunda Edición, Quito-Ecuador, 2013.
- SALGADO, Hernán, Lecciones de Derecho Constitucional, Ediciones Legales, 4ta Edición, Quito-Ecuador, 2012.
- Diccionario de la lengua española.

La incidencia de la Fase Prelegislativa en la inclusión de nuevos Tipos Penales

Christian Javier Gallo M.¹

RESUMEN

“En el sistema de derecho continental, el proceso legislativo ha tenido una larga tradición jurídica sobre la cual se ha producido una vasta doctrina. El ámbito penal no es la excepción. El presente artículo considera la importancia de la fase pre-legislativa como base para la creación de nuevos tipos penales. De hecho, con el nuevo código penal, varias figuras fueron incorporadas a la normativa penal ecuatoriana; sin embargo muchas de las mismas tienen particularidades importantes respecto a su aplicación en juicio dado que no son conductas punibles en realidad. Así, por ejemplo, la inclusión de problemas sociales y no disfunciones sociales como conductas punibles llamadas a ser reguladas por ley, puede provocar graves contradicciones con los principios penales básicos. Esta es la razón por la cual, varios profesores y abogados expertos han hallado graves errores en el nuevo código. De ahí que problemas sociales aparentes no pueden ser considerados como crímenes. Es por ello que la correcta aplicación de un procedimiento legislativo se convierte en la clave para crear leyes efectivas y eficientes. En efecto, la correcta apreciación de todos los aspectos que abarca el procedimiento pre-legislativo los convierte en mecanismos que sirven para facilitar una solución legal a las disfunciones sociales.”

Palabras Clave: Derecho penal legislativo – fase prelegislativa – tipo penal- disfunción social- agente de presión- opinión pública- agentes de ejecución – solución legal.

1 (Quito, 1989). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (2014). Especializado en Técnica de Litigio Oral y Argumentación Jurídica por la Universidad Complutense de Madrid (2012). Ha participado como conferencista y capacitador en el área de litigación oral y oratoria forense aplicada. Actualmente se encuentra editando su primer libro “Manual de Argumentación Jurídica Práctica”.

Introducción

A inicios del 2014, la esfera jurídica ecuatoriana se vio sorprendida con la aprobación del denominado Código Orgánico Integral Penal (COIP) por parte de la Asamblea Nacional². Para muchos juristas ecuatorianos, la creación de un nuevo cuerpo legal que reemplace al anacrónico Código Penal de 1937 era inminente, mas, el proceso operacional legislativo bajo el cual se desarrolló el nuevo código, suscitó un sinnúmero de controversias y cuestionamientos en el ámbito del derecho.

Si bien en su parte general y procesal, el COIP ha conservado en su gran mayoría a los conjuntos normativos de los antiguos cuerpos legales, es en su parte especial en la que se ha evidenciado la inclusión de nuevos tipos penales. Es conocido que el Derecho Penal Moderno toma como pilar fundamental a su parte especial, valiéndose de ella como herramienta a través de la cual, el Derecho Penal se torna dinámico, se diversifica y finalmente se expande a otros ámbitos no solo jurídicos sino también científicos. Sin embargo, es esta expansión la que finalmente ha creado discusión en la doctrina penal contemporánea, pues muchas sociedades se han valido de la importancia que tiene el derecho penal para atribuirle funciones sociales y bajo esta consigna crear cuerpos normativos que asuman el papel de códigos morales, desconociendo que dicha función social debe circunscribirse dentro de su racionalidad a la regulación y delimitación del poder punitivo del Estado, pues se corre el riesgo de que la mala utilización de las herramientas del sistema punitivo se conviertan en métodos de acecho y persecución por parte de quienes actúan como agentes de poder. De ahí que la inclusión de nuevos tipos penales debe ser considerada como una tarea delicada toda vez que, antes de incluir dentro de un cuerpo normativo nuevas conductas punibles, es necesario analizar si dicha conducta es producto de una disfunción social manifiesta o si se trata de un falso positivo exagerado por grupos de presión social. He ahí que un correcto manejo del proceder legislativo penal cobra importancia, no solo para evitar incurrir en normas penales inútiles sino también para ejercer un control previo a la expedición de cualquier norma o inclusión de cualquier tipo.

El presente artículo no pretende sino detallar a la importancia de la primera fase dinámico-operacional del Derecho Penal Legislativo, es decir el funcionamiento del proceder pre-legislativo, fase importantísima dentro del génesis normativo ya que en ella radican todos los factores que determinan la inclusión de una respuesta penal sobre una conducta específica.

2 Si bien la aprobación del mencionado Código se llevó a cabo el 28 de enero de 2014 y se publicó en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014,

Composición del proceso legislativo penal

Para el Profesor DIEZ RIPOLLES³, el proceso legislativo penal está integrado por tres planos esenciales, uno operacional, uno prescriptivo y finalmente uno de control de legitimidad. El denominado plano operacional es el encargado de determinar las directrices a través de las cuales se lleva a cabo el proceso legislativo como tal. Si bien este plano puede ser considerado como absolutamente técnico, la incidencia que tienen sus agentes y las circunstancias de las cuales se parte para la creación de norma, lo establecen como la base sobre la cual se pueden analizar todos los fenómenos que determinarán a la nueva norma. Respecto al plano operacional, no han sido pocos los autores que han realizado sus estudios sobre las fases que componen al mismo.⁴ Vale destacar que la mayoría coincide en la existencia de un modelo dinámico estructurado en tres fases sucesivas: una prelegislativa, una legislativa y una postlegislativa. La fase prelegislativa inicia con la problematización de una realidad social y su relación directa con la respuesta jurídica que el sistema normativo otorga a la misma. La fase legislativa por su parte inicia con la propuesta obtenida en la fase inmediata anterior y finaliza con la aprobación y publicación de la nueva norma. Finalmente la fase postlegislativa inicia con la publicación de la norma y culmina con los cuestionamientos que realizan tanto el ámbito jurídico como la opinión pública sobre la nueva relación entre realidad social y respuesta jurídica.

El plano prescriptivo por su parte se encarga de determinar la racionalidad de la norma y acoplarla al sistema penal del cual será parte. Para una gran parte de la doctrina, el plano prescriptivo ha adquirido una preponderancia en los últimos años gracias al auge, entre otros, de la Teorías de la Argumentación e Interpretación Jurídica, ya que a través del análisis de los criterios de racionalidad que componen principios de observancia general, se puede proceder con la creación de normas concretas que tengan como base dichos criterios adaptados al contexto social en el cual se desenvuelven. Así, mediante la correcta distribución de criterios a lo largo de las diferentes fases del plano operativo se concreta la creación de normas que se encarguen de regular conflictos manifiestos que requieran de una solución en el ámbito jurídico.

Finalmente, el tercer plano denominado de Control de Legitimidad, es un

3 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Racionalidad de las Leyes Penales*, Madrid, Ed. Trotta, 2013, pp. 14-15.

4 Muestra de ello son las obras de Profesores como Manuel Atienza (*Contribución a una teoría de la legislación*) o del ya mencionado José Luis Diez Ripollés, quienes en sus respectivos trabajos analizan de una forma detallada las fases del proceder legislativo, evocando así modelos específicos compuestos de tres fases para un estudio mucho más detallado.

plano de observancia más estricta en el cual la esfera jurídica deberá revisar si durante el proceso de creación normativa se tomaron en cuenta todos los criterios de racionalidad exigibles en el contexto de la norma creada a fin de evitar perjuicios que no pueden ser subsanados con el control decisonal *ex post*, toda vez que como nos ha mostrado la práctica, el proceso de creación debe tener un igual número de filtros que el ámbito de aplicación ya que de esa forma se tendría una norma más depurada y menos sujeta a futuras correcciones que pueden afectar el proceso decisonal como tal.

En el caso específico del Ecuador, si bien contamos con un plano operacional delimitado, el mismo se ha visto afectado un sin número de veces por la irrupción ilegítima del Ejecutivo sobre las decisiones del Legislativo, siendo este el principal *agente de presión* para la creación de tipos penales específicos. Precisamente, esa desafortunada irrupción de entes ajenos dentro de las decisiones del legislativo, curiosamente han logrado que el interés social por los temas penales crezca al punto de ser un tema público de debate y confrontación, un *fenómeno social* interesante al que podemos denominar *prosaísmo penal*⁵, que se ha desarrollado en los últimos años y que toma su base en la creación de tipos específicos de legislación penal que buscan suscitar la atención y posterior aprobación de la opinión pública de una manera superficial tomando como excusa sucesos puntuales y que generalmente responden a intereses políticos más que a necesidades sociales.

Esta es una de las principales causas por las que anualmente se derogan o incluyen nuevas figuras o tipos penales muchas veces innecesarias y que llevaron a un problema que se notaba claramente en la exagerada heterogeneidad de la legislación expedida en los últimos años y que no hacía sino mostrar una falta de profundización en el modelo legislativo.

En el caso de los planos prescriptivo y de control de legitimidad, los esfuerzos de la academia por trabajar dentro de los mismos son realmente dignos de resaltar, sin embargo dichos esfuerzos no han dado aún los resultados esperados por la ausencia de una comisión con la fuerza suficiente para llevar a cabo una discusión de la que se obtenga una crítica vinculante sobre las normas expedidas. La falta de un órgano colegiado e independiente que se encargue de emitir criterios que puedan ser recogidos como doctrina en el ámbito penal, denotan nuevamente una falta de interés por parte de los sectores expertos que bien podrían influir de manera positiva en el desarrollo penal normativo.

5 Nos atrevemos a otorgar este nombre al mencionado fenómeno, basados en la aplicación extensiva del término, asignándose en virtud de tal, la cualidad de prosaico, vulgar, trivial. De tal forma podemos definir la salida de la cuestión penal, de un ámbito científico al del centro de la opinión pública, sin perjuicio claro, de su función social, como superficial.

Sin embargo y sin perjuicio de lo antedicho, Ecuador posee un problema aún más grave y que se puede notar de forma alarmante en el desarrollo normativo histórico de la última década. Así, muchas de las normas expedidas durante este tiempo ni siquiera han tomado en cuenta el desenvolvimiento lógico que determina el plano operacional y ni qué decir de los mandatos determinados en el plano prescriptivo. Más allá de los esfuerzos de la academia por ahondar en el análisis prescriptivo de la norma, una adecuada profundización en el modelo legislativo obliga a iniciar su estudio por los fenómenos que se dan en la primera fase del plano dinámico u operacional. Es totalmente entendible la tendencia de la academia de realizar sus observaciones desde el plano prescriptivo, sin embargo es sumamente difícil desarrollar un correcto análisis de los nuevos tipos penales sin conocer previamente la realidad social que motivó a determinar cierta conducta como disfunción social y cuáles son las dificultades que supondrían su aplicación⁶.

La Fase Prelegislativa: Génesis y Elementos

Como se ha podido notar la importancia de la fase prelegislativa se debe en gran parte a su alto contenido sociológico ya que en la misma se contraponen dos variables importantes, por una parte la realidad social o económica en la cual existe una disfunción y por otra la existencia o no de una respuesta jurídica a dicha disfunción dentro del contexto de dicha realidad.

Es por ello que hablamos de un proceso complejo que requiere ser correcta y detenidamente analizado a fin de evitar la tipificación de conductas que no se constituyen en disfunciones. Es necesario advertir que la fase prelegislativa es la base de todo el proceso legislativo penal en general toda vez que su correcto desarrollo determina su perfeccionamiento durante la etapa legislativa y su adecuada crítica y aplicación durante la etapa postlegislativa.

Elementos

A fin de procurar un mayor entendimiento sobre el tema, es necesario explicar que la fase se compone de tres elementos cuyos papeles son trascendentales en el desarrollo de la misma. Así la fase pre-legislativa está compuesta de tres elementos sustanciales: a) disfunción social; b) agentes de presión; y c) agentes ejecutores:

6 Como es de suponer la implementación de nuevas figuras penales establece necesidades y objetivos sociales que la ley está llamada a satisfacer más allá de los miramientos estrictamente jurídicos y que muchas veces determinan dificultades que

Disfunción Social

El Diccionario de la Real Academia Española, define como disfunción al “desarreglo en el funcionamiento de algo o en la función que le corresponde”. Las relaciones interhumanas se dan en el marco de una organización sociopolítica, por tanto el desarreglo de dichas relaciones entre los individuos que las componen, se consideran como conflictos y como tal, llegan a establecerse a nivel de disfunciones que se notan en el desenvolvimiento cotidiano. De ahí que estudiosos sobre el tema establezcan que una disfunción social aplicada al derecho se debe entender de manera general como aquella que se produce por la falta de correspondencia entre una situación social y la respuesta que el sistema jurídico otorga a la misma. En el caso específico del derecho penal, la vinculación entre un desajuste de orden social y la intervención jurídica que el sistema jurídico penal proporciona a la misma determina el marco sobre el cual se constituye o no la existencia de una disfunción.

Así mismo, es necesario anotar que la disfunción social puede ser real o aparente, dado que muchas veces el afán de los agentes de presión, quienes son los encargados de activar el proceso, no permite que se distinga si el problema para el cual se busca una respuesta jurídica es en realidad un desajuste social o se trata de un hecho puntual con una alta carga de emotividad.

Agentes de Presión

Se conoce como agente de presión, a toda persona o grupo social capaz de activar un proceso complejo en el cual el objetivo es el reconocimiento de una disfunción social y cuya finalidad es la obtención de una respuesta jurídica a la misma. Los agentes de presión pueden ser muy variados ya que van desde fuerzas políticas y sociales, hasta grupos de víctimas, colectivos sociales y medios de comunicación. En este sentido, el requisito indispensable para ser considerado como agente de presión es poseer plena capacidad de aportar credibilidad suficiente a las aseveraciones propuestas a fin de que éstas ingresen en el debate colectivo.

Vale acotar que el éxito de una propuesta no depende únicamente de la capacidad de convicción y persuasión del agente de presión, sino que éste bien se puede remitir a las cualidades de la disfunción para hacer aún más notoria su necesidad de ser abordada como un tema urgente que requiere una respuesta inmediata por parte del subsistema jurídico.

Dada la heterogeneidad de agentes de presión es necesario establecer una subclasificación de los mismos en varios tipos:

Agentes de Presión Expertos.-Se conocen como agentes de presión expertos a todos aquellos cuya comprensión y especialidad sobre el tema otorga

respetabilidad inmediata a sus criterios. Su conocimiento especializado sobre el tema en cuestión permite que los mismos tengan un mayor dominio sobre el desajuste social a tratar y por ello, logra que su opinión sea considerada como vinculante por los sectores sociales. Esto a su vez los establece como candidatos idóneos para otorgar mecanismos y soluciones a implementar como respuestas y soluciones al problema social latente. Sin embargo no se descarta la posibilidad de que los agentes de presión expertos actúen movidos por sus propios intereses o del sector social al cual ellos representan o auspician.⁷

Agentes de Presión Directos.- Se conocen como agentes de presión directos a las personas o grupos de personas involucradas directamente como el desajuste social en cuestión. Dentro de ellos se puede encontrar a las víctimas, grupos de víctimas, familiares de las víctimas o colectivos sociales que apoyan a los mismos. Si bien tienen una mirada directa sobre el tema, la parcialidad con la que miran la solución del problema muchas veces no les permite ofrecer criterios racionales sobre la respuesta jurídica que merece el desajuste social.⁸

Medios de Comunicación.- Los medios de comunicación actúan como un agente de presión específico *per se*. El dominio que poseen sobre la opinión pública permiten que un criterio sobre un tema específico sea tomado como vinculante en el debate colectivo, más allá de que dicho criterio ofrezca una visión en extremo simplificada y superficial de la realidad social. Su poder de injerencia en la opinión pública determina muchas veces que un hecho puntual sea tomado como una disfunción social, creándose así la paradoja de los desajustes sociales aparentes.

Los grupos de presión expertos generalmente actúan movidos por intereses. Los mismos pueden ser desde ideológicos hasta económicos. De ahí que se hable como una parcialización del tema partir de la experticia que cada uno de ellos maneja.

En muchos casos la injerencia de los agentes de presión directos han influido de tal forma en el debate social, que las auto referencias que hacen estos agentes hacia sus casos, han condicionado las decisiones del legislativo. Así, la alarma social que ha brotado como centro del debate colectivo ha sido gracias al temor generalizado de las experiencias relatadas por los agentes de presión directos, más no porque así lo haya exigido el desajuste social en *stricto sensu*. Ejemplo de ello son los debates que se manejan sobre la pena de muerte en Estados Unidos. Si bien en estados como Texas, las víctimas o familiares de las mismas son los principales partidarios de la pena capital, existen también organizaciones en otros estados (como New Hampshire) que impulsan la abolición de la pena de muerte, dado que no están de acuerdo con se quite la vida a otra persona en su nombre o en nombre de la víctima.

El vulgo⁹.-Se identifica como tal, al conjunto de personas que movidas por la opinión pública no conocen más que la parte superficial del desajuste social. Se identifican con la causa por miedo o solidaridad con los agentes de presión directos. A nuestro criterio es necesario diferenciarlos como agentes específicos, dado que su actuación generalmente representa el impulso necesario para que un tema tome trascendencia en el debate colectivo.

Agentes Ejecutores

Se denominan agentes ejecutores a los poderes institucionalizados con la capacidad de poder plasmar en proyectos de ley las propuestas desarrolladas por los agentes de presión a fin de otorgar una respuesta o solución a un desajuste social obvio.

Pueden actuar como agentes ejecutores todos los sujetos que tengan poder decisional en la creación de leyes y normas. De ahí que entre los principales destaquen los representantes parlamentarios, seguidos del poder ejecutivo. Es necesario establecer que para este tipo de agentes el proceso no solo tiene un carácter social, sino que también se inmiscuyen intereses de carácter político discrecional, que van mucho más allá del simple debate colectivo.

Proceso

Como se dijo, la fase prelegislativa penal se desarrolla bajo lo que se denominaríamos como un proceso sociológico dinámico complejo que se compone de tres etapas: 1) la determinación de la disfunción social; 2) producción de un malestar social generalizado; y, finalmente 3) sometimiento a la opinión pública y formalización de una propuesta.

Determinación de una Disfunción Social

El punto de partida de la fase pre-legislativa es la existencia de una disfunción social. Dentro de esta etapa, los agentes de presión juegan un papel trascendental, ya que el éxito dependerá en gran medida de que un agente social haga creíble la existencia de una disfunción social. A fin de lograr dicha credibilidad, es necesario que los agentes de presión traigan a discusión por medio de datos, garantías y

9 Autores como Diez Ripollés la denominan como “*plebe*” y la ubican junto a lo que denominamos como agentes de presión directos. En este caso, el profesor Diez, establece una conexión directa entre víctimas y el ciudadano común, dado que a su criterio, ambos actúan como un agente de presión cuya coalición se basa en vínculos emocionales directos.

respaldos, un desajuste social que requiera una respuesta por parte del sistema jurídico penal.

Vale decir que esta es una etapa delicada ya que la confusión de conceptos tiene repercusiones que a la larga afectan el desenvolvimiento de las demás etapas o fases. Para ello es necesario establecer la diferencia entre hecho, problema y desajuste como tal. El hecho es un evento concreto, singular, histórico y determinable en el tiempo. El problema por su parte es un conjunto de eventos y que a diferencia del hecho, su repercusión ha causado que se mantenga en el tiempo. Mientras que el desajuste o disfunción, establece la existencia de una serie de problemas, cuya permanencia en tiempo y espacio afecta la convivencia en general, por lo cual no son ni históricos, ni determinables en tiempo ni espacio, pues siguen ocurriendo hasta el momento en que son abordados como centro de la discusión.

Así mismo el ámbito emocional juega un papel importante a la hora de lograr la atención social, por lo cual los temas que tienen una mayor carga dramática, violenta o emocional, así como aquellos que atañen a intereses vitales o a la experiencia diaria de los ciudadanos mantienen la atención del colectivo con gran facilidad.

Por tanto, esta primera etapa concluye con la determinación de una disfunción social abriendo con ello la posibilidad de obtener una respuesta del sistema jurídico penal hacia un desajuste que es parte de la realidad social, gracias a la atención generada en los sectores sociales relevantes.

Malestar Social Generalizado

Una vez que la disfunción social ha sido acreditada por los agentes de presión, es necesario que ésta llegue al conocimiento de toda la sociedad en general. Para ello la misma trabaja a dos niveles, la razón y la emoción. En el caso de la razón, al ser reconocida la necesidad de una respuesta jurídica, la misma permanecerá latente en el debate colectivo, mientras que en el caso de la emoción, la misma se extenderá en el tiempo gracias a lo que la criminología denomina como *miedo al delito*.

Al respecto, el Prof. DIEZ RIPOLLÉS, amplía el concepto del denominado *miedo al delito* y estima que el mismo se compone de cuatro importantes nociones base: a) la estimación del riesgo de sufrir un delito; b) el miedo de sufrir un delito; c) la preocupación sobre los niveles de delincuencia; y, d) las modificaciones conductuales adoptadas para no sufrir un delito.¹⁰

10 DIEZ RIPOLLÉS, José Luis, *Ob. Cit.*, p. 23.

Cuando hablamos de estimación de riesgo, nos referimos a la preocupación que se crea en la sociedad a causa del delito. Las variables que se contraponen en esta noción son el intervencionismo penal exigido por la sociedad por una parte y la vulnerabilidad a la que se supone expuesta por otra. La información suministrada por parte de los medios de comunicación muchas veces afectan la correcta estimación de riesgo por lo cual, la alarma social aumenta y exige por tanto un mayor intervencionismo penal por parte del Estado. Género, edad y condición juegan un papel importante en esta estimación, todo en razón de la variable de vulnerabilidad frente al crimen.

El miedo a sufrir un delito tiene por su parte una estrecha relación con la apreciación de vulnerabilidad durante la fase de estimación de los riesgos. En esta noción se enfrentan otras dos variables: la percepción de riesgo por parte del sujeto y la modificación de su conducta a causa del miedo. Como se podrá deducir, una mayor percepción de riesgo se encuentra inexorablemente ligada a la modificación de conducta del individuo a causa del miedo. En este punto el miedo tiene un papel de nexo con otros individuos ya que la modificación de conducta no solo se produce en un individuo sino en sectores de la sociedad que luego del conocimiento y sensibilización por el proceso cognitivo-emocional que determina la aceptación de un desajuste social, empiezan a cuestionarse si la intervención penal por parte del estado es suficiente.

El inicio de la siguiente noción base que consiste en la preocupación sobre los niveles de delincuencia. El cuestionamiento de la intervención penal sumado al miedo generalizado, ocasiona que los individuos, ahora en forma colectiva compartan sus experiencias y preocupaciones sobre la forma en como un desajuste ha puesto al descubierto la falta de respuesta por parte del estado sobre una problemática social.

Finalmente, la vulnerabilidad, el miedo y la preocupación logran que los individuos traten de adaptar sus conductas a fin de evitar ser sujetos de un delito. Esta es la etapa final del miedo y en la cual se puede considerar que existe un malestar generalizado pues la convivencia general se torna forzada ya que son varios sectores de la sociedad los que exigen una respuesta por parte del estado en forma de intervención penal. Por tanto esta fase de la etapa prelegislativa finaliza con un considerable malestar e insatisfacción general por la ausencia de una respuesta a una disfunción social.

La Opinión Pública y la Formalización de la Propuesta

La insatisfacción aumentará en la medida en que la opinión pública, a través de los medios de comunicación, maximice el miedo al delito ya presente. En esta fase

final, los medios de comunicación y lo que hemos denominado como *vulgo* toman un papel interesante ya que se suele presentar generalmente un fenómeno basado en la desconsideración de la experticia y en la mirada superficial y simplista del tema por parte de los medios de comunicación.

Se torna entonces frecuente que la opinión pública desencadene respuestas inmediatas por parte de los agentes ejecutores a fin de lograr las respuestas legislativas necesarias para componer el desajuste social. Sin embargo, muchas veces la visión simplista de la realidad otorgada por los medios de comunicación y respaldada por el desconocimiento del vulgo, termina reemplazando a los criterios de los agentes de presión expertos o deformando los de los agentes de presión directos, lo cual provoca el declive de los requerimientos y filtros necesarios para asegurar que la respuesta jurídico penal se enmarque en el análisis y reflexión necesaria de los problemas sociales. Por lo cual, solo el correcto estudio y observación del desajuste social evitará la contradicción que puede surgir gracias a una visión simplista y superficial otorgada por los medios y otorgar así una auténtica intervención legislativa penal capaz de componer la disfunción social que motivó todo el proceso.

Durante esta fase final, se puede decir que todos los agentes de presión se convierten en un solo grupo, toda vez que puesto de manifiesto el desajuste social, tienen que aunar sus criterios a fin de ofrecer una propuesta tangible que llegue a manos de un agente ejecutor, generalmente representado por un actor legislativo que plasma dicha propuesta en un proyecto de ley que ajuste el concepto a lo que la opinión pública considera como acertado.

La etapa pre-legislativa por tanto concluye con la apropiación de los proyectos por parte de los agentes ejecutores. Es necesario destacar que en esta fase final el manejo de intereses políticos es innegable, más la intervención de dichos agentes se torna imprescindible pues son los únicos agentes sociales institucionalizados con poder decisorio legislativo, por tanto se constituyen como brazo ejecutor de las propuestas formuladas.

Incidencia de la Fase Prelegislativa en Ecuador

Hemos detallado de una forma muy sucinta en qué consiste la fase prelegislativa y a través de ese breve análisis hemos podido observar la forma en la que la correcta determinación de una disfunción social influye en la creación de figuras penales. A continuación tomaremos un ejemplo de nuestra legislación y analizaremos lo ocurrido con las figuras incorporadas recientemente en el nuevo cuerpo normativo penal.

El Código Orgánico Integral Penal está constituido por setecientos treinta (730) artículos dentro de los cuales se incorporan alrededor de setenta y siete (77) nuevos tipos penales. De ellos, muchos resaltan por su gran carga *simbólica* y por un uso *ventajista* de la norma. Sicariato, enriquecimiento ilícito no justificado, no afiliación al seguro social, femicidio, pánico económico, pánico financiero, reemplazo de identificación de equipos terminales móviles o interceptación ilegal de datos son algunos de los tantos ejemplo que podemos dar de nuevas figuras incluidas en un uso prosaico y oportunista -en cierta medida- del derecho penal en el nuevo Código. La carencia de racionalidad y objetividad de muchas de ellas se pueden observar mediante el estudio de las mismas en su fase prelegislativa

Tomemos un ejemplo. La normativa penal en su artículo ciento cuarenta y uno (141) tipifica el delito de femicidio de la siguiente forma:

“Art. 141.- Femicidio.- La persona que, como resultado de relaciones de poder manifestadas en cualquier tipo de violencia, dé muerte a una mujer por el hecho de serlo o por su condición de género, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.”

Hasta la actualidad, la Real Academia Española no reconoce la existencia de las palabras “femicidio” o “feminicidio”¹¹. Esto sucede ya que se tratan de *extranjerismos* adaptados a la lengua española a partir del idioma inglés. En efecto, fue la doctrina norteamericana la primera en manejar dichos conceptos (“Gendecide”, “Femicide”) ocasionando que los mismos carezcan de una definición propia en el idioma castellano y por tanto siendo considerados para algunos estudiosos sobre el tema, como nociones que se hallan aún en *construcción*¹².

Efectivamente, en el año 1992, posterior a la edición de su libro, “*Femicide: The Politics of Woman Killing*” las autoras Jill Ratford y Diana Russell, pioneras en el uso del término “*femicide*” (*femicidio*), proceden a establecer una clasificación del mismo, otorgándole así tres tipos o clases en relación al autor, relación y forma

-
- 11 Si bien ambos términos en un inicio tuvieron similar significado, el uso de la palabra “feminicidio” tuvo un carácter restringido a los ámbitos políticos y académicos feministas. Sin embargo la diversificación de la ciencia penal, de manera especial en países como España, logró establecer diferencias entre ambos. Así el *femicidio* es un homicidio simple hacia la mujer. En cambio, el *feminicidio*, para la doctrina española, es el homicidio de una mujer por su condición de género. Ver. RODRIGUEZ MORENO, Felipe, *Sentencia reabre debate de femicidio o feminicidio*, Diario “El Telégrafo”, 12 de Septiembre de 2013.
- 12 Muestra de ello es el criterio emitido por las sociólogas Anna Carcedo y Montserrat Sargot quienes en su estudio “*Cuando la violencia contra las mujeres mata: Femicidio en Costa Rica, 1990-1999*” reflexionan al respecto y establecen la necesidad de seguir construyendo el concepto de femicidio como expresión extrema de la violencia de género.

de la ejecución del delito: íntimo, no íntimo y por conexión. A partir de la obra de Ratford y Rusell es que la doctrina empieza a desarrollar aún más los conceptos y se empiezan a conocer por el mundo. Así, el primer análisis en el país, fue realizado en la ciudad de Quito por las autoras Lola Valladares y Enma Ortega, quienes en el año 2007, luego de recoger información sobre muertes por violencia de género en varios medios de comunicación y posteriormente contrastarlos con los protocolos de autopsias y expedientes de la Policía Judicial llegaron a determinar que entre los años 2000 al 2006 existieron alrededor de 204 homicidios de mujeres en la ciudad, de los cuales 82 (41%) encajaban en el concepto de femicidio, y de estos un 50% de tipo no íntimo, un 43% íntimos y un 7% por conexión¹³.

Así, durante la primera década del siglo XXI, fueron pocos los agentes de presión que exigían que la conducta denominada como femicidio sea tipificada y codificada en el cuerpo penal vigente a la época. Muestra de ello son los estudios del Arq. Fernando Carrión, quien fue uno de los primeros en hablar sobre el tema en el año 2009, estableciendo un concepto claro de femicidio ("*homicidio agravado de una mujer por su condición de mujer y donde el Estado actúa permisivamente convirtiéndose en un delito de Lesa Humanidad*¹⁴") y exigiendo mediante el mismo, que el Estado tome medidas a favor de la seguridad de las mujeres, ya que determinaba que el femicidio no es parte de la violencia de género sino una consecuencia extrema de ésta. A la voz de Carrión, se unió la autora Jenny Pontón en el mismo año, haciendo un análisis aún más detallado del tema.¹⁵

A los estudios realizados tanto por Pontón como por Carrión, se los puede encasillar como *portavoces* de los grupos de presión expertos, quienes, al tiempo de sus investigaciones no tuvieron éxito, no porque dicha propuesta no fuera buena sino porque al tiempo en que se desarrollaron, tanto la sociedad así como los agentes ejecutores parlamentarios de aquel entonces no la consideraron como una disfunción social grave que merecía una respuesta jurídica urgente.

Sin embargo el 20 de febrero de 2013 ocurrió un hecho muy puntual que marcó un antes y un después sobre el tema en Ecuador. Una joven quiteña de 20 años de edad, desaparece después de haber pasado la mayor parte de la tarde y noche en una fiesta al norte de Quito. Siete días después, su cuerpo es hallado en las afueras de la ciudad con signos de haber sufrido violencia física y sexual. El giro causal que toma al caso, al ser sus supuestos amigos los presuntos autores del crimen,

13 Cfr. PONTÓN CEVALLOS, Jenny, *Femicidio en el Ecuador: Realidad Latente e Ignorada*, FLACSO, Quito, 2009.

14 CARRIÓN Fernando, *Femicidio, un asunto exclusivo de mujeres*, Ciudad Segura, FLACSO, Quito, 2009.

15 PONTÓN CEVALLOS, Jenny, Ob. Cit.

despiertan la atención de la opinión pública y con ello el interés de los medios de comunicación.

Como podemos notar, si bien existían propuestas en las que se exigía la consideración del femicidio en el ley penal de ese entonces, la iniciativa estuvo fuera de la agenda política por un buen tiempo hasta que gracias al caso de la joven, tuvo una enorme cobertura mediática. Durante el tiempo que estuvo desaparecida (cerca de una semana), el papel que jugaron tanto medios de comunicación como redes sociales al actuar como agentes de presión potenciaron la atención de varios sectores sociales al punto de que a los pocos días agentes ejecutores se apersonaron del caso y empezaron a hablar de una “*propuesta de ley que tipifique la violencia de género y el delito de femicidio*”¹⁶. Por otra parte, se pudo notar de forma clara el manejo emocional que se dio del tema gracias a la irrupción de los medios de comunicación y la solidaridad del vulgo, al centrar la atención social en la identificación del público con las cualidades de la joven y su familia (joven estudiante de 20 años, trabajadora e hija de una típica familia de clase media) y enfocar la ira sobre los presuntos responsables (jóvenes de entre 20 y 25 años, hijos de familias desintegradas, que actuaron bajo los efectos del alcohol y de las drogas).

Como se puede evidenciar la propuesta no fue objeto de análisis de expertos en el tema, peor aún de juristas o profesionales de ramas afines. Muestra de ello es que se obviaron detalles importantísimos tales como que el delito de femicidio al ser un subtipo de genocidio ya se encontraba tipificado en nuestra legislación desde el año 2009 y que el manejo *simbólico* que se dio del mismo, no ocasionaba sino un pleonasma normativo. De ahí que a nuestro criterio, si bien fue una medida adoptada en pos de producir efectos simbólicos tales como visibilizar la violencia de género, la misma no se configura sino como un uso ventajista del derecho penal por parte de actores parlamentarios con el fin de congraciarse con sectores sociales. Este hecho queda al descubierto con la carencia de criterios de racionalidad para su inclusión y por ello revela a una propuesta puramente emocional carente de respetabilidad en el ámbito científico jurídico.

Este ejemplo es uno de tantos que se podría exponer sobre el manejo emocional que se ha dado sobre varias figuras incorporadas en el nuevo código y por lo cual resalta la importancia que se debió haber dado al debido análisis de las disfunciones de las cuales se originaron y que fueron objeto de la fase prelegislativa.

16 Al respecto se puede hallar un sinnúmero de notas periodísticas entre las cuales resalta la publicada en el diario La Hora con fecha 11 de Abril de 2013 y que se puede encontrar en el siguiente link <http://www.lahora.com.ec/index.php/noticias/show/1101491330#.VBognPI5OSo>

Conclusiones

La “evolución” o más bien *involución* penal legislativa del Ecuador, se manifiesta de una forma grave en la pérdida de la influencia experta en la fase prelegislativa, constituyendo un serio retroceso frente a los avances notados en otras legislaciones que a diferencia de la nuestra, buscan incrementar la racionalidad de las normas que integran los cuerpos en los que se plasman las decisiones legislativas.

Actualmente estamos sometidos a un manejo superficial, simplista y parcializado de los desajustes sociales lo cual provoca una visión sesgada de las respuestas que el subsistema penal debe dar a dichas disfunciones. Si bien anteriormente existía un predominio de los criterios expertos ante las disfunciones sociales y como consecuencia de ello, una ausencia de interés por parte de los medios de comunicación y una casi nula actividad de los grupos de presión, el aumento de las tasas de criminalidad y de los índices de violencia han ocasionado que la sociedad actual, haya desconfiado de los criterios expertos al considerarlos ineficaces y haya revalorizado los criterios emocionales-vulgares al tener una respuesta inmediata por parte de los mismos. La aceptación de los medios de comunicación y del vulgo como agentes de presión, involucra el renunciamiento implícito a la profundización de las propuestas legislativas así como de niveles superiores de racionalidad legislativa.

Estos fenómenos, sumados al manejo político populista del aparato legislativo han ocasionado la creación de figuras simbólicas basadas en propuestas emocionales y carentes de respetabilidad jurídico-científica. Así, los poderes públicos han hecho un uso ventajista de los problemas sociales configurados como conductas punibles para desviar la atención social de asuntos de importancia general no penal.

Por otra parte, el miedo al delito que los medios de comunicación se han encargado de difundir por medio de espacios sensacionalistas y de crónica roja, han causado una modificación de la conducta de la sociedad ecuatoriana manifestada en la exigencia de un mayor intervencionismo penal y que ha quedado demostrado en las normas regulatorias que integran el Código Orgánico Integral Penal.

Se evidencia así mismo la aparición de medidas duras y emergentes, carentes de racionalidad y proporcionalidad orientadas a crear una confianza ciega sobre las actuaciones de los poderes públicos, al considerarlos como los únicos capaces de influir en la realidad social (nótese la injerencia del Consejo de la Judicatura en las decisiones judiciales bajo el concepto de “controles disciplinarios”).

Vistos todos los hechos antes detallados, hoy en día la única solución radica en retomar la importancia de la reflexión y el análisis de los problemas sociales

y encaminarlos bajo criterios de racionalidad a fin de hallar la respuesta jurídica precisa que permita su composición. La necesidad de filtros para determinar si un desajuste social es real y no aparente se muestra como imperiosa. Recordemos que en materia penal cuanto más precisa sea una norma, menor presión popular existirá para su modificación.

Así mismo la necesidad de retomar los criterios expertos durante la creación de norma, requiere de mayor participación por parte de juristas y no de improvisados, por ello no resulta descabellada la idea de la existencia de un cuerpo colegiado cuyas opiniones y criterios en el ámbito jurídico penal y de política criminal sean vinculantes. Solo de esta forma se obtendrá la tan anhelada revalorización de la legitimación científico- social de una auténtica respuesta a un problema social que haga frente a la mirada superficial y simplista otorgada por los criterios emocionales y que otorgará respetabilidad científico-jurídica a una norma.

Si bien no se puede asegurar la entera racionalidad de un cuerpo normativo, la toma consiente de las medidas planteadas y de la atención necesaria en la fase prelegislativa, garantizará un significativo avance en materia penal legislativa y evitará que los cuerpos normativos sean corregidos una y otra vez, ocasionando graves perjuicios en la administración de justicia. Por lo demás “*quod ab initium vitiosum est tractu tempore convalescere non potest*”¹⁷.

Bibliografía

- ATIENZA, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*, Pamplona, Ed. Civitas, 1997
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilicitos Atípicos*, Madrid, Ed. Trotta, 2006
- CARCEDO, Ana y SARGOT, Montserrat, *Cuando la violencia contra las mujeres mata: Femicidio en Costa Rica 1990-1999*, San José, Costa Rica, Organización Panamericana de la Salud (OPS), 2000.
- CARRIÓN Fernando, *Femicidio, un asunto exclusivo de mujeres*, Ciudad Segura, FLACSO, Quito, 2009.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *El Derecho Penal Simbólico y los Efectos de la Pena*, México, Revista Actualidad Penal, 2001
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La Racionalidad de las Leyes Penales*, Madrid, Ed. Trotta, 2013
- PONTÓN CEVALLOS, Jenny, *Femicidio en el Ecuador: Realidad Latente e*

17 “*Aquello que es defectuoso desde el principio, no se puede corregir con el paso del tiempo.*” Antigua máxima latina.

Ignorada, FLACSO, Quito, 2009.

RODRIGUEZ MORENO, Felipe, *La Expansión del Derecho Penal Simbólico*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos, 2013

RODRIGUEZ MORENO, Felipe, *Sentencia reabre debate de femicidio o feminicidio*, Diario "El Telégrafo", 12 de Septiembre de 2013

RUSSELL, Diana y RADFORD, Jill, *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York, Twayne Publishers, 1992.

Libertad y Castigo: Reencuentro con Césare Beccaria

Cristian León Ortiz¹

CÉSARE BECCARIA: EL HOMBRE Y EL VISIONARIO

El reencuentro que podría provocarnos el Marqués de Beccaria más allá del simple encuentro con el hombre, nos permite comprender a la ciencia penal en su airoso paso en la historia. Nos permite entender el pensamiento jurídico penal desde el quiebre y desde la partida. Desde un mismo punto en que la historia deja de ser historia para pasar a formar parte de ella. Y es que Beccaria no se reduce a las elementales barreras del tiempo y del espacio -y a las que sucumben las simples almas de los simples hombres-, el Marqués mantiene su presencia aún en la coyuntura técnico-legislativa que la tipificación de las infracciones penales genera en la casona legislativa; aún respira el mismo aire que siglos atrás respiraba el profesor Enrico Ferri y que respiran los profesores y didactas del litigio penal; y continua presente en las laceradas paredes que la “rehabilitación social” de cautivos y reos se ha mantenido oculta tras formulaciones de una supuesta “mínima intervención penal”. Beccaria sigue y continúa presente en la afamada y vieja Europa de Zaffaroni, y en la América a la que no ganó, pero que no por ello dejó de influenciar.

Trastocar el pensamiento de Beccaria es asimilar en ello principios tan clásicos, pero tan actuales que aún permanecen con nosotros; y cuya doble fundamentación de simplicidad y complejidad deben ser aprehendidas con minucioso cuidado. De manera que sean tan complejas que sólo deban ser tratadas por verdaderos especialistas que lleven experticia en el manejo de la ciencia penal. Pero lleguen a ser tan simples que el común de los ciudadanos asimile el contenido, fundamento y límites del *Ius Puniendi* del Estado. Es debatir en el campo jurídico-político de la coacción y la legitimación. Del poder y del límite, de la libertad y el castigo.

El Marqués de Beccaria fue un verdadero adelantado en cuanto a las elaboraciones de la conceptualización del Derecho Penal. Sus argumentaciones siguen cobrando aún efervescencia en autores cercanos a nuestros tiempos. Y es que esos leves pero fundamentales principios fueron piezas claves en la construcción de un derecho

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (2015).

penal razonable y proporcionado. Claus Roxin, por ejemplo, no deja de lado las ideas de Beccaria, de un Estado de Derecho que *debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal*. Así Roxin considera que *el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado*². Luigi Ferrajoli es otro quien reconoce la trascendencia del pensamiento del Marqués, en su Obra *Derecho y Razón*, hace un análisis de la Teoría del Garantismo Penal y establece que *los principios sobre los que se funda el modelo garantista clásico -la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia- en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal*³. Tradición a la que justamente pertenece Beccaria, y de la cual extraeremos ciertos puntos importantes.

El Sistema Penal Beccariano: de la necesidad y de la mínima intervención penal

Beccaria es sin lugar a dudas un hito, un antes y un después en el progresivo desenvolvimiento que marca la estructuración de la filosofía del derecho penal en la historia. Su pensamiento movido por distintos elementos que van marcando y moldeando una nueva línea de pensamiento racional son justamente elementos que formarían siglos después teorías y convicciones modernas acerca de un Derecho Penal Mínimo, Garantista y Limitado. El Marqués de Beccaria es, en sus tiempos y en los nuestros, el verdadero intelectual de lucha de pluma y de tinta que movido por la criticidad de un esquema jurídico irracional y arbitrario plantea lineamientos que el Derecho Penal Moderno los recogería más tarde. Es en suma quien engendra los primeros lineamientos del Derecho Penal Mínimo y de la limitación punitiva del Estado.

El sistema que genera el Marqués de Beccaria en su Obra *De los delitos y las penas* parte de la interpretación sociológica de las instituciones y de los hombres relacionados con la ciencia penal, y frente a los cuales Beccaria es eminentemente crítico. Pero además de ello la fantástica obra de Césare Beccaria presenta elementos, ideas y propuestas propias de una visión del Derecho Penal liberal y humanista, como bien nos lo advirtió el profesor italiano Ferrajoli.

2 ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Traducción Diego Manuel Luzón Peña y otros. Civitas. Madrid. 1997. Página 137.

3 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1995. Página 33.

Beccaria parte de la arbitrariedad del manejo del sistema penal. Un sistema penal en que arbitrarias leyes surgen para gobernar arbitrarios juicios que sacrifican la suerte de la misma víctima, de la realización de la justicia y el castigo de las actuaciones delictivas por la crueldad pública y las fermentaciones de las pasiones populares. El error de las leyes penales surge para Beccaria de las pasiones populares que amotinan y convierten los intereses públicos en intereses de tiranos; y que hacen del sistema penal un sistema de la fuerza oscura y misteriosa, y no un sistema de la razón clara y tranquila⁴.

Beccaria es un crítico y un contrincante activo de la arbitrariedad del sistema penal, y frente a este propone la reducción de la intervención penal (de las leyes penales) a lo estrictamente necesario. Beccaria es quien consolida en las líneas de sus argumentaciones el principio de mínima intervención penal. Y es que señala que en el depósito que tiene el Soberano de velar por la seguridad de la salud pública de las inmorales usurpaciones, debe condicionar su derecho para castigar sus delitos sobre la necesidad de defender este depósito. En el Capítulo II de su Obra *De los delitos y las penas* manifiesta:

*Toda pena (dice el gran Montesquieu) que no se deriva de la absoluta necesidad, es tiránica. Proposición que puede hacerse más general de esta manera: todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico*⁵.

El principio de mínima intervención, construido por Beccaria, es una de las respuestas más claras y notorias que hace el liberalismo contra los regímenes monárquicos acumuladores de poder y ejecutores de brutalidad punitiva y castigo. Césare Beccaria en su obra *De los delitos y las penas*, como bien ha quedado señalado, es quien perfila la construcción de los pilares de un sistema penal justo, garantista y limitado, a partir de la denominada humanización del Derecho Penal Moderno, el reconocimiento de la dignidad humana y la igualdad en un debido proceso.

Córdoba Roda ha coincidido en la importancia del *minimalismo* del Derecho Penal, cuya intervención sea legitimada sólo en aquellos casos en los que otras ramas del Derecho hayan carecido de efectividad en la protección de un bien jurídico fundamental:

La ciencia penal (...) proclama desde decenios el principio conforme el cual sólo debe recurrirse al Derecho Penal en los casos en los que el mismo sea

4 BECCARIA, Césare. *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial Heliasta Argentina. 1993. Página 79.

5 *Ibíd.* Página 60.

*absolutamente necesario para la protección de bienes jurídicos frente a los ataques más intensos de los que pueden ser objeto. Ello comporta, además la exigencia de que las normas penales se encuadren dentro del ordenamiento jurídico conforme a un sistema debidamente coordinado en el que las sanciones penales representan el último e inevitable recurso a que acude el Estado*⁶.

Muñoz Conde ha considerado que la intervención mínima perfilada por Beccaria más allá de la estricta observancia de la necesidad de la intervención punitiva, trae consigo una constante advertencia, la de la peligrosidad de la herramienta punitiva. César Beccaria señala que la herramienta punitiva es siempre una herramienta terrible que debe ser sometida y ceñida a la necesidad de la intervención. Beccaria es un hombre completamente visionario y crítico, sabe bien el terrible juego que ocasionaría el violento ejercicio de un poder arbitrario y desmedido de castigo, y es que lo vivió cara a cara. Y es que el pensamiento de Beccaria es un pensamiento que se niega a dejarnos.

El principio de mínima intervención llega a ser trascendental en el cumplimiento de las finalidades del Derecho Penal, tanto así que Jiménez de Asúa reconoce al Derecho Penal como el *conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan y limitan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado*⁷, o las aseveraciones de Berner y Brusa que consideran que el Derecho Penal *es la ciencia que funda, determina y limita el ejercicio del poder punitivo del Estado*⁸. Las legislaciones modernas de los Estados no han obviado en el desconocimiento del principio de mínima intervención y necesidad de la actuación penal. Ecuador no es la excepción, tanto así que el artículo tres del Código Orgánico Integral Penal dispone que *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* (el subrayado me pertenece).

No obstante, el principio de necesidad y mínima intervención no se reduce a las meras declaraciones que puede hacer el ordenamiento jurídico o las elaboraciones de la doctrina penal. Es un principio activo del Derecho Penal que plantea una respuesta negativa y una postura contraria a las intenciones de la cada vez mayor tipificación de conductas como delitos, el populismo penal y la expansión del poder punitivo del Estado. El principio de mínima intervención procura ser:

6 CÓRDOBA, Juan. *Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima*. La Ley. N°3. 1996, Página 1333.

7 JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Segunda Edición. Buenos Aires. 1956. Editorial Losada S.A. Página 31.

8 Ídem. Página 30.

Guardián del especialísimo tratamiento que debe darse a una conducta que ingrese al campo punitivo, evitando que cualquier conducta ingrese a la esfera penal. (*Reduce la actividad del Derecho Penal a la estrictamente necesaria*).

Garantiza la correcta determinación del peso y prioridad que de cada derecho hace el legislador, y en caso de vulneración, determina el grado de alarma social provocado y el tratamiento de la conducta delictiva. (*Permite la generación de una Política Penal mediante juicios de ponderación del peso del derecho y del impacto delictivo que una vulneración a este produciría*).

Como consecuencia del supuesto a. al evitar que cualquier conducta ingrese a la esfera penal, el principio de mínima intervención *procura la no intromisión del Estado en la vida ciudadana, y por tanto evita una peligrosa expansión del poder punitivo del Estado*.

Como consecuencia de la necesidad de la intervención penal que pondera el legislador, procura que la intervención encuentre legitimación en la ley penal emanada del órgano legislativo. (*Enfatiza el principio de legalidad estricta*).

Los niveles de acción del Derecho Penal Beccariano

Césare Beccaria centra su atención en el órgano legislativo y las atribuciones que relacionado con este (y con la actuación del poder punitivo) debe ejecutar. Es Beccaria para muchos autores y tratadistas quien hace un análisis minucioso del primer nivel de acción del Derecho Penal o Nivel Abstracto. De ahí que para analizar las argumentaciones beccarianas debemos elaborar ciertos señalamientos en cuanto a los Niveles de Acción del Derecho Penal. El desenvolvimiento del Derecho Penal Moderno, como una ciencia técnico-jurídica que trata de limitar el *Ius Puniendi* del Estado, basa su actuación en una serie de esferas y niveles de acción que permiten entender de forma clara la operativización del ejercicio del poder de castigar estatal. La noción de niveles de acción del Derecho Penal permite entender la funcionalidad del Derecho Penal en la lógica de la adecuación de una conducta humana al tipo penal, en el sometimiento a un proceso penal debido, y en la imposición de una pena o medida de aseguramiento.

Construcción didáctico-científica que permite que los estudiosos, tratadistas del derecho y operadores de justicia logren aprehender la institucionalidad de la ciencia penal y su ejercicio frente a la acción delictiva. Construcción que nace del pensamiento mismo de nuestro inspirador, Césare Beccaria. La noción de los niveles de acción del Derecho Penal, más allá de la operativización que nos ofrece, reiteran un punto fundamental que influenciaba en gran medida al Marqués de Beccaria, la separación de funciones. Y es que la distinción de los tres niveles

de acción del Derecho Penal Moderno responde al ejercicio de atribuciones y facultades de órganos de una determinada función del Estado. De ahí que el Derecho Penal, como una ciencia técnico-jurídica que tienda a limitar el poder de castigar conferido al Estado, sea sólo efectivo en sociedades democráticas, en que el sistema de pesos y contrapesos y la eficaz asignación de funciones, roles y tareas del Estado mantengan una propia e independiente vía. Así, el Derecho Penal Moderno de construcción y aplicación técnica sólo existe en sociedades democráticas en las que es considerado como una herramienta limitante para el Estado, y no como una herramienta de opresión con el ciudadano.

En el Capítulo II de la Obra *De los delitos y las penas* se señala que la autoridad para decretar las penas de los delitos puede residir únicamente en el legislador, por cuanto es quien *representa toda la sociedad unida por el contrato social*⁹. Beccaria es enfático en la necesidad de la separación de funciones y en la generación de espacios de acción dentro del Derecho Penal para cada una de estas. Así establece:

El Soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la Nación se dividiría en dos partes: una representada por el Soberano, que afirma la violación, y otra del acusado, que la niega (...). Es, pues, necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables, y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares¹⁰.

Esta es una característica del pensamiento de Césare Beccaria que justamente surge a la sombra de la separación de funciones de Montesquieu, y del contrato social de Rousseau (de ahí que su línea de pensamiento penal pertenezca al Derecho Penal Liberal). La separación de las funciones es uno de los presupuestos más importantes del ejercicio penal, y es que en palabras de Montesquieu es el más terrible y odioso de los poderes la potestad de juzgar y castigar, más aún cuando es ejercido de forma violenta, concentrada, arbitraria y directa sobre el ciudadano.

La política legislativa de la limitación punitiva

Como bien se ha establecido, Beccaria es en latos términos el padre del Primer Nivel de Acción del Derecho Penal, y uno de los primeros gestores de la Política Legislativa Penal Moderna. En su magistral Obra *De los delitos y las penas* enfatiza todo su esfuerzo en el Primer Nivel de Acción del Derecho Penal o Nivel Abstracto, y

9 BECCARIA, Césare. *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial Heliasta Argentina. 1993. Página 61.

10 *Ibíd.* Página 62.

en específico en los caracteres formales y sustanciales que la ley penal debe reunir en el ejercicio del poder punitivo del Estado. He acentuado el propósito de este ensayo en la ubicuidad del pensamiento de Césare Beccaria en los rasgos de la mínima intervención penal y en la necesidad de la limitación del *Ius Puniendi* del Estado, además de rescatar la importancia influencia y trascendencia del pensamiento del Marqués. A partir de este apartado he de concentrar mi esfuerzo en tomar en consideración aquellos argumentos beccarianos relacionados con la Política Legislativa que tiendan a limitar el derecho de castigar desde el orden legislativo.

Alessandro Baratta en su Obra *Principios de Derecho Penal Mínimo* establece que el sistema punitivo está dominado por el principio de la mínima intervención penal que junto con el principio de oportunidad determinan el *minimalismo penal* por el que puede optar un Estado. La mínima intervención penal contiene principios infrasistemáticos que operativizan la limitación del poder punitivo del Estado y que pueden ser agrupados en principios de limitación formal; principios de limitación funcional; y principios de limitación personal o de limitación de la responsabilidad penal. Ha de concentrarse nuestro interés, bajo la lógica del primer nivel de acción del Derecho Penal, en los principios de la limitación formal.

Principio de legalidad en sentido estricto

La función punitiva y el ejercicio punitivo dentro de un sistema penal deben identificarse conforme al área de aplicación del derecho penal, pero además deben ubicarse en el ámbito y bajo el control de la ley. Imponiendo *limitar el ejercicio de la función punitiva sólo a las acciones previstas por la ley como delitos: nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine. Excluyendo, particularmente, la posibilidad de introducir penas en el ámbito de cualquiera de los poderes del Estado que no sea legislativo*¹¹.

Césare Beccaria es quien establece la necesidad de una ley previa, a fin de obstaculizar la arbitrariedad en el juzgamiento de las acciones delictivas de los hombres. La ley previa es el primer límite formal que el sistema penal genera para condicionar la actuación del poder punitivo estatal. No obstante el Marqués va más allá en su interés sobre el principio de legalidad en sentido estricto, y llega a aterrizar en cuestiones mucho más prácticas y propias del segundo nivel de acción del derecho penal, del proceso en sí mismo. Considerando así que la interpretación de las leyes ha de contener consigo un silogismo perfecto que le permita al juez tener la certeza y convicción suficiente de la adecuación de la persona a la conducta penalmente relevante. Así Beccaria señala que:

¹¹ *Ibidem*. Página 305.

En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondrase como mayor la ley general; por menor la acción, conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre. No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común, que propone por necesario consultar el espíritu de la ley¹².

Principio de Simplicidad de las Leyes Penales

En los primeros párrafos de este ensayo he enfatizado la afirmación del doble principio de complejidad y simplicidad de las leyes penales. Los requerimientos del sistema penal cada vez más dinámico requieren de complejidad en cuanto al manejo técnico que realicen los operadores de justicia de la acción penal. Pero a su vez requieren de simplicidad en cuanto a sus leyes penales para que el común de los ciudadanos llegue a captar con certeza las circunstancias que motivarían que una de sus conductas ingrese o no al campo punitivo del Estado. César Beccaria traduce el principio de simplicidad de las leyes penales bajo el argumento de la prohibición de la oscuridad de las leyes. La oscuridad de las leyes es una manifestación que arrastra consigo la errónea interpretación de la ley; como una verdadera especie de ley escrita en lengua extranjera para un pueblo ajeno. Beccaria asimila el principio de simplicidad de las leyes como un supuesto formal de la prevención de la acción delictiva. Enfatiza que *cuanto mayor fuere el número de los que entendiesen y tuviesen entre las manos el sacrocódice de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos; porque no hay duda que la ignorancia y la incertidumbre ayudan la elocuencia de las pasiones¹³.*

El principio de simplicidad de las leyes penales es de absoluta importancia en la técnica legislativa penal. Exige que la ley penal alcance certeza por su sólo texto, es decir que produzca en el intérprete el pleno entendimiento de la conducta por la sola interpretación gramatical¹⁴ de la ley. De manera que se evite la generación de tipos penales abiertos o en blanco que abran paso a la discrecionalidad de la autoridad o a la remisión a otros cuerpos legales del ordenamiento jurídico. Y es que la interpretación del tipo penal a la luz de la interpretación gramatical hace que el tipo penal se baste por sí solo¹⁵.

12 Ibidem. Página 63.

13 Ibidem. Página 67.

14 El Artículo 13 numeral 2 el Código Orgánico Integral Penal establece que los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de las normas.

15 El tipo penal debe contener la tipificación de una conducta con una redacción sencilla y entendible que se baste así misma, y que contengan en sí misma la acción u omisión y sus caracteres o circunstancias complementarias y la pena.

Principio de Proporcionalidad de los Delitos y las Penas (Abstracta y Concreta)

El principio de proporcionalidad de enorme interés para Beccaria, tanto así que le otorga un Capítulo completo de análisis, ha sido objeto de investigación histórica por tratadistas de la ciencia penal. Y es que el principio de proporcionalidad, denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionalidad, proporcionalidad de medios, o proporcionalidad de la injerencia¹⁶ trae consigo la vigencia del Estado de derecho, la estricta efectivización del principio de sometimiento a la ley, y la prohibición de la generación de expansiones e injerencias del poder punitivo en la vida de los hombres. El principio de proporcionalidad es entendido por Césare Beccaria como un requerimiento del sistema penal que sirva como garantía para los hombres. Como garantía de la proporcionalidad entre los delitos y las penas; y como garantía de la proporcionalidad de las penas.

Beccaria señalaba que *no sólo es de interés común que no se cometan delitos, sino que además sus penas sean a proporción del daño que causan en la sociedad. (...) Debiendo por esto haber una proporción entre los delitos y las penas*¹⁷. El argumento del Marqués es interesante. Como primer supuesto de la teoría beccariana la pena vendría a ser la exacta y simétrica ecuación del delito en el potenciado y dañoso impacto que produce en la sociedad. Dicho de otra forma $p = d'$. Pero Beccaria añade el segundo supuesto el requerimiento de un sistema penal que efectivice la proporcionalidad de la pena.

Al respecto de la proporcionalidad de la pena, el Marqués señala que la pena debe ser *necesaria e infalible*. El término de necesaria *se refiere, de forma fundamental, a la fase de conminación penal, aunque en la actualidad también afecta a la fase de aplicación de la ley, indicando que la pena no ha de ir más allá de lo que es necesario para cumplir un fin. El termino infalibilidad se refiere a que en la fase de ejecución de las penas hay que asegurar que las que se han impuesto se cumplan efectivamente*¹⁸. La proporcionalidad de la pena¹⁹, en suma, hace referencia a la racionalidad de la pena frente a la irracionalidad de la acción delictiva. Si recurrimos nuevamente al sistema de ecuaciones el panorama de simetría cambiaría. Así resultaría de la ecuación simétrica de la certeza de la adecuación del delito sometida/ceñida a la

16 YENISSEY, Ivonne. *La Proporcionalidad de las Penas*. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Página 85.

17 *Ibidem*. Página 68.

18 YENISSEY, Ivonne. *La Proporcionalidad de las Penas*. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid. Página 86.

19 La proporcionalidad de la pena como una retribución determina que el costo de la pena (suspensión de derechos) debe ser igual al grado de lesión. $p (c = l)$.

estricta sujeción a la ley, y a la efectiva ejecución de la sanción. Dicho de otra forma

$$p_1 = [(c/p)] * e$$

El principio de proporcionalidad que nos otorga Beccaria, como se ha señalado, es analizado desde dos enfoques: proporcionalidad entre los delitos y las penas, y la proporcionalidad de las penas. Desde estos dos enfoques Beccaria cuidadosamente trata la acción penal desde la generación de la conducta penalmente relevante hasta la ejecución de las penas. De ahí que las dos fórmulas establecidas en los párrafos anteriores deban ser fragmentadas para entender toda la operativización de la proporcionalidad en la ciencia penal.

$p = d'$ La primera fórmula se concentra en el Primer Nivel de Acción del Derecho Penal, la tipificación de las conductas penalmente relevantes que hace el legislador. "p" equivale a la pena como sanción de un delito. Delito "d" que ha perturbado el depósito de la salud pública encomendada al Estado y que daña de tal forma la convivencia social (produciendo un impacto negativo "i") que legitima la acción punitiva. Delito "d" y pena "p" contenidos en una ley "L" bajo el principio de estricta legalidad. Así $L (p = d')$

Esta es la *proporcionalidad abstracta*. El legislador crea un tipo penal, otorga un supuesto de hecho y una sanción contenida en una regla de derecho penal, que bajo la necesidad "n" y la mínima intervención podría legitimarse en un caso concreto si las demás ramas del derecho resultan ineficaces.

$p_1 = [(c/p)] * e$ La segunda fórmula se refiere al segundo Nivel de Acción del Derecho Penal. Es decir entiéndase si y solo si la acción u omisión delictiva "d" que ha provocado tal daño "i" a la sociedad, y que ha ingresado al campo penal, es decir ha cumplido los supuestos de la primera fórmula, puede ingresar a un proceso "p₁".

Si $L (p = d')$ no legitímese p₁ (Supuesto de la secuencialidad de los niveles de acción del Derecho Penal).

En el proceso penal "p₁" ha de considerarse la certeza de la adecuación de la conducta del sujeto al delito "c". Certeza que ha de estar ceñida a los presupuestos de la primera fórmula "p". Hasta aquí el juzgador debe llegar a tener los elementos de convicción suficientes y la certeza necesaria del cometimiento del delito y de la responsabilidad del delincuente que le permitan imponer una sanción. Bajo la aplicación de la proporcionalidad consideremos que es proporcional (dicho de otra forma es racional o es razonable) imponer una pena a quien ha cometido un delito -con la intencionalidad de querer hacerlo y con el conocimiento suficiente de que la acción u omisión es una conducta penalmente relevante-.

El Tercer Nivel de Acción del Derecho Penal se hace presente en la última

parte de la segunda fórmula y a la luz de la infalibilidad de la pena. “[(c / p)]” se refiere al proceso penal que ha concluido con la imposición de la pena. “e” se refiere a la comprobación estricta del cumplimiento de la pena impuesta por el juzgador y establecida por el órgano legislativo en una ley penal. “e” se refiere al Nivel ejecutivo de la pena con la que concluye el movimiento del aparataje punitivo del Estado. Esta es la *proporcionalidad concreta*.

Dicho de otra forma si es el Estado depositario de la salud pública, y son los hombres quienes por la efervescencia de sus pasiones populares podrían perturbar la salud pública y la convivencia pacífica. Considérese:

$n = (\text{necesidad})$

$L = (\text{legalidad})$

$n (d)$ Necesidad de los Delitos \rightarrow Mínima Intervención Penal

$n (p)$ Necesidad de las Penas \rightarrow Mínima Intervención Penal

$L (p = d')$ Primer Nivel de Acción del Derecho Penal

$p_1 = [(c / p)] * e$ Segundo y Tercer Nivel de Acción del Derecho Penal

Como ha logrado establecerse Beccaria es uno de los pocos tratadistas del Derecho Penal que ha mantenido sus principios, argumentos y lineamientos racionales en no pocas parcelas del tiempo y en no pocos y distintos espacios y sociedades. Y es que el pensamiento de Beccaria surge de una necesidad urgente del ciudadano, de un requerimiento de la sociedad en sí misma y de una exigencia del Soberano para con el Estado. El profesor Eugenio Raúl Zaffaroni al tratar *La influencia del pensamiento de Césare Beccaria sobre la política criminal en el mundo* se plantea como primera interrogante si ¿Llegó Beccaria a América Latina?, cuestión que en el interés de nuestro ensayo se plantearía si ¿Llegó Beccaria a Ecuador? Y es que la secuencialidad de una serie de hechos que han traído inmersos tomas de decisiones de relevancia en el campo penal obliga al planteamiento de interrogantes fuertes.

El proyecto político de la introducción de un nuevo Código Orgánico Integral Penal -que articule la ley penal sustantiva, adjetiva y ejecutiva penal del Ecuador- es la herramienta esencial que modifica las orientaciones, lineamientos y directrices que el Estado se plantea en la generación de Políticas Legislativas, Criminales, Penales y Penitenciarias. Planteamiento que debe de forma obligatoria alejarse de las expansiones, intromisiones e injerencias del Estado en la vida del ciudadano. El Estado no podría de ninguna manera, tomado de la mano del derecho de castigar, tocar la puerta del ciudadano, mucho menos cuando no proviene de la necesidad de la intervención sino del populismo que los coyunturales actores sociales y políticos

imponen en la conciencia del legislador. Y es que a la luz de los tres niveles de acción del Derecho Penal es en el Nivel Abstracto, en el que en manos del legislador nace el Derecho Penal que se articulará en la vida del ciudadano.

El legislador: Origen del sistema penal y dirección de la Política Penal, Criminal y Penitenciaria

El legislador que intenta introducir un nuevo cuerpo legal penal debe reconocer que en ello introducirá un nuevo sistema de operativización del *Ius Puniendi* estatal (*Sistema penal*), tipificará las conductas que han de ser consideradas penalmente relevantes y el tratamiento penal para cada una de ellas (*Política Penal*), definirá los lineamientos para hacer frente al fenómeno de la criminalidad (*Política Criminal*) y establecerá el sistema penitenciario para la ejecución y cumplimiento de la pena (*Política Penitenciaria*). Y es que el legislador cumple una triple función desde el Primer Nivel de Acción del Derecho Penal.

De ahí que el desafío del sistema penal sea la articulación de la Política Legislativa, Penal, Criminal y Penitenciaria dentro de un determinado modelo de tratamiento de las principales instituciones del Derecho Penal, el Delito y la Pena, de sus sujetos y sus objetos.

La generación de la conducta penalmente relevante

La introducción del nuevo Código Orgánico Integral Penal, visto desde la perspectiva de los apartados anteriores, plantea desde su inicio la problemática de la tipificación y la destipificación de los delitos; y con ello, la decisión de aumentar o no las penas. Hemos de considerar en la propuesta este primer tema para luego referirnos a la generación de la conducta penalmente relevante.

La tipificación o destipificación de los delitos, al igual que la decisión de aumentar o no las penas implican una acción de valorización o revalorización ético-jurídica que hace el legislador de un bien jurídico fundamental al cual pretende darte tutela penal, y para lo cual genera un tipo. Como bien lo señala Zaffaroni, "... cuando el legislador se encuentra frente a un ente es porque lo valora, su valoración del ente se traduce en una norma, que eleva el ente a la categoría de bien jurídico. Cuando a ese bien jurídico le quiere dar una tutela penal en base a la norma elabora un tipo penal y el bien jurídico para ser penalmente tutelado"²⁰.

Ello refuerza la idea de necesidad y mínima intervención penal de nuestro sistema beccariano. La idea de Zaffaroni implica que el apareamiento de la

20 ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires. Quinta Edición. EDIAR. 1987.

conducta penalmente relevante, de la tipificación o destipificación de los delitos, o de la decisión de aumentar o no las penas; son una decisión del legislador que nace de la necesidad de reforzar los intereses jurídicos y de brindarles una mayor protección especial que otras ramas del Derecho no podrían ofrecerle.

Dicho de otra manera el apareamiento de la conducta penalmente relevante, de la tipificación o destipificación de los delitos, o de la decisión de aumentar o no las penas cumplen los siguientes objetivos:

- Brindar protección a un bien jurídico fundamental²¹ (para el caso de la tipificación de un delito);
- Retirarle protección –al menos penal- a un bien jurídico fundamental (para el caso de la destipificación);
- Reforzar la protección de un bien jurídico fundamental (para el caso del aumento de las penas); o
- Disminuir la protección de un bien jurídico fundamental (para el caso de disminución de las penas).

La generación de la conducta relevante implica una verdadera valoración del bien jurídico en la lógica del desenvolvimiento social; y una valoración del bien jurídico en el supuesto de una lesión (o en la tentativa de una lesión) y en el impacto negativo social que provocaría el daño. Esta valoración debe ser realizada con sumo cuidado por cuanto no sólo que determina qué conductas serán consideradas penalmente relevantes, sino que también determinará las políticas para el tratamiento del fenómeno de la criminalidad *ex ante* (preventivo) y *ex post* (reparatorio), y de manera fundamental definirán cuándo hay la Necesidad de la Intervención del Derecho Penal, cuando ha operado una Huída del Derecho Penal o cuando se está pretendiendo una Peligrosa Expansión del Poder Punitivo del Estado. El legislador debe entonces comprender que los tipos penales son mecanismos que pretenden reforzar la protección de un determinado bien jurídico fundamental, que nacen de verdaderas decisiones valorativas, y que son tipificadas en base al grado de nocividad social que una posible lesión podría provocar. De ahí que jamás puedan ser consideradas como respuestas a la criminalidad, por cuanto sería desvirtuar su naturaleza de tutela especial.

21 Bien Jurídico Fundamental individual o supraindividual.

Bibliografía

- BECCARIA, Césare. *Tratado de los delitos y las penas*. Editorial Heliasta Argentina. 1993.
- CÓRDOBA, Juan. *Nuevas formas de delito y principio de intervención mínima*. La Ley. N°3. 1996.
- Código Orgánico Integral Penal.
- Constitución de la República del Ecuador.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Madrid. Editorial Trotta S.A. 1995.
- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Segunda Edición. Buenos Aires. 1956. Editorial Losada S.A.
- ROXIN Claus, *Derecho Penal. Parte General*. Traducción Diego Manuel Luzón Peña y otros. Civitas. Madrid. 1997.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal Y Sistema Del Derecho Penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. (2002) Buenos Aires. Ediciones Hammurabi Segunda Edición Primera Reimpresión.
- YENISSEY, Ivonne. *La Proporcionalidad de las Penas*. Editorial de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid.
- ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires. Quinta Edición. EDIAR. 1987.

El cultivo, consumo y tenencia de drogas en el Código Orgánico Integral Penal (COIP)

Breve análisis de los sistemas de creencias de las coaliciones promotoras y las políticas públicas sobre el consumo y tenencia de drogas en el Ecuador

José Luis Castro Montero¹

RESUMEN

Desde 1970, el modelo prohibicionista y el modelo de reducción de daños han orientado las acciones estatales en torno al tratamiento del consumo, tenencia y comercialización de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas sujetas a control y fiscalización en el Ecuador. Este artículo se enfoca en el modelo de las coaliciones promotoras (*Advocacy Coalition Framework*, ACF) para describir, identificar y descomponer los núcleos de los sistemas de creencias de la coalición prohibicionista y la coalición de reducción del daño. En este sentido, se describen ciertos factores que afectaron el sistema político y normativo relativo a la regulación de drogas en el Ecuador. Finalmente, se evidencia una trayectoria marcada que determinó la inclusión de los artículos 222 y 228 en el Código Orgánico Integral Penal (2008).

Palabras clave: Código Orgánico Integral Penal, Marco de Coaliciones Promotoras, sistemas de creencias, políticas públicas de drogas, Ecuador

Introducción

A partir de 2012, se despenalizó la producción, distribución y consumo del cannabis en los estados de Washington y Colorado en los Estados Unidos de América. A lo largo del 2013, varios proyectos similares se discutieron en los estados de Maine, Maryland, Hawái, Rhode Island y New Hampshire. Estas iniciativas se contraponen a la Ley Federal que tradicionalmente ha establecido a los Estados Unidos como el paladín de la lucha contra las drogas mediante un

1 Abogado por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador (2014).

modelo prohibicionista, no solo internamente sino también a través de la influencia ejercida hacia otros países.

En Sudamérica, más precisamente en Uruguay, en julio de 2013, el Congreso aprobó, en medio de un encendido debate, el proyecto de ley que legaliza y regula la producción de cannabis con argumentos similares a aquellos ya aprobados en los EEUU. Hoy por hoy, Uruguay es el primer país en el mundo que establece una regulación legal de alcance nacional que permite la producción, comercialización, tenencia y el consumo recreacional de la marihuana.

Innegablemente, estas iniciativas responden a una tendencia que ha cobrado mucha fuerza en el ámbito político: el rechazo a las políticas prohibicionistas de los estupefacientes. En parte, esta iniciativa ha ganado espacio porque el prohibicionismo no ha logrado reducir el consumo de drogas ni tampoco eliminar el mercado ilícito que se ha establecido en torno a ellas.

Es verdad que estas iniciativas siguen siendo la excepción. También es cierto que estos intentos conciben el problema del consumo de drogas desde un enfoque integral, como una cuestión que atañe tanto a la salud pública como a la seguridad ciudadana. Particularmente, estas iniciativas de despenalización se enmarcan dentro de una corriente que busca objetivos más accesibles: la reducción de daños y la disminución de la violencia relacionada con las drogas.

En cuanto al Ecuador, se debe anotar que, tradicionalmente, nuestro país no ha sido un centro de producción o tráfico importante. Tampoco hemos sufrido convulsiones sociales debido a la existencia de un mercado interno de comercialización de sustancias ilegales. Ciertamente, nos hemos convertido de modo paulatino en un territorio para el tránsito de drogas ilícitas, pero el narcotráfico no ha sido percibido como una amenaza significativa para la seguridad nacional. A pesar de la coyuntura interna, desde los años setenta hasta mediados de los noventa, la legislación ecuatoriana sobre drogas ha sido calificada como una de las más represoras de América Latina (Edwards, 2010).

En efecto, no fue hasta 1997 cuando se despenalizó el consumo de drogas, de acuerdo al artículo 103 de la Ley de Drogas. No obstante, la tenencia de drogas seguía siendo penalizada. En 2008, la Asamblea Constituyente de Montecristi aprobó el indulto solicitado por el presidente Rafael Correa para los microtraficantes de drogas que transportaran menos de dos kilos y que hubieran pasado más de un año en la cárcel. Esta medida permitió que, cerca de 2 300 personas fueran liberadas, la mayoría de ellas mujeres y madres de familia, lo cual devela también la feminización de los delitos de drogas; hasta la presente fecha menos del 1% reincidió (Loor, 2013).

Por otra parte, en la Constitución de la República del Ecuador (2008) se prohibió la criminalización de consumidores ocasionales, habituales y problemáticos de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En junio de 2013, el Consejo de Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (CONSEP) emitió la resolución no vinculante No. 001-CD-2013 que buscaba ser un aporte técnico y científico para que no se vulneren los derechos de los consumidores.

Finalmente, el 10 de febrero de 2014, en los artículos 222 y 228 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) se despenalizó, de modo ambiguo, la tenencia y consumo, así como la siembra y cultivo, sin fines de comercialización.

En este contexto, se propone un breve análisis para identificar, en cuanto sea posible, las variables, los factores, la lógica y las causas que han orientado, causado y explicado los cambios de las políticas de estupefacientes en el Ecuador. Se ha escogido el marco analítico del Marco de las Coaliciones Promotoras (*Advocacy Coalitions Framework*, ACF), desarrollado por Sabatier y Jenkins-Smith (1998).

En este sentido, se estudiarán las creencias normativas enfocándolas desde una perspectiva constructivista, destacando la importancia de las ideas a la hora de hablar sobre los procesos de cambio y de estabilidad de las políticas públicas.

De tal modo, se analizarán los núcleos de creencia de las coaliciones de causa con el fin de esclarecer los cambios y la estabilidad en las políticas públicas, otorgándole una importancia fundamental al aprendizaje social, al conocimiento y a las ideas, en el momento de la toma de decisiones a nivel público.

Las coaliciones promotoras y los sistemas de creencias

En este breve análisis se presentarán las cuestiones generales de los sistemas de creencias, descomponiendo ciertos contenidos de los tres núcleos de creencias de cada coalición promotora.

Por coalición promotora, entendemos la existencia de comunidades de política (*policy communities*) definidas como [el conjunto de actores, personas, provenientes de varias organizaciones tanto públicas como privadas (responsables de entes gubernamentales, de gremios políticos, académicos e investigadores) que comparten una serie de valores y de creencias acerca de algún problema y que se coordinan en su actividad y en el tiempo para alcanzar sus objetivos] (Sabatier, 1988).

Mientras que los sistemas de creencias reflejan las ideas, los símbolos, los valores, las creencias de políticas públicas y las creencias instrumentales que diferencian a las coaliciones y sus intereses. Los sistemas de creencias o valores

se componen de tres núcleos. Primero se analizará el núcleo de creencias fundamentales, luego el núcleo de las políticas públicas y, finalmente, el núcleo de las creencias instrumentales, o aspectos secundarios de los sistemas de creencias de las coaliciones promotoras que están detrás de las mismas.

Además, se analizarán dos coaliciones en particular: los sistemas de creencias de las coaliciones prohibicionistas y las coaliciones de reducción de daños.

Tabla 1: Estructura tripartita de los sistemas de creencias de las coaliciones promotoras

Categorías de valores	Núcleo duro	Núcleo de la política	Aspectos secundarios
Características	Axiomas normativos y ontológicos	Posiciones fundamentales vinculadas a un determinado subsistema de políticas públicas	Decisiones instrumentales orientadas a cómo implementar las políticas públicas
Alcance	Todos los subsistemas de políticas públicas	Un subsistema específico	Un subsistema específico
Susceptibilidad de cambio	Muy baja: equivalente a una conversión religiosa	Baja: Motivado por factores externos al subsistema	Relativamente fácil: Motivado por factores cognitivos
Tipo de aprendizaje	Aprendizaje social	Aprendizaje social	Aprendizaje instrumental

Fuente: Estévez y Esper (2008: 12)².

El sistema de creencias prohibicionista

Las coaliciones que presentan este sistema de creencias han impulsado la idea de que ni la sociedad ni los poderes públicos pueden ni deben permitir el uso de ciertas sustancias porque son perjudiciales. Tradicionalmente, las coaliciones prohibicionistas han impulsado medidas con el objetivo de controlar y reprimir el uso que la sociedad hace de ciertas drogas.

Esta primera idea nos presenta dos interrogantes. La primera, por qué ciertas drogas son perjudiciales y la segunda, a quién o a quienes afectan. Obviamente estas interrogantes pueden tener distintas contestaciones.

2 La Tabla 1: Estructura tripartita de los sistemas de creencias de las coaliciones describe con precisión los tres núcleos de creencias, las características, su alcance, cuán susceptibles de cambio son y, finalmente, el tipo de aprendizaje que generan. De la misma manera, evidencia las diferencias de valores y creencias entre las coaliciones. En general, el aprendizaje hace referencia a los aspectos epistemológicos que son consecuencia del proceso de las políticas públicas.

Sobre la primera interrogante, por una parte, se advierte que hay un fuerte influjo de elementos religiosos y culturales en las creencias fundamentales del sistema de creencias, es decir, en el núcleo duro de valores de las coaliciones que también se ha reflejado en un segundo núcleo de las políticas públicas. Por otra parte, se ha generado un proceso de secularización de estos elementos religiosos en los sistemas sociales y políticos de nuestra sociedad (Martínón, 2006). En este sentido, se habla de un sistema con una fuerte carga moral y del deseo de imposición de la moral mayoritaria a todos los miembros de una sociedad.

Algunos autores han ahondado en el análisis de las explicaciones morales del debate sobre las políticas de estupefacientes y la fundamentación de las creencias fundamentales de los prohibicionistas. Justamente, MacCoun y Reuter (2009) sintetizan tres enfoques filosóficos que ayudan a ilustrar estos puntos.

En primer lugar, el enfoque deontológico vinculado al moralismo legal que considera a las drogas como inmorales y que, por ende, prohíbe su consumo por encima de cualquier demostración o estudio empírico. Respecto de este enfoque se ha reconocido que este discurso se fundamenta en la maldad de las drogas frente a una obligación del individuo y de la sociedad de elegir entre lo bueno y lo malo (Pryce, 2012).

En segundo lugar, el enfoque clásico liberal que aboga por la limitación de las libertades y de los derechos individuales cuando estas prerrogativas producen consecuencias negativas a terceros. Este criterio ha permitido jurídicamente justificar, desde una posición duramente criticada, la penalización de conductas que no tienen una víctima directa, sino que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico indeterminado que se enmarca dentro de los dominios de la seguridad nacional, de la seguridad ciudadana y de la salud pública.

Finalmente, el enfoque del paternalismo legal señala que el consumidor, en general, se auto inflige un daño que el Estado debe prevenir, desconociendo, inclusive la autonomía individual. Es decir, con el objetivo de proteger a los ciudadanos, consumidores y no consumidores, el Estado tiene la autoridad para regular la libertad de los individuos.

Sobre la base de estas posturas, más allá de que en el Ecuador se declaraba el consumo de drogas ilícitas como un problema de salud pública, las acciones estatales estaban mayormente delineadas según las corrientes prohibicionistas. Así pues, también influenciados por presiones externas, en el territorio nacional se prohibió el consumo, la siembra, el cultivo y la explotación de ciertas sustancias consideradas como estupefacientes por los Organismos Internacionales y el Nacional de Control y Fiscalización (Ley de Control y Fiscalización del Tráfico

de Estupefacientes, 1970). Además, se prohibió la comercialización y producción de drogas, y nadie podía mantener en su poder, cantidad alguna de ciertos estupefacientes y de drogas psicotrópicas.

El Plan Nacional de Prevención del Uso Indebido de Drogas de Ecuador (1981 -1985) hacía mención al consumo y a la dependencia de drogas como la consecuencia de los males sociales en la sociedad ecuatoriana. Por otra parte, se declaraban ciertos riesgos sobre priorizar el orden público por sobre el tratamiento de los dependientes.

Más adelante, en 1990, entraría en vigencia la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que concebía fundamentalmente al Estado como el protector de los ecuatorianos y de sus instituciones frente a los peligros del uso indebido de sustancias estupefacientes y psicotrópicas. Además, bajo el argumento de armonizar la legislación ecuatoriana con las convenciones y tratados internacionales, en particular de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (1988), se buscaba combatir y erradicar la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de las drogas, mediante medidas represivas desproporcionadas (Edwards, 2010).

Sobre la segunda interrogante, la afectación y perjuicio que causan las drogas a los consumidores y no consumidores, los enfoques citados anteriormente brindan una respuesta parcial, lo que motiva puntualizar una problemática adicional. Está claro que el consumo de drogas ocasiona daños a terceros a través de acciones que son penalmente perseguibles por sí mismas, por ejemplo, el narcotráfico, el lavado de activos o las acciones de mala fe para involucrar a terceros en delitos relacionados con las sustancias estupefacientes.

Sin embargo, el problema comienza a complejizarse cuando se utiliza a las drogas como justificación de una situación de emergencia y potencial riesgo para toda la sociedad. Verbigracia, se plantea que el consumidor es uno de los causantes de la violencia criminal y que, de una u otra manera podría causar un posible daño para la sociedad. O bien, como se establecía en la Ley 108, el Estado debía proteger a la comunidad de los peligros que dimanaban de las actividades relacionadas con la droga (Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas, 1990).

Esta problemática, además, muestra que el segundo núcleo, el núcleo de políticas públicas del sistema de creencias del modelo prohibicionista está conformado por el reconocimiento generalizado de que el consumidor, además de un peligro para el bien social, es un enfermo. Lo que traducido al ámbito de las políticas públicas y las acciones gubernamentales significa que el internamiento en

clínicas de rehabilitación y la abstinencia terapéutica son medidas de obligatorio cumplimiento para los consumidores.

En el Ecuador, la Ley No. 366 de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes, que tuvo vigencia desde noviembre de 1970 y fue reformada en 1972 y 1974, hacía mención a diversos aspectos de la salud pública relacionados con el consumo de drogas. Del mismo modo, disponía que aquella persona que pareciese hallarse bajo los efectos de sustancias sujetas a control y fiscalización debía ser llevado inmediatamente a un hospital psiquiátrico o a una casa de salud para determinar si se trataba de un individuo dependiente. Posteriormente, si se lograba comprobar médicamente la dependencia a las drogas, la persona sería detenida en una instalación médica hasta concluir un programa de rehabilitación bajo supervisión de personal médico.

Finalmente, en el tercer núcleo, correspondiente a las creencias instrumentales de las coaliciones prohibicionistas se tiende a pensar que una de las mejores maneras de alcanzar el objetivo de una sociedad sin drogas es mediante la represión policial tanto a traficantes y consumidores, así como la criminalización del consumo, posesión, tráfico y comercialización de drogas

Justamente, en el Ecuador, estos sistemas de creencias prohibicionistas definieron las políticas públicas relacionadas con las drogas hasta mediados de los años noventa.

El sistema de creencias de reducción de daños

Por su parte, las coaliciones de reducción de daños han manejado un discurso diferente al de las coaliciones prohibicionistas aunque, usualmente, se han desarrollado en contextos dominados por las coaliciones y los sistemas de creencias prohibicionistas. Riley y O'Hare (2001), sintetizan estas corrientes afirmando que los seres humanos son libres de usar drogas, pero, si una persona no quiere abandonar la droga, el Estado debe contribuir a reducir los daños que potencialmente pueden causar a terceros y a sí misma.

En el Ecuador, en 1995, el Colectivo de Abogados³ presentó una Acción de Amparo ante la Corte Suprema que, fundamentalmente, denunciaba la inconstitucionalidad de algunos artículos de la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1990. Fruto de ello, la Ley se revisó y se logró invalidar algunas

3 N.B. La agrupación estaba conformada por la doctora Pilar Sacoto de Merlyn, el doctor Ernesto Albán Gómez, el doctor Alberto Wray, el doctor Alejandro Ponce Villacis, la doctora Judith Salgado, la doctora Gayne Villagómez, el doctor Ramiro Ávila Santamaría, el doctor Gonzalo Miñaca, el doctor René Larenas Looor, el doctora Farith Simon y la Hermana Elsie Monge.

de sus prescripciones más represivas. Algunos de esos cambios no se cristalizaron hasta 1997. Precisamente, en octubre de ese año se despenalizó el consumo de drogas, de acuerdo al artículo 103 de la Ley de Drogas. Eso significó que el consumo no sea considerado delito, pero la tenencia siguió castigándose.

En general, los sistemas de creencias de las coaliciones de reducción del daño abogan por un mayor respeto a la autonomía individual. Además, no apoyan la criminalización de los consumidores de drogas siempre y cuando no causen daño a terceros. El núcleo de creencias fundamentales de estos sistemas está conformado por tres ideas básicas: el pragmatismo, la autonomía individual y la evaluación sistemática de las acciones gubernamentales que se llevan a cabo para determinar si efectivamente hay una disminución de daños (Martín, 2006).

Para la corriente pragmática, el uso de drogas en la sociedad es inevitable e ineludible. Sin embargo, el consumo de drogas no genera solamente perjuicios, también genera beneficios a ciertos consumidores. De tal forma, resulta más viable y realista tratar de reducir los daños que el consumo de drogas pueda ocasionar que tratar de erradicar completamente el uso de las drogas.

La autonomía individual, en cambio, hace referencia a las libertades y derechos gozados y ejercidos por todas las personas para desarrollar su individualidad, mismos que encuentran un límite cuando estas prerrogativas afectan los derechos de otras personas. En efecto, [Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás] (Rawls, 2006: 67).

En definitiva, esta idea señala que las acciones estatales pueden estar encaminadas a regular el comportamiento individual, cuando el mismo interfiera con la órbita de acción de otras personas. O dicho de otro modo, las acciones estatales no deberían prescribir cómo la gente se debe comportar consigo misma (Flores, 2008).

Desde otra perspectiva, estas coaliciones no condenan ni apoyan las elecciones individuales de los usuarios. En general, la reducción de daños deposita una confianza mayor en la responsabilidad de los sujetos frente a sus actos y decisiones.

Finalmente, estas coaliciones reflejan una concentración en la problemática de la efectividad de la reducción de los daños sobre la base de datos empíricos que no siempre contribuyen al sistema de creencias. Estas coaliciones priorizan los análisis técnicos de toxicidad, los estudios psicológicos, biológicos y otros sobre la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para consumo. Sin embargo, en todos los estudios resulta muy complicado conceptualizar el alcance conceptual del daño,

además de la determinación sobre los daños que se desean reducir. No cabe duda que, en múltiples casos, los perjuicios de una persona pueden beneficiar a otra.

En el segundo núcleo de creencias, el núcleo de las políticas públicas, las coaliciones de reducción de daños parecen alinearse con un sistema flexible, de libre convicción que distingue la posesión de estupefacientes según sus fines, bien sea para el consumo personal o para la oferta y comercialización. En este caso, el poder judicial es el encargado de determinar si la cantidad de drogas en posesión del sujeto está destinada al uso personal o a la comercialización, teniendo en cuenta, además, otras circunstancias particulares de cada caso.

El sistema flexible también contempla modelos de umbrales, es decir, hay una cantidad determinada anteriormente que se admite para consumo personal, es decir, el legislador o la autoridad pertinente son los encargados de elaborar alguna norma para distinguir al consumidor del traficante. Sin embargo, [ninguno de estos modelos aborda la necesidad de distinguir entre consumidores y traficantes de forma adecuada] (Zuffa, 2011: 9).

En Ecuador, la implementación del sistema flexible siempre ha ocasionado grandes problemas en el quehacer judicial, con jueces que han penalizado la tenencia que otros no penalizan. En general, la privación de la libertad ha dependido de la discrecionalidad de los juzgadores y de los procedimientos poco objetivos en la valoración de la prueba (Pontón y Torres, 2007).

En el núcleo de las creencias instrumentales, o de los aspectos secundarios del sistema de creencias, la manera más efectiva de alcanzar la reducción del daño se da por medio de la atenuación de las políticas represivas. En ese sentido, no se estigmatiza a los usuarios y se les permite optar voluntariamente por un tratamiento. De la misma manera, se fomenta la comunicación de información sobre los perjuicios del consumo y abuso de drogas.

Desde esa base teórica, se muestra que la coalición de reducción de daño ha ganado terreno de modo paulatino en el Ecuador. En 2008, por ejemplo, la Asamblea Constituyente aprobó el indulto que permitió la liberación de más de dos mil presos acusados como micro-traficantes de drogas. La Constitución del mismo año, por su parte, prohibió la criminalización de los consumidores ocasionales, habituales y problemáticos.

En mayo de 2013, el CONSEP, mediante la resolución 001-CD-2013, acogió el Informe Técnico elaborado por el Ministerio de Salud Pública con relación al análisis de toxicidad, estudios psicológicos, biológicos y otros necesarios sobre la tenencia de sustancias estupefacientes y psicotrópicas para el consumo personal y

expidió una tabla de cantidades máximas admisibles de tenencia de drogas para sugerirlo como base del análisis que realizan los jueces.

Obviamente, dicha resolución no tiene carácter vinculante, por ello, su cumplimiento no es obligatorio. Si bien es cierto que el CONSEP buscó brindar un sustento técnico y científico para la calificación de poseedores, no se han realizado estudios para notar el grado de aplicación de dichas recomendaciones por parte de los jueces.

Conclusiones

Los cambios de políticas públicas se entienden por dos causas principales, las presiones externas a las políticas y las dinámicas internas determinadas por las actuaciones y creencias de las personas que impulsan ciertas acciones estatales que determinan la trayectoria de los actores en el futuro (Roth, 2009:169).

En general se corrobora que la dependencia que heredamos del pasado al presente y hacia el futuro es tan pesada que, en ciertas ocasiones, los cambios o la estabilidad de ciertos trayectos no se deciden libremente frente a un abanico de posibilidades (Rose y Davis, 1994). Más bien, las decisiones a nivel público rebasan a quien ejerce el gobierno de turno.

Por otra parte, los discursos de las coaliciones de ningún modo pueden reducirse a los puntos aquí tratados, en parte, debido a que en la realidad no existe propuestas que se pueden determinar claramente sin antes analizar los cambios en las condiciones socioeconómicos, considerar los cambios en la opinión pública y la influencia de la comunicación, examinar los cambios de coalición gobernante del sistema y evaluar las decisiones y sus múltiples impactos de políticas de otros subsistemas políticos

Sin embargo, sí se puede reconocer en las coaliciones una conexión fundamental respecto de sus sistemas de creencias y sus objetivos prioritarios. Por una parte, para las coaliciones prohibicionistas resulta fundamental que las drogas no legales queden fuera del alcance de los ciudadanos y, por ende, el objetivo último de las acciones estatales ha de ser la erradicación del uso y comercialización de drogas a través del fortalecimiento del poder punitivo.

En cambio, los sistemas de reducción de daños tiene como objetivo central la disminución de consecuencias negativas, tanto sociales como de salud, del consumo de drogas. Por ende, la coalición aboga por una gestión responsable del consumo, por la rehabilitación de los dependientes y por el fomento de actividades de prevención. En particular, también se procura la descriminalización de la

tenencia en pequeñas cantidades de droga como estrategia de reducción de daños.

Usualmente, el proceso de cambio y de estabilidad de las políticas públicas sobre el consumo y tenencia de sustancias estupefacientes y sicotrópicas sujetas a control y fiscalización en el Ecuador se ha basado en el conflicto estructurado entre la coalición promotora de políticas prohibicionistas y la coalición de políticas de reducción de daños. Este conflicto, desde mediados de los años noventa, parece inclinarse en favor de la segunda coalición.

En efecto, la tolerancia frente al consumo privado, la reducción de penas, la despenalización del consumo y la tenencia, el indulto a los micro traficantes por parte del Estado significó la derrota en varios frentes de la coalición promotora prohibicionista. Además, el rol de actores provenientes de la sociedad civil, como las ONGs o el Colectivo de Abogados, impulsó y fortaleció a las coaliciones de reducción del daño y a sus sistemas de creencias. En este contexto, múltiples sectores no estatales lograron visibilizar sus pedidos, convirtiéndose en interlocutores legítimos en el debate político y social.

Sobre el aprendizaje orientado a las políticas públicas, no cabe duda que los avances científicos han definido, en gran parte, un panorama favorable para los sistemas de creencias y los objetivos de las coaliciones de reducción de daño. Este hecho refleja que los cambios en las acciones públicas no son resultado exclusivo de la lucha y pugna entre diversos intereses, sino también por el aprendizaje dentro de las coaliciones y entre las mismas.

A pesar de que el ACF considera al proceso de las políticas públicas como un proceso de aprendizaje político, hay que advertir que difícilmente se establecerán acuerdos entre coaliciones debido a la rigidez y diferencias entre los elementos centrales del núcleo de creencias fundamentales de las coaliciones.

También se evidencia que las coaliciones prohibicionistas aún ejercen fuerte influencia en las acciones estatales, esto se refleja en la nueva legislación codificada en el COIP. En este sentido, los artículos alineados con las ideas de reducción del daño (en particular el artículo 228) no empatan de modo coherente con ciertos procedimientos técnicos previamente establecidos o se remiten a normas que aún no existen.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Dietmar Braun and Andreas Busch. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited.
- Kübler, Daniel (1999), "Ideas as Catalytic Elements for Policy Change: Advocacy Coalitions and Drug Policy in Switzerland." In *Public Policy and Political Ideas*, ed.
- Martinón, Ruth(2013). "El marco de las coaliciones promotoras en el análisis de políticas públicas. El caso de las políticas de drogas en España" (1982-1996). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Pryce, S. (2012), "Fixing Drugs. The Politics of Drug Prohibition," Hampshire: Palgrave Macmillan.
- Rawls, John (2006). "La teoría de la justicia". Cambridge: he Belknap Press of Harvard University Press.
- Riley, D. y O'Hare, P. (1989/2001), "Reducción de daños. Historia, definición y práctica", en S. Inchaurrega, comp., *Drogas y políticas públicas. El modelo de reducción de daños*. Buenos Aires: Espacio.
- Roth, André. (2009), "Políticas Públicas. Formulación, implementación y evaluación", Bogotá: Ediciones Aurora.
- Sabatier Paul, Christopher Weible (2007), "The Advocacy Coalition Framework: Innovations and Clarifications", in: P. Sabatier (Ed.) (2007), *Theories of the Policy Process*, Boulder: Westview Press.

Artículos

- Estévez, Alejandro y Esper, Susana (2008), "Las políticas públicas cognitivas: El enfoque de las coaliciones defensoras", documento de trabajo del CIAP, Año 1, Nro. 1.

Normativa

- Código Orgánico Integral Penal, 2014.
- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas,1988.
- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Ley de Control y Fiscalización del Tráfico de Estupefacientes, 1970.
- Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas,1990.

Artículos de Internet

- Edwards, Sandra (2010). *Leyes de drogas en América Latina*, de Wola. Sitio web:

- <http://druglawreform.info/es/quienes-somos/investigadores/item/309-sandra-edwards>
- Flores, Xavier (2008). La autonomía individual. Sitio web: <http://xaflag.blogspot.com/2008/02/autonoma-individual.html>
- MacCoun, R. & Reuter, P., 2001. Evaluating alternative cannabis regimes. *The British Journal of Psychiatry*, 178 (2), pp.123–128. Disponible en: <http://bjp.rcpsych.org/cgi/doi/10.1192/bjp.178.2.123>
- Loor, Ricardo. (2013). La tenencia de drogas genera más detenciones, de CONSEP Sitio web: <http://www.consep.gob.ec/2013/05/entrevista-al-dr-ricardo-loor-en-cn-plus-noticias/>
- Sanjurjo, Diego. (2013). La aplicación del enfoque de coaliciones promotoras al cambio en las políticas de drogas en el Uruguay. 2013, de Universidad Autónoma de Madrid. Sitio web: <http://gigapp.org/es/component/jresearch/?view=publication&task=show&id=795#.U3VsSly9bII>
- Zuffa, G., 2011. Cómo determinar el consumo personal en la legislación sobre drogas. La “polémica de umbrales” a la luz de la experiencia italiana. Serie reforma legislativa en materia de drogas (15), Transnational Institute (TNI), pp.1–12. Disponible en: <http://www.druglawreform.info/images/stories/documents/dlr15s.pdf>

La (in) conveniente Reforma al Proyecto del COIP sobre las excusas legales absolutorias en casos de aborto

(The (in) convenient Reform to the COIP Project over the legal excuses acquittals in cases of abortion)

José Rodrigo Moreno¹

Cosa cómoda es la ignorancia, pues, merced a ella, se alaban o se vituperan libremente los tiempos pasados; mas ¿qué adelanta con ello la civilización?-

González Suárez

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad el estudio y análisis de las excusas legales absolutorias que se configuran sobre los casos de aborto tanto en nuestro Código Penal anterior así como en el Código Orgánico Integral Penal, en el cual, se planteó la posibilidad de excusa para casos de aborto causados por violación hasta las doce semanas de gestación; llegando finalmente al COIP sancionado y publicado, mismo que realiza un calco de las disposiciones del presente Código Penal, pasando por alto la realidad social y las necesidades de nuevas propuestas normativas.

Para el presente, fueron utilizados los métodos de investigación inductivo y deductivo, con el fin de tamizar la información obtenida, así como el método de investigación analítico y exegético.

Entre las conclusiones más relevante en acotar es precisamente el error del legislador en cuanto a la omisión frente a la presión política, sobre la inclusión de esta excusa legal absolutoria, misma que tiene plena validez y eficacia en diferentes ordenamientos jurídicos del mundo.

PALABRAS CLAVE: Excusas legales absolutorias; Aborto; Violación; Código Penal; Bien jurídico protegido; Embarazo; Legislación secundaria; Libertad sexual.

¹ Estudiante de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Excusas Legales absolutorias.-

Las excusas legales absolutorias ciertamente representan un campo polémico en el estudio del derecho penal, puesto que, de manera general éstas se conciben como una figura jurídica en la que el legislador ha considerado que resulta más conveniente el no imponer una pena al cometimiento de un delito pese a que en su actuación se reúnan los elementos que conforman la estructura de un tipo penal determinado, estas son, la acción humana, el acto típico, antijurídico y culpable. Dicho en otras palabras, pese a que se reconoce el cometimiento del delito, el sujeto no recibirá una pena a la infracción.²

Para el jurista ecuatoriano, Ernesto Albán Gómez, éste también denominado perdón legal se fundamenta en la política criminal que manejan los estados, en donde resulta más beneficioso el no reprimir. En todos estos casos existe la acción de carácter ilícito, pero queda sentada la exclusión de la pena.³ Para otros juristas como Fontán Balestra o Soler, la excusa absolutoria no elimina el delito, lo que pretende es excluir la adecuación de la conducta a la figura penal.⁴

El Código Penal (CP) anterior, contempló diversas excusas absolutorias que compila el doctor Albán en su *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* de la siguiente manera:

-*Premio a la delación*⁵, estos están desglosados en el CP en los artículos 145, 298 y 317 que corresponden a los siguientes casos respectivamente: los conspiradores que revelasen ante la autoridad que existe una conspiración en curso cuando ésta no se haya ejecutado todavía y no haya causado un acto punible; la exención a quien hubiere ayudado en la publicación o distribución de escritos anónimos y hubiesen dado a conocer a las autoridades quien imprimió dichos escritos, su autor o la imprenta, así como a los vendedores o repartidores de éstos; los pregoneros y quienes hayan fijado carteles que hubiesen repartido o difundido rifas prohibidas por la autoridad, pero hubiesen puesto en conocimiento de la misma y quienes hubiesen hecho público este hecho por carteles o cualquier otro aviso de sus autores.⁶

- En casos de aborto eugenésico o terapéutico, tema a tratar en este ensayo.

2 Muñoz Conde, F. (2010). *Teoría General del Delito*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

3 Albán Gómez, E. (2011). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales S.A.

4 Zaffaroni, R. (1988). *Tratado de Derecho Penal Parte General Tomo V*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial.

5 Ibidem.

6 Código Penal ecuatoriano.

- Cuando en caso de injurias, éstas sean recíprocas entre quienes las inferan.
- En caso de delitos sexuales, lo contemplado en el artículo 532 del CP, que señala como perdón legal concedido tanto al raptor como a quienes participaron en este acto, siempre que se cumpla la condición de que el primero se case con la ofendida.
- En aquellos delitos contra la propiedad efectuados por parientes de grado próximo y en los casos contemplados en el artículo 588 del CP, quienes sin embargo, serán responsables civilmente.

El tratamiento de la excusa legal absolutoria para el aborto a la luz del Código Penal, el Proyecto de Código Orgánico Integral Penal y el Código Orgánico Integral Penal aprobado.-

La intervención del Presidente de la República en los medios de comunicación social y su llamado de atención en cuanto al debate en la Asamblea Nacional sobre el proyecto del Código Orgánico Integral Penal (COIP) y la posible despenalización del aborto, trastocó el proyecto inicialmente esbozado en el que planteaban la observación del aborto como excusa legal absolutoria cuando aquel fuere causado por violación hasta las doce semanas de gestación de la mujer⁷, mismo que es conocido entre sus defensores como “aborto ético”. Luego de esto, los asambleístas pro-aborto vieron acalladas sus voces y se volcaron en la penosa decisión de retractarse de su posición inicial, frenando así un cambio (a nuestro parecer) positivo y plenamente aceptado en diversas legislaciones.

Ahora bien, el CP derogado, mismo que estuvo vigente desde 1939, distingue dos formas básicas de aborto: en primer lugar está el causado intencionalmente por terceros y, por otra parte, aquel ocasionado o consentido por la mujer. En cuanto a excusas legales absolutorias concierne, están aquellas que buscan precautelar la vida de la madre en situación de riesgo y aquella permitida en casos de violación perpetrada en contra de una mujer “idiota” o demente con la respectiva autorización de sus representantes legales.

Hasta el controvertido segundo borrador del COIP, se planteó como excusa legal absolutoria el aborto causado por una violación hasta las doce semanas de gestación. El ya antes mencionado “aborto ético”, simboliza una expresión que pretende infundir la idea (quizás errónea) de que se remedia algo reprochable,

7 Diario El Universo. 18 de octubre de 2013. *Presidente Correa pide sanciones a AP para asambleístas pro aborto por violación*. Último acceso al 04-04-2014; <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/10/18/nota/1598441/presidente-correa-pide-sanciones-ap-sus-asambleistas-que>

como lo es la violación, por medio de ésta práctica quirúrgica; cabe recalcar que ésta excusa legal está contemplada en diversos ordenamientos jurídicos los cuales tomaremos en consideración en el respectivo momento.

La prohibición de abortar, pese a que el embarazo haya sido el resultado de un acceso carnal violento, abusivo o fruto de una inseminación artificial no consentida, tiene un significado excesivamente gravoso para la mujer que se ve obligada a soportarlo de manera injusta.

El aborto y su debate tanto jurídico como moral no es un tema novedoso en la discusión de nuestra realidad social. La definición clásica establecía que el aborto era la interrupción del embarazo antes de las 20 semanas de gestación (es decir, de aproximadamente 139 días), o cuando el producto pesare menos de 500 gramos. Hoy en día, la OMS lo define como la interrupción antes de la “viabilidad fetal”, establecida en la vigésima segunda semana de gestación.

Es preciso señalar que, constitucionalmente, las mujeres gozan en toda circunstancia del derecho a su libertad sexual y reproductiva, que no son sino un aspecto del más general derecho a la salud, conexo a la vida, a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. Lo que sucede es que el ejercicio de los derechos a la salud reproductiva no puede llevarse a cabo sin ponderar adecuadamente la afectación de aquellos derechos que resultan ajenos a la madre, esto es, del derecho a la vida y la protección del *nasciturus* desde su concepción, que en ocasiones puede entrar en conflicto con el primero.

La Constitución del 2008 manifiestamente no prohíbe el aborto en ninguna de sus formas, esto es, la interrupción provocada del embarazo con muerte del feto fuera de las excepciones previstas en la legislación secundaria. Pero sí lo hacía el Código Penal derogado, admitiendo las excusas legales absolutorias, tema que trataremos en este ensayo con las diversas apreciaciones de los penalistas ecuatorianos.

Al no existir una prohibición por parte de nuestra Constitución frente al aborto, deja algunos presupuestos tanto sociales, culturales y doctrinarios al descubierto que llaman al debate en aras de la depuración y al mejoramiento de los conceptos de derechos en nuestro entorno.

Siguiendo esta misma línea, el borrador del segundo debate del COIP de 9 de diciembre de 2012, recogía lo ya planteado en el Código vigente en ese entonces como excusas legales absolutorias, añadiendo la siguiente excepción:

Artículo 146.- Aborto no punible.- *El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud legalmente autorizado y capacitado, que cuente con el*

consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

- 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.*
- 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación, siempre que la interrupción se produzca antes de las doce semanas de gestación.⁸(El subrayado es nuestro)*

Trataremos del numeral primero posteriormente, sin embargo cabe señalar de antemano que esta excusa legal ya se incluye en el actual Código sustantivo penal.

Respecto de los diferentes matices a tratar sobre la posibilidad del aborto dentro de las doce semanas de gestación surgen diversas interrogantes:

¿La justicia ecuatoriana está capacitada para resolver un proceso de esta índole en un período de doce meses?

La prueba de una violación constatada mediante procedimiento médico, difícilmente podrá ser ratificada por el juzgador luego de las 12 semanas de ocurrido el delito. Lo que consecuentemente servirá de argumento (para quienes no desean ser padres) en acudir a un centro médico, y que por lo menos de manera más segura realicen este procedimiento. Más aún bajo los precedentes observados en países con legislaciones similares a las propuestas planteadas hoy en día en el Ecuador. Podría entonces quedar abierta la puerta para el abuso del derecho penal por parte de quienes se disculparán u ocultarán bajo esta excusa penal absolutoria.

Retomando el CP ecuatoriano, se distinguen dos formas básicas de aborto en nuestra legislación:

- 1.- El causado intencionalmente por terceros.
- 2.- El causado o consentido por la mujer; empero, el Código considera separadamente la responsabilidad del tercero y de la mujer, no observándolos como coautores del mismo delito.

El primero de los tipos de aborto que se incluyen en nuestra legislación es el denominado aborto terapéutico. Inicialmente se le llamó al aborto que se practicaba cuando colisionaban dos bienes jurídicos de vital relevancia: la vida de la madre y la del que está por nacer. Hoy se extiende este calificativo a cualquier dolencia o

8 Borrador del Segundo Debate del Proyecto Código Orgánico Integral Penal - 9 de diciembre de 2012.

riesgo para la progenitora. Este último pretende sugerir que mediante el aborto se preserva la vida ya formada de la madre, por aquella que no llega al exterior.⁹

Las condiciones para este supuesto son las siguientes:

- Consentimiento de la madre, y si ella no se encuentra en condiciones de prestarlo, que lo hayan realizado su esposo o familiares cercanos. No obstante, el Código nada dice sobre un orden preferente para el consentimiento prestado por terceros, ni en el caso de ausencia de éstos.
- Que el peligro no pueda ser evitado por ningún otro medio efectivo.
- Que sea practicado por un médico certificado para el efecto, precautelando la vida de la madre y el resultado del aborto.
- Que exista un peligro inminente para la salud o la vida de la madre. Aquí se destaca que el Código padece de una amplitud excesiva al hablar de peligro a la vida, sin calificarlo de grave o irreversible. Así como no existen exigencias de cuan serias puedan ser las fundamentaciones dadas sobre el peligro que corre la madre.¹⁰

Para este caso no se determina plazo alguno, la madre podrá abortar al resguardo de repercusiones penales en cualquier momento de su embarazo, si ésta se basa en el peligro para su vida o salud.

En este momento de la discusión se puede llegar a su punto elevado en ponderar ¿qué vida es más valiosa, la de la madre o la del hijo?, punto que no es pertinente abarcar para el presente trabajo pero que sin duda alguna ha llevado al debate nuevas consideraciones en la Asamblea Nacional.

El segundo de los casos a observar es el aborto en casos de violación o estupro cometido en una “mujer idiota” o demente. Este es considerado, según el doctor Albán Gómez, como un aborto eugenésico.

Las condiciones para este supuesto no sea punible son las siguientes:

- Que sea practicado por un médico.
- Que la mujer sea “idiota” o demente.
- El consentimiento del representante legal del sujeto pasivo de la violación.

9 Donoso Castellón, A. (2007). *Guía para Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.

10 Op. Cit. Albán Gómez, E. (2011).

- Que el embarazo sea fruto de una violación o estupro cometido en contra de la mujer, sin que medie previamente una denuncia por el delito de violación.¹¹

Las circunstancias de la madre del que está por nacer son las que le dan la calidad de impune a esta conducta ya que existen serias posibilidades de que aquel que está en camino sufrirá también alguna deficiencia mental o física, convirtiéndolo en una carga social enorme para el Estado y en un riesgo respecto de la condición de salud de su madre, esto, según las concepciones tradicionales de la doctrina para el aborto eugenésico.

El doctor Albán en este punto nos plantea un razonamiento jurídico- penal cuya respuesta no es del todo clara: ¿Existe una colisión de bienes jurídicos? ¿La vida del no nacido debe ser menoscabada debido al interés social de carácter eugenésico?

Una vez analizadas las posibilidades, se observa que la mujer que no padece de ninguna de las condiciones mentales descritas, pero que habría sido violada, no cabe en el concepto de excusa legal absolutoria.

Para estudiosos de esta materia como el catedrático estadounidense Mark Graber, en su libro "*Rethinking Abortion: Equal Choice, the Constitution, and Reproductive Politics*", concibe que la aplicación de las leyes referentes al aborto han sido manifiestamente discriminatorias y arbitrarias durante las últimas décadas en todo el planeta. Todavía existe un mercado negro sobre este tipo de necesidades donde es contrario a la ley llevar a cabo un aborto, creando así una necesidad que va a ser suplida en centros que van a poner en riesgo la vida de la madre y del concebido. Además, muestra la disparidad de un aborto seguro-oculto, como resultado de las ideas constitucionales que están fuera de contexto en la actualidad.¹²

Retomando el numeral 2 del artículo 146 del proyecto del COIP, si bien es cierto que existe este tipo de excusa legal en legislación comparada, en algunos países debe mediar denuncia con la respectiva instrucción fiscal realizada por el órgano competente, cosa que no fue incluida nunca en el borrador.

En nuestro país, la etapa de indagación previa e instrucción fiscal para este tipo penal podría durar meses, incluso después de haber terminado el plazo de las doce semanas ¿qué pasaría si en efecto se comprueba que hubo violación pero pasaron

11 Ibidem.

12 Graber, Mark A. (1999). *Rethinking Abortion: Equal Choice, the Constitution, and Reproductive Politics*. Virginia, United States of America: Princeton University Press.

las doce semanas?, o caso contrario, de no ser necesaria la investigación pertinente ¿qué tan amplio sería el tipo penal descrito?

En virtud a todo lo antes expuesto, considero que bajo estos nuevos postulados coligen y se enfrentan los dos presupuestos constitucionales planteados al inicio de este trabajo: El derecho a la vida (reconocido y garantizado), incluyendo el cuidado y la protección desde la concepción de toda persona, frente al de la madre en cuanto a su libertad sexual, de vida reproductiva y el de decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

La dignidad de la mujer excluye que pueda considerársele como mero receptáculo de material genético, por tanto el consentimiento para asumir dicho compromiso obtiene una especial característica en su análisis ante un hecho de tanta trascendencia como el albergar una nueva vida, vida que afectará profundamente a la de la mujer en todo sentido.

En este supuesto cabría incluir también el embarazo resultado de violación, porque se trata de una concepción resultado de una conducta punible y contraria al ordenamiento jurídico, que compromete el consentimiento y la voluntad de la mujer. Es preciso que este acontecimiento sea debidamente denunciado. Pero aun cumpliendo este supuesto (que debería ser una solemnidad al caso) no fue considerado como requisito para proceder con el aborto, cuando esto pudo haber garantizado la viabilidad del articulado descartado.

Más que una opción a la mujer que no desea llevar a cabo un embarazo, surge la necesidad de crear nuevas políticas públicas en donde se provea de información adecuada a las personas en general, puesto que esta situación propendería a que existiesen gran número de abortos a pretexto de una supuesta violación, o el acceso carnal no consentido.

Sobre la prueba.-

La prueba en casos de violación, es decir, de una relación sexual no consentida por la mujer en este caso, puede absolverse mediante el respectivo examen médico legal posterior a la consumación del hecho antijurídico.

Diversos estudios realizados en Colombia y citados en la Sentencia C-355/06 de la Corte Constitucional Colombiana *“han comprobado psicológicamente que al menos a un nivel inconsciente, la víctima de violación puede sentir que si ella puede superar el embarazo habrá superado el trauma de la violación, y que al dar a luz, ella recobrará algo de su autoestima perdida”*¹³, contrario a lo que se ha pensado en que

13 Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-355/06. Último acceso: 05-04-2014; <http://www.cortecc.org/>

las mujeres que llevan un embarazo debido a un asalto sexual desean un aborto para así mitigar de alguna manera este despreciable acto de la violación.

*En el aborto que corresponde a una violación médica, a la mujer le roban su maternidad.*¹⁴

Del mismo modo, estos estudios citados muestran que las víctimas de incesto raramente acceden en forma voluntaria a un aborto, muchas veces porque no quieren exponer al escrutinio público una conducta tan gravosa para la sociedad. En vez de ver el embarazo como indeseado, es más común que la víctima de incesto vea el embarazo como una forma de detener la relación incestuosa, porque el nacimiento del hijo expondrá de alguna manera la actividad sexual reprochable del familiar.

Ahora bien, regresando al tema de este apartado, la prueba se hará según el procedimiento del caso determinado por el médico legista, o incluso, mediante exámenes psicológicos posteriores al ilícito que demuestren lo ocurrido. Sin embargo, luego de transcurrido cierto tiempo, la prueba practicable pericialmente “desaparecerá” del cuerpo de la víctima, ¿cuál debería ser el proceso a seguir entonces?

La falta de desarrollo en el proyecto del COIP dejaba abierta la posibilidad de la denuncia en cualquier momento comprendido en el lapso de las doce semanas. Si la mujer no quisiera someterse a este procedimiento, que luego de cierto tiempo también caería en lo inocuo, se releva de prueba a quien alega violación y así proseguir con el aborto bajo el cuidado de los expertos de la salud.

Violación: ¿Excusa legal absolutoria en todos los casos? ¿Abuso del derecho penal?-

La Sentencia C-355/06 expedida por la Corte Constitucional Colombiana, en su análisis en casos de aborto por existir violación, menciona que para exigir como única prueba de estas circunstancias es que el hecho punible haya sido denunciado en forma debida ante las autoridades, esto sería con la respectiva denuncia ante la Fiscalía, pero descarta expresamente que el legislador, al regular el tema, establezca medidas complementarias tendientes a demostrar tales delitos, como por ejemplo la prueba del facultativo en los delitos sexuales; limitándose así a la mera denuncia para que este aborto sea legal.

¿Dónde queda la garantía del derecho a la vida del *nasciturus* ante la falta de exigencia de comprobación de las circunstancias que supuestamente justificarían

corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm.

14 Ibid.

su eliminación? ¿El aborto procede entonces con fundamento de una denuncia que puede ser falsa?

Por otra parte, exigir la prueba forense de la violación acarrea cargas desproporcionadas sobre los derechos de la mujer ¿acaso se debe requerir que la violación se confirme a satisfacción del juez?; ¿o tal vez exigir que la mujer deba previamente obtener permiso, autorización, o notificación, bien sea ésta del marido o de los padres, en los casos respectivos?

No se trata, sin embargo, de la única hipótesis en las cuales resulta claramente desproporcionada la sanción penal del aborto.

El aborto no punible a la luz del COIP aprobado.-

De la misma manera de la que está titulado el presente ensayo, planteamos la inconveniencia de las reformas al proyecto adoptadas por parte del legislativo en cuanto a la eliminación del articulado sobre la excusa legal absolutoria tratada en estas breves líneas.

El COIP, sancionado y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014, no pudo más que hacer un calco a la norma del vigente CP, con añadidos puntuales que explicaremos a continuación:

Artículo 150.- Aborto no punible.- El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos:

- 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.*
- 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental.¹⁵*

El primer agregado a la disposición del CP es cuando faculta a “otro profesional de la salud capacitado”, situación un tanto ambigua puesto que lo más beneficioso para la paciente es que siempre sea esta intervención efectuada por un médico plenamente capacitado.

En segundo lugar, se extiende la enunciación del CP frente al consentimiento

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

debido que debe prestar “*mujer o de su marido o familiares íntimos*”¹⁶, extendiéndose para que éste sea prestado a su vez por el cónyuge, pareja, así como de su representante legal; sin embargo surge la interrogante que en estos supuestos cuál sería entonces la opinión plenamente válida en un conflicto entre aquellos facultados a prestarla.

Legislación comparada sobre los dictámenes y decisiones de Tribunales Constitucionales y sus regulaciones para el aborto.-

El presente cuadro comparativo tiene como intención poner en conocimiento del lector diversas concepciones a nivel internacional y los fallos emitidos por parte de los diferentes Tribunales y Cortes Constitucionales en cuanto al aborto y los requisitos previos de viabilidad del mismo cuando éste haya sido producto de violación y se realice hasta la doceava semana de gestación.¹⁷

Alemania.- La orientación de la Corte Constitucional de este país va en torno a que se prohíba la descriminalización del aborto, sin embargo, admite en ciertos casos y pone también requisitos previos. Es posible acceder a un aborto legal durante los primeros tres meses de gestación en los siguientes casos:

- 1.- Por circunstancias médicas, que refieren a casos de aborto terapéutico;
- 2.- De carácter eugenésico;
- 3.- Por circunstancias penales, caso planteado en el proyecto del COIP para el Ecuador; y,
- 4.- En casos de necesidad. Este último punto es el que más llama la atención, puesto que según el Código Penal alemán, en su reforma de 1995, establece que debe existir consejería previa con el fin de que la mujer pueda generar su estado de necesidad y que medie un lapso de tres días para su decisión final. Este tipo de aborto no punible podrá ser practicado hasta la semana 22 en razón al estado de “angustia” de la mujer certificado por el médico y después de asesoría.

El trámite establecido en este ordenamiento es, en primer lugar, la consejería a la madre para que conozca los efectos plenos de su decisión, un certificado que concurrió a esta consejería y un periodo de espera de tres días.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Alcaldía de Bogotá. *Sentencia C-355/06- Referencia: expedientes D- 6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal.* Último acceso: 03-04-2014; <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=21540>.

Canadá.- En este país se concibe como la libre decisión por parte de la mujer el abortar durante los primeros tres meses de embarazo, luego de este periodo únicamente es válido si la vida de la madre se encuentra en riesgo.

Bélgica.- Pese a que no existe pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional de este país, el Código Penal establece el aborto eugenésico y terapéutico, así como el aborto por causas de angustia, hasta las 12 semanas cumpliendo un trámite específico, el cual consiste en que debe acudirse ante un médico, consejería con las diversas opciones a la madre; quien deberá esperar tres días previo a su decisión final, misma que deberá estar por escrito, así como que se adjunte la historia clínica de la paciente.

Brasil.- No muy alejados de nuestra propia realidad, en este país se concibe el aborto terapéutico, así como aquel permitido en casos que el embarazo sea resultado de violación o incesto, para lo cual debe mediar el consentimiento de la madre o su representante legal de ser el caso.

Un último supuesto interesante en este Código es cuando el *consentimiento de la mujer fue obtenido mediante fraude, grave amenaza o violencia*.¹⁸

España.- El legislador español recoge la excusa legal absolutoria para el aborto en casos que éste haya sido producto de un hecho ilícito, con un lapso prudencial de 12 semanas y que luego del hecho debe mediar necesariamente una denuncia ante la autoridad.

Estados Unidos.- La Corte ha despenalizado el aborto estableciendo que el derecho a la libertad sexual de la mujer no puede limitarse proporcionándole una carga “injusta” a la misma. Se establece que durante los primeros tres meses esta intervención no es penada, cumpliendo las condiciones para cada estado federal.

Francia.- La Corte permite al legislador que esta conducta sea despenalizada, hecho recogido en el Código Penal francés que permite la interrupción del embarazo en los primeros 3 meses por motivos de angustia, sin condiciones. De la misma manera que en el caso de Bélgica, deberá la madre recibir consejería, pero con un plazo mayor de espera de 7 días para la manifestación de su voluntad final.

Hungría.- La Ley LXXXVII de 2000 que reforma la Ley LXXIX sobre la Protección de la Vida Fetal¹⁹, recoge diversos supuestos para el aborto: en primer lugar, es posible que la mujer acceda a un aborto durante los primeros tres meses en casos de aborto terapéutico, eugenésico, así como en casos de violación y si la

18 Ibidem.

19 Ibidem.

madre se encontraba en un estado de crisis.

India.- Aquí no existen fallos por parte de un Tribunal Constitucional, empero, la denominada “Ley sobre la terminación médica del embarazo”, señala que el aborto es libre hasta los primeros 3 meses de gestación.

Posterior a este lapso, el aborto será legal hasta las 22 semanas de gestación cuando este represente un peligro a la salud física y mental de la madre, en casos de que el feto padezca anomalías físicas o mentales, y más interesante aún es cuando haya fracasado el método anticonceptivo utilizado por la mujer casada o su esposo, para de esta manera controlar el número de hijos planeados, cosa que nos recuerda la libertad sexual de la mujer y su decisión de cuándo y cuántos hijos desea tener según la Carta Magna ecuatoriana.

Polonia.- Este país, por medio de su Corte Constitucional, prohíbe que sea despenalizado el aborto, pero lo admite durante el primer trimestre en casos concordantes con nuestro CP así como en casos de violación.

A manera de conclusión, tarde es para lamentarnos la omisión realizada por el legislador, no obstante, era preciso como estudiantes de Derecho y curiosos en la rama del derecho penal, exponer la inconveniente decisión adoptada por el Legislativo, dando un paso atrás frente a la oportunidad de un nuevo catálogo punitivo que sin duda pudo haber sido depurado de mejor manera. Solo el tiempo aleccionará.

Bibliografía:

Albán Gómez, E. (2011). Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte General. Quito, Ecuador: Ediciones Legales S.A.

Alcaldía de Bogotá. Sentencia C-355/06- Referencia: expedientes D- 6122, 6123 y 6124 Demandas de inconstitucionalidad contra los Arts. 122, 123 (parcial), 124, modificados por el Art. 14 de la Ley 890 de 2004, y 32, numeral 7, de la ley 599 de 2000 Código Penal. Último acceso: 03-04-2014;<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=21540>

Borrador del Segundo Debate del Proyecto Código Orgánico Integral Penal - 9 de diciembre de 2012.

Código de Niñez y Adolescencia.

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

Código Penal ecuatoriano.

Constitución de la República del Ecuador.

Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-355/06. Último acceso: 05-04-2014; <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>

- Diario El Comercio. 18 de octubre de 2013. *Rafael Correa no descarta sanciones para las asambleístas pro aborto*. Último acceso al 04-04-2014; [http://www.elcomercio.com.ec/politica/Rafael Correa-Alianza Pais-asambleistas-sanciones-Codigo Penal Integral-aborto 0 1013298840.html](http://www.elcomercio.com.ec/politica/Rafael_Correa-Alianza_Pais-asambleistas-sanciones-Codigo_Penal_Integral-aborto_0_1013298840.html)
- Diario El Universo. 18 de octubre de 2013. *Presidente Correa pide sanciones a AP para asambleístas pro aborto por violación*. Último acceso al 04-04-2014; <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/10/18/nota/1598441/presidente-correa-pide-sanciones-ap-sus-asambleistas-que>
- Donoso Castellón, A. (2007). *Guía para Estudio Derecho Penal Parte Especial Delitos contra las Personas*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Graber, Mark A. (1999). *Rethinking Abortion: Equal Choice, the Constitution, and Reproductive Politics*. Virginia, United States of America: Princeton University Press.
- Muñoz Conde, F. (2010). *Teoría General del Delito*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.

Comparativa a nivel andino de la mala praxis médica como tipo penal

(Compare at the andean countries level of medical malpractice as a type of criminal offense)

Cristian Maximiliano Ruiz Carrera¹

RESUMEN

La “Mala Praxis Médica”, es un tema polémico que desde hace algún tiempo ha estado en controversia, entre los juristas y los médicos, y no solo entre estas dos ramas profesionales, sino también dentro de la sociedad en general; es por esto que se ha intentado conceptualizar en la doctrina su significado y alcance, por lo que esta investigación toma al método histórico, para estudiar e esta figura, de igual manera los Estados alrededor del mundo han creado figuras, como el “homicidio culposo” u “Homicidio culposo por mala práctica profesional”, con lo que se realizó una comparativa de los distintos tipos penales de la región Andina, con el fin de delimitar su actuación como Estados y como esta tipificación de este tipo de delitos puede cambiar el paradigma social. Asimismo, este trabajo demostró que muchas veces se puede llegar a confundir a la “Iatrogenia”, como un tipo de mala práctica médica, por las similitudes que estas figuras comparten; la mala práctica de los profesionales de la medicina tiene muchas aristas y debe cumplir con ciertos requisitos para que sea considerada como una actuación por ignorancia de las normas básicas de la profesión, por lo que se estudiaron arduamente los conceptos y los códigos de varias legislaciones como la de Perú, Chile, Colombia y Ecuador, para así llegar a la conclusión que si bien el tipo penal del nuevo Código Orgánico Integral Penal (COIP), emitido por el Ecuador el 10 de febrero del 2014, crea una norma para castigar la negligencia médica, no necesariamente este artículo creado por el legislador, está redactado de la manera más lógica y correcta.

Palabras Clave: Homicidio, Homicidio culposo, Negligencia, Impericia, Iatrogenia, Mala Praxis Médica/ Mala Práctica Médica

1 Estudiante Egresado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Quito, Facultad de Jurisprudencia

I: DEFINICIÓN DE MALA PRAXIS MÉDICA:

1.1. Definiciones:

Para definir a la mala praxis médica, debemos remontar esta investigación al Código Hammurabi, el cual dio pautas para los galenos de esa época y dictaba penas para cuando estos incurrieran en negligencia en su práctica profesional. Así lo señala el Dr. Malaspina Edgardo, quien habla de las normas de conducta de los médicos, dentro de las cuales están por ejemplo:

“Tiene 10 normas y 282 reglas sobre el ejercicio de la medicina. Su aplicación y los castigos por mala praxis. Abre todo la referente a intervenciones quirúrgicas. Aquí también se fijaron los honorarios por diferentes operaciones. Los cuales dependen de la clase a la cual pertenecía el paciente. La muerte de un enfermo se castigaba con la amputación de las manos del médico, por ejemplo. Y según los cánones de la ley del talión.”(MALASPINA, Edgardo, 2006)

Este código data entre los años de 1790 y 1750 a. de C. contiene una guía de procedimientos legales, señalamiento de penas por acusaciones injustificadas y falsos testimonios. **Algunos artículos se refieren a daños personales ocasionados por una práctica médica inadecuada y daños causados por negligencia en las más diversas actividades humanas.**” (Negritas y subrayados son míos) (MALASPINA, Edgardo, “Historia de la medicina”, 2006)

Como se puede observar, el mismo Código de leyes de Hammurabi ya penaba la falta de cuidado de las personas que se dedicaban a una actividad en concreto, como por ejemplo los médicos, así este cuerpo de leyes recogía penas para los galenos como ya se observó en párrafos anteriores, penas como la amputación de una de sus extremidades o penas civiles como el pago monetario para resarcir de alguna manera su daño, por lo inferido se puede observar que la idea de penar a las personas que se relacionaban con el ámbito de la salud si estas incurrieran en una negligencia siempre ha existido.

Dentro de este Código también se imponían los honorarios de los médicos; por ejemplo una de las normas reglaba que: “si un médico cura hueso fracturado de un hombre o cura una víscera enferma, el enfermo le pagara cinco siclos de plata. Si se trata de un liberto, este pagara tres siclos de plata. Si se trata de un esclavo el amo del esclavo dará al médico dos siclos de plata” (Id.), con lo cual, se normaba no solo los derechos de dichos galenos, sino también las obligaciones que tenían estos para con sus pacientes; estos datos sirven de referente histórico, no solo para entender mejor a la mala práctica médica desde su animus en el transcurso de su historia, pero también para comprender el concepto de esta.

Por consiguiente la concepción de la “mala práctica médica” ha existido desde siempre en la sociedad, así lo afirma Fernando del Corro, “Sin embargo no es algo reciente. La preocupación por la mala praxis es una cuestión muy antigua, aunque en las últimas décadas haya tenido una gran difusión y hasta existan estudios jurídicos que hacen propaganda por Internet promoviendo juicios y haya países como EEUU en que virtualmente ese tipo de seguros resulte indispensable antes de encarar una actividad profesional de cierto riesgo.” (DEL CORRO, Fernando, 2005), y se han dado medidas para coaccionar a una práctica negligente que se pueda dar por parte de un profesional de la salud; con lo que se desprende la razón por la cual este tipo penal de la mala praxis llega a nuestros días y se lo tipifica en los códigos de varios Estados en los cuales un profesional de la medicina puede incurrir en un delito penal, como por ejemplo en el Código Penal Español, en su artículo 142, el cual señala en su numeral primero, que la pena por causar la muerte de una persona por impericia, es de uno a cuatro años y en el numeral tercero del mismo artículo, especifica que si esta imprudencia es cometida por un profesional, se inhabilitará su licencia para ejercer la profesión por un periodo de tres a seis años. (“Código Penal Español”, 2011)

Debido a la responsabilidad que un médico puede tener mediante el ejercicio de su profesión, se ha dado en dentro de sus responsabilidades: a) la civil, la cual a palabras de Juan Carlos García Humaya es: “La responsabilidad civil médica constituye un supuesto de particular importancia dentro de la responsabilidad civil en general y específicamente, de la responsabilidad profesional, cuya existencia como una institución o figura jurídica independiente de la responsabilidad en general no resulta pacífica” (GARCIA, Juan Carlos, 2009, pg.2); y, b) La responsabilidad penal, la cual es definida por la Dra. Camacho como, “[...] el estado de sometimiento en que se encuentra el individuo que ha tomado parte en la ejecución de un delito frente a la potestad punitiva estatal [...]”. (CAMACHO, Daniella, 2012, pg.118), mediante estas responsabilidades, el medico deberá responder por los daños causados mediante el pago de los daños realizados, como una consecuencia civil y cumpliendo una pena, con responsabilidad penal.

Con esto se observa que, para encuadrar al delito de mala práctica médica se debe subsumir la acción del profesional de la salud dentro de un delito penado por el Estado. Así mismo la Dra. Camacho, expone que, los males provocados por un galeno, dentro de su profesión, deberían ser culposos, cuando este no ha buscado inferir aquel daño, ni dañar el bien jurídico protegido, “El mal provocado por el médico en el ejercicio de su profesión, cuando es involuntario, se considera culposo, puesto que no ha existido la intención de cometerlo.” (Id.). Con lo que debe existir un elemento de culpabilidad del sujeto activo, para que se produzca

el daño y por ende poderlo penar, recordemos la máxima latina “Nullum Crimen, nulla poena sine lege”; a palabras de Iulia Crisan: “El principio de legalidad es un valor fundamental, un derecho humano, pero también una defensa fundamental en el enjuiciamiento penal de acuerdo con que ni delito, ni pena pueden existir sin un motivo legal. Nullum crimen, nulla poena sine lege es de hecho una garantía de la libertad humana” (CRISAN, Iulia, 2010, pg.2)²

Para el Dr. Pizarro un médico debe responder cuando:

“Un médico debe responder cuando su conducta se califica de culpable. La culpa constituye un elemento esencial para que un médico quede obligado a indemnizar al paciente. Por eso es usual señalar que los médicos tienen “obligaciones de medios” y no de “resultados”, ya que comprometen hacer todo lo posible por lograr una curación, pero no aseguran un resultado específico.- El medico que puede ser culpable, de una parte, por incumplimiento de la obligación de informar, lo que implica la realización de un acto médico sin un consentimiento informado del paciente y, por otra, puede ocurrir que el acto terapéutico no sea realizado de una manera correcta” (PIZARRO, 2003, pg. 175.)

De igual manera los profesionales de la medicina al graduarse aceptan el Juramento Hipocrático y también están obligados a seguir un Código de Ética, en el cual se establece dentro de su capítulo XIII, el cual tiene como título “De la responsabilidad profesional”, en su artículo 110, se señala: “Art. 110.- **El médico es responsable** de sus actos en los siguientes casos: Cuando comete delitos contra el derecho común; **Cuando por negligencia, impericia, ignorancia o abandono inexcusables, causa algún daño.**” (Negritas y subrayado son míos.) (ROJAS, Neiro, 1964, pg.550)

Por lo expuesto anteriormente se denota que los mismos médicos, observan que sus comportamientos pueden llegar a causar daño a una persona si no saben cómo realizar su trabajo, con lo que creen coherente responsabilizarse por los actos que de ellos puedan producirse, si incurren en una falta o en negligencia. Por lo tanto, el Código Médico, decide ajustarse al sistema legal del país mediante la tipificación del art.110 de este cuerpo de normas. Asimismo, se puede inferir que el médico no está en la obligación de dar un resultado ciento por ciento certero a su paciente, sino hacer todo lo posible que este en sus manos, para poder ayudar

2 NB: Texto traducido por el autor: “The principle of legality is a core value, a human right but also a fundamental defense in criminal law prosecution according to which no crime or punishment can exist without a legal ground. Nullum crimen, nulla poena sine lege is in fact a guarantee of human liberty”.

a salvar la vida de este, “*El medico se encuentra obligado a entregar al paciente o enfermo una prestación concienzuda, atenta y conforme a los conocimientos de la ciencia. Se le exige un comportamiento acorde a los conocimientos actuales de la ciencia.*”(PIZARRO, 2003, pg. 176.)

Los actos de los profesionales de la medicina se ven enmarcados en las obligaciones de medio y no en obligaciones de resultado, como por ejemplo las que podríamos pedir a un carpintero, el cumplir con las dimensiones y estándares de lo deseado y requerido por el contratante. Lo que la Dra. Carmen Domínguez señala dentro de estas obligaciones tiene importante relevancia;

“Esa aplicación ha cobrado especial relevancia para las profesiones liberales –como el médico– desde que las obligaciones que esos profesionales contraen son, en general, de medio. Las razones de esa plena aceptación se encuentran en que ella ha permitido salvar la aplicación de la culpa presunta ante el incumplimiento que tradicionalmente se ha entendido propio de la responsabilidad contractual, no así de la extracontractual, constituyendo precisamente una de las diferencias más importantes entre ambas especies del poder de reparar” (DOMINGUEZ, Carmen, 2009, pg.21).

Con estos presupuestos se puede inferir que el médico da un servicio el cual no siempre va a tener un resultado eficaz, pero cuando no lo sea puede ser por circunstancias externas o por la impericia del galeno, es aquí cuando se debe castigar la acción de dicho médico.

Por todo lo expuesto en párrafos anteriores se podría definir a la “mala práctica médica” como: el acto en el cual un médico al ejercer provoca un daño irreparable en su paciente, dejando así que su actuar ingrese y se subsuma en una norma penal, creando así una responsabilidad para dicho profesional, el cual deberá responder por sus actos, civil o penalmente, dependiendo el caso.

1.2 Características de la mala praxis médica:

Dentro del concepto de mala praxis médica se puede encontrar varios puntos en los cuales enfocarse, y estos puntos son características relevantes del tipo penal.

Los doctores, Hernán Gutiérrez Zaldivar y Lidia Nora Iraola, definen los elementos para conceptualizar estas características; para ellos el concepto de mala praxis médica sostiene varios puntos.

“En el primer lugar, debe existir un daño constante en el cuerpo [...]

En segundo lugar, el daño causado debe necesariamente originarse en un acto

imprudente o negligente o fruto de la impericia o por el apartamiento de las normas y deberes a cargo del causante del daño o apartamiento de la normativa vigente aplicable [...] Principio General de Derecho [...]” (NORA, Lidia y GUTIERREZ, Hernán, 2010, pg.3)

Estos presupuestos se podrán estudiar individualmente, son los puntos centrales para poder declarar una mala praxis médica, es por estas tres características que se puede definir al tipo penal.

1.- Daño constante en el cuerpo:

Este es el punto central de la mala praxis, ya que dentro de este tipo debe existir un daño visible y notable en las personas que se vean afectadas por mala práctica médica, ya sea este un acto u omisión, el cual cause un mal físico o psicológico, así lo define el Diccionario médico-legal:

“[...] En pocas palabras, la negligencia médica son los daños físicos causados a un paciente por los cuidados de médicos negligentes. [...]”³. Con lo que se infiere que el daño que el medico ejerza sobre un paciente debe ser visible, la Dra. Camacho expone de esta manera en la cual el resultado debe ser “[...] dañoso, a su vez, es visible, inmediato en la mayoría de los casos, irreparable casi siempre y revestido de sufrimiento singular para la naturaleza humana. [...]” (CAMACHO, Daniella, 2012, pg. 118-119).

De igual manera el Dr. Luis Felipe Ginnochio, explica que el daño tiene que dejar la secuela de una lesión, así lo explica; “Modificación de la estructura de un tejido, bajo la influencia de una causa mórbida” (GINOCCHIO, Luis Felipe, 2008, pg. 26). Lo cual implica que el médico para incurrir en una impericia médica deberá crear un daño en el paciente, el cual pueda ser percibido con los sentidos y demostrar que este fue inmediato y que acarreará posibles daños para este individuo; solo de esta manera se podrá estar hablando de una mala praxis médica.

Esto no constituye una tarea fácil ya que definir un daño físico grave o leve requiere de técnicas de estudio y de investigación de profesionales para llegar a definir si una lesión puede llegar a constituir un nivel alto, medio o bajo, ya que mediante la definición de dicha lesión, se podrá inculpar a un profesional de la salud, dentro del tipo penal analizado, con lo que es de suma importancia darle un nivel a las lesiones sufridas por la víctima para de esta manera poder tener una base en la cual juzgar al actor; de esta manera Luisa dicta que:

3 “Diccionario Práctico Médico-Legal: MALA PRAXIS, NEGLIGENCIA MÉDICA, IMPERICIA”, 11 de noviembre del 2012, <http://armonicosdeconciencia.blogspot.com/2012/11/diccionario-practico-medico-legal-mala.html>, ACCESO:13/03/2014, 21:28.

“La Valoración del Daño Corporal es una actividad pericial médica dirigida a conocer, con la máxima exactitud y objetividad, las consecuencias que un suceso traumático ha tenido sobre la integridad psicofísica y la salud de una persona. Esta actividad, en el ámbito judicial, se lleva a cabo por los Médicos Forenses, en los distintos órdenes judiciales: penal, civil y laboral. La valoración del daño físico, en general, no entraña grandes dificultades, sin embargo la valoración del daño psíquico entraña una especial dificultad por cuanto en muchas ocasiones el daño no es fácilmente objetivable y cuantificable.” (LUISA, Francisco, 2010, pg.1)

De ahí la necesidad de crear la responsabilidad civil o penal del médico, como ya se observó, *“La responsabilidad civil, es la obligación que pesa sobre una persona de colocar a quien se ha causado un daño por la violación de un deber jurídico en la misma situación en que este se encontraría con anterioridad a dicho acto. [...]”* (CAMACHO, Daniella, 2012, pg. 114), al igual que al definir a la responsabilidad penal, Francisco Luisa entiende que *“Puede dar lugar a responsabilidad penal cuando el hecho incriminado constituye una infracción voluntaria o imprudente, tipificada como delito o falta”* (FRANCISCO, Luisa, *“La valoración médico forense de los daños derivados del accidente de trabajo: secuelas psíquicas.”*, pg. 13-14), con lo que recae la importancia de definir si las prácticas realizadas por el médico deben incurrir en una sanción de carácter penal por el hecho de que causó una lesión constante en el cuerpo de la víctima, o solo deberían repararse civilmente, mediante la indemnización monetaria; recordando así las palabras de la Dra. Daniella Camacho Herold: *“El fin de la responsabilidad es distinto, en el ámbito penal es sancionador, mientras que en el civil es reparador del daño. Mientras en el primero la responsabilidad se paga al Estado, en el segundo, se paga a la víctima”* (CAMACHO, Daniella, 2012, pg. 132)

2.- El daño causado debe necesariamente originarse en un acto imprudente o negligente o fruto de la impericia:

El acto del médico siempre tendrá que ser causado por un acto de imprudencia, de negligencia o por impericia, *“Cual sea el tenor de la obligación viene a su vez determinado por el contenido de la relación existente entre el médico y el paciente, a la que vamos a referirnos ahora, ya que la vulneración por parte del médico de los derechos del paciente, que constituyen sus obligaciones, es causa de responsabilidad.”* (GINOCCHIO, Luis Felipe, 2008, pg. 22-23); con lo que se coloca a este delito dentro de los delitos culposos y no dentro de los dolosos, ya que como es conocido, el dolo es la intención de causar daño, pero por el hecho de que un doctor incurra dentro de uno de los tres preceptos anteriormente nombrados, hace que su acción sea culposa cuando esta acción causa un daño.

Es aquí donde se centra la atención de la investigación, ya que en este punto, es en donde el médico debe cometer los siguientes: a) imprudencia o negligencia, b) impericia o inobservancia de la norma, con lo que se puede configurar la acción culposa del profesional de la salud.

Imprudencia o Negligencia: En el caso de la negligencia, se considera que el actuar del galeno puede recaer en una acción previsible, es cuando Castan define a la negligencia como: “[...] la *omisión de la diligencia exigible en las relaciones sociales, mediante cuya aplicación podría haberse evitado un resultado contrario al derecho y no querido.* [...]” (CASTAN, Tobeñas, 2009, pg.409), con lo observado se infiere que para que exista negligencia por parte de un médico, debe existir la omisión de la diligencia exigible por las relaciones entre personas y de la sociedad, reglas básicas que se establecen en el convenio social. Así mismo muchos autores definen a la imprudencia y la negligencia como sinónimos, este es el caso del Dr. Rodrigo Barcia el cual argumenta que: “[...] *en el caso de negligencia o impericia [...] que se traduce en la infracción de la lex artis y/o incumplimiento [...]*” (BARCIA, Rodrigo, 2004, pág. 123), con la primera acepción de estas características en las cuales se deben observar la imprudencia o negligencia del profesional de la salud.

Impericia o inobservancia de la norma: El mismo Dr. Barcia, define a la Impericia, como: “[...] Impericia, [...] ignorancia o falta de destreza en el ejercicio de su profesión” (Ibídem, pg. 120), por lo que se deriva que la impericia del médico al momento de actuar y caer en la mala práctica médica, es cuando este tenga una falta de conocimiento de lo que está realizando, sea en un procedimiento o en su profesión en general y de igual manera si no tiene destreza haciendo una actividad en la cual se involucre un bien jurídico protegido de una persona, sea su integridad física o su vida.

3.- Principio general de Derecho.

En esta característica, es en la cual se demuestra la unión entre el daño causado y el agente que lo causó, de esta manera, se dicta que: “*Quien invoca la producción del daño debe probar la efectiva responsabilidad de los agentes de la salud intervinientes en la producción del daño.- Esta condición deriva del principio general del derecho vigente, que establece a cargo de quien invoca un daño y un perjuicio, la obligación de probarlo y acreditarlo.*” (NORA, Lidia y GUTIERREZ, Hernán, 2010, pg.3)

Mediante el actuar del médico, es cuando se pueden materializar los dos preceptos vistos anteriormente, sea la negligencia por parte de este o la impericia, sea cual sea el caso, el médico deberá incurrir en estas causas para así crear el vínculo entre el daño y el actuar del mismo, Ginocchio expresa que: “Se considera

necesario que el autor haya tenido conocimiento de su actuar riesgoso que se ponía en peligro la integridad física de la víctima. Como es un delito no doloso, es obvio que el autor no quiere el resultado. Pero se produce el resultado dañoso objetivamente imputable por infringir el deber de cuidado demostrable por que otro actor hubiera guardado en las mismas circunstancias.” (GINOCCHIO, Luis Felipe, 2008, pg. 47), por lo que se comprende, que el principio general de derecho es la vinculación de acto cometido por el médico y el resultado dañoso por falta de prudencia o experticia por parte del actor, solo así se puede llegar a hablar de un tipo de mala praxis médica.

El mismo doctor Ginocchio habla de la imputación objetiva:

“Con el concepto fin de protección de la norma, así como los demás que utiliza la teoría de la imputación objetiva (incremento del riesgo, principio de confianza, etc.) se procura fijar los alcances del tipo penal. Sobre todo son útiles para restringir la responsabilidad penal por imprudencia, pues la problemática de la imputación en la esfera del injusto no se reduce tampoco a la mera comprobación de si la lesión de un bien jurídico es consecuencia del peligro creado por el autor, porque todo ello está teñido de valoración. Y está referida a que intereses apreciados procuran proteger las normas.” (Ibidem, pg. 50)

II: COMPARATIVA POR PAÍSES DEL TIPO DE MALA PRAXIS MÉDICA.

En este capítulo me centraré en observar y comparar cómo se pena el delito de mala praxis médica dentro de las legislaciones y países que se expondrán a continuación.

2.1.- Colombia:

Colombia es un país en el cual, no existe un tipo penal en contra de la “mala práctica profesional” per se, por ende la mala práctica médica, está fuera de la mesa de discusión, sin embargo esto no quiere decir que, la negligencia o impericia de un médico dentro de su labor, quede fuera del ámbito penal y no pueda ser perseguida, como una acción que este dentro de la normativa punitiva del Estado colombiano, así lo expone el Dr. Ruiz:

“Se trata, en última instancia, de establecer sobre el principio de la autonomía y la independencia, las relaciones entre los médicos y los enfermos. Es aquí donde debe situarse su responsabilidad, donde la imputabilidad no penda amenazante a todas horas, cual espada de Damocles, capaz de herir la

magnitud de la profesión cuando esta se ejerce con honestidad y pericia; pero tampoco debe olvidarse que el enfermo ostenta la misma dignidad personal que cuando estaba sano y le son inherentes unos derechos inviolables, protegidos por la Constitución y la Ley.” (RUIZ, Wilson, 2004)

Por lo expresado anteriormente por el Dr. Ruiz, se infiere que si bien, un médico no tiene una ley que lo coaccione, para realizar su profesión con dignidad y honestidad, tendrá que hacerlo ya que existen otros métodos de penar la negligencia del mismo.

El Código Penal Colombiano, establece en su artículo 25, la acción u omisión de una conducta, da parámetros para poder penar a un médico, si concurre en negligencia o impericia en su hacer, así este artículo sostiene que:

“Artículo 25. Acción y omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevar a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

- 1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.*
- 2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.*
- 3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.*
- 4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.*

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.” (El énfasis me pertenece) (Código Penal de Colombia, 2000)

Se puede observar que para Colombia, la persona que tiene el deber de proteger un bien jurídico, y no lo hace, incurre en el delito de omisión, por lo

que se podría penar a un médico, que haya abandonado a un paciente en la mitad de la operación, o que por su omisión cause un daño grave a la salud de quien él se comprometió a curar; asimismo se tendrán que observar las normas constitucionales, y las demás normas de ley, las cuales dan el marco jurídico para saber cuál es el campo de acción de un médico, por lo que el derecho a la vida y a la integridad, sea física, psicológica y demás, serán los derechos en los cuales se pueda centrar la conducta.

De igual manera el verbo rector del tipo, recae sobre “impedir un resultado” y también sobre la “protección en concreto del bien jurídico protegido”, por lo que el Estado colombiano, protege los derechos de los pacientes, por medio de esta figura alterna, y derechos constitucionales, como por ejemplo el artículo 11 de la Constitución Colombiana establece que:

“ARTICULO 11. El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.” (Constitución Política de Colombia, Actualización 2013); por lo que el legislador colombiano no siente la necesidad de tipificar la figura de la mala práctica médica “per se”, con esto se configura un ámbito de protección de los derechos de las personas, menos invadido y con iguales o mayores garantías para los ciudadanos.

2.2.- Chile:

Dentro de la legislación chilena, se puede encontrar una figura, la “Mala práctica de un profesional de la medicina”, en la cual se pena a un médico, si es que este incurre en negligencia en su profesión, por lo que se configura una figura especial para penar a los profesionales de la salud, pero este artículo tiene una particularidad, y esta es que, el Código Penal Chileno establece a esta figura debajo de los “Cuasidelitos”, con lo que el legislador chileno, configura a la mala praxis, como un cuasidelito y no como un delito, así el Diccionario Jurídico Chileno, define a los cuasidelitos como:

“Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importan un delito, constituyen cuasidelito, si sólo hay culpa en el que la comete. El cuasidelito consiste en ejecutar un hecho con imprudencia temeraria el mismo que si habiendo malicia sería constitutivo de delito o de simple delito.” (DICCIONARIO Jurídico Chileno, 2001)

Por lo observado, para que se configure el delito, por parte de un médico en Chile, se debe primero configurar con estas nociones, el acto tiene que ser culposo, y el cuasidelito se debió haber ejecutado con imprudencia temeraria, así la legislación chilena, ha preferido presentar el cuasidelito, de mala práctica médica.

De esta manera el Código Penal Chile, en su artículo 491, establece que:

“Art. 491. El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.

Iguales penas se aplicarán al dueño de animales feroces que, por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas.” (BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile, 1874)

Chile establece, que los profesionales de la salud, como el médico, el cirujano, un farmacéutico, un flebotomiano, o una matrona, puedan incurrir, en este tipo de cuasidelito, lo cual hace que en el código chileno se establezca un actor determinado, en el cual solo estos sujetos activos, pueden configurarse dentro del tipo, pero este tipo es una circunstancia complementaria del tipo penal, ya que este se lo configura en el artículo anterior al 491, como el propio artículo lo dice:

“Art. 490. El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

1° Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.

2° Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades mensuales, cuando importare simple delito.” (El énfasis me pertenece) (Id.)

Por lo observado en el artículo 490, el sujeto activo, no es calificado, como en su artículo siguiente, en este, cualquier persona puede configurarse dentro del tipo penal, cuando por imprudencia temeraria (cuasidelito), incurra en crimen, pero siempre y cuando no medie malicia en su actuar.

De igual manera, cuando una persona incurra en el ilícito anterior, se impondrá una pena de reclusión, cuando el hecho sea un crimen, pero cuando el acto se configura en un delito, como lo expresa el numeral 2do, del mismo artículo, se podrá dar reclusión, o se puede imponer una multa al sujeto activo; esta distinción que hace la legislación chilena, es muy importante para el estudio de este tema, ya que no solo se ve como se puede configurar un delito y un crimen, dentro de los parámetros que la ley imponga, pero también se puede observar como el legislador pondera el daño hecho por el sujeto activo al sujeto pasivo, esto demuestra que para la legislación chilena, una persona que incurra en este delito, puede ser penada con reclusión según sea el caso, o se puede solo imponer una multa, lo cual a mi

manera de observar transforma la pena, en una pena civil, en la cual el sujeto activo deberá pagar monetariamente, por los daños causados al sujeto pasivo.

De igual forma el hecho que se imponga una sanción no civil al acusado, demuestra que el derecho penal es un derecho de ultima ratio, el cual como se observó anteriormente en la doctrina, este solo debe ingresar a regular, cuando los demás tipos de derecho no sean suficientes, por lo que a mi manera de observar, la legislación chilena es muy completa en cuanto a la manera de penar a quien cometa estos delitos; de igual manera, cabe recalcar, que el artículo específico para los profesionales de la salud es un tipo de extensión (circunstancia complementaria) del artículo 490, así que se penará con las mismas sanciones.

2.3.- Perú:

Dentro de Perú se sanciona a la mala práctica médica, bajo la figura del Homicidio culposo, el cual también es llamado, homicidio negligente según la doctrina: *“El homicidio culposo, también llamado homicidio negligente o involuntario, es un delito que consiste en causar la muerte a una persona física por una acción negligente.”* (AGENDA MAGNA, s.f.); la legislación peruana ha creído conveniente adecuar los actos de mala práctica médica, dentro del artículo 111, el cual versa sobre el homicidio culposo, el mismo que se estudiará posteriormente.

Para analizar el artículo mencionado, se debe primero observar lo que la doctrina sostiene sobre el homicidio culposo, para entenderlo y poder diferenciarlo de lo que las distintas legislaciones sostienen, así Terragni, afirma que: *“la negligencia no guarda otra relación con la imprudencia más que aquella que hace a ambas maneras de infringir el deber de cuidado”* (TERRAGNI, Marco Antonio, 2012); para Terragni, el homicidio culposo o negligente, es comprable con la imprudencia, con lo que se afirma que el homicidio culposo, es igual que el homicidio no intencional o imprudente.

Para definir a las violaciones que se pueden dar en la mala práctica médica, las cuales pueden llevar a un homicidio culposo, los doctores, Terragni y Montanelli, sostienen que:

“En materia de mala praxis médica las violaciones de los deberes de cuidado son múltiples, destacándose entre las más frecuentes las vinculadas con diagnósticos equivocados que llevan por omisión de tratamientos médicos pertinentes, a la muerte del paciente; errores en la anestesia quirúrgica, descuidos, omisiones, negligencias, etc. en la intervención quirúrgica y en los cuidados post quirúrgicos, etc.” (TERRAGNI, Marco Antonio, 2005)

Por lo provisto de los conceptos anteriores, se puede deducir que si bien el homicidio culposo encaja en los conceptos básicos del “Homicidio”, tiene sutiles diferencias en cuanto a como este se desarrolla y como este se puede llegar a configurar en las legislaciones que lo admitan, como es el caso de la legislación peruana.

El Código Penal Peruano en su artículo 111, se refiere al homicidio culposo y como una persona puede adecuar su conducta al tipo que este regula.

“Artículo 111.- Homicidio culposo.- El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas

Cuando son varias las víctimas del mismo hecho o el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de profesión, de ocupación o industria, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 4, 6 y 7.” (CODIGO PENAL DEL PERU, pg. 41)

Se puede observar que en la tipificación del artículo anterior, el sujeto activo no es calificado, sino que existe la posibilidad de que cualquier persona pueda ingresar al tipo como sujeto activo, al momento en que establece “*El que, por culpa, ocasione la muerte de una persona [...]*”, estará incurriendo en un homicidio culposo, pero en su siguiente inciso, existe el tipo específico para un sujeto activo calificado, en el cual una persona debe ser un profesional, para adecuarse al tipo, aquí es donde los profesionales de la medicina, pueden incurrir en homicidio culposo, y deberán inobservar las reglas técnicas de su profesión.

De igual manera el artículo 111, se refiere al artículo 36 del mismo cuerpo legal, en el cual se da la inhabilitación para ejercer su profesión, en caso de que incurran en el delito ya mencionado.

“Artículo 36.- Inhabilitación

La inhabilitación producirá, según disponga la sentencia:

- 1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;*
- 2. Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;*
- 3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;*

4. *Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;*
5. *Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;*
6. *Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego;*
7. *Suspensión o cancelación de la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo; o*
8. *Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito.” (Ibidem, pág. 16)*

Se puede observar que en el numeral cuarto, impone una pena para el sujeto activo, en la cual se impide ejercer su profesión, si es que este llega a ser penado como homicida culposo, pero esta pena se debe especificar en la sentencia; de igual manera en el numeral sexto, se prohíbe la autorización para utilizar o portar armas de fuego; también el artículo 111 hace referencia al numeral séptimo, el cual cancela la autorización para conducir cualquier tipo de vehículo.

Como ya se observó anteriormente, el sujeto puede ser calificado así como no puede serlo; también se observa que el verbo rector es “matar”, y aquí se diferencia a la legislación peruana, con la legislación chilena, en la cual se “debe causar un mal” a la víctima, por lo que observamos que cada legislación tiene una manera distinta de abordar a la mala práctica médica, pero esto no impide que las acciones del infractor sean punibles.

2.4.- Ecuador

El Ecuador ha sufrido un cambio considerable en lo que a normas penales se trata, ya que el 10 de febrero del 2014 se aprobó el nuevo Código Orgánico Integral Penal, tipificando a la mala práctica profesional como un delito, con lo que se pasó de juzgar a la negligencia profesional con el homicidio inintencional, el cual estaba tipificado en el artículo 459 del antiguo Código Penal, a juzgar a las personas mediante el artículo 146 del nuevo Código Orgánico Integral Penal.

Así, el antiguo código establecía que: “**Art. 459.-** Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro.” (Código Penal Ecuador, 1971), como se observa con claridad, este artículo definía que cualquier persona que haya causado

un mal por falta de previsión o precaución, ingresaba en el tipo de homicidio inintencional, también conocido como homicidio culposo.

Asimismo, el sujeto pasivo, no era calificado, así que cualquier persona podía llegar a cometer homicidio inintencional, al igual que su sujeto activo no se encontraba calificado, en la tipicidad se observa que el verbo rector de este tipo penal, era “*causar un mal por falta de previsión o precaución*”, con lo que se configuraba automáticamente este delito; por otro lado, como se evidenciará a continuación el nuevo tipo de “homicidio culposo por mala práctica profesional” cambia mucha de esta tipología.

El nuevo artículo que pena la mala práctica profesional, en ella incluida la mala práctica médica, da varios parámetros que se observarán dentro de su redacción, como el sujeto activo, y las circunstancias complementarias del tipo.

“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.

*Será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años **si la muerte se produce por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Para la determinación de la infracción al deber objetivo de cuidado deberá concurrir lo siguiente:***

1. **La mera producción del resultado no configura infracción al deber objetivo de cuidado.**
2. **La inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o lex artis aplicables a la profesión.**
3. **El resultado dañoso debe provenir directamente de la infracción al deber objetivo de cuidado y no de otras circunstancias independientes o conexas.**
4. **Se analizará en cada caso la diligencia, el grado de formación profesional, las condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho.**” (El énfasis me pertenece) (CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL, 2014.)

Por lo expuesto en el tipo penal, se observa que en este nuevo artículo, al momento que manifiesta “*La persona que al infringir un deber objetivo de cuidado,*

en el ejercicio de su profesión [...]”, automáticamente se pasa a configurar un sujeto activo calificado, ya que este deberá ser profesional.

Así mismo para que se configure un delito de mala práctica profesional con pena privativa de libertad de más de tres años, se deberán producir acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas. Además, nuestro legislador establece que para que la infracción se pueda determinar, deberemos cumplir cuatro presupuestos básicos, estos se definirán a continuación.

Primero, la mera producción del resultado no configura infracción al deber de cuidado, con lo que el hecho de haber causado daño a una persona no provoca por sí solo mala práctica profesional, por lo cual el acusado deberá cumplir con los tres presupuestos siguientes.

El segundo es la inobservancia de las leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* de cada profesión, por lo que si un médico no observa el *lex artis* de su profesión, o no es guiado por el juramento hipocrático se podrá configurar su conducta como un homicida culposo.

Como tercer punto, el médico o cualquier otro profesional deberá hacer que su daño provenga directamente de la infracción del deber objetivo de cuidado, es este punto el cual a mi manera de ver no configura un punto clave para acusar a una persona con este tipo penal, ya que el daño causado a una persona en el oficio de un profesional, siempre vendrá y devendrá del daño infringido por este en un acto específico, sino no se podría demandar por una falla de mala práctica profesional, por lo que sería ilógico que una persona demande la mala práctica de un médico, por ejemplo, si después de una operación del tendón de Aquiles en su pie, sufre después de fuertes dolores de mano, tal vez el ejemplo es muy burdo, pero no considero ineludible a este punto, siempre se deberá demandar por actos ocurridos en la intervención específica del profesional.

Y como último punto, el juzgador deberá analizar “el grado de formación profesional”, la condiciones objetivas, la previsibilidad y evitabilidad del hecho, todo lo cual me genera una nueva inquietud y es ¿el juzgador puede observar el grado de formación de un profesional?, ¿Cómo se puede ver este grado de formación, si el acusado es más, o, menos formado? ¿En base a qué?; por lo que no considero que la redacción, o por lo menos, la utilización de estos términos sea el correcto para una norma penal.

III: ANÁLISIS DE LA MALA PRAXIS MÉDICA:

Para analizar a la mala praxis médica, debemos referirnos ineludiblemente a la negligencia, la impericia o la inobservancia de la norma que ya se especificaron en párrafos anteriores, pero aparte de estas nociones se debe estudiar un punto de quiebre para los doctrinarios tanto del derecho como de la medicina: *“Iatrogenia es un concepto de uso común en la teoría y la práctica médica. Se refiere, en términos generales, a los posibles daños que un paciente pueda sufrir como consecuencia de la prescripción y la aplicación de tratamientos para curar alguna enfermedad. [...]”* (CORTES, Manuel, y MONROY, Germán, 2004)

De igual manera desde un punto de vista legal, la Iatrogenia guardaría mucha similitud con la mala práctica médica: *“Agrega Manuel Quijano (2000) que en el acto médico se establece una relación entre el profesional médico y su paciente. Un convenio que, aunque sea en forma virtual, corresponde a la figura jurídica de un contrato que crea derechos y obligaciones para ambas partes.”* (Id.), por lo que se expone, el hecho referente a que un médico y un paciente creen un vínculo ligado por un contrato, como lo afirma Quijano, entonces se crean derechos y obligaciones para cada parte en el proceso, y es aquí donde se crea el derecho de los médicos de cuidar y precautelar los bienes jurídicos de sus pacientes, los cuales serían la vida y la integridad física; con lo cual si un médico daña uno de estos bienes deberá responder bajo las figuras contempladas en las distintas legislaciones.

Se ha observado en capítulos anteriores todo lo relacionado a la negligencia médica, y cómo esta puede generarse; por lo que a continuación se verán las características de la “Iatrogenia” y como esta se puede configurar.

“Los daños iatrogénicos puedes ser de tres tipos:

Los Predecibles (o Calculados) son inseparables de un efecto primario, como en el caso de la administración de medicamentos, colocación de catéteres, etc.

Aleatorios (o accidentales) Aleatorio o Accidental: Puede presentarse también con la administración de medicamentos pero de manera excepcional.

Por Negligencia (o Ineptitud). Negligencia: Propiamente por Ineptitud o Incapacidad. Las adversidades que provienen de errores de conducta son llamadas “Mala Praxis” o “Mala Práctica.” (CONTRAINFO, 2012)

Como se puede ver, la iatrogenia se puede dar en tres aspectos esenciales, como ya se observó los daños predecibles o calculados, en los cuales se puede predecir el daño que se puede causar al paciente, por lo que serían totalmente previsibles las acciones y se podría obviar su utilización, al menos que sea de extrema necesidad por ejemplo en el caso de una persona con cáncer, la cual necesite de cortisona y

el médico sabe que el contenido de la cortisona puede que cause algún problema en esa persona, pero es necesario hacerlo por el bien de su salud, entonces el daño previsible es de necesaria utilización, con lo que el daño posterior sería no punible y no reprochable, pero si a su vez, el médico sabe que la cortisona empleada, no va a tener un fin útil ni necesario, entonces se estaría cometiendo un daño reprochable.

La segunda consecución, es un daño aleatorio o accidental, en el caso de que un médico cometa un accidente en la práctica de su profesión, en el cual puede repararlo, pero si no lo hace cometería un caso de iatrogenia.

Como último punto está el caso de negligencia “per se”, en el cual el médico por su ignorancia comete un error en la práctica de su profesión, el cual por ningún motivo sería excusable y convertiría al actuar del profesional de la medicina en un acto totalmente reprochable, social, moral y punitivamente, con lo que se configuraría en este último punto, la mala praxis médica, en virtud de la cual se puede ejercer todo el poder punitivo del Estado. Así lo afirma el Dr. Jochen Gerstner:

“El título de médico nos inviste de una inmunidad que debemos apreciar y dignificar permanentemente, conociendo el verdadero alcance y la trascendencia de las funciones inherentes a la medicina que tienen un triple aspecto, a saber: investigativos sobre la verdad biológica y la adquisición del conocimiento; asistenciales en la aplicación de la experiencia al enfermo y morales, en la forma lícita y ética como debe actuar el médico, con prudencia y dedicación.” (JOCHEN, Gerstner, s.f.)

Por lo que la actuación de los médicos, tiene que estar investida como el Dr. Gerstner lo afirma, de moralidad y rectitud, por eso recordamos el Juramento Hipocrático, el cual reza:

“Juro por Apolo médico, por Esculapio, Higia y Panacea y pongo por testigos a todos los dioses y a todas las diosas, cumplir según mis posibilidades y razón el siguiente Juramento:

Estimaré como a mis padres a aquel que me enseñó este arte, haré vida común con él y si es necesario partiré con él mis bienes; consideraré a sus hijos como hermanos míos y les enseñaré este arte sin retribución ni promesa escrita, si necesitan aprenderlo. Comunicaré los principios, lecciones y todo lo demás de la enseñanza a mis hijos, a los del maestro que me ha instruido, a los discípulos regularmente inscriptos y jurados según los reglamentos, pero a nadie más.

Aplicaré los regímenes en bien de los enfermos según mi saber y entender y nunca para mal de nadie. No daré a nadie, por complacencia, un remedio

mortal o un consejo que lo induzca a su pérdida. Tampoco daré a una mujer un pesario que pueda dañar la vida del feto. Conservaré puros mi vida y mi arte. No extraeré cálculo manifiesto, dejaré esta operación a quienes saben practicar la cirugía.

En cualquier casa en que penetre, lo haré para el bien de los enfermos, evitando todo daño voluntario y toda corrupción, absteniéndome del placer del amor con las mujeres y los hombres, los libres y los esclavos. Todo lo que viere u oyere en el ejercicio de la profesión y en el comercio de la vida común y que no deba divulgarse lo conservaré como secreto.

Si cumplo íntegramente con este Juramento, que pueda gozar dichosamente de mi vida y mi arte y disfrutar de perenne gloria entre los hombres. Si lo quebranto, que me suceda lo contrario.” (SANJUAN, Norberto, 2008)

Por lo que se deduce que el actuar del médico, si bien se ve cobijado por una protección mayor a las personas naturales y comunes, ya que su profesión es de riesgo, no puede separarse nunca de los preceptos legales y extralimitarse en su actuar.

IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

Conclusiones:

La mala praxis médica es un concepto que no es nuevo para la sociedad, siempre ha estado presente y siempre han existido maneras de que los Estados puedan sancionar la mala práctica ejercida por los médicos en su quehacer, con lo que se deduce que si bien las figuras de negligencia o impericia nacen en siglos posteriores, la idea de penalización de estas actividades siempre estuvo presente.

Mediante la investigación se pudo observar que si bien no todos los países tienen una norma específica para penar la mala praxis médica, todos pueden llevar a cabo medidas punitivas y coactivas, frente a médicos que hayan incumplido su deber de cuidado.

La mala praxis en la mayoría de países se juzga con figuras alternas como el homicidio culposo o a su vez los daños físicos, con figuras como la lesión físicas o psicológicas, el Ecuador ha creado una figura mixta para penar a este delito, es la figura de “Homicidio doloso por mala práctica profesional”, con lo que se puede configurar una suerte de homicidio por culpa, sin elemento doloso, más la unificación de la mala praxis médica que se observó anteriormente.

El Ecuador al asumir el reto de sancionar a la mala práctica médica crea un artículo en el cual se puede sancionar a la mala práctica médica, pero deja ciertos vacíos de carácter objetivo, los cuales pueden muchas veces perjudicar al sujeto activo, como por ejemplo el resultado dañoso, o de igual manera el grado de formación del profesional, este último dando un rango de subjetividad al juez para que lo que el considere “profesional” o a su vez “profesionalismo” pueda juzgar mediante este parámetro.

La Iatrogenia y la mala práctica médica se pueden confundir muchas veces, pero ya se observó que muchas veces la iatrogenia puede ser remediada a tiempo sin necesidad de acudir al sistema penal a diferencia de la mala práctica, en la cual es necesario que el poder punitivo del Estado intervenga.

Recomendaciones:

Se recomienda seguir con esta investigación, ya que es un tema que por su interés público, está latente en la sociedad ecuatoriana y latinoamericana, por lo que se deberían ver las reformas que se podrían hacer al artículo o a su vez observar los casos en los que se pueda llegar a juzgar a un médico con esta figura.

De igual manera se recomienda ampliar esta investigación, comparando no solo los países Andinos, sino también países europeos y países de Norte América, para poder observar las diferencias legales y sociales que estos países enfrentan, oponiéndolos a la realidad social y jurídica del Ecuador.

Mediante las posteriores investigaciones, recomiendo mediante la teoría y la Doctrina jurídica y médica, presentar reformas para que este artículo del Código Integral Penal sea revisado y reformado.

Profundizar más en las deferencias de Iatrogenia y mala praxis médica, con las cuales se podrá crear conceptos mejores formados y con mayor significación jurídica, para nuestro estudio y nuestra formación como profesionales.

La responsabilidad de crear un país justo, con normas igualmente coherentes para la sociedad, recaen en los estudiantes y profesionales del derecho, es por esto que el trabajo de revisar y fomentar leyes justas, está en nosotros, por esto recomiendo, seguir ahondando en la doctrina de la mala práctica médica y poder entender correctamente que es lo que se quiere juzgar y realizar en el país.

Bibliografía:

- “AGENDA MAGNA, “Homicidio Culposo”, <http://agendamagna.wordpress.com/2010/01/24/homicidio-culposo/>, Acceso: 9/04/2014, 18:37.
- American Association for Justice, “FIVE MYTHS ABOUT MEDICAL NEGLIGENCE”, http://www.justice.org/clips/five_myths_about_medical_negligence.pdf.
- ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, “Código Orgánico Integral Penal”, Año I - N° 180, Quito - Ecuador, lunes 10 de febrero de 2014, art, 146, pg.25, <http://www.asambleanacional.gob.ec/documentos/asamblea2013-2017/sala-prensa/coip-registro-oficial-180.pdf>, Acceso: 11/04/2014, 22:34.
- BARCIA, Rodrigo, “Algunas consideraciones de la relación de causalidad material y jurídica en la responsabilidad civil medica”, Santiago de Chile, 2004, edit. Editorial Jurídica de Chile, ed. 1era.
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile, (BCN), “Código Penal Chileno”, http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_cod_penal.pdf, pg.98, Acceso: 9/04/2014, 18:23.
- “Código Penal Español”, Actualizado 31-1-2011, págs. 293, Art.142, http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pd.
- “Diccionario Práctico Médico-Legal: MALA PRAXIS, NEGLIGENCIA MÉDICA, IMPERICIA”, 11 de noviembre del 2012, <http://armonicosdeconciencia.blogspot.com/2012/11/diccionario-practico-medico-legal-mala.html>, ACCESO:13/03/2014
- “El Código Hammurabi”, <http://masqueforo.info/salud/135525/el-codigo-de-hammurabi.html>.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, edit. HELIATA, ed. 19, Buenos Aires - Argentina, 2008, pg. 400.
- CAMACHO, Daniella, “La mala práctica médica”, Ratiodecidenti, ed. Especial “Derecho Penal”, 2012, Quito- Ecuador, pg.118.
- Carlos PIZARRO, “Responsabilidad profesional medica: Diagnostico y Perspectiva”, N° 1, Santiago, diciembre 2003, pg. 175. http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N4_Regimenes_especiales_responsabilidadcivil/08Responsabilidadprofesionalmedica_CarlosPizarro.pdf.
- Código Penal de Colombia, Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000, http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Colombia.pdf, Acceso: 9/04/2014, 17:12.
- CODIGO PENAL DEL ECUADOR, Codificación 0, Registro Oficial Suplemento 147 de 22-Ene-1971, Contiene hasta la reforma del 15-Feb-2012, Actualizada Mayo 2013, file:///C:/Users/VAIO/Downloads/CODIGO%20PENAL%20

- (1).pdf, Acceso: 11/04/2014, 22:07.
- CODIGO PENAL DEL PERU, art. 111, pg. 41, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080616_75.pdf, Acceso: 11/04/2014, 19:26.
- COLOMBIA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, "Constitución Política de Colombia", actualización 2013, <http://web.presidencia.gov.co/constitucion/index.pdf>, Acceso: 9/04/2014, 17:38.
- CONTRAINFO, Periodismo con Responsabilidad, "¿Que es la Iatrogenia?", <http://www.contrainfo.com/1670/que-es-la-iatrogenia/>, Acceso: 3/05/2014, 14:18.
- CORTES, Manuel y MONROY German, "Iatrogenia, Ética y Administración", Publicado en Dimensión Social y Humana del Crecimiento Económico, M.M.
- Fernández R y M.M. Saleme A. (Comps.), pp. 325-348, Departamento de Producción Económica, DCSH, UAM-X, México, Diciembre 2004. <http://www.centrogeo.org.mx/curriculum/germanmonroy/pdf/iatrogenia.pdf>, Acceso: 3/05/2014, 14:04.
- CRISAN, Iulia, "The principles of legality "nullum crimen, nulla poena sine lege" and their role", edit. Effectius Newsletter, ed. 5, 2010. Pg. 1. http://effectius.com/yahoo_site_admin/assets/docs/The_principles_of_legality_nullum_crimen_n_ulla_poena_sine_lege_and_their_role__Iulia_Crisan_Issue5.16811416.pdf.
- DEL CORRO, Fernando, "Mala praxis-código de Hammurabi: duras sanciones para los profesionales", Buenos Aires, 2005, Rebanadas de Realidad, <http://www.rebanadasderealidad.com.ar/fernando-05-18.htm>.
- Derecho Civil Español, Común y Foral. Tomo I-Volumen 11, pg. 409, en REIGOSA, Juan, "La Imprudencia Medica", págs. 418, <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/1957/1/AD-2-22.pdf>.
- DICCIONARIO Jurídico Chileno, 2001, <http://www.juicios.cl/dic300/CUASIDELITO.htm>, Acceso: 9/04/2014, 17:53.
- DOMINGUEZ, Carmen, "El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica", Ed. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, Chile, http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N6_Responsabilidad_medica/Original/Coleccion_DPrivadoN6_Responsabilidad_medica.pdf.
- FRANCISCO, Luisa, "LA VALORACIÓN MEDICO FORENSE DE LOS DAÑOS DERIVADOS DEL ACCIDENTE DE TRABAJO: SECUELAS PSÍQUICAS.", <http://www.justizia.net/servlet/Satellite?blobcol=urldata&blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&>

blobheadvalue1=filename%3Dvaloracion-accidente-trabajo.pdf&blobkey=id&blobtable=MungoBlobs&blobwhere=1290508673018&ssbinary=true.

- GARCIA, Juan Carlos, “Responsabilidad Civil de los Médicos”, <http://www.derechocambiosocial.com/revista021/responsabilidad%20civil%20de%20los%20medicos.pdf>.
- GINOCCHIO, Luis Felipe, “Publicación Universidad Nacional Federico Villarreal” Lima, Perú, 2008, págs. 56 <https://docs.google.com/document/d/1fGzDUD62pnkM2G5087e3gOVgMBcQl9IG4o774x3Dc1U/edit?hl=es&pli=1>.
- JOCHEN, Gerstner, Encolombia, “Editorial: Iatrogenia”, <http://www.encolombia.com/medicina/revistas-medicas/ortopedia/vo-152/orto15201-editorial/>, Acceso: 1/05/2014, 14:39.
- LAW SCHOOL of Torts, “Negligence – General Principles”, 2009, Griffith College, pgs. 22. <http://www.gcd.ie/assets/Uploads/images/Law/fe1manuals/20090519051807Chapter02Tort.pdf>.
- MEDICINENET.COM, “Definition of Hippocratic Oath”, <http://www.medterms.com/script/main/art.asp?articlekey=20909>, ACCESO: 23/03/2014, 20:03.
- MELLO, Michelle, Harvard, School of Public Health, “Evaluation of Options for Medical Malpractice System Reform”, 2010, New Jersey – USA, http://www.medpac.gov/documents/apr10_medicalmalpractice_ContraCtor.pdf.
- NOBOA, Lidia, GUTIERREZ, Hernán, “Apuntes sobre la responsabilidad medica legal y la mala praxis”, <http://www.geosalud.com/malpraxis/malpraxis.htm>.
- NORA, Lidia y GUTIERREZ, Hernán, “Apuntes sobre la responsabilidad médica legal y la mala praxis.”, <http://www.geosalud.com/malpraxis/malpraxis.htm>. ACCESO: 13/03/2014, 21:25.
- OECD (Organization for Economic Co-operation and Development), “Medical Malpractice PREVENTION, INSURANCE AND COVERAGE OPTIONS”, edit. No. 11, 2006, OECD Publishing, <http://www.aemh.org/pdf/OECDMedicalMalpractice.pdf>.
- ORREGO, Enrique, “Mala Praxis Médica”, http://www.smu.org.uy/dpmc/polsan/respcivil/malpraxis_medica.pdf.
- PDF: BOEHM, Geoff, “Debunking Medical Malpractice Myths: Unraveling the False Premises Behind “Tort Reform”, Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics: Vol. 5: Iss. 1, Article 9, 2005, <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1107&context=yjhple>.
- ROJAS, Nerio, “Medicina Legal”, edit. El Ateneo, ed. 8va, Buenos Aires, 1964, págs. 584.
- RUIZ, Wilson, “La responsabilidad medica en Colombia”, Criterio Jurídico,

- Santiago de Cali – Colombia, 2004, pg. 194 – 216, file:///C:/Users/VAIO/Downloads/232-1534-1-PB.pdf, Acceso: 9/04/2014, 16:43.
- SAGEPUB.COM, “Chapter Eleven: Criminal Homicide”, http://www.sagepub.com/lippmancl2e/study/supplements/Virginia/VA_11.pdf, ACCESO: 25/03/2014. 22:47.
- SANJUAN, Norberto, “El Juramento Hipocrático”, Departamento de Microbiología, Parasitología e Inmunología, 18-11-2008, <http://www.fmed.uba.ar/depto/microbiologia/eljuhi.pdf>, Acceso: 2/05/2014
- TAMAYO, Jaime, Publicado en la Revista Novedades Jurídicas, Año IV, Número 19, febrero del 2007, Ediciones Legales, pg. 12 - 23, “LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE Y LA MALA PRAXIS MÉDICA”, http://www.tamayomartinez.com/publicaciones/la_relacion_medico_paciente_y_la_mala_practica_medica.pdf.
- TERRAGNI, Marco Antonio (Director): “Derecho Penal Parte General”, Santa Fe - Argentina, Universidad Nacional del Litoral, 2012, pág. 209, En: AMADEO, Sebastián, “Asociación de Pensamiento Penal”, art. 84, pg.3, http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/cpc/art._84_homicidio_culposo.pdf, Acceso: 9/04/2014, 19:02.
- TERRAGNI, Marco Antonio y MONTANELLI, Norberto: “Responsabilidad criminal médica”, Buenos Aires - Argentina, García Alonso, 2005, pg.65 y ss., En:
- AMADEO, Sebastián, “Asociación de Pensamiento Penal”, art. 84, pg. 8, http://www.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/cpc/art._84_homicidio_culposo.pdf, Acceso: 9/04/2014, 19:13.
- VIDELA, Lucas, “Mala praxis, Vínculos prestacionales esenciales para el ejercicio de la medicina”, <https://www.lanari.fmed.uba.ar/descargas/conferencia20100520.pdf>.

Capítulo II

Derecho Constitucional

La tutela de los derechos de los pueblos indígenas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la Constitución de Ecuador

Hernán Víctor Gullco¹

1. INTRODUCCIÓN

El día 27 de junio del 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) dictó sentencia en el caso “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayachu vs. Ecuador”. En esa oportunidad, el citado tribunal condenó a Ecuador como “... responsable por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 145 a 227, 231 y 232 de la presente Sentencia” (Punto 2 de la parte dispositiva de la sentencia).

Respecto del mencionado derecho a la consulta, la Corte IDH había establecido que se encontraba “... claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados” (parr.165)².

La Corte IDH agregó que, a partir de abril de 1998, fecha en que el Estado demandado había ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aquel había asumido la obligación de realizar una consulta previa

1 Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella (Buenos Aires, Argentina).

2 Salvo que se indique lo contrario, las menciones a “párrafos” se refieren a la decisión analizada.

con la comunidad indígena en cuestión (parr.172)³. Dicha consulta previa era imprescindible para conocer la posición del Pueblo Indígena Kichwa respecto de un contrato de concesión que el Estado demandado había otorgado a empresas petroleras privadas para la explotación de una amplia zona que era ocupada como propiedad comunitaria, entre otros, por el Pueblo Indígena en cuestión (parrs.63 y ss.).

Con base en estos antecedentes, la Corte IDH concluyó, respecto de esta cuestión, que el Estado demandado no había llevado a cabo “... un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku antes de emprender o de autorizar el programa de prospección o explotación de recursos que existirían en su territorio. Según fue analizado por el Tribunal, los actos de la empresa petrolera no cumplen con los elementos mínimos de una consulta previa. En definitiva, el Pueblo Sarayaku no fue consultado por el Estado antes de que se realizaran actividades propias de exploración petrolera, se sembraran explosivos o se afectaran sitios de especial valor cultural. Todo esto fue reconocido por el Estado y, en todo caso, ha sido constatado por el Tribunal con los elementos probatorios aportados” (parr.211; el énfasis ha sido agregado).

Esta conclusión significó el rechazo de la posición del Estado Ecuatoriano, quien había sostenido ante la Corte IDH que “... al suscribir el contrato de exploración y explotación petrolera con la CGC en 1996, no tenía obligación alguna de iniciar un proceso de consulta previa, ni tampoco de obtener el consentimiento libre, previo e informado de Sarayaku, dado que aún no había ratificado el Convenio N° 169 de la OIT y que la Constitución de ese entonces no contenía disposición alguna en este sentido, por lo que, con base en el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, era una obligación jurídicamente inexistente para el Ecuador” (parr.128).

La Corte IDH no aceptó estos argumentos por las siguientes razones:

“Dado que el Convenio N° 169 de la OIT aplica en relación con los impactos

3 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, aprobado en 1989 por el citado organismo, establece lo siguiente en su art.15:

“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

“2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, *antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras*. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades” (el énfasis ha sido agregado).

y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, aun cuando éstos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo, es indudable que al menos desde mayo de 1999 el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena”⁴.

El Tribunal agregó que “... el 10 de abril de 2003 la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Pastaza declaró que en este caso se había comprobado ‘en forma plena’ que se había violado el derecho constitucional establecido en el artículo 84.5 de la Constitución Política del Ecuador, en concordancia con el artículo 15.2 del Convenio No. 169 de la OIT y el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Asimismo, responsabilizó de dichas violaciones al Ministro de Energía y Minas y presidente del directorio de PETROECUADOR, así como al apoderado y representante legal de la CGC...”⁵.

En el presente trabajo, examinaré las razones por las cuáles era posible sostener, tal como lo hizo la Defensoría del Pueblo y la Comisión de Derechos Humanos del Congreso Nacional, que la conducta estatal había violado el artículo 84.5 de la Constitución de Ecuador del año 1998 a pesar de que esta norma, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 57.7. de la Constitución del 2008, no exigía la realización de una consulta *previa*⁶ respecto de los planes de explotación petrolera en el territorio en cuestión.

4 Parr.176.

5 Parr.195; el énfasis ha sido agregado. En el mismo sentido se pronunció, luego de visitar al Pueblo, la Comisión de Derechos Humanos del Congreso Nacional de la República (parr.196).

6 El artículo 84.5. de la Constitución de 1998 decía así:

“El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos... Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen”.

Por su parte, el art. 57.7. de la Constitución del 2008 dice así:

“Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

...“*La consulta previa, libre e informada*, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley” (el énfasis ha sido agregado).

En mi análisis, partiré de la misma premisa que la Corte IDH en el sentido de que el Convenio 169, que sí establecía dicha obligación de consulta previa, era aplicable a hechos ocurridos a partir de 1998 a pesar de que la concesión impugnada era de 1995.

2. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL APLICABLES AL PRESENTE CASO

La jurisprudencia de los tribunales nacionales, que suele ser tenida en cuenta en las decisiones de la Corte IDH⁷, ha tratado en diversas oportunidades la cuestión del conflicto entre las normas nacionales y el derecho internacional de los derechos humanos.

Un ejemplo muy claro de dicho conflicto lo encontramos en el pronunciamiento de la Corte Suprema de la Nación Argentina en el caso “**Esposito** (Fallos: 327:5668 -2004-). En una decisión previa, la Corte IDH había resuelto⁸ que las autoridades judiciales argentinas debían reabrir un proceso penal respecto de un jefe policial acusado por la muerte de un joven mientras se encontraba detenido bajo la supervisión de aquél. El imputado había sido sobreseído por la justicia argentina en razón de que se había producido la prescripción de la acción penal.

La Corte Argentina consideró que la decisión de la Corte IDH en el caso “**Bulacio**” debía ser acatada ya que “... la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicables al sub lite las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de Derecho Internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad (‘Convención sobre Desaparición Forzada de Personas’ -ley 24556, art. VII- y ‘Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad’ -ley 24584 -)’ (voto de la mayoría, considerando 10).

7 Ver, por ejemplo, la mención aprobatoria, hecha en el presente caso por la Corte IDH ,respecto de la jurisprudencia de las cortes supremas de diversos países americanos acerca de la necesidad de realizar consultas previas antes de adoptar decisiones que afecten la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas (cf. Parr.164, Nota 201, y Parr. 182, Nota 241).

8 Caso “**Bulacio vs. Argentina**”, sentencia del 18-09-2003.

Sin embargo, la mayoría agregó que "... el fallo de la Corte Interamericana [en el caso "Bulacio"] soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable -íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho- (conf. citas de Fallos 322:360, voto de los jueces Petracchi y Boggiano, consid. 9), *a través de su subordinación a los derechos del acusador*, con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello, por cierto, bien puede bastar para generar la responsabilidad internacional del Estado infractor, pero no para especificar cuáles son las restricciones legítimas a los derechos procesales de los individuos que resulten imputados penalmente como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional" (voto cit., considerando 14, el énfasis ha sido agregado).

Y agregó la Corte Argentina que "... a ello se suma, en el caso, que la restricción de los derechos del imputado que deriva de la inoponibilidad de la prescripción es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento de Derecho Internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos.

Por otro lado, la fijación de las circunstancias de hecho de las que deriva la declaración de responsabilidad se produjo por medio de un procedimiento formal -consecuencia del reconocimiento de su responsabilidad internacional por parte del Estado- desvinculado del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal (conf. la decisión de la Corte Interamericana de omitir la consideración de los peritajes presentados por el Estado argentino que se dirigían a desvirtuar los hechos de fondo, parág. 59)" (voto cit., considerando 15).

Todo ello llevó al citado tribunal a concluir que "... en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. *Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional*" (voto cit., considerando 16; el énfasis ha sido agregado)⁹.

9 Sin embargo, es muy dudoso que la doctrina del caso "Espósito" represente la jurisprudencia vigente de la Corte Argentina. Así, en el caso "Fontevicchia y D' Amico vs. Argentina" (29.11.2011).

Por cierto que la idea central que surge del caso “Espósito” (“Un Estado no puede invocar normas nacionales (ni siquiera constitucionales para negarse a cumplir sus obligaciones internacionales”), que originariamente sólo poseía fundamento en la costumbre internacional¹⁰, actualmente posee expreso reconocimiento en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹.

La Corte IDH ha aplicado dichos principios al resolver que, ni siquiera la invocación de disposiciones constitucionales internas, pueden liberar a un Estado de su responsabilidad por su violación de los derechos reconocidos en la

la Corte IDH había resuelto que el Estado Argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (art. 13 CADH) y ordenó, entre otras medidas reparatorias, que la Corte Suprema argentina *dejara sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico*, así como todas sus consecuencias. Sin embargo, en su sentencia del 14.2.2017 (caso “**Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto**”), la mayoría de la Corte Argentina resolvió que “...dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa ‘Menem’ en virtud de la orden de la Corte Interamericana (punto 2 de la parte resolutive y párr. 105) -lo cual es sinónimo de ‘revocar’ conforme la primera acepción de esta palabra en el Diccionario -6- .. CSJ 368/1998 (34-M)/CS1 Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Real Academia Española- implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una ‘cuarta instancia’ revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema. En efecto, la idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de una ‘cuarta instancia’, en tanto una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto. Reconocer a la Corte Interamericana tal carácter implicaría, por otra parte, la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba”. Para una crítica de esta decisión ver, entre otros, a Víctor Abramovich (“**La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino**”, Centro de Justicia y Derechos Humanos Departamento de Planificación y Políticas Públicas Universidad Nacional de Lanús, Febrero 2017, edición online) y al autor de este comentario (“**Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?**”, L.L. del 27.4.2017).

10 Para una transcripción en tal sentido de la jurisprudencia internacional anterior a la aprobación de la Convención de Viena, ver a Oriol Casanovas y Angel J. Rodrigo, “**Casos y Textos de Derecho Internacional Público**”, tecnos, 5º edición, págs.144/148.

11 Este artículo está redactado en los siguientes términos:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. A su vez, el art. 46 dice así:

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹².

3. LA NECESIDAD DE UNA INTERPRETACIÓN ARMÓNICA

En ocasión de pronunciarse en el caso “**Ashwand v. Tennessee Valley Authority**” 297 U.S.288 -1936-), el juez Brandeis, de la Corte Suprema estadounidense, recordó que era “...un principio cardinal que una ley deberá ser interpretada lo más fielmente posible, para evitar cuestiones sobre su constitucionalidad”¹³.

El principio de que los jueces deben intentar interpretar las normas legales, siempre que su texto lo permita, en forma compatible con la constitución, también sido adoptada en otras jurisdicciones constitucionales¹⁴.

También, desde los comienzos de su funcionamiento, la Corte Suprema estadounidense sostuvo que era necesario interpretar la legislación nacional, siempre que ello fuera posible, en forma compatible con el derecho internacional¹⁵.

Este principio posee gran relevancia en la aplicación de la CADH. Así, por ejemplo, en el mencionado caso “La Última Tentación de Cristo”, hubiera sido muy fácil para la justicia de Chile interpretar la Constitución de ese país en forma compatible con el derecho a la libertad de expresión sin censura previa, reconocido en el artículo 13.4. CADH. La omisión de los tribunales nacionales en realizar dicha función “armonizadora” llevó a la colisión entre la Ley Fundamental chilena y la CADH, con la consiguiente condena del país demandado por parte de la Corte IDH.

En cambio, en el caso “**Brusa**” (Fallos: 326:4816 -2003-), la Corte Suprema Argentina realizó un esfuerzo interpretativo para compatibilizar a la cláusula constitucional que regula la remoción de los jueces federales¹⁶ con el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 25 CADH¹⁷.

12 Ver, entre otros, casos “**La Última Tentación de Cristo**”, sentencia del 5.5.2001, y “**Barreto Leiva vs. Venezuela**”, sentencia del 17.11.2009.

13 Esta jurisprudencia ha sido mantenida contemporáneamente por la Corte Suprema estadounidense (cf., entre otros, caso “**NLRB v. Catholic Bishop**”, 440 U.S.490 -1979-)

14 Ver, respecto del Tribunal Constitucional Español, Sentencia 235/2007 y, para el Tribunal Constitucional Alemán, Donald Kommers y Russell A., Miller “**The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**”, Duke University Press, 3° edición, 2012, Capítulo 2° y la jurisprudencia que allí se cita.

15 Caso “**Murray v. The Schooner Charming Betsy**”, 6 U.S.64 (1804).

16 Artículo 115 de la Constitución Argentina.

17 Corresponde agregar, sin embargo que, en tanto que la justicia chilena omitió injustificadamente realizar dicha tarea de armonización entre la Constitución nacional y la CADH, la Corte argentina realizó una interpretación forzada y muy poco convincente del texto constitucional para tratar de hacerlo compatible con la CADH.

Por cierto que el artículo 417 de la Constitución de Ecuador prevé expresamente tal interpretación armónica entre dicho documento y los instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁸.

4. LA CUESTIÓN A RESOLVER

Las consideraciones precedentes llevan a preguntarnos si, tal como lo sostuvieron el Defensor del Pueblo y la Comisión de Derechos Humanos del Congreso de la República en el año 2003¹⁹, la omisión de llevar una consulta previa fue violatoria del artículo 84.5. de la Constitución del año 1998.

A primera vista, pareciera que la respuesta tendría que ser negativa ya que, tal como vimos²⁰ dicha norma, a diferencia de la Constitución del 2008, no exigía tal requisito.

Sin embargo, la omisión del artículo 84.5. de la anterior Constitución de incorporar tal requisito no debería ser interpretada necesariamente como un *rechazo* por parte del Constituyente Nacional de incluirlo. En este punto, resulta aplicable el principio que ya fue examinado acerca de la necesidad de que las autoridades nacionales lleven a cabo, siempre que ello no suponga forzar el texto de la norma, una inteligencia de la disposición constitucional doméstica con el derecho internacional (en el caso, el artículo 15 del Convenio OIT número 169)²¹.

Ello significa que la omisión del artículo 84.5. de exigir el requisito de la audiencia previa debe ser integrada con la expresa disposición que, en tal sentido, prevé la norma de derecho internacional.

De esa forma, todas las autoridades nacionales evitarán, tal como ocurrió en el caso, que el Estado Nacional sea declarado por violaciones a los derechos humanos por parte de la Corte IDH.

Por cierto que, para los países que, como Ecuador, han ratificado la CADH, es el Poder Judicial el que tiene la misión principal de lograr dicha armonía entre las normas locales y dicha convención. Así, como lo ha señalado la Corte IDH:

18 Artículo 417:

“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución”.

19 Ver Nota 4 “supra”

20 Ver Nota 5 “supra”.

21 Ver “supra” Nota 2.

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”²²”.

Pero, tal como lo señaló la Corte IDH en el presente caso, la justicia nacional no cumplió con dicha obligación, lo que configuró una violación, entre otros, del derecho a la tutela judicial efectiva prevista en el art. 25 CADH²³.

Bajo la Constitución vigente, la solución adoptada por la Corte IDH también podría haber sido fácilmente aplicada por los jueces nacionales en virtud de lo dispuesto por su artículo 424²⁴.

Es decir, el presente caso no planteaba la hipótesis del conflicto manifiesto

22 Caso “**Almonacid Arellano vs. Chile**”, sentencia del 26.9.2008.

23 Cf. Parrs.272/278. A la misma solución debería llegarse por aplicación del art.11.3. de la Constitución vigente:

“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

...

“Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

24 “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (el énfasis ha sido agregado).

entre el derecho nacional e internacional de derechos humanos a que se refiere el artículo 425 de la Constitución²⁵.

La solución de dicho sí plantea serios problemas interpretativos ya que una lectura literal del art. 425 podría hacer colisionar dicha norma con los principios ya recordados acerca de la supremacía del derecho internacional, reconocidos por la costumbre y la Convención de Viena.

Sin embargo, tal compleja cuestión es ajena al objeto del presente comentario y, por lo tanto, no será examinada.

25 “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados”.

Conflicto de principios constitucionales a la luz del un caso concreto de transgenitalización en Brasil¹

(Conflict of constitutional principles upon a gender reassignment case study in Brazil)

Guilherme Tomizawa²

RESUMEN

El presente trabajo académico tiene como objetivo realizar un estudio y análisis de la discusión de los conflictos de los principios constitucionales en casos reales en el derecho de familia brasileño. Inicialmente, se tratará sobre un capítulo dedicado a los derechos fundamentales. Luego, se dedicará un capítulo específico sobre la colisión de derechos fundamentales en el derecho brasileño. Finalmente, analizaremos un caso específico de re-designación del estado sexual que trata sobre una colisión de derechos fundamentales sobre el prisma del derecho de familia.

Palabras clave: derechos fundamentales, colisión de principios fundamentales, re-asignación del estado sexual.

Sumario. 1. Introducción. 2. Derechos Fundamentales en el Derecho Brasileño. 3. Colisión de derechos fundamentales. 4. Conflictos de principios fundamentales a la luz del derecho de familia en un caso concreto de transgenitalización. 5. Conclusión. 6. Referencias Bibliográficas.

“La armonización entre los valores no es, por lo tanto, alcanzable en abstracto, ‘a priori’, es un problema que tiene que ser resuelto en concreto y de modo que se respeten, en el máximo sentido posible, todos los valores en juego” (José Carlos Vieira de Andrade).

1 Artículo de reflexión.

2 Guilherme Tomizawa es profesor asistente en la Facultad e Martha Falcao (FMF - Manaus, Amazonas - Brasil). Profesor adjunto en la Universidad Paulista (Unip - Manaus, Amazonas - Brasil). Profesor adjunto en el curso de Derecho de las Facultades OPET (Curitiba-Paraná-Brasil). Licenciado en Administración y Derecho por la Universidad Tuiuti de Paraná (Curitiba-Brasil). Postgraduado em Derecho de Familia por la Pontificia Universidad Católica de Paraná (Curitiba-Brasil). Maestro en Derecho Público por la Universidad Gama Filho de Rio de Janeiro. Alumno del curso de Doctorado en Derecho Civil por la Universidad de Buenos Aires. E-mail: professorguilhermet@yahoo.com.br.

Introducción

Con la llegada de las grandes y notables conquistas históricas desde la Carta Magna de Juan Sin Tierra en 1215, de la Constitución Norteamericana de 1789, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789); y, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), resultó la promulgación de la Constitución Federal de 1988 que maduró e hizo posible el desarrollo de la sociedad brasileña en lo que atañe la evolución de los derechos humanos fundamentales, ya que diversos conceptos y características se originaron a partir de la positivación de esos institutos a nivel internacional en el desarrollo de los derechos humanos. Existe el objetivo en este ensayo académico, de trabajar los derechos fundamentales como plano de fondo para nortear el trabajo de los jusfilósofos del porte de Robert Alexy y Ronald Dworkin a fin de mostrar la teoría de los derechos fundamentales, siendo aplicada a casos concretos en el ámbito del derecho de familia, a fin de evidenciar la solución a los *hard cases* en que derechos fundamentales, de mismo peso y valor jerárquico, entran en ruta de colisión, contrastando con las antinomias aparentes, que poseen soluciones consagradas por la doctrina clásica.

Derechos Fundamentales en el Derecho Brasileño

Para tratarse dicho asunto tan instigante y desafiante al Judicial Brasileño y por qué no decirlo, mundialmente, se hace menester buscar algunas referencias básicas y esenciales para profundizar en el aludido tema.

A entender del constitucionalista portugués José Carlos Vieira de Andrade (2001), la Constitución Portuguesa de 1976 dispone que los derechos fundamentales en ella consagrados no excluyen a otros constantes de las leyes y de las reglas aplicables de derecho internacional. Esto significa que es posible la existencia de otros derechos fundamentales en leyes ordinarias o en normas internacionales, y que puede haber derechos previstos en preceptos constantes en otras partes de la Constitución, que deban ser considerados derechos fundamentales.

Para esto se delimitan las enseñanzas de Robert Alexy como marco teórico observando una necesidad de construcción de una dogmática de los derechos fundamentales sólidamente calcada en una teoría de principios, cuya base está en la argumentación (1989). En lo que incumbe a la interpretación liberal clásica, Alexy (1993) explica los tipos de intervenciones del Estado, cuando se comentan los 4 estatus de Jellinek al analizar el alcance de las normas que disciplinan a los Derechos Fundamentales:

[De acuerdo a la interpretación liberal clásica, “los derechos fundamentales

están destinados, ante todo, a asegurar la esfera de la libertad del individuo frente a intervenciones del poder público; son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado". Los derechos de defensa del ciudadano frente al Estado son derechos a acciones negativas (omisiones) del Estado. Pertenecen al estatus negativo en sentido amplio. Su contrapartida son los derechos a acciones positivas del Estado, que deben ser incluidas en el estatus positivo en sentido estricto. Si se presupone un concepto amplio de prestación, todos los derechos a acciones positivas del Estado pueden ser calificados como derechos a prestaciones del Estado en un sentido amplio; dicho brevemente: como derechos a prestaciones en sentido amplio. La cuestión de sí y en qué medida a las disposiciones de derechos fundamentales deben adscribirse normas que confieren derechos a prestaciones en sentido amplio, es una de las más discutidas en la dogmática actual de los derechos fundamentales].

Surgen derechos con acciones negativas del Estado, cuando el mismo es omiso (inercia o ausencia de la práctica de una acción), como se exigen acciones prestativas delante del ente público, resultando en acciones o posturas positivas por parte de ese mismo ente, pudiendo tener un sentido amplio, como restrictivo, dependiendo del caso en análisis. Pero para analizar tales derechos de defensa, acción, omisión y prestación, tenemos que ponderar sobre el concepto del derecho fundamental. El jurista y filósofo español Antonio Enrique Pérez Lunõ (1984) trae una definición de derecho fundamental que interesa al presente estudio, definiéndolo como:

[Un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional].

El concepto supra reposa en el lema clásico de la Revolución Francesa: *liberté, égalité, fraternité*; dando énfasis a ese marco histórico de la evolución de los derechos fundamentales. Por otro lado, en el Brasil, los derechos fundamentales están albergados por la Carta Magna de 1988, específicamente en el artículo 5º, caput y demás incisos. El Ministro Celso de Mello (2000) en una decisión emblemática trae, en otra parte, una definición que resalta por la importancia del tema y la real efectividad y vigencia de esos derechos consagrados por las leyes máximas de cada país.

[Más que la simple positivación de los derechos sociales – que traduce un estado necesario al proceso de su afirmación constitucional y que actúa como presupuesto indispensable para su eficacia jurídica (...) recae sobre el Estado, inseparable vínculo institucional consistente en otorgar real efectividad a tales prerrogativas básicas (...) No basta, por lo tanto, que el Estado meramente proclame

el reconocimiento formal de un derecho. Se torna esencial que, para más allá de la simple declaración constitucional de ese derecho, sea este enteramente respetado y plenamente garantizado].

El mismo mecanismo está previsto por la Constitución Brasileña de 1988, que dispone, en el § 2º del Art. 5º: “Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen a otros decurrentes del régimen y de los principios por ella adoptados, de los tratados internacionales en que la República Federativa del Brasil forme parte”. Dicho registro está hecho con el objetivo de enfatizar que los derechos fundamentales no se agotan, necesariamente, en el rol de aquellos derechos garantizados constitucionalmente. Luego de ese breve histórico y narrativa conceptual, trataremos en el próximo tópico la colisión de garantías fundamentales del mismo grado jerárquico.

Colisión de derechos fundamentales

Por más elemental y notoria que sea la discusión sobre antinomias jurídicas, se torna necesario discutir sobre dichas diferencias, a título pedagógico por ser relevante para el presente estudio. En la vasta doctrina brasileña, las mismas se dividen en antinomia aparente y la antinomia real.

La antinomia aparente que trabaja con soluciones ya previstas por la doctrina patria (criterios de jerarquía, cronología y especialidad o aún antinomias de 2º. grado o metacriterios, o sea, el conflicto entre los propios criterios de soluciones básicas³) no interesa al presente estudio, ya que los conflictos que trataremos en el presente estudio tratan al respecto de derechos con el mismo peso y valor jerárquico.

Como ya explicamos en otra obra⁴ el jurista alemán Robert Alexy resalta a necesidad de una construcción dogmática de los derechos fundamentales, construida en la teoría de los principios sobre una base argumentativa.

Inténtase, de forma breve, aducir el funcionamiento de la teoría de Alexy (1993):

[Cuando dos principios entran en colisión (...) uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro, pero esto significa declarar inválido al principio desplazado aunque en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien, lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la

3 Cf. Diniz, M. H. (2009). *Conflicto de Normas*. São Paulo: Saraiva.

4 Cf. Tomizawa, G. (2008). *La Invasión de Privacidad a través de la Internet*. Curitiba.: JM Librería Jurídica. pp. 33-41.

precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en casos concretos, los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso] (p. 89).

Tal como fue explicado por Alexy, no se trata de insertar una cláusula de excepción (incluso porque se entiende que no existe el derecho absoluto), sino privilegiar el principio jerárquico con más peso para la solución del caso concreto en análisis, posponiendo “temporalmente” el otro, y sin descartarlo definitivamente del catálogo de derechos fundamentales. El profesor Luis Roberto Barroso elucida el uso del instrumento de la ponderación como una técnica de decisión jurídica aplicable a los *hard cases*, dándole oportunidad a la aplicación de normas de igual jerarquía con soluciones distintas (2004, pp. 117-118).

Un caso emblemático⁵ ocurrió en la ciudad de *Morsang-Sur-Orge* en Francia, de una decisión administrativa del Consejo de Estado en 1995, que prohibió una actividad en una casa de espectáculos en que se lanzaba a un enano (*lancer de nain*) de un lado para otro, alegando a priori que era una actividad que denigraba la *dignidad de la persona humana*, como uno de los componentes de orden público que prevalecería sobre el *derecho de ir y venir* o del *libre oficio* (ambas garantías constitucionales) del *handicap*. La discoteca (en el caso, con su *derecho a la propiedad* – también un derecho garantizado constitucionalmente) en litisconsorte activo enjuició una acción para anular la decisión administrativa en el Tribunal de Versalles, el que tuvo éxito. Empero, en segunda instancia, el *Conseil d’Etat* modificó la decisión administrativa de dicha corte. Lo que llama la atención del presente trabajo es que el Estado de forma coercitiva (a través de su alcalde que canceló el funcionamiento del establecimiento) quiso conservar la humanidad del *deficiente físico*, frente a los demás de aquella sociedad.

En el Brasil, 2 casos paradigmáticos que involucraron el *derecho a la vida versus el derecho a la libertad de opción religiosa, la libertad de creencias, intimidad, privacidad y dignidad de la persona humana*, involucrando a padres testigos de Jehová resultando en la muerte⁶ de una niña de 13 años, luego de la interrupción de una transfusión de sangre (haciendo que dicho caso fuese a Jurado Popular). Otro caso⁷, fue el de una persona mayor en estado grave, en que el Hospital realizó

5 Cf. *Ámbito Jurídico. Derechos de la Personalidade*. (n.d.) Extraído Febrero 6, 2013, desde http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718.

6 Cf. *Terra*. (n.d.) Extraído Febrero 6, 2013, desde <http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,O14799339-E16594,00-Pai+que+impediu+transfusao+da+filha+diz+que+nao+se+arrep+ende.html>.

7 Cf. *Conjur*. (n.d.) Extraído Febrero 6, 2013, desde <http://www.conjur.com.br/2009-fev-28/liminar-autoriza-transfusao-sangue-paciente-religioso>.

la transfusión bajo autorización judicial, ya que el juez entendió que la *vida*, por ser un bien natural, trasciende los demás derechos. Además, alegó que no se admite la eutanasia o auxilio al suicidio en nuestra legislación. Agregó además que la vida es un bien indisponible, cuya protección incumbe al Estado, ordenando efectivizar tal derecho a través de la transfusión. Sin embargo, ¿sería el caso de colisión de derechos fundamentales o simplemente de derechos que *compiten*, ya que se trataría de la misma persona, que pone su propia vida en riesgo por cuenta de una opción religiosa?

Dichos casos muestran que el bien jurídico *vida*, que por los seres comunes es visto como el bien mayor, tutelado en una sociedad puede ser *relativizado*, dependiendo del caso concreto (en este caso, la libertad de creencias).

Existió además el caso de 4 soldados en Lebach, Alemania⁸ que habían sido asesinados, y el reo, luego de haber cumplido pena y salido de la prisión, vio su historia revelada en un programa de televisión (ZDF) llamado “el asesinato de los soldados de *LeBach*”, involucrando aquí el *derecho a la reinserción social* de aquel condenado *versus* la *libertad de información* de aquel vehículo periodístico. El Tribunal Constitucional Federal Alemán entendió, para aquel caso concreto, que la protección de la personalidad de aquel condenado y su reinserción social sería más importante que el derecho colectivo al acceso a la información de una colectividad.

Además, por la *libertad* se muestra la historia de las guerras y batallas en que miles y millones de personas ya sucumbieron, luchando por la misma en deterioro de sus propias vidas, dejando en evidencia otro nítido ejemplo de relativización.

De la misma forma, siguiendo la consagrada teoría de Alexy, Ronald Dworkin (1969) aborda los principios y la dimensión de su peso o importancia, doctrinando lo siguiente:

[Principles have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance. When principles intersect (...), on who must resolve the conflict has no take into account the relative weight of each. This cannot be, of course, an exact measurement, and the judgement that a particular principle or policy is more important than another will often be a controversial one. Nevertheless, it is an integral part of the concept of a principle that it has this dimension, that it makes sense to ask how important or how weighty it is] (p. 18-19).

Aquí, nuevamente, Ronald Dworkin en su célebre ensayo académico, reafirma la verdadera importancia de la ponderación a la luz del caso concreto, donde cada

8 Cf. Conjur. (n.d). Extraído Febrero 6, 2013, desde http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teor%C3%ADa_principios_regras?pagina=3.

principio tiene su peso y valor. En suma, Alexy entiende que sólo habrá una libertad fundamental cuando esta esté protegida por norma explícita de la Constitución.

Es el concepto de libertad protegida, demostrando la importancia de existir una norma positiva que asegure la posición libre del individuo, esto es, una norma que le garantice ejercer o no sus facultades inherentes a un comportamiento. Es lo que Robert Alexy caracteriza como alternativa de acción (1993). Para finalizar el razonamiento de la relaciones de tensión y de la ponderación de los intereses opuestos, como último caso la solución estampada por el jusfilósofo Alexy (1993), analizando un caso concreto, cuando dice:

[El Tribunal constata que en dichos casos existe ‘una relación de tensión entre el deber del Estado de garantizar una aplicación adecuada del derecho penal y el interés del acusado en la salvaguardia de los derechos constitucionalmente garantizados, a cuya protección el Estado está igualmente obligado por la Ley Fundamental’. Esta relación de tensión podía ser solucionada en el sentido de una prioridad absoluta de uno de estos deberes del Estado, ninguno de ellos poseería ‘prioridad sin más. Mejor dicho, el ‘conflicto’ debería ser solucionado ‘a través de una ponderación de los intereses opuestos’. En esta ponderación, de lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto (...)].

Pasaremos en el próximo capítulo a tratar sobre colisiones de derechos fundamentales relacionados a casos que involucran un caso *sui generis* de derecho de familia en la historia de la jurisprudencia brasileña.

Conflictos de principios fundamentales a la luz del derecho de familia en un caso concreto de transgenitalización

Luego de analizar las diversas tesis académicas acerca de la teoría de los derechos fundamentales y de sus posibles soluciones utilizadas en la doctrina y en la jurisprudencia brasileña, traemos un precedente judicial, que no fue uno de los primeros en el Brasil, pero que repercutió a nivel nacional. Se trata de una cuestión que involucra a un transexual que nació hombre, en el seno de una familia tradicional. Hija de un padre militar y una madre ama de casa, desde su más joven edad sintió que el sexo anatómico no se correspondía con su identidad psíquica. De niño comenzó a vestirse como niña, a pesar de la resistencia inicial de la familia, acabaron reconociendo como error de la naturaleza, dicho trastorno de identidad sexual. Con 06 años de edad, se deparó por primera vez con problemas de preconcepción. En la escuela era motivo de bromas y aislamiento. Su calvario ha sido marcado por inmenso sufrimiento, con el apoyo de terapeutas, motivada por

sentimientos de soledad y angustia. Ocurre que, según el laudo de la psiquiatra encargada de la misma, fueron identificadas varias situaciones traumáticas y humillantes delante de esa identidad de género desde la infancia hasta la adolescencia. A los 16 años de edad comenzó a hacer uso de hormonas femeninas. A esa edad ya era conocida notoriamente por el nombre social y no por el nombre masculino del registro de nacimiento. Se tornó en una activista de los derechos humanos reconocida en el Brasil, así como mundialmente.

En 2006 pasó por el proceso operatorio de alteración de sus órganos genitales, llamado transgenitalización o redesignación del estado sexual, en el medio jurídico, aunque la misma ya viviese como alguien del género femenino desde su adolescencia. La cirugía fue un éxito, y desde 2006 ella ya presentaba todos los signos externos del sexo femenino, tales como una piel facial fina, ausencia de barba, mamas con prótesis de silicona y presencia de vulva y neovagina modeladas a través de cirugía plástica. La transexual es portadora de Transtorno de Identidad Sexual, reconocido por la Organización Mundial de la Salud (CIE 10F64), o sea, ser declarado como del sexo opuesto, hacerse pasar frecuentemente como alguien del sexo opuesto, vivir o ser tratado como alguien del sexo opuesto, y finalmente, la convicción de tener sentimientos, reacciones típicas del sexo opuesto. La problemática surge justamente con relación a la cuestión documental, pues su nombre e identidad de género en sus documentos son distintos y opuestos, generando situaciones vergonzosas que atentan contra su persona. Ya sea para votar, o realizar un pago, o utilizar un cheque o tarjeta de crédito, ya sea para presentarse a un concurso público, un examen de admisión en la universidad o conseguir un empleo, generan momentos indescriptibles de constreñimiento y discriminación. En suma, la misma luchó para conseguir obtener el cambio de *nombre y género sexual en los registros civiles* (Partida de nacimiento y por vía de consecuencia otros documentos civiles decurrentes de dicha decisión).

Pero, ¿cómo, jurídicamente, ocurriría tal discusión y cuál sería su relevancia académica? Basta tomar las enseñanzas de Robert Alexy, Ronald Dworkin y otros juriconstitucionalistas para verificar que existiría de hecho una colisión de derechos o conflictos de principios constitucionales en el caso en análisis.

Por un lado, tendríamos el *principio de la identidad sexual* (art. 5º, inciso X, de la Constitución Federal Brasileña⁹) ya que se trata de un derecho fundamental de

9 Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los siguientes términos: (...) X – son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, asegurado el derecho a la indemnización por el daño material o moral decurrente de su violación;

la persona humana, en consonancia con el *libre desarrollo de la personalidad* (art. 16 del CC¹⁰), en este comprendidos el *nombre y el apellido*.

Y por último, pero no menos importante, el *principio constitucional de la dignidad de la persona humana* (art. 1º, inciso III de la CF¹¹), pues la concepción del nombre y de la identidad asumen fundamental importancia individual y social como sea factor determinante de la identificación y de la vinculación a un determinado grupo, otorgando a los transexuales el derecho a la alteración del registro civil¹².

Y por otro lado, para ocasionar tal conflicto, ¿qué tendríamos? ¿El *principio de la legalidad*? El artículo 58 de la Ley de Registros Públicos (Ley Ordinaria Federal nº 6.015/73) estableció ser definitivo el nombre, no pudiendo ser pasible de alteración. Obviamente en algunos casos podría abrirse excepciones¹³. ¿Tendríamos aún el *principio de la seguridad jurídica* de las relaciones para apoyar al legalismo jurídico? ¿Debemos ser rigurosos y seguir la ordenanza jurídica *dura lex sed lex*?

En la sentencia que alteró el nombre y la identidad sexual de la solicitante, el magistrado utilizó una citación de Carlos Fernández Sesarego que es muy oportuna para el presente estudio:

[El derecho a la identidad personal es uno de los derechos fundamentales de la persona humana. Esta específica situación jurídica faculta al sujeto a ser socialmente

-
- 10 Art. 16. Toda persona tiene derecho al nombre, en éste comprendidos el prenombre y el apellido.
- 11 Art. 1º La República Federativa del Brasil, formada por la unión insoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye en Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos (...) III - la dignidad de la persona humana;
- 12 La dignidad de la persona humana fue insertada em el CC/2002 al disponer sobre el Derecho de la Personalidad - arts. 11 a 21 - siendo amparado por la protección internacional de los Derechos Humanos (Corte Internacional de Derechos Humanos - CIDDHH).
- 13 Art. 55. Cuando el declarante no indique el nombre completo, el oficial otorgará delante del prenombre escogido el nombre del padre, y em la falta, el de la madre, si fueren conocidos y no impiden la condición de ilegitimidad, salvo reconocimiento em el acto.
Párrafo único. Los oficiales del registro civil no registrarán prenombrados susceptibles de exponer al ridículo a sus portadores. Cuando los padres no se conformen con la negativa del oficial, éste someterá por escrito el caso, independiente del cobro de cualquier importe, a la decisión del Juez competente.
Art. 56. El interesado, en el primer año luego de haber alcanzado la mayoría civil, podrá, personalmente o mediante procurador competente, alterar su nombre, siempre que no perjudique los apellidos de familia, registrándose la alteración que será publicada en el diario oficial.
Art. 57. La alteración posterior de nombre, solamente por excepción y motivadamente, con previa audiencia del Ministerio Público, será permitida por sentencia del juez al que estuviere sujeto el registro, archivándose la orden y publicándose la alteración por diario oficial, salvaguardando la hipótesis del art. 110 de esta Ley. (...)
Art. 58. El prenombre será definitivo, admitiéndose su substitución por apellidos públicos notorios.

reconocido tal como 'él es' y, correlativamente, a imputar a los demás el deber de en él alterar la proyección comunitaria de su personalidad. La identidad personal es la 'manera de ser' como la persona se realiza en sociedad, con sus atributos y defectos, con sus características y aspiraciones, con su bagaje cultural e ideológico. Es el derecho que tiene todo sujeto a "ser él mismo"] (p. 7).

La palabra identidad también representa el derecho fundamental de la persona humana, inaugurando los derechos de cuño moral, en el eslabón que une al individuo y sociedad como un todo (pp. 120-121). Para Euclides de Oliveira el bien jurídico tutelado es la identidad, considerada como atributo de la personalidad¹⁴ humana (2004, pp. 67-88).

El Superior Tribunal de Justicia¹⁵ y los Tribunales brasileños de forma incipiente¹⁶ también se han manifestado favorablemente en ese conflicto cuando la

- 14 Cf. Oliveira, p. 67-88: "El derecho a la identidad personal pertenece al cuadro de los derechos morales, considerándose atributo ínsito de la personalidad humana, exactamente porque se constituye en el eslabón que une al individuo y a la sociedad en general. El nombre y otros signos identificadores de la persona son los elementos básicos de asociación de los que dispone el público en general para el relacionamiento normal, en los diversos núcleos posibles: familiar, sucesor, comercial, entre otros. Posibilita que la persona sea inmediatamente recordada, aún en su ausencia y a largas distancias. Cf. OLIVEIRA, Euclides de. **Derecho al nombre**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (coord.) Nuevo Código Civil Cuestiones Controvertidas. São Paulo: Método, 2004, v. 2.
- 15 Cf. STJ: "La medicina podrá aliviar el peso de la irresolución, con técnicas quirúrgicas. El Estado confía que el sistema legal es apto para proveer la salida honrosa y debe asumir una posición que valoriza la conquista de la felicidad ('soberana es la vida, no la ley,' Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, in 'El mejoramiento del Proceso Civil como presupuesto de una justicia mejor' AJURIS 57/80), cuando libre de la amenaza de crearse excepción al control de la paz social". La tendencia que se observa en el mundo es la de alterarse el registro, adecuándose el sexo jurídico al sexo aparente".
- 16 Cf. TJRS: "APELACIÓN CIVIL. TRANSEXUALISMO. ALTERACIÓN DEL GÉNERO/SEXO EN EL REGISTRO DE NACIMIENTO. APROBACIÓN. Habiéndose sometido el autor/apelante a cirugía de redesignación sexual, no presentando cualquier vestigio de genitalia masculina en su cuerpo, siendo que su "fenotipo es totalmente femenino", y el papel que desempeña en la sociedad se caracteriza como de cuño femenino, sujeto a alteración no sólo del nombre en su registro de nacimiento sino también del sexo, para que conste como siendo del género femenino. Si el nombre no corresponde al género/sexo de la persona, a la evidencia que esta tendrá su dignidad violada. (Apelación Civil nº 70022952261, Octava Cámara Civil, Tribunal de Justicia del RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Juzgado en 17/04/2008). Y APELACIÓN CIVIL. ALTERACIÓN DEL NOMBRE Y REGISTRO EN EL REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDAD. CIRUGÍA DE TRANSGENITALIZACIÓN. El hecho de que el apelante aún no haya sido sometido a la cirugía para la alteración de sexo no puede constituir óbice a la aprobación del pedido de alteración del nombre. Como factor determinante de la identificación y de la vinculación de alguien común determinado grupo familiar, el nombre asume fundamental importancia individual y social. Paralelamente a esa connotación pública, no se puede olvidar que el nombre encierra otros factores, de orden eminentemente personal, en calidad de derecho personalísimo que constituye atributo de la

tensión es generada entre la dignidad de la persona humana y la identidad personal *versus* el principio de la legalidad y la seguridad jurídica.

No se puede dejar de mencionar el avance legislativo en la Argentina, si no es el único país de América Latina en adoptar dicho expediente, cuando se refiere a la redesignación del estado sexual o transgenitalización, ya que el (la) postulante no necesita pasar por el procedimiento quirúrgico, bastando el (la) interesado(a) optar por uno de los sexos verbalmente, y tendrá su nombre e identidad sexual alterados, administrativamente por el acto del funcionario juramentado, en un simple pedido verbal al Escribano. Obviamente que si éste(a) se arrepintiera y quisiera cambiar nuevamente de nombre y género sexual tendrá que pasar por el procedimiento del Judicial, incluso para que no se banalice dicha práctica y no desordene o burocraticen aún más las relaciones con los órganos públicos y sus respectivos documentos.

Siendo así, el principio de la dignidad de la persona humana prevaleció frente al principio de la legalidad, evidenciando las teorías del derecho fundamental de Robert Alexy, con el plano de fondo en Ronald Dworkin, cuando ocurren colisión o choque de principios constitucionales o de derechos fundamentales de mismo valor jerárquico, debe tenerse en mente la ponderación y la examinación del derecho y el peso de los valores a la luz del caso concreto como lo fue resaltado por los insignes jusfilósofos.

Conclusión

Delante del caso antes comentado, ¿cómo debemos ponderar derechos constitucionales o garantías fundamentales de mismo valor y peso?

Es, será, y está siendo una tarea ardua juzgar tales casos donde el interés público prevalecería sobre el privado, ¿o al contrario? ¿O sería del privado sobre el público? ¿O del discriminado sobre el soberbio?

En lo que le incumbe al caso analizado, el cambio de sexo, cambia efectivamente el sexo de la persona¹⁷. En consciencia de ello, se vuelve indiscutible que la persona

personalidad. Los derechos fundamentales buscan la concreción del principio de la dignidad de la persona humana, el cual, actúa como una cualidad inherente, indisociable, de todo y cualquier ser humano, relacionándose intrínsecamente con la autonomía, razón y autodeterminación de cada individuo. Cerrar los ojos ante esta realidad, que es reconocida por la propia medicina, implicaría infracción al principio de la dignidad de la persona humana, norma insculpida en el inciso III del art. 1º de la Constitución Federal, que debe prevalecer a la regla de inmutabilidad del prenombre (Apelación Civil nº 70013909874, Séptima Cámara Civil, Tribunal de Justicia del RS, Relator: Maria Berenice Dias, Juzgado en 05/04/2006)".

17 CF. PLANIOL & RIPERT: "La majorité de la doctrine n'admet que les trois cas suivants: défaut absolu consentement, identité de sexe, défaut des formes et incompétence du célébranx" "Traité Pratique de Droit Civil Français", Paris, 1926, tomo 2, nº 252".

que pasó por la cirugía tenga una vida social normal, aunque, en tesis y por ahora decurrente de los avances de la ciencia, aún pueda procrear. Evidente es, que podrá constituir familia. Más que eso, esta necesita un nombre condescendiente con su género sexual. Sería totalmente ultrajante, inaceptable y ofensivo que una persona se sometiese a una cirugía de dicha magnitud y aún mantener su nombre de bautismo o de nacimiento, definitivamente un verdadero ataque a la dignidad humana, donde el legalismo y el positivismo exacerbado de una norma jurídica y la “seguridad jurídica” no podrían jamás, en ese caso, prevalecer.

Delante de la teoría de Alexy y de los conflictos de derechos fundamentales, se termina éste modesto estudio académico con el tenor y fragmentos del Proyecto de Ley nº 70/95 de autoría del diputado José Coimbra, disponiendo sobre intervenciones quirúrgicas que buscan la alteración del sexo, como en el caso comentado que retrata el pensamiento del autor del presente artículo, siendo inclusive recibido en la Comisión de Constitución y Justicia, parecer favorable del Diputado Régis Oliveira (1995), que comenta lo siguiente:

[(...) Hoy en día, el rigor del padrón moral de otrora, cede espacio a las nuevas realidades, a las nuevas costumbres y a la hipocresía, y ya no encuentra eco en la vida y en la ciencia moderna. (...) De otro, surge la grande realidad empírica. Las costumbres se alteran, los comportamientos cambian, las conductas se tornan más flexibles, fruto de las informaciones de masa. En consecuencia, las reglas jurídicas no pueden inmovilizarse, al contrario, deben adaptarse a los nuevos tiempos, pues, los comandos normativos dirigen a determinada sociedad, a determinada comunidad; es más, no son conceptos desapegados de cualquier contenido, como si el mundo jurídico pudiera ser un mundo ajeno a aquel que acontece en la comunidad a la que se dirige. Los comandos tienden a alterarse, a medida que se modifica la realidad].

“Una eventual relación de prevalencia, solamente al ver las circunstancias concretas se podrá determinar” (José Joaquim Gomes de Canotilho).

Bibliografía

- Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid.: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1993) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid.: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (1999). *Colisión de derechos fundamentales y realización de derechos fundamentales en el estado de derecho democrático*. Rio Grande Sul.: Revista de la Facultad de Derecho de la UFRGS. V.17.
- Ámbito Jurídico. *Derechos de la Personalidad*. (n.d.) Extraído Febrero 6, 2013, desde http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1718.
- Andrade, J. C. V. de (2001). *Los derechos fundamentales en la Constitución portuguesa de 1976*. Coimbra.: Almedina.
- Barroso, L. R (2003). *Interpretación y aplicación de la Constitución – fundamentos de una dogmática constitucional transformadora*. São Paulo.: Editora Saraiva. 5ª. Edición – revista, actualizada y ampliada.
- Barroso, L. R (2004). *Colisión entre libertad de expresión y derechos de la personalidad. Criterios de ponderación. Interpretación constitucionalmente adecuada del Código Civil y de la Ley de Prensa*. Revista de Derecho Privado. São Paulo: Editora Revista de los Tribunales, n.18.
- Bittar, C. A. *Los Derechos de la Personalidad*. Forense Universitária, 1ª. ed.
- Bonavides, P. (2003). *Revista Latinoamericana de estudios constitucionales*. Belo Horizonte.: Del Rey. n. I.
- Conjur. (n.d). Extraído Febrero 6, 2013, desde <http://www.conjur.com.br/2009-fev-28/liminar-autoriza-transfusao-sangue-paciente-religioso>.
- Conjur. (n.d). Extraído Febrero 6, 2013, desde http://www.conjur.com.br/2007-mar-02/robert_alexey_teor%C3%ADa_principios_regras?pagina=3.
- Diniz, M. H. (2011). *Compendio de Introducción a la Ciencia del Derecho – introducción a la teoría general del derecho, a la filosofía del derecho, a la sociología jurídica y a la lógica jurídica. Norma jurídica y aplicación del derecho*. 22ª. edición revista y actualizada. São Paulo.: Saraiva.
- Diniz, M. H. (2009). *Conflicto de Normas*. São Paulo: Saraiva.
- Dworkin, R. M. (1969) *The Model of Rules*. In: Law, Reason and Justice, Essays in Legal Philosophy. New York: New York University Press.
- Oliveira, E. de. (2004). *Derecho al nombre*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo. (coord.) Nuevo Código Civil. Cuestiones Controvertidas. São Paulo: Método, v. 2.
- Perez Luño, A. E. (1984). *Los Derechos Fundamentales*. Madrid, Tecnos, D.L.

- Planiol & Ripert. (1926). *TraitéPratique de Droit Civil Français*. París, tomo 2, nº 252.
- Sarlet, I. W. (2006). *Constitución, Derechos Fundamentales y Derecho Privado*. Librería del Abogado Editora. 2ª. Edición revista y ampliada. Porto Alegre.
- Sessarego, C. F. *El cambio de sexo y su incidencia en las relaciones familiares*. Revista de Derecho Civil, nº 56.
- Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario nº 271.286-8 – RGS – Rel. MP. Celso de Mello – RJTJERGS 205/33; Agosto 02 de 2000).
- Terra. (n.d). Extraído Febrero 6, 2013, desde <http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI4799339-EI6594,00-Pai+que+impediu+transfusao+da+filha+diz+que+nao+se+arrepente.html>.
- Tomizawa, G. (2008). *La Invasión de Privacidad a través de la Internet*. Curitiba.: JM Librería Jurídica.

Impacto del marco jurídico constitucional y legislativo de los años 1998 y 1999 como generador de crisis financiera

Ana Carrión Cevallos¹

RESUMEN

El período de los años noventa en el Ecuador, fue una época de inestabilidad económica que desencadenó en marzo de 1999 en un feriado bancario, el cual generó una de las crisis financieras más duras que ha tenido que afrontar el Ecuador a lo largo de su historia. Al decir de Acosta, los elementos de la política económica ortodoxa configurada en torno al núcleo del ajuste, explican la gravedad de la crisis (Acosta, 2001). Por esta razón, es importante tener la premisa de que la crisis ecuatoriana del '99 se produce por diversos factores desarrollados por varios años, como ha señalado Augusto de la Torre, al decir que la gestación de la crisis ecuatoriana que estalló a finales de 1998 se remonta a por lo menos una década atrás (de la Torre & Mascaró, 2011).

La profunda crisis económica de finales de los años noventa que precedió a la dolarización en Ecuador fue la conclusión, con ribetes dramáticos, de una crisis económica y de gobernabilidad asociada a características estructurales de la economía y la sociedad ecuatoriana. (Beckerman & Solimano, 2002). En el Ecuador, históricamente se dio la concentración de los bienes de capital en pocas manos, como ejemplo tenemos la acumulación de tierras en un mínimo de familias que se transformaron en los grupos de poder que pasaron a controlar el comercio interno y externo del país, generando poder político y por tanto concentración de la riqueza y control de la sociedad.

Esto dio la pauta a la expedición de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero en el año 1994, la cual permitió la apertura a que la banca otorgue todos los servicios bancarios bajo el concepto de banca múltiple, contrario al modelo anterior de banca especializada sectorial. Por

1 Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

lo tanto, esta liberalización de la industria de servicios financieros tenía un marco jurídico deficiente para confrontar quiebras bancarias. (De la Torre & Mascaró, 2011)

En la antesala de la crisis, las instituciones financieras se encontraban técnicamente quebradas y subsistían en base a los préstamos de salvamento del Banco Central, por lo que al advenimiento de la crisis y el cierre de múltiples instituciones financieras, es el Estado el que asume el impacto financiero con la consiguiente crisis de carácter económica y social. (Carrión Pérez, 2014)

En este contexto, en agosto de 1998 se promulga la Constitución Política de la República del Ecuador, la cual involucraba contradicciones normativas en cuanto su artículo 265 señalaba que “El Banco Central no concederá créditos a las instituciones del Estado ni adquirirá bonos u otros instrumentos financieros emitidos por ellas, salvo que se haya declarado estado de emergencia por conflicto bélico o desastre natural.” y su Disposición Transitoria Cuadragésima Segunda la cual mandaba que “el Banco Central del Ecuador podrá otorgar créditos de estabilidad y de solvencia a las instituciones financieras, así como créditos para atender el derecho de preferencia de las personas naturales depositantes en las instituciones que entren en proceso de liquidación.” De igual manera, como consecuencia del cambio constitucional y los problemas económicos ya presentes en el país, el Congreso Nacional dicta en diciembre del mismo año la “Ley de Reforma en Materia Económica, en el área tributario-financiera”.

Por lo tanto, este marco jurídico constitucional y legislativo producto de la inestabilidad económica y política del país será analizado en esta investigación como desencadenante inmediato de la crisis financiera de marzo de 1999, la cual queda en duda si pudo tener otro desenlace, sin afectar a los intereses del pueblo ecuatoriano en caso de no haberse presentado las reformas mencionadas que instrumentalizaron el atraco bancario.

PALABRAS CLAVE: Crisis financiera, Constitución, Ley, Interpretación, Feriado Bancario, Depósitos, Liberalización

I. Introducción:

La crisis bancaria que vivió el Ecuador en los años noventa, es una parte de nuestra historia recordada por la inestabilidad social, política y económica que tuvo que afrontar el país. Existen muchas teorías, sobre todo económicas, respecto

de las causales que produjeron esta crisis. Sin embargo, más allá de la considerable recesión e inestabilidad económica que el Ecuador mantuvo durante las décadas previas a la crisis de marzo de 1999, es indispensable considerar la influencia político-jurídica que dio paso a este lamentable acontecimiento.

La liberalización de los servicios bancarios permitida por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF) del año 1994, produjo que los bancos especializados ofrecieran los servicios de banca múltiple. Esto con el paso del tiempo, condujo a que las instituciones financieras privadas se convirtieran en foco de control de poder financiero y político en el país. De esta forma, tras la dura recesión que afrontaba el país para 1998, se promulga la Constitución de Sangolquí en agosto de este año, la cual planteaba contradicciones alarmantes en materia económica. Igualmente, en diciembre del mismo año se expide la Ley de Reforma en Materia Económica, en el área tributario-financiera, en la cual se plantan diversas figuras e instituciones jurídicas como el Impuesto a la Circulación de Capitales y la Agencia de Garantía de Depósitos.

Tres meses más tarde, el Ecuador presenciara la crisis bancaria más grave que ha surgido a lo largo de su historia, la cual generaría pérdidas millonarias para el sector público y privado, una crisis social que desembocó en una ola de migración alarmante, inestabilidad política en el país y la renuncia a nuestra propia política monetaria, con la adopción de la dolarización.

Por esta razón, el marco jurídico constitucional y legislativo producto de la inestabilidad económica y política del país será analizado en esta investigación como desencadenante inmediato de la crisis financiera de marzo de 1999, la cual queda en duda si pudo tener otro desenlace, sin afectar a los intereses del pueblo ecuatoriano, en caso de no haberse realizado las reformas mencionadas que instrumentalizaron el atraco bancario. Para esto, profundizaremos en materia económica, constitucional, política e histórica, mediante un análisis integral de los hechos que rodearon la crisis bancaria ecuatoriana.

II. La economía ecuatoriana anterior a la crisis bancaria de los años noventa

En el año 1927 se fundó el Banco Central del Ecuador, cuyos objetivos determinados por la Ley de Banco Central del mismo año, planteaban que esta institución sea prestamista de última instancia del sistema financiero. La creación del Banco Central fue uno de los aportes más significativos para la economía ecuatoriana, en cuanto permitía que la emisión de moneda no esté a cargo de bancos privados, los cuales para la época usurpaban poder financiero

lo cual les permitió adquirir poder político, lo que generó en el tiempo una serie de inestabilidades. El mecanismo utilizado para dicho fin consistió en que las instituciones financieras debían depositar su encaje bancario en el Banco Central para evitar posibles problemas de liquidez, con lo cual el Banco Central se apoderó de la política inflacionaria del país, brindando mayor estabilidad.

A partir de la fundación del Banco Central del Ecuador, el país vivía lo que se denomina una represión financiera. Es decir, se reprimió la actuación del sector privado de la economía, por medio de limitaciones políticas. Estas regulaciones respondían a “modas de la época”, en cuanto a que el asesoramiento de la misión Kemmerer, instó a que en el Ecuador se instaure un marco sólido de limitaciones. Sin embargo, durante todo este tiempo el país sufrió procesos de modernización de banca central, lo cual promovió la inclusión de varios bancos de carácter internacional en territorio ecuatoriano.

La economía ecuatoriana se caracterizaba por su inestabilidad, debido a la dependencia de productos primarios. El cacao fue la primera materia prima por la cual el país veía sus mayores ingresos a las arcas fiscales, no obstante de ser reemplazado posteriormente por el banano, y finalmente por el petróleo, el cual se mantiene hasta la actualidad. Por ende, podemos deducir que la economía de Ecuador ha sido dependiente de precios extranjeros más no de producción local. La vulnerabilidad ecuatoriana ante la fuerza de la naturaleza fue también un factor a tomar en cuenta, los mecanismos de respuesta a crisis naturales, nunca fueron suficientes para mitigar los efectos de estos acontecimientos. El fenómeno del niño siempre resultaría como un problema para el sector agrícola ecuatoriano y por tanto de una gran parte de la producción nacional.

Beckerman y Solimano sostienen que “la política fue un factor fundamental dentro de la inestabilidad de la economía ecuatoriana. Los diferentes procesos de modernización que ha llevado a cabo Ecuador, se han visto sumamente afectados y no cumplidos adecuadamente gracias a manejos políticos poco eficientes.” (Beckerman & Solimano, 2002).

Desde los años ochenta se inició un proceso de liberalización de la economía ecuatoriana, que tendría su auge con la promulgación de una serie de cuerpos normativos en los años noventa, lo que desembocaría posteriormente en la crisis bancaria ecuatoriana. La legislación anterior a los años noventa que protagonizó la crisis ecuatoriana fue según Romero:

“1. Ley de Control de Compañías de Capitalización vigente desde agosto de 1960

2. Ley de Compañías Financieras codificada en mayo de 1987

3. *Ley General de Bancos codificada en septiembre de 1987*
4. *Ley Orgánica de Bancos Industriales vigente desde diciembre de 1960*
5. *Ley de Cajas de Crédito Agrícola codificada en septiembre de 1976*
6. *Ley de Banco Ecuatoriano de la Vivienda codificada en mayo de 1975*
7. *Otras regulaciones como decretos supremos, decretos ejecutivos, resoluciones de la Junta Monetaria y de la Superintendencia de Bancos.” (Romero, 2005)*

Paralelamente, la región latinoamericana se vio inmersa dentro de un proceso liderado por los establecimientos económicos internacionales: el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial. Ambas instituciones financieras internacionales promulgaban medidas de carácter liberal fundamentado en el consenso de Washington, que de acuerdo a Alberto Acosta los diez puntos fundamentales de esta “receta” eran los siguientes:

- *“Austeridad y disciplina fiscal;*
- *Reestructuración del gasto público;*
- *Reforma tributaria;*
- *Privatización de empresas públicas;*
- *Establecimiento de un manejo cambiario competitivo;*
- *Liberalización comercial;*
- *Desregulación del mercado financiero y apertura de la cuenta de capitales;*
- *Apertura sin restricciones a la inversión extranjera directa;*
- *Flexibilización de las relaciones económicas y laborales;*
- *Garantía y cumplimiento de los derechos de propiedad privada.” (Acosta, 2001)*

En el marco de la crisis de los años noventa el rol del consenso de Washington sería instrumental debido a que otorgaba muchas libertades dentro de un sistema que poco a poco se desregularizaba. Los economistas norteamericanos Kenneth Rogoff y Carmen Reinhart, expertos en materia de crisis financieras, tienen numerosos estudios de los cuales prueban con ayuda de análisis empírico la relación directamente proporcional entre apertura de cuentas de capitales y crisis financieras.

Consecuentemente, el precio del petróleo rondaba los \$40 dólares por barril y como se explicó anteriormente los fenómenos naturales irrumpirían en varios puntos de quiebre de la economía ecuatoriana. Por esta razón, el Estado no podía contar con los suficientes recursos para sostener al sistema financiero.

Para Acosta ciertos acontecimientos conllevarían a una de las mayores desestabilidades económicas del país, la crisis financiera de final de los años noventa. Estos acontecimientos se resumen en: “Inundaciones (1982-1983, 1997-1998), sequías, terremoto (1987), caída de los precios del petróleo (1982-1983, 1986, 1997-1998), conflictos bélicos [Paquisha y Cenepa] (1981, 1995), crisis financiera internacional [asiática] (1997-1998)” (Acosta, 2001)

Como podemos ver estos acontecimientos concuerdan con el tiempo de arranque de la crisis financiera ecuatoriana. Los problemas estructurales que sufrió el Ecuador son fundamentales para comprender el cómo se llegó al punto de no poder combatir una crisis financiera de la magnitud de la vivida en 1999.

A comienzos de la época de los años noventa Sixto Durán Ballén iniciaría una serie de reformas con el objetivo de “oxigenar” el sistema financiero. El gobierno de Durán Ballén tendría una serie de episodios polémicos, incluyendo casos de corrupción en contra del vicepresidente de la República, Alberto Dahik.

Para 1994 la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (LGISF) sería aprobada e iniciaría un proceso legal de modernización del manejo financiero ecuatoriano. Al decir de Augusto de la Torre, esta ley permitió la apertura a que la banca otorgue todos los servicios bancarios bajo el concepto de banca múltiple, contrario al modelo anterior de banca especializada sectorial. Por lo tanto, esta liberalización de la industria de servicios financieros tenía un marco jurídico deficiente para confrontar quiebras bancarias. (De la Torre & Mascaró, 2011) Para Romero, la LGISF “trataba nominalmente de facilitar la transición de un sistema restringido a un sistema regulado por el mercado, es decir, la competencia” (Romero, 2005)

Un punto fundamental de la LGISF fue la creación de la Junta Bancaria como parte de la Superintendencia de Bancos, cuya estructura fue conformada por funcionarios del gobierno de turno. Romero encuentra dos problemas principales en la LGISF:

1. La ley prohibía que las sociedades financieras pudieran captar recursos del público en depósitos a la vista.- Esto ocasionó una iliquidez e insolvencia en muchas sociedades financieras, igualmente sucedió con mutualistas de vivienda y cooperativas de ahorro. De esta forma, la ley imponía restricciones sobre potenciales competidores de los bancos. (Romero, 2005)

2. Problemas en el proceso de intervención y liquidación forzosa de instituciones financieras.- El Banco Central del Ecuador se proclamaba como garante y rescatista de última instancia no solo de las instituciones financieras en buen estado sino de las que contaban con disminuciones comprometedoras de liquidez. Incluso

otorgaba créditos a instituciones del Estado para inyectar liquidez en las mismas, de manera que el Banco Central sostuvo por muchos años un peso que no pudo salvaguardar por mucho tiempo.

Esta liberalización generó que entre 1994 y 1995 el Ecuador experimente un flujo de entrada de capitales, seguido por uno de salida, lo cual intensificó el ciclo económico. (Beckerman & Solimano, 2002) Esto perjudicó a la economía en cuanto existieron cambios bruscos de auge a depresión, haciendo imprevisibles las reacciones de la economía.

El boom petrolero de los años setentas desencadenó en las personas una amplia capacidad de adquirir créditos, generando que el sector bancario crezca pero continúe oprimido.

Es importante rescatar que durante el gobierno de Osvaldo Hurtado, se instauró lo que se conocería como “sucretización de la deuda”² concediendo al sector bancario privado del país varias preferencias. De igual forma, en el gobierno de León Febres Cordero se manejó un proceso continuo de la sucretización.

En estos años se tomaron medidas proteccionistas para el sector bancario, de manera que esto llevaría a que posteriormente surja un proceso de liberalización, por medio de leyes promotoras de un nuevo sistema que permitiría que las instituciones financieras privadas puedan ampliar sus servicios.

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero se expide en un momento de dificultades económicas y financieras del país provocadas por los problemas estructurales, los modelos económicos imperantes en la época y aún por los impactos de problemas de la naturaleza. Los grupos de poder económico, con su poderosa influencia y penetración en el poder político del Estado, manejaba la ley como herramienta que daba legitimidad a los beneficios que obtenían con las decisiones políticas que dictaban a su favor, provocando más concentración de la riqueza y más fragmentación social.

Lo anterior determina la expedición de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, como cuerpo normativo que facilita a la banca privada para obtener préstamos del Banco Central para equilibrar la situación frente a la pérdida de encaje que hacía de ellas instituciones técnicamente quebradas. Se entendía que la finalidad era la de mantener segura y equilibrada la economía ecuatoriana sin provocar pánico, corridas de dinero y obviamente desestimulación de la inversión en todos los niveles.

2 El proceso en el cual el Banco Central pagaba en dólares acreedores de deuda extranjeros, mientras los bancos privados pagaban en sucres al Banco Central.

La alarmante situación de una inestabilidad general de la banca lleva a la Constituyente de Sangolquí en 1998, a desdecir los lineamientos de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y prohíbe que el Estado salga en auxilio de la banca privada con créditos de salvamento. Sin embargo, en el último minuto y para muchos aún después de él, se considera que se aprueba una disposición transitoria en dicha Constitución, que faculta esta concesión de préstamos y por tanto legitima lo señalado en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, que según las normas estables de la Constitución abrían quedado automáticamente derogadas. Este proceso provoca cambios que deberían haber evitado la crisis financiera en el país, pero que con estas maniobras legales terminaron desencadenándola.

El rol de las superintendencias, como órganos superiores de control, quedó en duda. La Superintendencia de Compañías nunca alertó sobre la constitución de compañías vinculadas a los accionistas principales de los bancos y la Superintendencia de Bancos nunca impidió la fuga de capitales de los bancos a las empresas vinculadas, con lo cual, los bancos quedaron vacíos de dinero, con el inmenso impacto social y económico conocido y las empresas vinculadas, por su parte se repletaron de dinero.

III. Análisis del marco jurídico de los años 1998 y 1999 en materia económica-financiera

Para iniciar el análisis del marco jurídico referido al tema de investigación, empezaremos por precisar las normas jurídicas constitucionales que repercutieron en el tema.

Constitución Política de la República del Ecuador (1998)

“TITULO XII DEL SISTEMA ECONOMICO

Capítulo 1 Principios generales

Art. 265.- El Banco Central no concederá créditos a las instituciones del Estado ni adquirirá bonos u otros instrumentos financieros emitidos por ellas, salvo que se haya declarado estado de emergencia por conflicto bélico o desastre natural.

No podrá otorgar garantías ni créditos a instituciones del sistema financiero privado, salvo los de corto plazo que hayan sido calificados como indispensables

para superar situaciones temporales de iliquidez” (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998)

“DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Del Banco Central

Cuadragésima Segunda.- *Hasta que el Estado cuente con instrumentos legales adecuados para enfrentar crisis financieras y por el plazo no mayor de dos años contados a partir de la vigencia de esta Constitución, el Banco Central del Ecuador podrá otorgar créditos de estabilidad y de solvencia a las instituciones financieras, así como créditos para atender el derecho de preferencia de las personas naturales depositantes en las instituciones que entren en proceso de liquidación.” (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998)*

Si consideramos que una Constitución Política es un proyecto de vida de un pueblo emanada legítimamente, en este caso, por la Asamblea Constituyente que decidió el reordenamiento del país. Sostendremos que, en la visión de construcción de la nueva economía ecuatoriana, en el artículo 265, expresamente se prohíbe al Banco Central conceder créditos a las instituciones del Estado y adquirir bonos u otros instrumentos financieros adquiridos por ellos. Se establece como salvedad, la circunstancia de que el país viva una emergencia por conflicto bélico o desastre natural.

En forma categórica, el inciso segundo del mismo artículo 265 de la Constitución, señala “*No podrá otorgar garantías ni créditos a instituciones del sistema financiero privado, salvo los de corto plazo que hayan sido calificados como indispensables para superar situaciones temporales de iliquidez.*”. Por lo expuesto anteriormente, se entiende que en la construcción del largo plazo de la economía ecuatoriana, el legislador constituyente consideró inconveniente al interés nacional el otorgamiento de garantías o créditos del sistema financiero privado. Por lo tanto, se entiende que la aprobación de este artículo, ameritó informes técnicos que establecían el estado de situación del sistema financiero ecuatoriano y que con seguridad señalaban que en general se encontraba técnicamente quebrado. Se supone que se asumió las experiencias pasadas y se vivió los riesgos de la entrega de recursos del pueblo ecuatoriano a la banca privada. Con seguridad, debió haberse conocido e informado de las empresas vinculadas a los accionistas y directivos de los bancos y del hecho que eran el instrumento para succionar los fondos del Banco Central en beneficio de estas empresas vinculadas y con ello generar una situación de inestabilidad financiera en el país. Si una constitución, en la teoría se la prueba para siempre y en la práctica al menos para una década en el caso ecuatoriano,

se entiende que el artículo 265 era la expresión del legislador constituyente que reflexionó con profundidad, sensatez y visión histórica sobre la trascendencia de esta norma.

Sin embargo de lo señalado anteriormente, en el texto de las disposiciones transitorias de la Constitución, específicamente la disposición transitoria cuadragésima segunda, señala *“el Banco Central del Ecuador podrá otorgar créditos de estabilidad y de solvencia a las instituciones financieras, así como créditos para atender el derecho de preferencia de las personas naturales depositantes en las instituciones que entren en proceso de liquidación.”* Téngase en cuenta, que la disposición transitoria contradice el espíritu y la letra de la norma permanente establecida en la propia Constitución y como detalle de importancia para precisar, obsérvese que al inicio de la disposición cuadragésima segunda, se señala *“Hasta que el Estado cuente con instrumentos legales adecuados para enfrentar crisis financieras y por el plazo no mayor de dos años contados a partir de la vigencia de esta Constitución”*, es decir, lo que ya señalamos previamente, de los informes técnicos se conocía o debió conocerse el real estado de situación de la banca privada y el advenimiento de una crisis financiera para el país en el corto plazo, es decir, dentro de los dos años siguientes a la promulgación de la Constitución que establecía expresamente la prohibición de conceder estos recursos.

Cabe señalar, que flota en el ambiente, un sórdido debate entre varios voceros del gobierno del Presidente Rafael Correa, que Diego Ordoñez quien fungía de secretario de la asamblea constituyente de línea demócrata cristiana, en la cual se acusa de que no existió proyecto, propuesta y por tanto tampoco debate sobre la norma transitoria cuadragésima segunda y que esta apareció en el texto constitucional repentinamente. En la réplica el Secretario de la Asamblea, con funciones de actuario de la misma, da fe y dice que si existen las actas que recogen dichos debates. El hecho cierto es que la Asamblea Constituyente de 1998, teniendo conciencia de la inconveniencia para el interés nacional de conceder créditos de salvamento a la banca privada, estableció los mecanismos constitucionales, a través de normas transitorias para preparar el salvamento bancario que se constituyó en el mayor atraco del siglo XX al erario nacional.

Téngase en cuenta que esta disposición transitoria, aparece aprobada con el apoyo de los partidos de la derecha ecuatoriana, pero también de la Izquierda Democrática, Democracia Popular, Nuevo País, Pachakutik y Movimiento Popular Democrático. Debe tenerse en cuenta, en este análisis jurídico que los artículos 24, 25 y 26 de la Ley de Régimen Monetario publicada en el suplemento del Registro Oficial 930 de 07 de mayo de 1992 (Gobierno del Presidente Rodrigo Borja) establecía la facultad de la Junta Monetaria de conceder préstamos a instituciones

financieras en casos de iliquidez o problemas de estabilidad. Recuérdese que a finales de 1995 y durante 1996 ya se enfrentó una crisis financiera en el Ecuador, lo que determinó el decrecimiento del sector financiero; lo que motivó la iliquidez que les impidió cumplir con la obligación de encaje en el Banco Central. Precítese que a ese momento, el Banco Central ya había concedido créditos de iliquidez (operaciones de tesorería y créditos de emergencia) a doce instituciones financieras, incluido un préstamo subordinado al Banco Continental.

Según el propio Ex Secretario de la Asamblea Constituyente 1998, Diego Ordoñez, para 1998 “aún persistían problemas en el sector que avizoraba una crisis mayor del sistema financiero”. (Ordoñez, 2013) Respondiendo a las acusaciones que se le han formulado, señala:

“La Asamblea Constituyente convirtió las normas de la Ley de Régimen Monetario que otorgaban al Banco Central la función de prestamista de última instancia, mediante la disposición transitoria que ha sido tan distorsionada, en régimen temporal en tanto se emita la legislación de aseguramiento de los depósitos. De esa forma, los recursos que asistían para cubrir los riesgos de pérdida de los depositantes no provengan de recursos públicos sino de un fondo privado capitalizado.” (Ordoñez, 2013)

Añade Ordoñez “Es decir, los préstamos que han sido calificados de salvataje bancario, habrían sido otorgados aplicando las normas de la Ley de Régimen Monetario. Potestad que no fue otorgada por la Disposición Transitoria Cuadragésima Segunda” (Ordoñez, 2013)

De otra parte, en este análisis jurídico, procede señalar que luego se creó la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD) y con ella se aprobó el seguro sin límites, por los partidos de la llamada “aplanadora” en el Congreso de 1998, DP, PSC, alfaristas, conservadores, cefepistas, e independientes que totalizaban 63 votos. (Redacción Económica, 2014) Como dato histórico procede señalar que la crisis se presentó antes de que se capitalice a la AGD por lo cual tuvieron que tomar recursos del Presupuesto General del Estado para atender la iliquidez de los bancos administrados fraudulentamente. Por lo tanto, debemos tener en cuenta que esos recursos se canalizaron por esta vía y no por el Banco Central. También debe señalarse, que se creó la AGD la víspera de que se entregue Filanbanco al Estado.

Más allá del análisis jurídico, el hecho cierto es que al final de la década de los noventa, se cerraron diecisiete bancos de un total de treinta y nueve existentes y se dieron pérdidas por más de seis mil ciento setenta millones de dólares, según datos del Banco Central del Ecuador. (Redacción Económica, 2014) Sin embargo,

no es seis mil ni ocho mil millones el valor del atraco según diversos analistas, su magnitud supera el Producto Interno Bruto del fatídico año de 1998.

En concreto, la salud financiera del país se vio afectada por la disposición transitoria cuadragésima segunda de la Constitución Política de 1998 y por la creación de la Agencia de Garantía de Depósitos, según sostiene, contradiciendo a Ordoñez el Presidente Rafael Correa. (Redacción Económica, 2014)

Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera

La Ley 98 -17 publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 78 de 01 de diciembre de 1998, en sus considerandos sostiene:

“Que es necesario ampliar la base de contribuyentes (...) Que la ampliación de la base de contribuyentes permitirá contar con los recursos que el fisco precise para enfrentar la aguda crisis financiera por la que atraviesa el Estado ecuatoriano (...) Que resulta imprescindible fortalecer los sectores productivos mediante el refinanciamiento de sus deudas (...) Que es necesario dotar a las autoridades de control del sistema financiero de herramientas idóneas que aseguren que los recursos de los depositantes sean administrados y canalizados al sector productivo con la mayor eficiencia.” (Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera, 1998)

De lo anterior se puede percibir, que se amplía la base de contribuyentes para contar con recursos para el salvataje bancario. Un país pobre y en crisis es obligado a contribuir más para salvar a los banqueros corruptos y así lo dice sin desparpajo la parte considerativa de la propia ley. Por lo tanto, “no es el impacto económico de la corriente del niño ni el excesivo gasto del sector público los que generan la crisis, si son detonantes la supresión del impuesto a la renta y la creación del impuesto a la circulación de capitales” (Carrión Pérez, 2014)

Téngase en cuenta, otros aspectos importantes, como la moratoria del pago de la deuda externa del sector público, al incumplirse el pago de los bonos Brady en agosto de 1999 (de la Torre & Mascaró, 2011) Según Augusto de la Torre, ex Gerente del Banco Central del Ecuador, “el tipo de cambio nominal volvió a caer en picada – se depreció de alrededor de 10.000 sucres por dólar entre agosto y septiembre de 1999 a un máximo de veinte y seis mil a principios de enero del 2000, llevando la tasa de interés interbancario a niveles de 50 a 60 por ciento anual durante mayo-noviembre de 1999 y a 150% a finales del año” (de la Torre & Mascaró, 2011)

Concretamente, encontramos como justificación de la expedición de esta ley:

- La necesidad de ampliar la base de contribuyentes;
- Aumentar la contribución tributaria;
- Fortalecer el sistema productivo refinanciando las deudas en condiciones favorables;
- Mejorar el control del sistema financiero.

La ley tiene entre sus mandatos:

- Establecer el impuesto del 1% a la circulación de capitales, con algunas excepciones y con destino a adquisición de bienes de capital y no gasto operativo del Estado;
- Establece la garantía de depósitos;
- Decide el aumento de capital de la Corporación Financiera Nacional;
- Faculta la emisión de bonos de reactivación económica;
- Faculta el refinanciamiento de deudas.

IV. Evolución de la crisis financiera ecuatoriana desde la promulgación de la Constitución de 1998

El pretender un análisis a partir del hito histórico de la expedición de la Constitución de 1998 será siempre aventurado, puesto que estos son procesos profundos y estructurales que si bien se dinamizan y se precipitan por temas coyunturales, tienen que ser vistos en sus más profundas raíces del desarrollo integral de la economía ecuatoriana y aún del desarrollo regional y mundial.

El costo financiero cuanto el impacto social, político e institucional que causó en la sociedad y en el Estado ecuatoriano, hacen compleja esta y demasiadamente amplia esta investigación. Sin embargo, se precisará algunos aspectos fundamentales del desarrollo de la crisis a partir de la expedición de la Constitución Política de 1998.

Para el segundo semestre de 1998, el sistema financiero ecuatoriano se encontró altamente expuesto a una crisis de confianza que podría precipitar una corrida de depósitos y un ataque especulativo contra el sucre. Los expertos seguían hablando de equilibrios y no se dieron cuenta de que llegaba el shock causando el derrumbe de la confianza y el consecuente estallido de la crisis bancaria y cambiaria.

A fines de los noventa, las crisis de moneda y banca provocaron ansiedad en los depositantes y una inmensa falta de liquidez. El cierre de Solbanco en abril de 1998 independiente de su reapertura en octubre del mismo año, provocó una corrida de

depositantes contra el Banco del Progreso en mayo de 1998. La falta de un seguro de depósitos desesperó a los clientes de Solbanco. A esto se sumó en agosto de 1998 el cierre del Banco de Préstamos al inicio de la administración del Presidente de Mahuad. Esta situación provocó impacto en los depósitos de otros bancos que en el cuarto trimestre de 1998 impactó a bancos grandes como el Pacífico y Filanbanco.

A esta situación financiera, se sumó el fenómeno del niño que con sus inundaciones provocó gran afectación al país: a partir del primer trimestre de 1998 la producción agrícola costera ecuatoriana fue afectada, destruyéndose mucha infraestructura de transporte terrestre. Esto determinó que haya más gente que no pague las deudas y que la cartera en mora se incremente de 7.3% del total de préstamos a finales de 1997 a 13% a finales de octubre de 1998 (de la Torre & Mascaró, 2011)

Un segundo y grave impacto, adicional al propiamente financiero fue la caída del precio de las exportaciones petroleras, que a diciembre de 1998 alcanzó los siete dólares por barril, el nivel más bajo desde la década de los setenta, con gran impacto en la cuenta externa del país. Finalmente, vendría un tercer impacto desde fuera con la pérdida de financiamiento externo y crisis general en América Latina.

Más del sesenta por ciento de los bancos del sistema financiero se encontraban sin liquidez para octubre de 1998, es decir, 17 de 35 bancos. 11 bancos recibían el auxilio por parte del Banco Central del Ecuador.

En noviembre de 1998 se vivió el inminente desplome de la moneda y del sistema bancario, con lo cual se aprobó la Ley de Reordenamiento en Materia Económica en diciembre del mismo año.

Finalmente, sucumbió la moneda nacional y se decretó la dolarización. Se abandonó la soberanía monetaria, con consecuencias más allá de la esfera económica y financiera. La dolarización tuvo un gran poder de estabilizar la economía. El tipo de cambio sobre depreciado licuó las deudas.

A la dolarización, vino la elevación del precio del petróleo que coadyuvó a mejorar la situación económica del país. Las empresas empezaron a recuperar tranquilidad y a reflotar financieramente. Los banqueros salieron sin pérdidas y en algunos casos hasta con ganancias, puesto que las empresas vinculadas se habían fortalecido.

No se puede concluir esta investigación, sin señalar el impacto social general que se dio, provocando sufrimiento, pérdida de vidas humanas, migración masiva, desintegración familiar, pérdida de mano de obra calificada y una larga etapa de recesión y dificultad económica en el país.

Nunca más puede repetirse este nefasto y penoso episodio del atraco bancario en el país. Nunca más puede utilizarse el poder político y las mayorías legislativas para probar normas constitucionales aún de carácter transitorio que sean ilegítimas. Nunca más puede utilizarse el dinero de un pueblo pobre para cubrir los atracos de banqueros corruptos. Nunca más puede permitirse que la institucionalidad de las superintendencias, de la administración de justicia y de otros organismos del Estado sean los concubinos de los grupos económicos que quieren llevarse la riqueza nacional sin importarles el dolor y sufrimiento de los ciudadanos. Dura experiencia histórica y penosa utilización de la ley.

V. Conclusiones:

Lamentablemente, luego de esta investigación hemos llegado a establecer que los grupos de poder económico utilizan al Estado para favorecer ilegítimamente a sus intereses sin importar el grave y penoso impacto que genera en el país, provocando inestabilidad política, crisis económica, desempleo, migraciones masivas fuera del país y sufrimiento en la población.

Queda establecido que la reflexión política, que respondía al interés nacional y mantenía lógica y coherencia propia de un paradigma constitucional, en las normas permanentes de la Constitución de 1998, en un discutido episodio en el cual se cuestiona hasta el rigor del trámite de aprobación de la norma jurídica, aparece aprobada la disposición transitoria cuadragésima segunda, que contradiciendo a la esencia de la norma permanente, da carta blanca para que se entreguen recursos para el salvataje bancario. Los grupos económicos usufructuaron de la capacidad legislativa que tenían en sus manos, por ser mayoría legislativa en la Asamblea Constituyente.

Se estableció también que de la expedición de varios cuerpos legales que suprimían el impuesto a la renta, a la circulación de capitales, imponiendo el 1% de tributo, coadyuvaron a la pérdida de liquidez de una banca técnicamente quebrada, que había perdido liquidez adicional por la falta de pago de los productores agrícolas impactados por fenómenos naturales y aún por fenómenos de la economía mundial.

Debemos tener en cuenta, que este episodio constituye el más impactante atentado moral que provocó no solo la pérdida de una inmensa cantidad de recursos del Estado, equivalentes al Producto Interno Bruto del año 1998 y que cuantitativamente, para muchos bordeó los diez mil millones de dólares, motivando graves consecuencias sociales.

Desde el punto de vista jurídico, cabe destacar que semejante episodio casi

no ha tenido ni responsables ni sancionados. Los gobernantes que impulsaron las medidas económicas, los asambleístas que votaron para la aprobación de la disposición transitoria, los jueces que encubrieron con su negligencia este delito, y también, penosamente los abogados de la banca que sabiamente asesoraban para que se absorbieran los recursos depositados en los bancos a favor de las empresas vinculadas, cuyas acciones correspondían a los accionistas y administradores de los bancos.

Bibliografía

- Acosta, A. (2001). *Breve Historia Económica del Ecuador* (Segunda ed.). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Albornoz, V. (2011). Presentación. En A. de la Torre, & Y. Mascaró, *La gran crisis ecuatoriana de finales de los noventa: debacle de banca, moneda y deuda*.
- Beckerman, P., & Solimano, A. (2002). *Crisis and Dollarization in Ecuador: Stability, Growth and Social Equity*. Washington: The International Bank for Reconstruction and Development/The World Bank.
- Carrión Pérez, A. (Febrero de 2014). Sobre la crisis financiera de 1999. (A. Carrión, Entrevistador)
- Constitución Política de la República del Ecuador (1998), Suplemento del Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.
- de la Torre, A., & Mascaró, Y. (2011). *La gran crisis ecuatoriana de finales de los noventa: debacle de banca, moneda y deuda*. Quito: CORDES.
- Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 78 de 01 de diciembre de 1998.
- Ordoñez, D. (30 de Mayo de 2013). La historia Falsaeada. *Diario Hoy*.
- Redacción Económica. (14 de Enero de 2014). La Crisis Bancaria de 1999 costó al país 6170 millones. *El Telégrafo*.
- Romero, P. (2005). Crisis bancaria en Ecuador: Causas y posibles soluciones.

Constitutional review of arbitral awards: between garantism and interventionism

(Control constitucional de laudos arbitrales: entre garantismo e intervencionismo)

Camilo Martín Muriel Bedoya¹

RESUMEN

La Corte Constitucional del Ecuador ha establecido que los laudos arbitrales, así como las decisiones emitidas en etapas pre-arbitrales, pueden ser objeto de control constitucional. Existe un debate previo respecto a la aplicabilidad de recursos disponibles en procedimientos ordinarios en contra de laudos arbitrales y de las sentencias que resuelven su nulidad; sin embargo, la jurisprudencia ecuatoriana ha sido ecléctica y ahora, adicionalmente, la aplicación de la *acción extraordinaria de protección* en arbitraje se suma a este oscuro panorama jurídico, levantado aún más dudas respecto a la pertinencia, residualidad y extraordinariedad de esta acción. De esta forma, las cortes enfrentan la delicada tarea de proceder respetando y aplicando la Constitución, pero también la especialidad y naturaleza de las instituciones que esta protege; concibiéndose así una dialéctica que incidirá directamente en la eficacia del sistema jurídico ecuatoriano y su administración de justicia.

PALABRAS CLAVE: control constitucional, laudos arbitrales, acción extraordinaria de protección.

ABSTRACT

The Constitutional Court of Ecuador has established that arbitral awards and pre-arbitral decisions may be constitutionally reviewed or controlled by it. There is a previous debate regarding the applicability of the available recourses within ordinary proceedings against arbitral awards and

¹ Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Master of Laws -LL.M.-, University College London. Asociado, Pérez Bustamante & Ponce Abogados.

judgments that resolve their annulment; however, the Ecuadorian case law has been eclectic and now, additionally, the application of the *extraordinary action of protection* within arbitration is added to this obscure juridical environment, raising even more doubts regarding the relevance, residuality and extraordinariness of this action. Accordingly, the courts face the delicate task of proceeding respecting and applying the Constitution, but also the speciality and nature of the institutions protected by it; thus, conceiving a dialectic that will directly influence the efficacy of the Ecuadorian legal system and its administration of justice.

KEYWORDS: Constitutional control, arbitral awards, extraordinary action of protection.

INTRODUCTION

The present article addresses a delicate tension between arbitration and constitutional law. The title of this work refers to an uncommon practice that has taken place in Ecuador, as an unusual review mechanism is being applied to arbitration through a new constitutional instrument, the *Extraordinary Action of Protection*. The purpose of this constitutional action aims to correct constitutional rights violations and the Ecuadorian Constitutional Court has considered it is applicable within arbitration; however, it has done so but not without arising questions regarding the endangerment of the nature of arbitration and drawing concern towards the attractiveness of the Ecuadorian legal environment.

Consequently, the dualism to be considered throughout this paper is whether a system where adjudicative procedures are long and full of remedies is preferred or whether celerity and finality should be favoured instead. The posture taken by the Ecuadorian legal system embraces the former one, making it apparently aguarantist jurisdiction. This work will analyse the constitutional review within arbitration proceedings, its repercussions and practical flaws. Hence, the purpose of this paper is to examine the practicality and efficiency of this constitutional mechanism used against an arbitral award and how the lack of clarity of the applicable rules have led to the abuse of ordinary jurisdictional remedies to the detriment of judicial certainty, efficiency and justice.

In order to achieve this purpose, the first part of this work will review the Ecuadorian legal framework, its particularities and the relevant case law, which exposes the diverse approaches taken regarding the application of different recourses against arbitral award annulment proceedings. The second part will

depart from the analysis of the Ecuadorian constitutional background, the Constitutional Court and the extraordinary action of protection; the relevant constitutional judgments will be analysed together with the arguments in favour and against the application of this constitutional remedy within arbitration. Finally, the impact of the issues presented will be briefly contrasted to the challenges that Ecuador faces internationally.

Throughout this paper it will be noted that a clear legal framework is needed and that judicial intervention is necessary too, but not to the point that it jeopardises the institution of arbitration. Consequently, the balance between party autonomy and reviewability is the key in order to avoid abusive practices and dangerous interpretations derived from arguments based on so-called protectionist and guarantist conceptions, which might have an unfortunate direct impact on the local judicial system and also on the image the country projects.

1. ARBITRATION WITHIN THE ECUADORIAN FRAMEWORK

Arbitration does not have a universal definition, however, the doctrine has determined its main characteristics. In his last work, Paulsson (2013) maintains that the *idea of arbitration* “is that of binding resolution of disputes accepted with serenity by those who bear its consequences because of their special trust in chosen decision-makers” (p. 1). Likewise, Moses (2012) considers arbitration as a “private system of adjudication” (p. 1) and Born (2009) explains that the arbitrators act “in a quasi-judicial capacity” (p. 1746). Other authors, on the other hand, consider arbitration as a judicial process, but note that judicial proceedings must not necessarily be mirrored (Tweeddale & Tweeddale, 2010, p. 37). Despite the discrepancies, the doctrine is consistent when it considers arbitration as a dispute resolution mechanism with specific characteristics.

The Constitution of the Republic of Ecuador (CRE) recognises arbitration as an alternative dispute resolution mechanism, though, it is limited to matters that are capable of transaction (i.e. capable of settlement).² Additionally, the Arbitration and Mediation Law of the Republic of Ecuador (AML), regulates national and international arbitration proceedings.³ The provisions contained in the AML

2 See Constitution of the Republic of Ecuador -CRE- (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial (Official Gazette) 449 October 20 2008). See unofficial translation. Retrieved August 17, 2014, from <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>

3 See Arbitration and Mediation Law -AML- Art 1 (Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417, December 14th 2006).

will apply if Ecuador is the seat of arbitration or if the Ecuadorian law applies as *lex arbitri*. Furthermore, Ecuador's Constitution recognises International Law as part of its juridical framework,⁴ therefore, the relevant international instruments to which Ecuador is signatory must be considered too.⁵

The following section will review the most important elements of the law and special attention will be given to the post-award phases, as the flaws of the law have resulted in abuses and misinterpretations -based on a so-called guarantism- endangering the nature of arbitration.

1.1 Particularities

There have been criticisms regarding the loss of the informality and expedition of arbitration (Born, 2009, p. 1746); yet the principal benefits remain in its speciality, celerity, privacy, confidentiality (Tweeddale & Tweeddale, 2010), and flexibility (Moses, 2012). In principle, an arbitration agreement ousts the jurisdiction of national courts (Tweeddale & Tweeddale, 2010), but this is not absolute either, as their assistance is usually needed. The lack of coercive powers is sometimes perceived as a disadvantage (Moses, 2012), which results in a *great paradox of arbitration*, as "it seeks the cooperation of the very public authorities from which it wants to free itself" (Paulsson, 2013, p. 30). Though, both systems can support and benefit from each other.

1.2 Finality and reviewability

An arbitral award is aimed to be final and binding (Tweeddale & Tweeddale, 2010; Born, 2014). Consequently, judicial review is limited due to the "scepticism about the possibilities of achieving 'correct' or 'perfect' results through multiple layers of appellate review in national courts" (Born, 2009, p. 1743). Yet, although finality is one of the most important features of arbitration (Moses, 2012, p. 203) certain control is also necessary.

1.2.1 Appeal

The lack of an appeal may represent a benefit; nevertheless, the absence of review of a decision that is manifestly wrong can frustrate a party (Moses, 2012). Although

4 CRE Art 10, 416, 425.

5 See, the 1928 Convention on Private International Law (Bustamante Code); the 1958 United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention); the 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention); and the 1979 Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards.

arbitrators must follow basic principles such as due process or public policy, choosing arbitration implies that the merits of a decision are “final and binding, no matter how wrong the highest court of appeal might have thought the decision to be”(Paulsson,2013, pp. 13-14).An important remark is that the “grouing of unsuccessful arbitrants is always suspect” regardless of “how accountable the judges” or “how elevated the ultimate appellate recourse”(Paulsson,2013, p. 17).

In Ecuador, an arbitral award is not subject to appeal under the AML,nor on a point of fact or law.⁶ Courts cannot review the award on the merits; however, the parties may request the tribunal to clarify the award once it is rendered if it is obscure; or to extend it if it has not decided all the issues that were put to it. Additionally, it is expressly prescribed than an arbitral award will not be subject to any other recourse, except those established by law. The only available mechanism to challenge an arbitral award under the AML is an *annulment action*; thus, there is no other recourse or action allowed whatsoever.

1.2.2 Challenge of arbitral awards

The controlling authority may invalidate an arbitral tribunal’s decision. A decision that has determined the admissibility of a claim should be final, as usually only jurisdictional decision are reviewable (Paulsson, 2013; Paulsson, 2005). Due process does not vary whether a dispute is being resolved by arbitration or ordinary proceedings and it must be complied with (Paulsson, 2013). Therefore, it is sensible to conclude that an arbitrator’s mission is “not to uphold contracts at all costs” and courts might intervene, but must not review the merits (Paulsson, 2013, pp. 99,120). In other words, challenge proceedings seek to remedy specific violations and irregularities; therefore, their grounds must be narrow and limited. The lack of such remedies might derive in reluctance towards such jurisdiction, though excessive interference is as bad or even more detrimental.

As mentioned before, an annulment action is the only available remedy to challenge an arbitral award under the AML. The grounds of the action are focused on errors of form;⁷it is submitted before the arbitral tribunal and then

6 See AML Art 30.

7 The five grounds of article 31 of the AML are:

- a) When the notice of arbitration has not been legally notified and the proceedings occurred and finished without the other party. The lack of notification must have prevented the defendants from opposing the proceedings or exercising their rights;
- b) One of the parties was not notified of the tribunal’s orders and this prevented or limited the party’s right of defence;
- c) When, despite the existence of facts that must have been justified, the submission of evidence was not ordered, was not notified or, after being notified, it did not take place;

resolved by the President of the Provincial Court. Additionally, the tribunal may suspend the enforcement of the award if sufficient securities are submitted. Finally, once an arbitral award is no longer subject to any remedy, it must be complied immediately.⁸ Hence, the purpose of the AML is to provide the award one of its main characteristics -finality- but as it will be noted, this feature has been endangered as a result of misinterpretations of the law.

1.3 Misinterpretations of the law and its consequences

The annulment action is the only available remedy for challenging an arbitral award; yet, indirect challenges have been successful through legal recourses that were intended to apply only to ordinary procedures, although these were supposed to be excluded when the parties opted for arbitration.

The Code of Civil Procedure -CCP- determines that a judicial controversy, which does not have a special procedure, will be processed as an ordinary one; therefore, the consequence of this norm is that a judicial decision issued in such proceedings will be subject to a number of horizontal (e.g. clarification and extension) and vertical recourses (e.g. appeal, *casación* and leave to appeal).⁹ Subsequently, under the argument that the judgment that decides an arbitral award annulment action is not subject to the provisions of the AML, but to those in the CCP, the ordinary remedies mentioned above have been filed against it and diverse outcomes have been issued. These remedies will be briefly described in the next section.

1.3.1 Further judicial review: appeal, *recurso de hecho* (leave to appeal) and *casación*

The Provincial Court¹⁰ will usually resolve an appeal against the judgment of a first-instance judge and a case will be reviewed on the merits again. *Casación* and leave to appeal, however, have specific particularities under Ecuadorian law. In a *recurso de hecho*, the higher court decides the application for leave to appeal and the judge or court that issued the challenged decision can deny this recourse only if the law expressly forbids it or if the appeal of this decision is not allowed.¹¹

On the other hand, *casación* represents an extraordinary recourse that controls

d) Extra or ultra petita; or,

e) Failure to conduct the proceedings established in the AML or agreed by the parties regarding the appointment of arbitrators or the constitution of the arbitral tribunal.

8 See AML Art 32.

9 See CCP Art 59, 320; See section 3.2.1.

10 See CRE 178.

11 See CCP Art 367-368.

the legality of the judgments and *autos*¹² that end procedures in which the entitlement of a particular right or rights are decided by the courts. If admitted, the National Court resolves it considering specific grounds (erroneous interpretation, the mistaken application or the lack of application of particular norms; extra and *infra petita*; and the inferior decision's lack of formalities, contradictions or incompatibilities in its reasoning).¹³ If the recourse is denied, an application for leave to appeal can be filed –also named *recurso de hecho*–, and will be resolved by the National Court.¹⁴

The judgments issued by the different courts¹⁵ have not been homogenous and sometimes even contradictory. Table I reflects the inconsistencies that the filing of ordinary recourses against annulment proceedings have achieved.¹⁶ As noted in Table I, there are eclectic criterions amongst the courts, which have led to judicial uncertainty. In all the cases mentioned the annulment proceedings reached the Supreme/National Court through *casación* recourses or leaves to appeal that denied this recourse. The main issue in every case was whether the annulment procedure against an arbitral award should be considered an ordinary procedure (i.e. a *proceso de conocimiento*) and therefore subject to *casación*. The earlier cases determined the annulment proceedings as *incidental* and consequently, not subject to *casación*. Notably, the Supreme Court held it would be illogical that the parties, after excluding the ordinary justice, sought to annul a sequel of a voluntary act that does not admit recourse whatsoever.¹⁷

12 The CCP (Art 269-270 and 281-289) distinguishes the types of decisions issued within judicial proceedings; *judgment* is the judge's decision towards the subject matter of a case, whilst *auto* is the judge's decision towards an incident within the trial. These can be clarified or extended if the judgment is obscure or if it has not dealt with all the matters put to the judge.

13 *Casación* Law –CL- Art 2-3 (Ley de Casación, Registro Oficial Suplemento 299, March 24 2004)

14 See CL Art 9

15 After the Constitution of 2008 entered into force, the names of the courts changed. The Superior Court is now called Provincial Court; and the Supreme Court is now called National Court.

16 The cases can be consulted at <http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/consulta-de-causas>

17 See Table I, cases 1-6. In TELECOM, the Supreme Court reaffirmed the *kompetenz-kompetenz* principle and confirmed the Superior's Court decision towards the rejection of the annulment action; though, it noted that the Superior Court's decision was not reasoned and on this ground, it partially accepted the *casación* recourse; however, it held it was incompetent to determine whether the Arbitral Tribunal's decision was wrong or right (i.e. the annulment action is not an appeal). The rest of the cases are not encouraging. In DINEAGROS the Superior Court annulled an arbitral award and ordered the composition of a new arbitral tribunal. *Casación* was filed against this decision and the Court held that there was not a final and firm order (i.e. arbitration proceedings had to start again); therefore, it rejected the admitted *casación* recourse. This reflects a change of opinion, as it seems that if there had been a final award, *casación* against the annulment decision would have been possible. Similarly, *casación* was admitted in SENATEL. The National Court considered the arbitral award annulment proceeding as an ordinary one and noted there

1.3.2 Detrimental effects

Annulment proceedings are incidental, an arbitral tribunal renders an award to which the parties have agreed to be bound to; which, additionally, can be annulled. Thus, the purpose of the law is to avoid the award's reviewability and the application of ordinary remedies against the annulment decision. In other words, judicial review is necessary as party autonomy is not absolute, there must be certain control by the judicial authorities and this is exactly the rationale of the annulment action. Parties should not be able to pursue indefinite incidental recourses against the latter, which amount to no more than to indirect challenges that abusively misinterpret the law and the Constitution.

The principal argument favouring *casación* against annulment proceedings decisions considers that these differ from arbitration. It could be argued that the Provincial Court's judgment is the challenged decision through *casación* and not the arbitral award. True, these are indeed different proceedings; filing *casación* against arbitral awards is not possible, however, *casación* against the annulment decision should follow the same criteria, as benefits such as finality and celerity are lost. Unfortunately, the law -the CCP- has been misinterpreted, referring to supplementary provisions,¹⁸ which are incompatible with the alternativeness of arbitration that is conceived in the Constitution and the AML.¹⁹ The purpose of opting for arbitration was not to resolve a dispute through ordinary proceedings and to exclude the numerous actions and recourses available within them.

There are several issues that need to be clarified. First, whether the decision of the President of the Provincial Court regarding the annulment action is subject to appeal; and, also, whether *casación* is admissible, though it seems to be that the current National Court will not admit it. Some of these concerns have already been identified, as it is noted that giving the annulment action an ordinary procedure will result in a number of procedural phases lasting several years. Therefore, a legislative reform is necessary to revise the grounds for annulment, to clearly establish the proceeding to be followed when an annulment action is filed and to set out the limitations of the recourses to which the decision of this action is

was a procedure that sought to determine the validity of another one; however, these should not be confused. Still, the Court rejected the *casación* on the merits. Finally, NEDETEL mirrored all these inconsistencies. Annulment proceedings reached *casación* and the Supreme Court annulled the annulment proceedings because the ordinary procedure was not followed. The President of the Provincial Court rendered a new decision, which rejected the annulment action. This decision was appealed and revoked, and -once more- through *casación* the case reached the National Court, where it was not admitted because the Court considered itself incompetent (see Table III, case 15).

18 See CCP Art 321 and 337.

19 See CRE Art. 190.

subject to.²⁰ All these suggestions are valid, however the inconsistencies present in the judicial review procedures are just one more issue within a larger problematic.

This section has reflected the protectionist and guarantist nature of the Ecuadorian judicial system, though it has led to an even more potentially dangerous practice, as now arbitral awards and annulment decisions are subject to a further control, a constitutional review.

2. CONSTITUTIONAL REVIEW OF ARBITRAL AWARDS

Ecuador's new Constitution entered into force on October 20th 2008²¹ and brought with it a number of reforms. One of the main differences rests in its very first article. The 2008 Constitution defines Ecuador as a *constitutional State of rights and justice*,²² which differs from the wording of the 1998 Constitution that defined Ecuador as a social state *de derecho*.²³ The use of the plural in the former completely changes the meaning of the original text in Spanish, as the latter phrase refers to what would be understood in English as *the rule of law*; thus, the 1998 Constitution was based on the rule of law, whilst the 2008 Constitution took a different approach where the centre of the juridical framework is not the law, but the *rights* protected by the Constitution. This modification does not mean that Ecuador does not embrace the rule of law;²⁴ however, this approach seeks to establish a protective constitutional framework where the rights guaranteed are the axis of the State.

2.1 The Ecuadorian Constitutional Court and the *Extraordinary Action of Protection*

The Constitutional Court is the highest body of constitutional control, interpretation and administration of justice in Ecuador, although it is not part of the Judicial Branch. The Constitution and the law determine its organisation and functions.²⁵

The Court exercises several tools regarding its constitutional control powers²⁶ and the Constitution has set different *jurisdictional guarantees* that seek the

20 See Andrade, 2005, pp. 148-149; Marchán & Andrade, 2009, pp. 341-344.

21 See footnote (n2).

22 See CRE Art 1: "El Ecuador es un Estado constitucional de *derechos* y justicia (...)".

23 See CRE Art 1: "El Ecuador es un estado social de *derecho* (...)".

24 See Salgado Pesantes (2011, p. 2).

25 CRE Art 429-434; Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control-OLJGCC- (*Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, October 22 2009).

26 See CRE Art 436.

protection of constitutional rights. One of these is the *extraordinary action of protection* –EAP-. Under this special constitutional action, a person may challenge judgments or final decisions in which there have been violations of constitutional rights. Accordingly, the EAP can be sought once every available remedy has been exhausted (i.e. horizontal, vertical, ordinary and extraordinary actions or recourses), unless these are not attributable to the negligence of the party that seeks the EAP.²⁷

Additionally, the Constitution determines that an EAP can be filed against resolutions *with the force of a judgment* and that its admission will depend on the fulfilment of the following requirements:²⁸

That the judgments, decisions and resolutions are firm or *ejecutoriados*.²⁹

That the party who files the EAP demonstrates the violations of due process or other recognised constitutional rights.

The Constitutional Court resolves an EAP, but first a special chamber -constituted by three rotary constitutional judges- will decide the admissibility of the action if, inter alia, there is a clear argument regarding the violated right; the relevance of the juridical issue; the no limitation to considerations of unfairness or wrongness of the judgment or if it is based on the allegations of lack of or mistaken application of the law; the assessment of the evidence, etc.³⁰ It is important to note that the admission of the EAP does not suspend the effect of the challenged judgment or decision. If admitted, it will be assigned to a constitutional judge who will prepare a judgment project, which will be resolved by the plenary of the Court. The decisions and judgments issued by the Court are final and not subject to appeal whatsoever.³¹

With this new background, the EAP was seen as a new mechanism to challenge arbitral awards and related judgments (e.g., inter alia, annulment actions judgments) and, based on the purported guarantism proposed by the Constitution, the constitutional norms were extensively interpreted to expand the competences of the Constitutional Court. Regarding this last matter, the position of the Ecuadorian Professor Edgar Neira is notably sensible. He considers that the

27 See CRE Art 94; see footnote (n12).

28 See CRE Art 437.

29 The CCP (Art 296) determines that a judgment achieves *ejecutoria* when it becomes firm and binding. This happens, inter alia, when it has not been challenged within the period of time given by the law, or when the court of last instance resolved the case.

30 See OLJGCC Art 62.

31 See CRE Art 440.

EAP is not applicable to arbitral awards, nor to any decision issued by an arbitral tribunal due to various reasons: the Constitution does not consider this specific scenario; the alternative nature of arbitration; the nature of the subject matter of the arbitration; and because the Constitutional Assembly –which redacted the 2008 Constitution- did not establish the application of the EAP against arbitral awards.³²

This last argument is perhaps the strongest one and, surprisingly, forgotten by those who support the constitutional review within arbitration. Neira notes that the Constitutional Assembly considered including the constitutional control of the decisions issued within arbitration, but the text was not approved and thus eliminated.³³ Therefore, to justify the meddling of the Constitutional Court, extensive interpretations were made with similar arguments to the ones analysed in the previous section, nonetheless, tainted with the same flaws.

2.2. Constitutional judgments

The Constitutional Court seems to have extended its powers disregarding its own judgments (i.e. Case No. 0008-20008-DI) and constitutional norms that guarantee the alternative nature of arbitration. As noted by Neira, accepting this regime contradicts the Constitution, since the alternative nature of arbitration rests on the fact that it should not be given the same treatment and remedies conceived for ordinary proceedings, which is precisely why the Constitutional Assembly excluded this possibility.

Consequently, the Constitutional Court has issued important judgments regarding arbitration and the application of the EAP against arbitral awards.³⁴ The most important ones reside in the judgments No. 169-12-SEP-CC (EMVIAL) and No. 123-13-SEP-CC (MENNIR); however, there are still a number of questions and issues that are not entirely clear.

32 See Neira, E., *La Constitución de 2008 y el Arbitraje Bajo la Ley Ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación*. Retrieved July 12, 2014, from <http://www.latinarbitrationlaw.com/la-constitucion-de-2008-y-el-arbitraje-bajo-la-ley-ecuatoriana-an-lisis-de-dos-problemas-que-surgen-antes-que-del-texto-constitucional-de-su-equivocada-aplicacion/>

33 Neira refers to *Acta 78 pp 4-11 (Mesa No. 8 de Justicia y Lucha contra la Corrupción)*. The suggested wording that was not approved was: “*Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. (...) Dichas resoluciones estarán sujetas a control de constitucionalidad cuando sean vulnerados los derechos humanos (...)*”

34 Table II reflects the standards and the criterions that the Court has developed. The cases can be consulted at <http://casos.corteconstitucional.gob.ec>

2.2.1 Exhaustion, direct and indirect challenges, and the constitutional review of pre-arbitral decisions

The Constitutional Court specifies that before challenging an arbitral award through an EAP, annulment proceedings must be exhausted unless it is shown these are inadequate or ineffective (EMVIAL case). As a result, the Court has dismissed EAPs under this precise ground and it seemed that an EAP would be admitted when what was challenged was a judicial decision related to the annulment proceedings; however, this scenario has changed, as the MENNIR judgment opens the door to direct challenges, expanding the scope of this constitutional action even more, within which even pre-arbitral decisions can be challenged.

Despite the aforementioned, the extraordinary and residual nature of the EAP is ambiguous, since the Court has not clearly determined when proceedings should be considered exhausted or when these are ineffective or inadequate. It seems that the National Court has returned to the posture that considers that *casación* is unavailable against arbitral award annulment actions; however, it is uncertain whether an annulment action should be filed, even if the AML does not establish such ground (i.e. lack of a reasoned award or public policy); also, it is still not apparent whether the decision on the annulment action is subject to appeal.

The different courts involved have reached diverse conclusions (these are reflected in Table III). Some EAPs have been filed against the rejection of an annulment action (case 8), others after long procedures, for instance, against a dismissed *casación* (case 9) or against the denial of leave to appeal, which denied the appeal of the annulment decision, which rejected the annulment (case 14). There are also cases that have previous annulled awards and new arbitration procedures were initiated and reached the courts again (cases 12 and 15).³⁵

Furthermore, other EAPs have directly challenged arbitral awards (cases 13, 16, 17). In some cases the EAP was not admitted because the annulment action was not exhausted (case 11), although the ground of challenge was not one of those incorporated in the AML; therefore, the annulment action was in principle ineffective (case 7: lack of reasoned decision; or 2: incompetence of the tribunal). However, the Court has also admitted a direct EAP against an arbitral award (case 12).³⁶

35 See Table III. In case 15 the first annulment decision was rendered in 2007, the second decision on annulment in 2009; then, the National Court and, finally, the Constitutional Court decisions were issued in 2014 (the EAP was not admitted). See Table I, case 6.

36 It is important to note that in case 12 the Provincial Court accepted an annulment action on the ground of public policy –not in the AML– (one of the arbitrators who signed the award was not in Ecuador on the specified date).

As evidenced, the judgments amongst the lower courts and even within the Constitutional Court are not in harmony regarding the remedies needed to be exhausted or the exceptions to this rule if a party wants to file -or oppose- an EAP. The MENNIR decision is subsequent to some of these cases; however, this does not clarify the framework that parties to arbitration face. The Constitutional Court has added even more variables (pre-arbitral phases), which could create more instability within arbitration, a mechanism which is supposed to be *alternative*, therefore, based on special principles, which are not opposed at all to constitutional regulations and mandates, but instead based on them.

2.2.2 Counterarguments for the inapplicability of the EAP

There are common counterarguments on which some courts -including the Constitutional Court- judges and practitioners have relied. The most important ones are the following:

An annulment action against an arbitral award is a different proceeding, the CCP applies and not the AML; consequently, annulment proceedings should be treated as ordinary proceedings.

The AEP is not a new recourse in the arbitral system or an ordinary challenge mechanism; thus, an EAP will not be admitted if it does not fulfil the established requirements.

Within annulment proceedings, the agreement between the parties does not intervene, but the rules determined by the law instead; hence, the procedure is subject to the same recourses as an ordinary procedure.

2.3 Inapplicability of the EAP

It is true that annulment proceedings differ from arbitral ones; the AML determines that *arbitral awards* are not subject to any remedy (except to the annulment action), and not the *annulment decision*; however, this reasoning is forced and flawed as it disregards the nature of arbitration, the Constitution itself and the own past considerations of the Constitutional Court. It is remarkable that the judgment given in case 0008-2008-DI is hardly remembered (except in the recent National Court cases which denied the admissibility of *casación*). The Constitutional Court itself recognised the speciality of the annulment proceedings; however, now the Court -and the Attorney General who concurred with this view- seem to hold the contrary.

Arbitration was never meant to be isolated from the Constitution, as the

courts, the arbitrators, and the parties involved are not exempted from applying it. Furthermore, party autonomy is not absolute; judicial review is needed, hence, the rationale of annulment proceedings. Also, despite the fact that the grounds for annulment do not include certain matters, such as public policy, the courts seem willing to act in favour of this principle when there have been serious irregularities.³⁷ Moreover, a *constitutional* control is not the appropriate mechanism to review decisions within which –no matter how many technicalities and forced interpretations are attempted- what is pursued is to avoid the compliance of an arbitral or annulment decision regarding a *commercial* dispute.³⁸

Additionally, an EAP does not suspend the effects of the challenged decision but other important variables must be considered. The costs that the EAPs represent to the parties –and the State- are important, and these are not just economic ones, as opportunity costs and time are relevant. It could be argued that guaranteeing constitutional rights is above this matter; however, this must be performed by the Arbitral Tribunal and by the courts within the annulment proceedings.³⁹ The purpose of opting for arbitration is to exclude the recourses to which ordinary procedures are subject to in the first place, which –again- does not mean it is isolated from constitutional norms.

Despite the abovementioned, the Constitutional Court has established its position and now it must be very careful and focus on actual issues of constitutionality rather than resolving disguised commercial matters, protecting at the same time the nature and *telos* of arbitration. Allowing the abusive filing of EAPs could derive in a *constitutional torpedo*, as the constitutional action may be used as a mechanism to avoid compliance with arbitral awards and/or annulment judgments, or at least attempted in order to severely delay proceedings until the Constitutional Court considers the case, affecting the effectiveness of the administration of justice and dispute settlement proceedings.

2.4 Further considerations

It is relevant to consider the attitude Ecuador has taken towards arbitration to foresee the country's position for the future. For instance, all the cases analysed

³⁷ See, Table III, case 12.

³⁸ The Constitution gives special attention to *the right to due process* within procedures where rights and obligations are determined; it includes *the right to defence* and embraces a number of guarantees, which are usually used as the grounds of different challenges. The Constitution establishes that resolutions issued by the *public powers* must be reasoned, otherwise these will be null (CRE Art 76.7(7L)); also, that the right to due process includes the right to defence, which includes the guarantee to challenge (*recurrir*) a judgment or resolution (CRE Art 76.7:7m).

³⁹ See CRE Art 424-426.

were national; however, the constitutional control exercised through an EAP has also affected international investment arbitration proceedings.⁴⁰ Ecuador's posture towards arbitration -and to investment arbitration practice in specific- involves a number of topics too broad and complex to be analysed in this work,⁴¹ but it is important to be aware of them. Similarly, judicial independence is vital and Ecuador has been harshly criticised lately.⁴²

There are several events that are not isolated from each other or from the issues previously exposed, and the measures and actions taken by the country such as the termination of several BITs, the denouncement of the Washington Convention, the creation of CAITISA,⁴³ the apparently future establishment of an international arbitration centre by the Union of South American Nations (UNASUR),⁴⁴ and the bill project on the enforcement of awards and judgments⁴⁵ -which is being revised by the National Assembly-⁴⁶ have already attracted national and international

40 See the Constitutional Court judgment No. 028-14-SEP-CC (case No. 1926-12-EP - Merck Sharpe & Dohme v Prophar S.A.) and PCA case No. 2012-10 (Merck Sharpe & Dohme (I.A.) Corporation v. The Republic of Ecuador). Retrieved December 30, 2014, from <http://www.pge.gob.ec/index.php/patrocinio-internacional/casos-internacionales-activos> and http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1486

41 See, Douglas, 2009; Dolzer & Schreuer, 2012; Van Harten, 2013.

42 See Párasa (2014); and Salgado Pesantes (2012). In this last work, Dr Salgado -former judge of the Ecuadorian Constitutional Tribunal, Supreme Court, and former President of the Inter-American Court of Human Rights- referred to the Constitutional Court as *gravedigger of the Constitution*.

43 Commission for the Citizens' Integral Audit of Treaties on Reciprocal Protection of Investments and of the International Arbitral System on the Subject of Investments. Retrieved December 30, 2014, from <http://caitisa.org>. See also Jijón & Marchán (2014).

44 See "Avanzaprosceso de constitución para Centro de Arbitraje de UNASUR". Retrieved December 30, 2014 from <http://cancilleria.gob.ec/avanza-proceso-de-constitucion-para-centro-de-arbitraje-de-unasur/>. See also, Blackaby (2010, p. 61). Blackaby considers -regarding Ecuador's position towards ICSID- that "by attacking the institution that has served as the framework for an adverse decision, a Government seeks to avoid liability for the actions that led to that decision." Curiously, the constitutional review of arbitration follows this same premise, allowing unsatisfied parties to seek further challenges.

45 See, *Ley Para la Ejecución de Laudos y Sentencias*. Retrieved January 1, 2015, from http://www.asambleanacional.gov.ec/leyes-en-proceso?title=laudos&field_proponente_value=&field_comision_value=&field_ano_tid=All. See also Marchán & Andrade (2009).

46 The law would regulate the recognition and enforcement of arbitral awards or decision rendered by international arbitral tribunals. The project seeks to establish important limitations, especially when State assets are involved. Additionally, if approved, the authority that will determine the recognition and enforcement would be the President of the National Court and a referral to the Constitutional Court is also included. See "Ecuadorian Bill for the Enforcement of Awards and Judgments: will recent developments give the bill further impetus?". Retrieved April 28, 2014, from <http://hsfnotes.com/arbitration/2014/03/24/ecuadorian-bill-for-the-enforcement-of-awards-and-judgments-will-recent-developments-give-the-bill-further-impetus/>. See also Andrade (2009); Andrade & Montañes (2008); and Eberhardt & Olivet (2012).

attention and will surely determine interesting juridical outcomes and academic debates in the future.

CONCLUSION

To sum up, the main issues that the Ecuadorian arbitral system faces are the following: (i) the obscurity and lacunas of the law that –though extensively-permitted the application of inappropriate ordinary norms and remedies against arbitration; (ii) these misinterpretations were repeated and reinforced under the 2008 Constitution, creating a further constitutional challenge-regime through a constitutional action which was never intended to be applied against arbitration, nor to pre-arbitral phases; and (iii) despite the fact that clearer rules may solve certain misconceptions, the main concern resides on the lack of familiarity and interventionism of the courts towards arbitration, the abuse of the EAP and the misinterpretations given.

As noted by Paulsson, “enthusiasts of central planning” are “sceptical of arbitration”(Paulsson,2013, p. 1) and if “control and enforcement are no longer carried out properly by the judiciary, the arbitral process may easily be manipulated for corrupt ends”(Paulsson,2013, p. 265). Dispute settlement is about justice(Schultz,2014); consequently, judicial review is necessary as long it truly contributes to judicial harmony. However,the Ecuadorian courts have failed in this task, as more uncertainties were created, denaturalising both arbitration and the extraordinary action of protection.

The excessive –and helpless- intervention of the courts is negative, as it undermines arbitration’s finality, celerity and confidentiality. The consequence of the denaturalization of a dispute settlement mechanism like arbitration through an invasive system might derive in the reluctance towards this institution and in the unattractiveness of the Ecuadorian legal framework, which could be eventually avoided for its lack of certainty. Accordingly, instead of allowing the inappropriate filing of ordinary and extraordinary remedies against an annulment judgment or arbitration-related decisions, the courts should instead condemn the abusive conducts against arbitration’s nature and render judgments that provide judicial certainty.

Moreover, delicate juridical matters are not exempt from political interferences⁴⁷ or abuses by private parties; thus, the courts, politicians and practitioners must be extremely cautious towards crossing the fine boundary between politics and law. Arbitration must not be seen as a mechanism alienated from the Constitution,

47 See Bellamy(2010); and Kapiszewskiet al (2013).

nor as an instrument to evade fundamental matters, such as public policy. Consequently, the Constitutional Court should address real constitutional issues and not commercial matters disguised as constitutional violations. Not allowing so results in a *constitutional torpedo*, as now arbitral proceedings are severely delayed,⁴⁸ which ironically undermines the Constitution's *guarantism* that the courts and arbitrators are urged to comply.

This work has focused on the legal and constitutional issues that have led to flawed interpretations and to an unattractive environment within arbitration. The Ecuadorian experience shows that the balance between party autonomy and reviewability must be sensible; otherwise this will result in an uncertain legal and judicial environment. It follows that clear norms are desirable, but this is not the ultimate solution either, since these are meaningless if these are not applied or if these are given distorted interpretations that disregard their purpose. Likewise, the remedies for violations of constitutional rights or due process do not reside on an absolute constitutional control, but on the correct application and understanding of the Constitution and the institutions recognised by it.

TABLE I: Treatment of the annulment action by the courts

	CASE	AAAA STATUS	COURT	YEAR OF JUDGMENT	CR ADMISSION	CR ACCEPTED OR REJECTED	TREND TOWARDS ACCEPTANCE OF CR AGAINST AAAA
1	Colonial vs La Ganga ⁴⁹	R	SC	2001	✓	R	nc
2	Andipuerto vs Autoridad Portuaria de Guayaquil ⁵⁰	R	SC	2003	✓	R	nc
3	DINEAGROS vs GRUPEXPORT ⁵¹	A	SC	2006	✓	R	nc
4	TELECOM vs PACIFICTEL ⁵²	R	SC	2007	✓	A	c

48 As a curious remark, it is interesting to note that the Ecuadorian judicial system suffers from the same complaints made in 1864 by a British gentleman who, in a report dedicated to the House of Commons, affirmed that in Ecuador "an ordinary suit baffles all calculation, and not unfrequently exceeds the natural term of a man's life." See Dillon(1864, p. iv).

49 See Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. October 10 2001, p 1909

50 See RegistroOficial 259, January 26 2004.

51 See RegistroOficial, Suplemento 14, February 1 2008.

52 See RegistroOficial, Suplemento 542, March 6 2009.

5	SENATEL and Attorney General vs OTECEL and CONECEL ⁵³	R	NCt	2009	✓	R	c
6	NEDETEL vs CONATEL ⁵⁴	A	NCt	2014	× ⁵⁵		nc

AAAA: arbitral award annulment action; CR: *casación* recourse; A: accepted; R: rejected; c: competent; nc: not competent; SC: Supreme Court of Justice; NCt: National Court of Justice; ✓: admitted; ×: not admitted.

TABLE II: Constitutional Court judgments

Case No 0008-2008-DI: constitutionality of article 59⁵⁶ of the Code of Civil Procedure⁵⁷

The Constitutional Court decided that this article did not violate principles embraced by the Constitution (i.e. celerity);⁵⁸ but it noted that the AML did established a unique, agile and special procedure within arbitration; therefore, article 59 is inapplicable to it. The Attorney General concurred with this position.

Judgment No. 0006-10-SEP-CC⁵⁹

This judgment reaffirmed the principle of kompetenz-kompetenz. An arbitral tribunal was prevented from deciding its own jurisdiction, despite the allegation of the existence of an arbitral agreement by one of the parties and the Constitutional Court declared that rights such as the right to due process and the right to be judged by a competent authority were violated.

Judgment No. 169-12-SEP-CC (EMVIAL)⁶⁰

This case represents the beginning of constitutional review of arbitral awards. An arbitral award was challenged through an EAP and the President of the Provincial Court of Azuay rejected an annulment action (considering that the lack of a reasoned

53 See Registro Oficial, Suplemento 356, October 31 2012.

54 See National Court of Justice, case No. 0626-2013 (decision issued on April 7 2014).

55 This decision was challenged before the Constitutional Court. See Table III, case 15.

56 See section 1.3.

57 This case was not an EAP, but one of control of constitutionality of norms. Suplemento Registro Oficial 605, June 4th 2009 (judgment issued on May 5 2009).

58 See CRE Art 169.

59 See Registro Oficial Suplemento 159, March 26 2010, case 0712-09-EP (judgment issued on February 24 2010).

60 See Case 1568-10-EP, April 26 2012.

decision is not a ground of challenge under the AML). Surprisingly, under the argument that an arbitral award *has the force of a judgment*, the Constitutional Court held that it is possible to challenge it through an EAP once every available remedy is exhausted.⁶¹ Curiously, the annulment *action* was considered as a *recourse* and the Court determined that it must be exhausted unless it is shown to be inadequate or ineffective.⁶² Although it noted that arbitration legitimately limits the right to appeal and that an EAP is applicable only if it has demonstrated a constitutional right violation outside of what is considered a matter capable of being settled.⁶³

Judgment No. 063-12-SEP-CC (Ecuador Bottling Company)⁶⁴

In this case, a rejected annulment action reached the National Court and an EAP was filed against the decision rendered. This judgment is relevant, as it seemed that the Constitutional Court agreed that appeal and *casación* within annulment proceedings should be exhausted.

Judgment No. 155-12-SEP-CC⁶⁵

The case dealt with a party that challenged through an EAP the Arbitral Tribunal's decision that denied an annulment action based on the ground that it was not a reasoned one (not a ground for annulment under the AML). The EAP was admitted but then rejected on the merits.

Judgment No. 081-13-SEP-CC (EcuadorianoSuiza S. A.)⁶⁶

In this case an annulment action was rejected, *casación* was filed against this decision and the National Court did not admit it; the latter decision was challenged through an AEP on the grounds that it was not reasoned. The Constitutional court rejected the EAP and held that the rationale of the AEP is the protection of constitutional rights and of due process; though, following the EMVIAL case, it affirmed that it is possible to challenge an arbitral award through an annulment action. The Court noted that *the right to challenge*⁶⁷ amounted to the opportunity

61 Ibid, p. 11.

62 Ibid, p. 13.

63 Ibid, p. 14.

64 See Registro Oficial Suplemento 735 June 29 2012, case 1443-10-EP (judgment issued in March 27 2012).

65 See Registro Oficial Suplemento 743 July 11 2012, case 1037-10-EP (judgment issued on April 17 2012).

66 See Registro Oficial Suplemento 154 January 3 2014, case 0091-13-EP (judgment issued on October 23 2013).

67 See footnote (n38); Case No. 31-10-CN: Judgment 001-11-SCN-CC (Registro Oficial 381 February 9 2011). The Constitutional Court has held that the right to appeal is not absolute (except in criminal cases), though the Court treats appeal and challenge (*recurrir*) as the same.

to submit a case before a superior –and a different- authority.⁶⁸ However, it decided that the denial of *casación* did not amount to a violation of this right.

Judgment No. 123-13-SEP-CC (MENNIR)⁶⁹

The decision on an annulment action was challenged through horizontal and vertical recourses. An EAP was filed on the ground, *inter alia*, that the annulment decision was not reasoned. The Court held that arbitration must be in in harmony with the Constitution,⁷⁰ though it noted that this does not mean an invasion on the merits. The Court affirmed that arbitration faces the task of being constitutionalised and considered that the EAP is applicable against both, the resolution of an annulment action, and an arbitral award,⁷¹ during the arbitral proceedings or once the arbitral award is rendered.⁷²

The Court distinguished the control exercised over annulment proceedings and arbitration and noted that there could be violations in pre-arbitral phases during administered proceedings.⁷³ In the particular case, the Court held the challenged decision was not reasoned, but affirmed that this should not be understood as an analysis on the merits or a determination on how the judge should decide the case.⁷⁴

68 See Judgment No. 0045-13-SEP-CC, July 31 2013, case No 0499-11-EP.

69 Case 1542-11-EP (judgment issued in December 19 2013).

70 See Judgment No. 123-13-SEP-CC, p. 7.

71 See Judgment No. 123-13-SEP-CC, pp. 7-10.

72 *Ibid*, p. 9.

73 *Ibid*, pp.10-11.

74 *ibid* 15-18; see CRE Art 76(6)(7)(L).

TABLE III: Treatment of the extraordinary action of protection*

COURT	CASE																
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
CONST. COURT	EAP																
	D	P	P		P	P	P			P			P				
	M																
NATIONAL COURT	<i>Casación</i>																
	D		R		R												
	M																
PROV. COURT	Annulment decision's appeal																
	D	R					R										A
	M																
NATIONAL COURT	D	✓	✓	✗	✓	✓	✗	✗	✓	✗	✗	✓	P	P		✗	P
	M																
	A																
PROV. COURT	Arbitral award annulment action																
	D	R	R	R	R	R	R		A	R					R	R	
	M	✓	✓	✓	✓	✓	✓		✓	✓					✓	✓	
NATIONAL COURT	D	✗	✗	✗	✗		✗		✗								✗
	M																
	A																
ARBITRAL AWARD																	
* Information updated until January 1, 2015																	
✗	Clarification and extension requested and accepted.																
✓	Clarification and extension requested and denied.																
■	<i>Recurso de hecho</i> (leave to appeal) against denial of <i>casación</i> .																
■	<i>Recurso de hecho</i> against denial of appeal.																
✓	Admitted	PC				Provincial Court				A	Accepted						

Case	No.	Case	No.	Case	No.
1	1279/1280-11-EP	7	1000-13-EP	13	0605-14-EP
2	1441-12-EP	8	1053-13-EP	14	0831-14-EP
3	0501-13-EP	9	1139-13-EP	15	0837-14-EP
4	0518-13-EP	10	1275-13-EP	16	0920-14-EP
5	0879-13-EP	11	1362-13-EP	17	1084-14-EP
6	0880-13-EP	12	0543-14-EP	-----	-----

BIBLIOGRAPHY

Books

- Bellamy, R. (2010). *Political Constitutionalism*. Cambridge University Press.
- Born, G. (2009). *International Commercial Arbitration* (2nd ed.). Deventer.
- Born, G. (2014) *International Commercial Arbitration*, Vol III (2nd ed.).Wolters Kluwer.
- Dillon, A. (1864). *The History of a Lawsuit in the Republic of Ecuador*. Spottiswoode&Co, reprinted by MOML.
- Dolzer, R &Schreuer, C. (2012). *Principles of International Investment Law* (2nd ed.). Oxford University Press.
- Douglas, Z. (2009). *The International Law of Investment Claims*.Oxford University Press.
- Kapiszewski, D., et al (Eds.) (2013). *Consequential Courts*. Cambridge University Press.
- Moses, M.L. (2012). *The Principles and Practices of International Arbitration* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Paulsson, J.(2013). *The Idea of Arbitration*.Oxford University Press.
- Schultz, T. (2014). *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*. Oxford University Press.
- Tweeddale, A. & Tweeddale, K. (2010). *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*. Oxford University Press.
- Van Harten, G. (2013). *Sovereign Choices and Sovereign Constraints: Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration*. Oxford University Press.

Articles

- Andrade, X. (2005). Las ventajas del ArbitrajeInternacional: UnaPerspectiva Ecuatoriana. In Rivera, J.C. (Director), *Revista de Derecho Comparado "Arbitraje" No. 11* (pp. 148-149). Rubinzal-Culzoni,
- Andrade, X. (2009). Brevesreflexionessobrearbitraje en la nueva Constitucion

- ecuatoriana. In Wald, A., (Ed.), *Revista de Arbitragem e Mediação*. No 20. Instituto Brasileiro de Direito Comparada - Editora Revista Dos Tribunales.
- Andrade, X., & Montañes, M. (2008). *Introductory note to Ecuador's notice under ICSID article 25(4)*. ILM.
- Blackaby, N. (2010). ICSID Withdrawal: a Storm in a Teacup? In Charles Kaplan, C., & Mourre, A., (Eds.), *Les Cahiers de l'Arbitrage: The Paris Journal of International Arbitration*. LGDJ Lextenso.
- Eberhardt, P. & Olivet, C. (2012). *Profiting from Injustice: How Law Firms, Arbitrators and Financiers are Fuelling an Investment Arbitration Boom*. Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute.
- Herbert Smith Freehills. *Ecuadorian Bill for the Enforcement of Awards and Judgments: will recent developments give the bill further impetus?* Retrieved April 28, 2014, from <http://hsfnotes.com/arbitration/2014/03/24/ecuadorian-bill-for-the-enforcement-of-awards-and-judgments-will-recent-developments-give-the-bill-further-impetus/>;
- Marchán, J.M. & Andrade X. (2009). El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: Marco Legal y Jurisprudencial. In A Hierro, C., et al (Eds.), *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: Marco legal y jurisprudencial* (1st ed.). La Ley-WoltersKluwers.
- Neira, E. *La Constitución de 2008 y el Arbitraje Bajo la Ley Ecuatoriana: Análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación*. Retrieved July 12, 2014, from <http://www.latinarbitrationlaw.com/la-constituci-n-de-2008-y-el-arbitraje-bajo-la-ley-ecuatoriana-analisis-de-dos-problemas-que-surgen-antes-que-del-texto-constitucional-de-su-equivocada-aplicaci-n/>
- Paulsson, J. (2005). Jurisdiction and Admissibility. In *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution*. ICC Publishing.
- Salgado Pesantes, H. (2011). Democracia y participación política en un Estado Social de Derecho. In Salgado Pesantes, H., et al, *Nuevos Retos del Constitucionalismo Ecuatoriano: Democracia, Garantías y Derechos*. AED-PUCE.
- Salgado Pesantes, H. (2012). ¿Guardianes o Sepultureros de la Constitución 2008?: Primer Balance de la Corte Constitucional en Transición. In *Revista Jurídica Ruptura* No. 56. (2012). PUCE-AED.
- Jijón, R., & Marchán, J.M. (2014). National and International Arbitration in Ecuador. In, *The Arbitration Review of The Americas*. Global Arbitration Review.
- Avanza proceso de constitución para Centro de Arbitraje de UNASUR*. Retrieved December 30, 2014 from <http://cancilleria.gob.ec/avanza-proceso-de-constitucion-para-centro-de-arbitraje-de-unasur/>

Statutes and legislation

- 1928 Convention on Private International Law (Bustamante Code).
- 1958 United Nations Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention).
- 1975 Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention).
- 1979 Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards.
- Arbitration and Mediation Law (Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial 417, December 14th 2006).
- Bill for the Enforcement of Awards and Judgments (project). Ley Para la Ejecución de Laudos y Sentencias. Retrieved January 1, 2015, from http://www.asambleanacional.gov.ec/leyes-en-proceso?title=laudos&field_proponente_value=&field_comision_value=&field_ano_tid=All
- Civil Code of Ecuador (Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, June 24 2005).
- Code of Civil Procedure (Código de Procedimiento Civil, Registro Oficial Suplemento 58, July 12 2005).
- Casación Law (Ley de Casación, Registro Oficial Suplemento 299, March 24 2004)
- Constitution of the Republic of Ecuador 2008 (Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, October 20 2008).
- Constitution of the Republic of Ecuador (unofficial translation). Retrieved August 17, 2014, from <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>
- Organic Law of Jurisdictional Guarantees and Constitutional Control (*Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial Suplemento 52, October 22 2009).

Cases and judgments

National Court Cases:

- Colonial vs La Ganga (Gaceta Judicial. CII. XVII. No. 7. October 10 2001)
- Andipuerto vs Autoridad Portuaria de Guayaquil (Registro Oficial 259, January 26 2004)
- DINEAGROS vs GRUPEXPORT (Registro Oficial Suplemento 14, February 1 2008)
- TELECOM vs PACIFICTEL (Registro Oficial Suplemento 542, March 6 2009)
- SENATEL and Attorney General vs OTECEL and CONECEL (Registro Oficial, Suplemento 356, October 31 2012)
- NEDETEL vs CONATEL (case No. 0626-2013, decision issued on April 7 2014)

Constitutional Court judgments

Judgment No. 028-14-SEP-CC (case 1926-12-EP).

Judgment Case No. 0008-2008-DI.

Judgment No. 0006-10-SEP-CC (case 0712-09-EP).

Judgment No. 169-12-SEP-CC (case 1568-10-EP).

Judgment No. 063-12-SEP-CC (case 1443-10-EP).

Judgment No. 155-12-SEP-CC (case 1037-10-EP).

Judgment No. 081-13-SEP-CC (case 0091-13-EP).

Judgment No. 123-13-SEP-CC (case 1542-11-EP).

Constitutional Court cases:

1279/1280-11-EP; 1441-12-EP; 0501-13-EP; 0518-13-EP; 0879-13-EP; 0880-13-EP; 1000-13-EP; 1053-13-EP; 1139-13-EP; 1275-13-EP; 1362-13-EP; 0543-14-EP; 0605-14-EP; 0831-14-EP; 0837-14-EP; 0920-14-EP; 1084-14-EP.

Reports

Attorney General Office of Ecuador. Report on active international cases. Retrieved December 30, 2014, from <http://www.pge.gob.ec/index.php/patrocinio-internacional/casos-internacionales-activos>

Pásara, L. (2014). *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. DPLF. Retrieved August 10, 2014, from http://www.dplf.org/sites/default/files/indjud_ecuador_informe_esp.pdf



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Facultad de Jurisprudencia

Asociación Escuela de Derecho 2014

Comité Editorial

Yessenia Venegas Chamba

Paulina Muñoz Galarza

Carlos Izquierdo Apolo

Uno de los distintivos de la gestión de la Asociación Escuela de Derecho es sin lugar a dudas la publicación de la Revista Jurídica Ruptura, publicación cuya histórica relevancia la ha convertido no solo en la primera publicación periódica de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador sino también en referente de la difusión del pensamiento crítico y de investigación jurídica de estudiantes y docentes de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE y otras casas de estudio.

Con el auspicio de:

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

