

Derecho penal

Aporías. Sombras y ficciones en la justificación
del encarcelamiento preventivo

Alberto Bovino

¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?

Ramiro Ávila Santamaría

Fundamentación de una teoría de la pena a partir de la justicia
como equidad y del debate sobre el neocontractualismo

Mariana Yépez Andrade

Los delitos contra el medio ambiente en
el Código Penal ecuatoriano

Ernesto Albán Gómez

Violencia sexual contra las mujeres

Lola Valladares

Análisis de la resolución de inconstitucionalidad
de la detención en firme por parte del Tribunal Constitucional

Iván Granda Molina

El juez de garantías: experiencia en el austro

Diego Zalamea León

Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos,
exigibilidad de obligaciones

Carlos Poveda Moreno

Revista del Área de Derecho
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
Sede Ecuador

ISSN 1390-2466

Segundo semestre de 2007 • Número 8

DIRECTOR

José Vicente Troya Jaramillo

EDITOR

Ernesto Albán Gómez

COMITÉ EDITORIAL

Santiago Andrade Ubidia

Ramiro Ávila Santamaría

Fernando Chamorro Garcés

Ximena Endara Osejo

Genaro Eguiguren Valdiviezo

Patricia Herrmann Fernández

Judith Salgado Álvarez

Julio César Trujillo Vásquez

COORDINADORA EDITORIAL

Dunia Martínez Molina

SUPERVISIÓN EDITORIAL

Jorge Ortega

CORRECCIÓN DE TEXTOS

Manuel Mesa

CUBIERTA

Raúl Yépez

IMPRESIÓN

Editorial Ecuador, Santiago Oe2-131 y Versalles, Quito



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador

FORO, revista de derecho recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional, resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros. *FORO* es una revista del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente.

FORO es una publicación gestionada por el Comité Editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*).

Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

FORO

revista de derecho

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador /
Corporación Editora Nacional
No. 8 • II semestre 2007

	Editorial	
	<i>Ernesto Albán Gómez</i>	3
TEMA CENTRAL	DERECHO PENAL	
	Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo	
	<i>Alberto Bovino</i>	5
	¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal? (Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)	
	<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	49
	Fundamentación de una teoría de la pena a partir de la justicia como equidad y del debate sobre el neocontractualismo	
	<i>Mariana Yépez Andrade</i>	71
	Los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal ecuatoriano	
	<i>Ernesto Albán Gómez</i>	87
	Violencia sexual contra las mujeres	
	<i>Lola Valladares</i>	109
	Análisis de la resolución de inconstitucionalidad de la detención en firme por parte del Tribunal Constitucional	
	<i>Iván Granda Molina</i>	131
	El juez de garantías: experiencia en el austro	
	<i>Diego Zalamea León</i>	153
	Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones	
	<i>Carlos Poveda Moreno</i>	179
	Estudio de los aspectos teórico-prácticos del delito de trata de personas con fines de explotación sexual y su prueba en el proceso penal acusatorio	
	<i>Bolívar Augusto Espinoza Astudillo</i>	191
RECENSIONES	Ramiro Ávila Santamaría (coord.), <i>LOS DERECHOS SOCIALES. DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN A LA JUSTICIABILIDAD,</i> <i>por Juan Pablo Aguilar</i>	201

	VV.AA., <i>TESTIMONIO COMUNITARIO, DOCTRINA, LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA</i> , por Macarena Vega Cevallos	207
	Juan Carlos Benalcázar Guerrón, <i>DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO ECUATORIANO. JURISPRUDENCIA, DOGMÁTICA Y DOCTRINA</i> , por César Montaña Galarza	211
	Susan George, <i>PONGAMOS A LA OMC EN SU SITIO</i> , por Gustavo García Brito, José Gustavo Prieto M. y Ximena Velasteguí Ayala	215
JURISPRUDENCIA	Jurisprudencia de las cortes penales internacionales sobre el delito de violación <i>Fidel Jaramillo Paz y Miño</i>	221
	La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Zambrano Vélez y otros”: implicaciones para el Ecuador <i>Carolina Silva Portero</i>	227
	Colaboradores	237
	Normas para colaboradores	241

Editorial

El Derecho Penal ha estado sujeto en forma permanente a un debate enconado, en el que se han enfrentado corrientes doctrinarias de la más variada procedencia. Ahora mismo se pueden citar posiciones tan diferentes, como la de aquellos autores que defienden el abolicionismo penal o, alternativamente, la intervención penal mínima; o la de quienes, apoyándose en posiciones funcionalistas, proclaman la necesidad de implementar un derecho penal del “enemigo”, con prescindencia de garantías básicas conquistadas a lo largo de la historia. Pero más allá del debate doctrinario, la experiencia casi universal nos presenta una impresionante proliferación de leyes penales, casi siempre muy represivas, con las cuales los poderes políticos pretenden aliviar la creciente preocupación social frente a manifestaciones inéditas de la criminalidad.

Teniendo delante este escenario contradictorio y complejo, se vuelve cada vez más urgente el profundizar la reflexión sobre cuestiones, viejas y nuevas, que se sitúan en el centro de este debate. FORO ha querido en la presente edición poner sus páginas a disposición de los especialistas para que hagan conocer sus puntos de vista a la comunidad jurídica.

Tal vez la más ardua y antigua polémica ha girado en torno a la razón de ser de la pena. Las distintas escuelas han tratado de precisar, en coherencia con sus postulados, el fundamento que legitime el empleo por parte del Estado del jus puniendi. En esta línea de reflexión, Mariana Yépez nos formula una propuesta que incluye la diversidad, la equidad, la libertad, la igualdad y el enfoque de género.

¿Puede un juez penal dejar de aplicar leyes penales o procesales formalmente vigentes? Esta pregunta la formula Ramiro Ávila al iniciar su artículo, lo que le permite entrar a analizar el llamado control constitucional difuso, en una materia especialmente delicada, en la que hace falta mucha prudencia; pero finalmente la supremacía de las normas constitucionales también opera en esta área.

El profesor argentino Alberto Bovino aborda otra cuestión crítica: la prisión preventiva, a la que se acude con peligrosa profusión en la práctica procesal. E insiste en destacar aquellas características que suelen olvidarse con frecuencia: su excepcionalidad, su provisionalidad, su proporcionalidad. Y en el debate sobre medidas cautelares, Iván Granda Molina analiza la decisión del Tribunal Constitucional que dejó sin efecto la llamada detención en firme.

Entre las novedades que el Derecho Penal ha recogido en los últimos años hay que destacar la creación de nuevos tipos penales, o la evolución que las legislaciones han debido dar a viejos delitos que se cometen en nuevas circunstancias o con nuevas características. En el presente número se analizan precisamente algunos de estos casos: los delitos contra el medio ambiente, las nuevas formas de violencia sexual contra la mujer y la trata de personas.

También se estudian dos experiencias que deben ser tomadas en cuenta: una que se ha generado en la ciudad de Cuenca, recuperando para el juez su función de garante de derechos en el proceso penal; la otra, en el ámbito de la justicia indígena, reconocida constitucionalmente desde 1998.

La Revista incluye las secciones habituales de comentarios de jurisprudencia y recensiones de publicaciones recientes.

*Ernesto Albán Gómez
Editor*

Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo

Alberto Bovino*

El autor, luego de señalar que las exigencias sustantivas, temporales y formales de la prisión preventiva construidas por el discurso teórico y establecidas en los textos jurídicos como: a) la verificación del mérito sustantivo; b) el principio de excepcionalidad; c) el fin procesal de la prisión preventiva; d) el principio de proporcionalidad; e) el principio de provisionalidad; f) el control judicial de la detención; y g) el límite temporal del encarcelamiento preventivo, no han constituido salvaguardias suficientes contra la arbitrariedad en el ejercicio de la facultad estatal de encarcelar a personas inocentes. En las prácticas de la justicia penal existen circunstancias fácticas, regulaciones legislativas inapropiadas, e incumplimiento de los deberes propios de la función judicial que permiten la subsistencia de este estado de cosas. Se analiza de manera crítica las fallas del poder legislativo que no garantizan el respeto de las exigencias y estándares que imponen tanto el derecho constitucional argentino como el internacional.

FORO

Una forma de verificar el funcionamiento del proceso penal es el examen del sistema de tratamiento de la libertad del procesado, esto es, ¿cómo se respeta la libertad del imputado en la causa penal?

El proceso penal está gobernado por el principio del *favor libertatis*; la exigencia de respeto a la libertad del encausado y a sus dos derivados, la presunción de inocencia y la regla de la restricción de derechos a título de pena. La afectación de la libertad del imputado es excepcional, solamente tiene justificación cautelar; la necesidad de garantía de los fines del proceso penal mediante una detención determinada a través de los requisitos legales.

Las medidas para la recuperación de la libertad del procesado detenido son medidas cautelares sistematizadas por su objeto; la tutela cautelar del derecho a la libertad mediante su inmediata restitución, en caso de privación arbitraria.

César A. Nakazaki Servigón, *Medidas para la recuperación de la libertad del procesado detenido.*

* Profesor de derecho penal y procesal penal, Universidad de Buenos Aires; abogado consultor del Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

PROBLEMAS DEL PRINCIPIO DE INOCENCIA

Las exigencias sustantivas, temporales y formales que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional, junto con numerosos instrumentos de derechos humanos y textos constitucionales, imponen a los estados antes de tolerar que una persona jurídicamente inocente reciba una sanción materialmente represiva anticipada de la magnitud del encarcelamiento preventivo, son las siguientes: a) verificación del mérito sustantivo; b) principio de excepcionalidad; c) fin procesal de la prisión preventiva; d) proporcionalidad; e) provisionalidad;¹ f) control judicial;² y g) límite temporal del encarcelamiento preventivo.³

Analizado el problema en abstracto, los principios estudiados pueden parecer razonables y podrían ser considerados salvaguardas suficientes contra la arbitrariedad en el ejercicio de la facultad estatal de detener cautelarmente a personas inocentes. Sin embargo, la realidad de la justicia penal en los países de nuestra región⁴ –junto con algunos problemas conceptuales que consideraremos en este capítulo– nos obligan a analizar el problema con mayor detenimiento.

En verdad, las prácticas de la justicia penal nos demuestran cómo el discurso normativo referido a la prisión preventiva, junto con los mecanismos de control judicial y el límite temporal del encarcelamiento cautelar se han mostrado absolutamente incapaces, en la realidad, de hacerse cargo del problema. En este sentido, se advierte:

Otro eje de importancia se relaciona con una reducción del flagelo político-criminal de los presos sin condena. La utilización indiscriminada de la pena antes de la condena [por parte de los tribunales de justicia], en la región y, en verdad, universalmente, es una de las

-
1. Cf. Alberto Bovino, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
 2. Cf. Alberto Bovino, “La libertad personal en el sistema interamericano”, en Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón, y José A. Guevara B. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Editorial Universidad Iberoamericana/Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington Collage of Law-American University, 2004.
 3. Ver José Cafferata Nores, “Limitación temporal a la prisión preventiva”, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, 2a. ed.
 4. Cf., entre otros, Corte IDH, *Medidas provisionales en el Caso de la Cárcel de Urso Blanco* (Brasil), Resoluciones de 18 de junio de 2002; y 29 de agosto de 2002; 7 de julio de 2004; Corte IDH, *Medidas provisionales, Caso de la Penitenciaría de Mendoza*, 22 de noviembre de 2004; Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004; Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

instancias más claras de violación de los derechos individuales y los distintos proyectos de reforma han intentado colocar límites infranqueables a la duración temporal de la prisión preventiva, generar instancias nítidas de control sobre las condiciones de cumplimiento de la medida de coerción y multiplicar las alternativas legales al encierro como medida de asegurar la presencia del imputado en el juicio.⁵

Un segundo problema consiste en el hecho de que, en la mayoría de los países de la región, el poder legislativo no ha cumplido con su deber de regular el ordenamiento procesal de manera tal de garantizar el respeto de las exigencias y estándares que imponen tanto el derecho interno, como el derecho internacional de los derechos humanos.

Por último, el control que han ejercido los organismos internacionales en materia de privación de libertad es confuso, en ocasiones inconsistente, y no ha explotado las posibilidades que los textos de los instrumentos internacionales ofrecen. En materia de plazo razonable de la detención, la doctrina de los organismos internacionales ha sido demasiado permisiva, ha dejado de lado la responsabilidad del Estado en el diseño del procedimiento –una de las principales causas del abuso del encarcelamiento preventivo–, y, en casos de países como Argentina, que cuentan con una ley de límite temporal, han ignorado la aplicación del principio *pro homine*.

NECESIDAD DE UN ANÁLISIS CRÍTICO

A modo de ejemplo, un doctrinario progresista como Nelson Pessoa comienza su libro *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, con la siguiente pregunta: “¿Tiene derecho el imputado a permanecer en libertad durante el proceso?” (p. 25).

El problema no es la posible respuesta, sino el hecho de que un académico del nivel de Pessoa se formule tal pregunta. Existe una cláusula constitucional expresa que prohíbe imponer medidas represivas al imputado –y el encarcelamiento preventivo lo es–. Por lo tanto, la pregunta solo puede –en verdad, debe– ser la inversa: ¿Tiene derecho el Estado a imponer la prisión preventiva a personas jurídicamente inocentes? Como señala Pernell: “Si la presunción de inocencia no protege la libertad o la propiedad, antes de un pronunciamiento condenatorio, entonces, ¿cuándo y qué protege?”.⁶

5. Maximiliano Rusconi, *Reforma del sistema de enjuiciamiento, Ministerio Público y relaciones entre juez y fiscal*, en http://www.eldial.com/bases/sql/ver_rld.asp?id=110&base=50, elDial – DC6E.

6. LeRoy Pernell, “The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary”, en *Cleveland State University Law Review*, vol. 37, 1989.

Para ello, es necesario realizar una *evaluación crítica* de los principios que hemos estudiado, para examinar cuál es el verdadero potencial limitador del poder estatal de imponer condenas anticipadas a personas legalmente inocentes.

En esta evaluación crítica, nos ocuparemos de tres aspectos diferentes del tema que analizamos. En primer lugar, destacaremos la distancia existente en el ordenamiento jurídico entre los principios y estándares constitucionales e internacionales y el programa político-criminal legislativo. En este sentido, analizaremos el incumplimiento del legislador de adecuar el programa normativo a los criterios establecidos por las normas de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico.

En segundo término, veremos, en el plano de la operación real en el mundo, la pervivencia de ciertas prácticas perversas de la justicia penal que se producen con la finalidad de burlar los requisitos impuestos por el principio de inocencia. En este punto, como quedará claro, lo que falla es la aplicación práctica del programa normativo. Para solucionar este problema, es necesario encarar un programa de implementación de normas jurídicas realmente limitadoras del encarcelamiento preventivo.

En último término, analizaremos con cierto detenimiento las pretendidas bondades conceptuales de los diversos principios que aceptamos cotidianamente. Lo mismo haremos con el concepto de “plazo razonable” como límite temporal de la detención y con el texto de la ley 24.390. Al hacerlo, trataremos de ver qué problemas presentan tales principios, exigencias y normas a la hora de proteger el principio de inocencia. En este aspecto, formularemos un análisis del discurso que acompaña al principio de inocencia.

Es necesario destacar que las prácticas que señalaremos son parte estructural de la justicia penal y, por ello, tremendamente difíciles de ser erradicadas. Lo que es más grave aún, paradójicamente, es que solo son percibidas como meras disfunciones y, por ello, como capaces de ser corregidas o solucionadas con medidas adecuadas. También es necesario destacar que estas prácticas actúan de manera conjunta, se alimentan unas a otras, y son interdependientes, razón por la cual los mecanismos dirigidos hacia ellas individualmente están condenados al fracaso.

A continuación, trataremos de identificar los principales problemas –normativos, prácticos y discursivos– de los requisitos sustantivos del principio de inocencia en relación al encarcelamiento preventivo. Se trata de determinar cuáles son los motivos que permiten que los textos legales ignoren exigencias constitucionales e internacionales, que las prácticas de la justicia penal perviertan el sentido de los principios de garantía, y, además, qué problemas conceptuales presentan los principios sustantivos mencionados que impiden el respeto del principio de inocencia.

REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

REGULACIÓN EN EL DERECHO INTERNO

Resulta claro que del estudio del derecho nacional y comparado, como de los numerosos precedentes internacionales en materia de encarcelamiento preventivo, los Estados no cumplen con la obligación de garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana –art. 1.1–, que implica el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos:

167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo, dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

168. La obligación a cargo de los Estados es, así, mucho más inmediata que la que resulta del artículo 2....⁷

La Convención Americana, en su art. 2, regula una obligación autónoma a la que deriva del deber de garantía contenido en el art. 1.1. El art. 2 de la Convención dispone:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Interpretando la obligación que surge del art. 2 de la Convención, la Corte Interamericana ha dispuesto:

31. La primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra ‘ley’ en su sentido material y no formal.

7. Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988.

32. Implícitamente, esta pregunta viene a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdicción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

33. Naturalmente, si se ha contraído la obligación de adoptar las medidas aludidas, con mayor razón lo está la de no adoptar aquellas que contradigan el objeto y fin de la Convención. Estas últimas serían las 'leyes' a que se refiere la pregunta planteada por la Comisión.

...

36. Es indudable que, como se dijo, la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención, comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violar esos derechos y libertades.

37. Ya en una ocasión anterior esta Corte ha dicho:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención (*Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]*, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26).⁸

A pesar de estas obligaciones internacionales, como también del deber normativo constitucional de contenido análogo,⁹ lo cierto es que en distintos grados, los Estados no regulan legislativamente las exigencias y estándares constitucionales e internacionales.

Para poner un ejemplo, después que la Comisión Interamericana condenara en severos términos a Argentina en el Informe 2/97, impugnando incluso el entonces art. 10 de la ley 24.390 como contrario al principio de inocencia protegido en la Convención, el Congreso de la Nación aprobó la ley 25.430 –publicada en el Boletín Oficial el 01/06/2001–, que introdujo modificaciones sustanciales al texto original de

8. Corte IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

9. El art. 75, inc. 23, impone al Congreso de la Nación la siguiente función:

“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre los derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

la 24.390, diluyendo el efecto limitador del plazo máximo de encarcelamiento preventivo, tornando aún más cuestionable el texto original, ya merecedor de severas críticas.¹⁰

Lo mismo sucede con el respeto de las exigencias constitucionales. Este hecho ha sido reconocido expresamente por nuestra Corte Suprema en un fallo del año 2005:

7. Que nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no responde a lo que se suele denominar *interpretación progresiva* en sentido estricto...

La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional...

...

17. Que nuestra legislación procesal penal, durante más de un siglo, se apartó de las líneas que le trazara la Constitución. Incluso, ni siquiera respetó el modelo europeo o francés napoleónico, pues eligió una variante mucho más inquisitoria y mucho menos pública. Lo que no fue más que el producto de la urgencia por codificar el derecho penal y procesal penal después de tres cuartos de siglo de vida independiente, mantuvo vigencia cuando el país había alcanzado el desarrollo cultural y social que superaba los estrechos márgenes de los legisladores de las últimas décadas del siglo XIX. De este modo perduró un siglo un código procesal inspirado en la restauración borbónica.

...

18. Que sin duda, frente a un proceso penal tan abiertamente inconstitucional y que llevaba más de medio siglo de vigencia....¹¹

INAPLICACIÓN DE LOS CRITERIOS

Uno de los principales problemas del principio de inocencia consiste en que, en su aplicación práctica, recurrimos, para definir su significado y alcance, a *principios opuestos* a aquellos que deben regir su interpretación.

En efecto, el principio de inocencia, si es cierto que se trata de un principio estructural del Estado de derecho y del constitucionalismo, debe regirse, para su interpre-

10. Cf. Pastor, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*.

11. CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Matías Eugenio Casal en la causa Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa No. 1681–", 20 de septiembre de 2005, del voto de la mayoría.

tación, por los principios que informan las principales libertades individuales garantizadas constitucionalmente, esto es, por una racionalidad protectora de los derechos.

Así, desde la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al bloque de constitucionalidad, su aplicación se interpretaría al principio *pro homine*, como principio informador del derecho internacional de los derechos humanos, aplicable a la interpretación en el ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, en la aplicación práctica del principio se suele acudir a criterios contrarios a la garantía, en oposición a la libertad, para darle contenido. Como consecuencia de esta técnica, las soluciones a las que se arriba son restrictivas de la libertad, y los resultados de la interpretación son perjudiciales al derecho a permanecer en libertad durante el proceso.

Así, por ejemplo, la interpretación de la Corte Suprema en el caso “Todres”:

... si es dable reconocer raigambre constitucional al instituto de la excarcelación durante el proceso no es menos cierto que también reviste ese origen su necesario presupuesto, o sea el instituto de la prisión preventiva, desde que el art. 18 de la Carta Fundamental autoriza el arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente. El respeto debido a la libertad individual no puede excluir el legítimo derecho de la sociedad a adoptar todas las medidas de precaución que sean necesarias....¹²

Frente a tal interpretación se ha sostenido que surgen dudas acerca del hecho de que las garantías puedan tener un destinatario distinto –la sociedad– que los particulares, y que “conformen algo diferente que barreras contra abusos del poder público”.¹³

De este modo, la Corte Suprema derivó de una cláusula de garantía el supuesto “derecho” de la sociedad a dictar medidas cautelares. En idéntico sentido, cada vez que se pretende dar alcance al principio de inocencia se recurre al interés social que subyace a la facultad de ordenar medidas de coerción.

Sin ir más lejos, el artículo 2 del CPP Nación tiene como criterio general de interpretación:

Interpretación restrictiva y analógica

Artículo 2: Toda disposición legal que coarte la libertad personal, que limite el ejercicio de un derecho atribuido por este Código, o que establezca sanciones procesales, deberá ser interpretada restrictivamente.

12. Citado por Alejandro Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, p. 54.

13. Alejandro Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2000, 4a. ed., p. 55.

Sin duda, las normas sobre encarcelamiento preventivo y, especialmente, las de la ley 24.390, no son interpretadas restrictivamente. En este orden de ideas, la Comisión Interamericana ha establecido:

12. El derecho a la presunción de inocencia requiere que la duración de la prisión preventiva no exceda el plazo razonable mencionado en el artículo 7.5. De lo contrario, dicha prisión adquiere el carácter de una pena anticipada, y constituye una violación del artículo 8.2 de la Convención Americana.¹⁴

En esta afirmación se deriva del derecho a la presunción de inocencia la posibilidad del Estado de detener por un plazo razonable. Sin embargo, nada hay en la presunción de inocencia que autorice a extraer de ella una facultad del Estado para detener, mediante una medida como la del encarcelamiento preventivo, una detención en condiciones materiales idénticas a las de la sanción penal, por tiempo indefinido, y cuya duración aumenta cuanto más negligente sea el Estado en la investigación penal. Por el contrario, la presunción implica una valla para las detenciones o cualquier otro trato similar al de culpable.

Para dar contenido al principio, hay que tener en cuenta los valores en juego. Se trata del par libertad/necesidades procesales, y el constituyente ha optado, claramente, por la libertad. Tal opción ha sido objetivada en el principio de inocencia, como principio estructural del derecho procesal penal –y del derecho penal en sentido amplio–. Así, no se puede invocar la necesidad de garantizar el resultado de la investigación para restringir los alcances del principio, pues el constituyente, al establecer la protección del estado de inocencia, optó claramente por la protección de la libertad.

EL MÉRITO SUSTANTIVO

APLICACIÓN PRÁCTICA

Como se sostiene, el mérito sustantivo sobre la comisión de un hecho punible es un *presupuesto* de la detención preventiva –y de la persecución penal que aquélla tiende a asegurar–. El mérito sustantivo, como ahora veremos, presenta dos problemas independientes, ambos sumamente graves y profundamente contrarios al principio de inocencia.

14. CIDH, Informe 2/97.

Desde el punto de vista de su aplicación práctica, se puede afirmar que en la gran mayoría de los casos el mérito sustantivo opera no como *presupuesto* sino como *fundamento* del encierro cautelar. Así, por ej., en lugar de verificar todos los requisitos constitucionales, los sistemas de justicia penal se basan, simplemente, en la existencia del mérito sustantivo para ordenar la detención preventiva.

Veamos, por ejemplo, el art. 177 del Código de Procedimientos Penales de Ecuador, que dispone:

El juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales:

1. Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad; y,
2. Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.

En el auto se precisarán los indicios que fundamentan la orden de prisión.

Más allá de la discrecional referencia al hecho de que el juez “lo creyere necesario” –opuesta al principio de taxatividad y certeza que debe tener toda causal de detención preventiva–,¹⁵ resulta claro que la legislación solo supedita el dictado de la medida de coerción a la existencia de sospecha sustantiva sobre el hecho imputado:

La reglamentación de las medidas de coerción, su forma y su procedencia es entonces algo ineludible para el legislador procesal penal, y, más aún, de acuerdo a lo explicado con anterioridad en relación al principio de inocencia, su disciplina no puede ir más allá de la mera tutela de los fines que el proceso penal persigue, es decir, regularla como simples medios cautelares, en la medida de la más estricta necesidad y no como forma de anticipar la pena a una persona que aún no ha sido declarada culpable.¹⁶

En consecuencia, queda claro que la legislación ecuatoriana incentiva una práctica que permite justificar la procedencia de la detención preventiva, *exclusivamente*, en la sospecha de culpabilidad del imputado. Ello demuestra, claramente, que la justicia ecuatoriana recurre de manera explícita al encarcelamiento preventivo como medida de carácter punitivo, esto es, como pena anticipada.

15. El art. 7.2 dispone:

“2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Esta regla establece la obligación para los Estados parte de regular legalmente las causas de detención.

16. Julio Maier, “La Constitución Nacional y los medios de coerción personal contra el imputado”, en *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Buenos Aires, Ed. Lerner, 1981, p. 28.

Lo mismo puede decirse de los supuestos previstos en el art. 316, párr. II, CPP Nación, para negar la excarcelación: cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo superior a los ocho (8) años de pena privativa de la libertad, y cuando se le impute alguno de los delitos previstos por los arts. 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal.

En estos casos, cuando se trata de la imposibilidad de conceder la libertad a una persona, procesada por un delito o concurso de delitos, cuya escala penal máxima supere los ocho años de privación de libertad, para intentar una justificación que evite la declaración de inconstitucionalidad, se ha interpretado jurisprudencialmente que la presunción de existencia de peligro procesal derivada del máximo de la escala penal por los hechos que se imputan al imputado no es *de iure* sino *iuris tantum*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó la imposibilidad de denegar la libertad con el solo fundamento de que existía mérito sustantivo de un delito grave, invocando la doctrina del caso “Suárez Rosero” de la Corte IDH, en una decisión de 1998, en la que destacó especialmente la exclusiva finalidad procesal del encarcelamiento preventivo. Así, el 22/12/98 se pronunció por la inconstitucionalidad del art. 316, párr. II, *in fine*, del CPP Nación, en el caso “Nápoli”.¹⁷

En el caso, la defensa interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que había revocado la decisión del juez de menores que concedía la excarcelación a la imputada, a quien se atribuía calidad de partícipe secundaria en el delito previsto en el art. 139 *bis* del Código Penal. La Cámara revocó la excarcelación pues “consideró que el art. 316, segundo párrafo *in fine*, del Código Procesal Penal de la Nación (reformado por la ley 24.410) restringía su concesión a todo aquel que resultare imputado de los delitos previstos en los arts. 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal...” (Caso “Nápoli”, cons. 2). La defensa planteó la inconstitucionalidad de la norma procesal por resultar violatoria de los principios de inocencia, igualdad y razonabilidad de las leyes. El art. 316, párr. II, del CPP Nación establece:

El juez calificará el o los hechos de que se trate, y cuando pudiere corresponderle al imputado un máximo no superior a los ocho (8) años de pena privativa de libertad, podrá eximir de prisión al imputado. No obstante ello, también podrá hacerlo si estimare *prima*

17. CSJN, Caso “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/infracción art. 139 bis del C.P.”, No. 284.XXXII, del 22/12/98. El voto de la mayoría fue suscrito por Belluscio, Boggiano, López y Vázquez. Fayt se pronunció por su voto, mientras que Petracchi y Bossert redactaron sus respectivas disidencias. El primero consideró que el recurso no cumplía con los recaudos de fundamentación previstos en el art. 15 de la ley 48, al no justificar por qué se omitió recurrir ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Bossert, por su parte, desestimó el recurso por no dirigirse a impugnar una “resolución dictada por el tribunal superior de la causa”.

facie que procederá condena de ejecución condicional, salvo que se le impute alguno de los delitos previstos por los artículos 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal.

La Corte Suprema revocó la sentencia impugnada y declaró la inconstitucionalidad de la regla procesal que impedía otorgar la excarcelación. La decisión de la mayoría hizo referencia a diversas cuestiones, de las cuales mencionaremos las más importantes.

1. Destacó que el art. 18, CN, “dispone categóricamente que ningún habitante de la nación será penado sin juicio previo, establece el principio de que toda persona debe ser considerada inocente y tratada como inocente... hasta que en un juicio respetuoso del debido proceso se demuestre lo contrario mediante una sentencia firme”, invocó un viejo precedente de 1871 en el cual se sostuvo que es “un principio de derecho que todo hombre se reputa bueno, mientras no se le prueba lo contrario (Fallos 10:338)”, y mencionó un caso de 1905 (Fallos 102:219) en el cual se acuñó la definición de “presunción de inculabilidad” (cons. 5).

2. Reafirmó el rango constitucional del derecho a gozar de la libertad durante el proceso (cons. 6), y señaló que la amplia potestad legislativa para establecer “régimenes excarcelatorios diversos, solo encuentra justificación en tanto está orientada a que la prisión preventiva –como medida de corrección [sic] procesal– conserve su fundamento de evitar que se frustre la justicia... esto es, que el imputado eluda su acción o entorpezca las investigaciones” (cons. 7).

3. En la parte más cuestionable de la decisión, se manifestó que los límites establecidos para denegar la excarcelación, fundados en el monto máximo de la pena considerado en abstracto, representan una “presunción” del legislador. El “criterio utilizado por el legislador para establecer esa presunción”, se agregó, “se funda... en la posibilidad de que el imputado eluda la acción de la justicia en las primeras etapas de la investigación” (cons. 8 y 9).

En este punto, el argumento de la mayoría resulta insostenible. Si bien, como veremos, se sostiene que la presunción legal es una presunción *iuris tantum*, en la práctica termina por convertirse en una presunción *de iure*. Por otra parte, tampoco es cierto que la finalidad perseguida por el legislador consista –como afirmó la Sala III de la CNCP en el caso “Chabán”¹⁸ en neutralizar el peligro procesal “en las primeras etapas de la investigación”, pues el encarcelamiento preventivo, en esos supuestos, jamás se limita a ese período temporal.¹⁹

18. CNCP, Sala III, causa No. 5.996, “Chabán, Omar Emir s/rec. de casación”, 24 de noviembre de 2005.

19. Si por “primeras etapas de la investigación” se entiende el plazo que dura el encarcelamiento hasta que se agotan los límites temporales establecidos en la ley 24.390, el argumento tampoco es válido. En primer lugar, por el carácter excesivamente prolongado de los límites temporales regulados en la ley. En segundo término, debido a que el legislador aprobó el CPP Nación *antes* de dictar la ley 24.390, y la prisión preventiva obligatoria

4. La ley 24.410, se destacó, calificó ciertas conductas como delictivas, entre ellas la prevista en el art. 139 *bis* del Código Penal, y las excluyó del régimen general de excarcelación “al denegar la posibilidad de obtener la libertad en esas hipótesis” (cons. 11). Así, se “excluyó a determinada categoría de personas del régimen general de excarcelación... exclusivamente sobre la base de la naturaleza del delito imputado y la protección de los bienes jurídicos a los que se vincula”²⁰ (cons. 12). Luego de desarrollar los criterios que deben regular el principio de igualdad ante la ley, se afirmó que al dictar la ley 24.410, el legislador se apartó de tales criterios, pues “recurrió a la prisión preventiva con fines intimidatorios o disuasivos, lo cual significa el establecimiento por esa vía de agravaciones propias de la ley sustantiva” (cons. 15). La misma idea fue reexpresada en los términos siguientes:

“... la limitación de la libertad personal durante el proceso motivada en el reproche o en la repulsa social de ciertas conductas –por más aberrantes que puedan ser– como remedio tendiente a combatir el auge de determinada delincuencia ante la necesidad de mayor protección de determinados bienes jurídicos... desvirtúa la naturaleza cautelar de la prisión preventiva al convertirla en una verdadera pena anticipada, pues la aspiración social de que todos los culpables reciban pena presupone, precisamente, que se haya establecido previamente esa calidad” (cons. 16).

5. Se arribó a la conclusión de que la exclusión del régimen general de excarcelación establecida por la ley 24.410 resultaba violatoria del derecho a la igualdad ante la ley de la imputada (art. 16, CN). No se mencionó, sin embargo, el principio de inocencia (cons. 17). A pesar de ello, se afirmó que la solución adoptada resultaba coincidente con “los principios que informan el derecho internacional de los derechos humanos, de actual ‘jerarquía constitucional’ ”, y se invocó la doctrina del caso “Suárez Rosero”, en el sentido de que el encarcelamiento preventivo, para no vulnerar el principio de inocencia, debía revestir carácter cautelar –no punitivo– y excepcional. También se citó otro criterio establecido en “Suárez Rosero”, éste sí referido al principio de igualdad, que consideraba contrario a tal principio “una excepción que despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental por la sola naturaleza del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculcados” (cons. 18).

6. La Corte, finalmente, reconoció expresamente la exigencia derivada del principio de excepcionalidad de aplicar, en todos los casos, la medida de coerción menos lesiva, invocando uno de sus propios precedentes. Así, destacó el rango constitucional del dere-

establecida para quienes son imputados por delitos con pena privativa de libertad superior a ocho años estaba prevista en la versión original de la ley 23.984.

20. Al respecto, se agregó: “... tal como se desprende de sus antecedentes parlamentarios, que justifican la detención cautelar consagrada en esos casos ‘... en la protección que merece el bien jurídico tutelado’ (conf. Cámara de Senadores, fundamentos del dictamen del miembro informante –senador Augusto Alasino–, sesión del 30 de junio de 1993)” (cons. 12).

cho a la libertad durante el proceso y el fin del encarcelamiento cautelar, solo limitado a asegurar la aplicación del derecho penal sustantivo. A ello agregó:

“... y si esa seguridad puede en algunos casos obtenerse por otro medio compatible con la libertad a la vez que con las exigencias de la justicia represiva, y menos gravosa para el encausado que tiene a su favor la presunción de inculpabilidad, cabe admitirla porque nace de la forma republicana de gobierno y del espíritu liberal de nuestras instituciones” (Fallos 102:219, citado en cons. 19).

Pero aun si la circunstancia contemplada en el art. 316 del CPP Nación se interpreta como una presunción *iuris tantum*, igualmente resulta violatoria del principio de inocencia. Ya hemos visto cómo los precedentes internacionales impiden que los peligros procesales se presuman, y exigen la fundamentación de la existencia en elementos de prueba objetivos incorporados válidamente al procedimiento.

Asumiendo –por vía de hipótesis– que se trata de una presunción *iuris tantum*, la opción acerca de quién debe probar la inexistencia del peligro procesal plantea un problema adicional. En la práctica, los jueces de instrucción aplican los criterios del art. 316 del CPP Nación de modo automático, sin analizar la falta de fundamentos del peligro procesal. Si es así, las consecuencias de tales rutinas judiciales consisten en el incumplimiento de fundar el encarcelamiento en el peligro procesal, y la exigencia ilegítima para el imputado de probar que ciertos hechos no ocurrirán en el futuro –objeto de prueba imposible de verificación probatoria, pues se trata de hechos futuros–.

Si bien el encarcelamiento preventivo requiere el mérito sustantivo, éste no representa su justificación, sino uno de sus presupuestos necesarios. Debe quedar claro que se trata de un *presupuesto* de la medida cautelar, pero que éste jamás opera, por sí solo, como legitimación de la detención preventiva.

En realidad, el mérito sustantivo es un presupuesto para iniciar o continuar con la persecución penal. Es hasta cierto punto incorrecto afirmar que el mérito sustantivo es un presupuesto de la medida cautelar. En verdad, el mérito sustantivo es un *presupuesto de la persecución penal* y, si no existe sospecha sustantiva, no debe existir persecución alguna y, mucho menos, medidas cautelares tendientes a garantizar un proceso que no se ha abierto o que ha sido clausurado.

Se trata de establecer una sospecha sustantiva acerca de que el imputado ha cometido un hecho punible, reprimido con pena privativa de libertad de efectivo cumplimiento.²¹ Si no existe este mérito sustantivo, no solo pierde sentido el encarcela-

21. Daniel R. Pastor, “El encarcelamiento preventivo”, en Julio B. J. Maier (comp.), *El nuevo código procesal penal de la nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, p. 48.

miento preventivo sino, también, el desarrollo del mismo procedimiento penal en contra del imputado.

Siguiendo en el ámbito práctico, también existe el problema de que no se cumple con el estándar probatorio que verifica adecuadamente el mérito sustantivo a la hora de resolver sobre la medida de coerción en los casos concretos.

En la práctica, se detiene sin cumplir con los estándares probatorios necesarios para hacerlo, pues o se abusa de situaciones que autorizan las detenciones sin orden ni control judicial –v. gr., las detenciones en flagrancia en Guatemala o en México–, o bien se dicta el auto de prisión preventiva sin la prueba suficiente que exigen las reglas legales respecto del mérito sustantivo.

Piénsese, en este último sentido, que en el CPP Nación el estándar probatorio para dictar el auto de procesamiento y, en consecuencia, el auto de prisión preventiva, es prácticamente idéntico al del auto de elevación a juicio. Sin embargo, el largo período de tiempo que transcurre en nuestro sistema entre la detención y la remisión a juicio demuestra que las detenciones no cuentan con el cumplimiento de las exigencias probatorias requeridas legalmente. En síntesis, se detiene para investigar, y no se investiga para detener.

En conclusión, la práctica de nuestra justicia penal indica dos circunstancias, ambas ilegítimas. En ciertos casos, el mérito sustantivo, luego de ser efectivamente comprobado, opera como fundamento de las medidas de coerción. En otros casos, se detienen personas sin siquiera verificar la existencia del mérito sustantivo acerca de su eventual participación en un hecho punible. En este contexto, se utiliza la detención como método que justifica las negligencias estatales en la investigación.

PROBLEMAS NORMATIVOS

En segundo término, y ya en el terreno normativo, la práctica legislativa de regular “delitos no excarcelables” también descansa sobre el mérito sustantivo como fundamento de la detención.

En efecto, pues una vez corroborada la imputación, la medida de coerción resulta ineludible. En consecuencia, solo se requiere la sospecha sustantiva de la participación en el hecho punible para ser privado de la libertad. Lo mismo sucede con algunos delitos en particular.

Así, por ejemplo, el art. 316, párr. II, CPP Nación, dispone el encarcelamiento preventivo obligatorio cuando el hecho imputado acarree una pena superior a los ocho años de privación de libertad. De igual modo, la misma disposición impide conceder la excarcelación cuando se trate de la imputación “de los delitos previstos por los artículos 139, 139 *bis* y 146 del Código Penal” (art. 316, párr. II, CPP Nación).

De esta manera, se cumple el vaticinio de Giudici, quien sostenía que “solo en los tiempos de la tiranía bastó la acusación para encarcelar a un ciudadano”.²² En estos supuestos, por decisión del legislador, el mérito sustantivo se convierte en el único “fundamento” –ilegítimo, por cierto– para dictar el encarcelamiento preventivo.

Esta invalidez normativa fue impugnada en un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires:

Sobre el punto, cabe acotar que la calificación legal de los hechos que se le imputan ahora a Barbará impedirían, en principio, que permanezca en libertad mientras se sustancia la causa de acuerdo a lo dispuesto formalmente en los arts. 316, 317 y concordantes del CPPN.

...

Los fundamentos utilizados por el Sr. juez de grado para ordenar su imposición, tienen como único sustento la calificación de los hechos atribuidos, sosteniendo que su penalidad torna imposible que transite en libertad el proceso por estricta aplicación del art. 316 del CPPN... El *a quo* no realiza ninguna otra ponderación que no sea la de relacionar el monto de la pena en abstracto que puede corresponder y las reglas que surgen del juego de las pautas previstas en el art. 316 del CPPN. Por ese motivo resuelve que Barbará debe ser encarcelado preventivamente, y por ello también considera que no corresponde hacer lugar al pedido de exención de prisión; el delito de esa forma sería inexcusable porque las reglas objetivas de aplicación al caso no admitirían prueba o discusión en contrario, ya que son *iuris et de iure*.

...

Resulta claro, en consecuencia, que el encarcelamiento preventivo solo puede tener fines procesales, porque se trata de una medida cautelar, no punitiva, criterio que, como se dijo, surge de lo expresamente previsto en el art. 280, CPPN, y que fuera consagrada en distintos precedentes por la Corte Interamericana de Derechos Humanos...

III. Cabe poner de resalto que el imputado Barbará, gozando del beneficio de la excarcelación, que le fuera concedido luego del auto de procesamiento con prisión preventiva que registra a fs. 2186/2205, siempre estuvo a derecho, con lo cual, no encuentra justificación, a mi juicio, el nuevo dictado de dicha medida cautelar por el solo hecho de haberse modificado la calificación atribuida. Acerca de las pautas que fija el artículo 316 del CPPN, se ha sostenido con razón que “... la sola sospecha de que el imputado, por el monto de pena que se espera en el caso de recaer condena intentará eludir la acción de la administración de justicia penal, no puede justificar ningún encarcelamiento preventivo. El Estado, para aplicar un encarcelamiento preventivo constitucionalmente autorizado, debe probar sus presupuestos... si, por la escala penal prevista para el delito imputado, en el hipotético caso de llegarse a una condena ésta deberá ser de cumplimiento efectivo,

22. Citado por Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 630.

entonces siempre, en la escena del proceso, el cumplimiento será adelantado desde la sentencia definitiva hasta el auto de procesamiento, en franca violación al principio de inocencia, dado que, además, ese encarcelamiento preventivo previsto por el Código Procesal Penal no debe cumplir necesariamente función en la neutralización de los peligros procesales que, según la teoría, autorizan la imposición de la prisión preventiva: basta el monto de la pena que se espera; los peligros procesales... se presumen. (¿Puede alguien afirmar seriamente que en estos casos se presume, no solo sin pruebas, sino, peor, sin admitir prueba en contrario, el peligro fuga?). Esa presunción ¿no es manifiestamente violatoria del principio de inocencia? (Daniel Pastor, “El encarcelamiento preventivo”, en AA.VV., *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, pp. 50 y 55/56).

Existe también jurisprudencia de otros tribunales que establecían lo mismo. La Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad de Buenos Aires, en el caso “Chabán”, revocó la denegación de la excarcelación dictada por el juez de grado y solicitada por el imputado, invocando el monto máximo de 8 años del art. 316. En el fallo, el voto de Garrigós de Rébora y Bruzzone señalaron la jurisprudencia sobre el tema:

Las pautas a tener en cuenta para encarcelar a un ciudadano previo al dictado de la sentencia condenatoria, se fundan en el mismo punto de partida, autorizando a los jueces a dictar la más grave medida de coerción personal, la prisión preventiva, si se constatan objetivamente esos peligros. Como medida cautelar, a su vez, y sin perjuicio de su obvia similitud, no puede confundirse con la pena privativa de la libertad, en su fundamentación. Este es un valor que debe ser reafirmado en nuestro país, siendo un principio asentado y respetado en toda la tradición jurídica de Occidente, que solo en los supuestos estrictamente necesarios, para neutralizar la posibilidad de fuga del imputado o de entorpecimiento de la investigación, corresponde encarcelar preventivamente, como lo establece el art. 280, CPPN y lo que en concordancia con él fija el art. 319 del mismo cuerpo legal.

Procedentes de este tribunal, y en su historia reciente, contamos con los siguientes fallos: de la Sala I, causa No. 21.143, “Barbará, R. R.”, rta. 10/11/03; causa No. 22.822, “Di Zeo, R.”, rta. 30/12/03; causa No. 25.714, “Fernández, G. A.”, rta. 22/3/03, entre muchos otros; de la Sala IV, si bien muchos de ellos en minoría, causa No. 24.520, “Panno, J.C.”, rta. 17/7/04; causa No. 26.018, “Romero González, G. S.”, rta. 2/3/05; causa No. 26.178, “Fariás, G.”, rta. 8/3/05; causa No. 26.213, “Benítez, M.”, rta. 8/3/05; causa No. 26.126, “Flores, R. F.”, rta. 23/3/05; causa No. 26.443, “Ardiles, A.”, rta. 14/4/05; causa No. 26.512, “Bolaño, T.”, rta. 20/4/05; causa No. 26.437, “Rimólo, M. C. M.”, rta. 2/5/05; causa No. 26.513, “Soiohaga”, rta. 4/05/05; causa No. 26.618, “Soza, S. A.”, rta. 10/5/05; causa No. 26.604, “Natal, L. A.”, rta. 10/5/05; causa No. 26.417, “De Sanliborio, M.”, rta. 11/5/05, entre otras).

Asimismo, lo recientemente sostenido por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa No. 5472, “Macchieraldo, Ana María Luisa s/ recurso de casa-

ción e inconstitucionalidad, rta. 22/12/04 y lo que surge del fallo de la CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus”, V. 856. XXXVIII, y sus citas, que se refieren a una larga tradición de la Corte en ese sentido, aunque con importantes contradicciones.²³

Otro problema normativo serio, que ya le valió atribución de responsabilidad internacional al Estado Argentino –CIDH, Informe 2/97–, lo constituye el art. 11 de la ley 24.390:

Artículo 11. Quedan expresamente excluidos de los alcances de la presente ley los imputados por el delito previsto en el artículo 7o. de la ley 23.737 y aquéllos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el artículo 11 de esa misma ley.

Mediante la aplicación de esta disposición, se excluye del régimen de la ley 24.390 a quienes se hallaren imputados por el delito previsto en el art. 7 de la ley de estupefacientes, lo que significa que para cierta categoría de imputados la ley no prevé límite temporal alguno de cesación del encarcelamiento preventivo.

Al respecto, la Comisión Interamericana opinó:

51. La severa restricción introducida por esta ley se refiere a los delitos de narcotráfico, y se funda en la naturaleza reprochable y consecuencias sociales negativas de este tipo de delitos. Sin embargo, es otro elemento que puede ser utilizado para *menoscabar la presunción de inocencia*, teniendo en cuenta que las personas acusadas por delitos de narcotráfico son automáticamente excluidas de los beneficios de limitación de la prisión preventiva. *Podría incluso considerarse que se les impone un castigo anticipado*, sin que el juez competente se haya pronunciado aún sobre su culpabilidad. Asimismo, esta situación puede dar origen a la aplicación arbitraria y desviada de la prisión preventiva, con fines distintos a los previstos en la propia ley.

52. La excepción del artículo 10o. afecta a seis peticionarios acusados de delitos de narcotráfico cuyos casos se tramitan ante la Comisión, y que aún se encuentran privados de su libertad a la fecha del presente informe. Se trata de los casos 11.236 (Alonso), 11.242 (Gil Suárez), 11.243 (Karlikowski), 11.247 (Melchiorre), 11.249 (Fernández), y 11.254 (Fagoaga). *La Comisión estima que la norma mencionada tiende a crear una excepción al principio de presunción de inocencia* (CIDH, Informe 2/97, destacado agregado).

Cabe preguntarse, finalmente, si es correcto que se tome en cuenta el mérito sustantivo, pues ello señalaría que el Estado solo encarcelaría a quienes probablemente considerara culpables. Si bien el presupuesto de la sospecha sustantiva es un requisito razonable, también puede vincularse a una eventual presunción de culpabilidad. El

23. CNACC Buenos Aires, Sala V, causa No. 26.909, “Chabán, Omar Emir s/excarcelación”, 13/5/05.

problema que se genera consiste en que el mérito sustantivo opere realmente como un presupuesto, y, al mismo tiempo, no sea utilizado arbitrariamente como fundamento del encarcelamiento.

Lo que pretendemos decir con esto es que la decisión de privar de la libertad a un inocente debe derivar de la existencia de un supuesto peligro procesal, y no *de la verificación de la sospecha sustantiva* sobre su eventual responsabilidad en la comisión de un hecho punible.

Es difícil no reconocer que cuando se verifica la posible comisión de un hecho punible de mediana o alta gravedad por parte de un imputado, ese solo hecho opera como fundamento “legítimo” de la restricción de sus derechos. Y en estos casos, al inicio del procedimiento, no opera ni el principio de proporcionalidad ni el plazo razonable de detención para obtener la libertad.

La modificación de la ley 24.390, sumada a la jurisprudencia local e internacional que no obliga a respetar los plazos de esa ley, unida al sistema de enjuiciamiento decimonónico que rige en el ámbito nacional, produce, de manera necesaria, un sistema que opera de manera negligente para cumplir con las funciones persecutorias en materia penal. Dentro de este marco, la única manera de administrar castigo consiste en recurrir a la privación de libertad cautelar. La tolerancia del sistema respecto de los presos sin condena, por otra parte, actúa como incentivo para mantener o empeorar la situación.

En conclusión, el requisito material del mérito sustantivo trae más problemas para el principio de inocencia que soluciones, razón por la cual podemos poner en duda –al menos momentáneamente– su utilidad protectora del estado jurídico de los inocentes que debe beneficiar. En este sentido, señala Ferrajoli:

Es claro que el automatismo producto de la obligatoriedad resuelve *ex lege* el problema de los criterios y, por ello, de la función de la prisión preventiva, puesto que implica una presunción legal absoluta de peligrosidad, poco importa si es de tipo procesal... o penal... Y sobre todo es claro que tal presunción absoluta de peligrosidad –al derivarse (no de la prueba, sino) de “suficientes indicios de culpabilidad”, es decir, del mismo tipo de indicios requeridos para formular la imputación– equivale por completo a una presunción de culpabilidad del imputado.²⁴

24. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 554.

PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD

APLICACIÓN PRÁCTICA

El principio de excepcionalidad es uno de los principios que a primera vista resulta más aceptable cuando hablamos de encarcelamiento preventivo de personas inocentes. Sin embargo, es necesario destacar algunas de sus particularidades.

En realidad, si lo analizamos desde el punto de vista del funcionamiento del sistema de justicia penal en su conjunto, es más saludable un sistema en el cual opera el principio de excepcionalidad que aquél en el cual no interviene, pues un sistema tal podrá reducir la tasa de presos sin condena.

Sin embargo, el principio no opera, en la práctica, como mecanismo protector de la libertad y del principio de inocencia, pues, o bien el legislador incumple con su obligación de regular un amplio catálogo de medidas cautelares menos lesivas que el encarcelamiento preventivo, o bien, porque tales medidas, a pesar de haber sido legisladas, no son aplicadas por los operadores judiciales. Ellos aplican las leyes procesales como si el programa legislativo previera el encarcelamiento preventivo como regla.²⁵

En verdad, en nuestro caso, debemos preguntarnos si el único medio “absolutamente indispensable” para evitar la fuga de los imputados es su encarcelamiento o si, por el contrario, existen otras medidas que puedan tender a obtener análogo fin.

Para esto debe aclararse que ninguna medida (ni siquiera la prisión) *asegura* el fin de lograr la aplicación de la ley, pues la propia vida en prisión suele ser un importante estímulo para la fuga (mucho más en las penosas condiciones en las que se cumple en los hechos). Pero incluso, es claro, que lo que favorece la rebeldía es, en verdad, la propia prisión preventiva, o la amenaza de tal medida, pues sin amenaza de prisión preventiva no podemos pensar siquiera en el peligro de fuga, ya que no existirían motivos para mantenerse fugados de la justicia (en tal sentido, dicho temor solo existiría una vez que adquiriera firmeza una sentencia de condena). En otros términos, el único motivo para pensar que alguien puede no presentarse ante la Justicia, durante el proceso, es el temor a ser encarcelado (de modo tal que el riesgo de fuga desaparece cuando se asegura la libertad del imputado durante el proceso).

25. Debe admitirse, sin embargo, que legisladores tales como el nacional y el bonaerense han legislado el encarcelamiento preventivo como regla. Sobre el CPP Nación, cf. Pastor, *El encarcelamiento preventivo*. Ver, también, subtítulo “Inaplicación de los criterios” desarrollado en este trabajo.

PROBLEMA CONCEPTUAL

Pero ésta es una cuestión de prácticas de la justicia penal. Más allá de ello, el principio trae un problema intrínseco a él. En efecto, aun si se cumpliera con el programa normativo del principio de excepcionalidad, el cumplimiento en la mayoría de los casos de no aplicar el encarcelamiento no tendría virtualidad para justificar la privación de libertad anticipada, en aquellos casos en los cuales “excepcionalmente” se aplicara, pues el ordenamiento jurídico no establece que solo a *la mayoría de los imputados* se le debe respetar el principio de inocencia, sino a *todos ellos*.

Veamos como ejemplo el caso de Costa Rica. Este país contaba con un 47,40% de presos sin condena en 1981. En los años siguientes, el porcentaje disminuyó notablemente, alcanzando porcentajes inferiores al 20% en 1992, 1993 y 1994.²⁶

Si bien se ha señalado con preocupación la tendencia, posterior a la de los años citados, al aumento de los porcentajes de presos sin condena, también es cierto que se admite que el “Poder Judicial costarricense ha hecho significativos esfuerzos por reducir el número de personas sometidas a prisión preventiva”. Entre los factores más importantes que han contribuido a la disminución de las tasas de presos sin condena, se señala la “intervención” de la Sala Constitucional sobre la jurisdicción penal, que determinó el cambio de “una gran cantidad de prácticas viciadas que ocurrían alrededor de la detención, poniendo en evidencia los límites constitucionales y legales a la actividad de los policías, de los fiscales del Ministerio Público y de los jueces en relación con la detención de personas”.²⁷

Es interesante señalar el reconocimiento de los propios jueces penales de la cuota de responsabilidad que les correspondió en el desencadenamiento del proceso protagonizado por la Sala Constitucional:

Desde luego que esa intervención nos la ganamos los jueces de lo penal, en virtud de los rígidos criterios y las interpretaciones extraídas de los preceptos que regulaban la prisión preventiva y la detención policial, de espaldas a la Constitución Política y las convenciones internacionales sobre Derechos Humanos.²⁸

Como muestra el ejemplo, en las mejores condiciones posibles, y con un poder judicial comprometido con la defensa de la libertad, alrededor de un 20% de las per-

26. En 1992 el porcentaje fue del 14,7; en 1993, del 14,5; y en 1994, del 18,5 (cf. Editorial, “El aumento del número de presos sin condena”, en *Ciencias Penales* No. 10, San José, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica Editorial, p. 1).

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

sonas detenidas eran presos sin condena. El principio de excepcionalidad *no funcionó para ellos*, pues fueron sometidos a la medida de coerción más violenta del orden jurídico vigente. Si, como dice el Pacto Internacional:

... La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas *no debe ser la regla general...* (art. 9.3, destacado agregado)

La regla citada es un mandato que tiende a proteger a la mayoría de los imputados, pero no a todos ellos. Así, aun cuando el principio de excepcionalidad se cumpliera, siempre habría un grupo que “excepcionalmente” se hallaría privado de su libertad. Piénsese en la diferencia de efectos que el principio produce en relación a detenidos y a imputados en libertad. A algunos les garantiza la libertad; a otros –aunque sean los menos– los coloca en idéntica situación que a los condenados.

¿Cómo conjugar esta injusticia, esta desigualdad de trato? ¿Con qué palabras le explicamos a las personas detenidas que ellas gozan del mismo estado jurídico de inocencia que quienes están en libertad?

Más allá de ello, el principio de excepcionalidad, *pese a su falta de aplicación práctica*,²⁹ es un principio positivo que hay que cuidar y tenerlo en miras al hablar de cualquier medida de coerción, sobre todo por su doble efecto –aplicación excepcional de la coerción y aplicación de las medidas menos lesivas–.

LOS FINES PROCESALES

LA IRRELEVANCIA DEL FIN

Según la doctrina más garantista, “la presunción de inocencia no puede significar la prohibición del dictado de la prisión preventiva... La solución solo puede descansar en la concepción que sostiene que la prisión *es prohibida como pena anticipada* y que *debe diferenciarse* entre esta medida coercitiva y la pena privativa de libertad...”³⁰

Sin embargo, se reconoce, al mismo tiempo, “que la prisión preventiva y la pena privativa de libertad *no se pueden diferenciar sustancialmente* en la intensidad de la restricción a la libertad. Entre ambas solamente es posible una distinción *que parta*

29. Este principio debe ser recuperado en su actual sentido en cualquier reelaboración del principio de inocencia y de un programa de aplicación de medidas de coerción.

30. Javier Llobet Rodríguez, *La prisión preventiva*, San José, Ed. UCI, 1997, p. 171 (destacado agregado).

de los fines de la privación de libertad en cada una de ellas”.³¹ En este sentido, se sostiene:

La diferencia entre la *coerción material* y la *procesal* no se observará por el lado del uso de la fuerza pública, ni centrando la mira en aquello que implica la privación de libertades otorgadas por el orden jurídico, elementos que caracterizan a toda coerción estatal y que, por lo tanto, son comunes a ambas; solo se puede establecer por el lado de los *fines* que una y otra persiguen...³²

Es necesario señalar que *no es cierto* que la diferencia entre coerción procesal y material no se pueda establecer por el lado del uso de la fuerza pública, “ni centrandolo la mira en aquello que implica la privación de libertades otorgadas por el orden jurídico, elementos que caracterizan a toda coerción estatal y que, por lo tanto, son comunes a ambas”. La magnitud de “aquello que implica la privación de libertades” pueden diferenciarse perfectamente estableciendo un régimen mucho menos restrictivo de derechos para la coerción procesal que el de la coerción sustantiva. Tampoco es cierto que la magnitud de la restricción de libertades “caracterizan a toda coerción estatal”, pues el Estado cuenta con facultades jurídicas para imponer medidas de coerción de diverso contenido, finalidad y alcance de la restricción de derechos.

Así, la doctrina justifica que el Estado imponga una restricción de la libertad a una persona inocente que *en nada se diferencia de una pena*. Según esta misma doctrina, tal restricción es legítima por el fin que el Estado cumple con la privación de libertad. Así, se sostiene en la doctrina más restrictiva del encarcelamiento preventivo:

... la detención judicial... [s]e asemeja en su apariencia externa a la pena privativa de la libertad, consistiendo ésta... en el encarcelamiento en un lugar cerrado, pero no tiene la finalidad de constituir un mal al afectado, que pudiera merecer en razón de su hecho, sino de prevenir el entorpecimiento de la realización del proceso y, consiguientemente, de causar las afectaciones imprescindibles a su finalidad preventiva.³³

Veamos, entonces, qué tenemos. Por un lado, tenemos un individuo jurídicamente inocente, al cual, se supone, el Estado no puede someter a medidas coercitivas de carácter represivo. Por el otro, tenemos órganos estatales que necesitan atentar contra la libertad de esta persona inocente, con la finalidad de aplicar una medida materialmente represiva.³⁴

31. *Ibíd.*

32. Julio Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, 2a. ed., p. 514.

33. San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 818.

34. Olvidémonos por un momento del eufemismo del fin cautelar. En lo que todos están de acuerdo es que la restricción de derecho a la libertad que sufre un inocente y un culpable son sustancialmente idénticas.

Frente a esta coyuntura, se admite que si la finalidad del órgano estatal es procesal, esto es, la finalidad de garantizar la realización del derecho penal, éste puede aplicar sobre el inocente una medida de carácter materialmente represiva.

Si, como se reconoce expresamente, no hay diferencia sustancial entre la pena y el encarcelamiento preventivo, la única circunstancia que distingue a este último de la sanción represiva consiste en su fin pretendidamente cautelar.

Sin embargo, la garantía que protege al inocente debe analizarse, para determinar si ha sido respetada o no, desde el punto de vista *del individuo cuya libertad protege*. Desde este enfoque, debe reconocerse que se impone al inocente *la misma medida que al condenado*. Difícilmente se pueda afirmar que la restricción de la libertad del inocente varíe en algo, para él, por el pretendido fin que, desde el punto de vista del Estado,³⁵ se le atribuya a la detención.

En este sentido, Andrés Ibáñez señala:

Se ha podido comprobar en el caso de Carrara, paradigmático por su sinceridad. Y es también advertible en un autor, Hélie, de obligada referencia cuando se trata de discurrir sobre la naturaleza y razón de ser de la prisión provisional. Es sintomático que el autor se encuentre en el deber de iniciar su discurso con la afirmación de que “la privación preventiva de libertad (*détention préalable*) de los inculcados no es una pena, puesto que ninguna pena puede existir donde no hay culpable declarado tal en juicio, donde no hay condena”. Después, señalará que aquélla, “si se la descompone en sus diferentes elementos, es a la vez una medida de seguridad, una garantía de la ejecución de la pena y un medio de instrucción”.³⁶

En la expresión de Hélie, la prisión provisional no *es* (realmente) una pena solo porque (jurídicamente) no *debe* serlo, habida cuenta, sobre todo, del momento en que opera. Lo que equivale a aceptar la evidencia de que entre una y otra se da una clara comunidad de naturaleza, que se hace patente tanto en la identidad de los bienes personales afectados, en cada caso, como por el modo en que se produce esa afectación. Así, la única diferenciación posible entre ambos institutos habrá que buscarla en un dato externo: su función formal-procesal.³⁷ Y es precisamente ésta la dirección en la que se han proyectado los

35. Más allá de lo dicho, también hay un problema con el fin atribuido, no solo porque pocas veces, en la realidad, la prisión preventiva se aplica con fines procesales sino porque, además, no sabemos en la voluntad de quién debemos hurgar para determinar cuál es la finalidad real de la detención.

36. [Nota en el texto citado] M. Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle ou theorie du Code d'instruction criminelle*, vol. V, París, Ch. Hingray, 1853, p. 748.

37. [Nota en el texto citado] Naturalmente, el criterio de discernimiento es el del fin jurídico-formal o interno, puesto que vista desde una perspectiva criminológica externa, la función que efectivamente cumple la prisión provisional en el modo de ser real del proceso en la generalidad de nuestros países, es, como se ha dicho antes, la de una anticipación de los efectos de la pena.

esfuerzos dirigidos a proponer criterios de discernimiento convincentes entre ambas instituciones.³⁸

El principio de inocencia no existe para prohibir al Estado imponer al inocente medidas sustancialmente represivas con fines también represivos, sino para *prohibir al Estado imponer al inocente toda medida sustancialmente represiva*, independientemente de los fines atribuidos a tal medida.

El derecho a ser tratado como inocente requiere un trato material ajeno al fin del Estado; es un derecho del imputado que genera obligaciones de no hacer para la autoridad pública. La pretendida finalidad que la autoridad le atribuya a un hacer que tiene prohibido no justifica su acción.

JERARQUÍA AXIOLÓGICA DEL FIN PROCESAL

Retomemos por un instante los criterios de interpretación que deben guiar la privación de libertad de personas inocentes. Para que el fin atribuido a la medida que anula por completo el derecho protegido –la libertad ambulatoria– pueda justificar la magnitud de esa restricción, ese fin debe ser, necesariamente, axiológicamente superior a la libertad conculcada.

Si fuera de idéntico valor, por ejemplo, no podría justificar la anulación íntegra del derecho a la libertad del imputado, pues se debería adoptar una solución de compromiso que permitiera equilibrar la tensión entre la restricción y el ejercicio del derecho.

Sin embargo, el principio de inocencia significa, precisamente, que se ha reconocido *mucho mayor valor* a la libertad individual que a la necesidad de garantizar el normal desarrollo del proceso penal. Y este mayor valor adquiere máxima trascendencia, especialmente, cuando peligran los fines procesales, pues en los demás casos no existe necesidad de restringir la libertad. Si no fuera así, la garantía no tendría sentido limitador alguno.

Dado que los fines procesales, por decisión expresa del principio de inocencia, revisten *menor jerarquía* que la libertad ambulatoria del inocente, solo pueden permitir, en todo caso, *restricciones mínimas* a la libertad del imputado, que jamás pueden asemejarse, por su intensidad o duración, a la pena misma. Esto es lo que sucede, precisamente, con la prisión preventiva, y es *exactamente lo que el principio de inocencia prohíbe*.

38. Andrés Ibáñez, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo”, en *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp. 10 y ss.

Varios autores ya se han pronunciado sobre la inconstitucionalidad del encarcelamiento preventivo. Ferrajoli, por ejemplo, ha puesto la cuestión de la ilegitimidad del fin supuestamente procesal en sus justos términos:

La debilidad de esta posición de compromiso, que ha demostrado ser incapaz de contener el desarrollo patológico de la privación de libertad sin juicio, radica en su incoherencia con la proclamada presunción de inocencia, enmascarada bajo el patético sofisma de la naturaleza no penal del instituto, y es la misma debilidad que ya había aquejado a la posición de los ilustrados. Los principios ético-políticos, como los de la lógica, no admiten contradicciones, so pena de inconsistencia: pueden romperse, pero no plegarse a placer; y *una vez admitido que un ciudadano presunto inocente puede ser encarcelado por “necesidades procesales”, ningún juego de palabras puede impedir que lo sea también por “necesidades penales”*.³⁹

Pero este autor no ha sido el único:

1. La primera cuestión ha sido objeto de análisis desde antiguo y ha sido reflatada hoy por diversos autores. Se expiden en favor de la inconstitucionalidad de la prisión anterior a la sentencia firme de condena, entre otros, *José GARCÍA VIZCAÍNO, Libertad bajo fianza*, en *El Derecho*, Bs. As., T. 92, 1981; *Gabriel E. PÉREZ BARBERÁ, Prisión preventiva y excarcelación*, en *La Ley*, Córdoba, diciembre de 1992; *Graciela LEDESMA, Presos sin condena: inocentes condenados*, en *Ponencias*, VIII Congreso Nacional de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de La Plata, 1996; *Eugenio Raúl ZAFFARONI, Alejandro SLOKAR y Alejandro ALAGIA, Derecho Penal, Parte General*, EDIAR, Bs. As., 2000; *Matilde M. BRUERA, Cárcel*, en *Universitas Iuris*, Publicación de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, año 2, No. 10, 1996, ps. 3 y ss.; parece ser ésta, también, entre los trabajos argentinos, la posición de *Fabián I. BALCARCE, Presunción de inocencia –Crítica a la posición vigente–*, Lerner, Córdoba, 1996; *Luigi FERRAJOLI, Derecho y Razón –teoría del garantismo penal–*, Trotta, Madrid, 1989. Esta es también la tesis que tuve al ocasión de defender en mi artículo *La prisión de presuntos inocentes*, en *Revista de la Facultad de Derecho y C. S. de la Universidad Nacional del Comahue*, No. 1, año 1993 y *Deslegitimación constitucional de la prisión durante el proceso*, en revista *Universitas Iuris*, Universidad Nacional de Rosario, año 3, No. 14, julio de 1997. (Resolución de la Cámara de Apelaciones de Neuquén, del 1 de noviembre de 2001, voto de Gustavo Vitale).

En segundo término, la justificación de la privación de libertad del inocente invocando la necesidad de neutralizar los peligros procesales carece de sustento lógico. Veamos. El principio de inocencia prohíbe aplicar una medida represiva a toda persona a quien se le atribuya la comisión de un hecho punible, pero no se haya demos-

39. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 555 (destacado agregado).

trado en juicio tal imputación. Ello implica que para aplicar una sanción represiva *por un hecho delictivo ya cometido* debo demostrar la responsabilidad del autor en un juicio. En síntesis, sin juicio previo no puede haber pena.

No se puede justificar, entonces, que como no puedo aplicar una pena sin realizar un juicio, puedo anticiparla con el supuesto fundamento de que puede ocurrir un hecho futuro que no sea punible y que puede dificultar la realización del juicio. Además, no podemos dejar de lado que la ocurrencia de un hecho futuro sea indemostrable. Así, como no se puede aplicar una pena sin juicio, la aplico anticipadamente por si acaso no se pueda realizar tal juicio. Esto no es una justificación, es un absurdo.

LA VERIFICACIÓN DEL PELIGRO

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado “que la detención preventiva es una medida excepcional y que se aplica solamente en los casos en que *haya una sospecha razonable* de que el acusado pueda evadir la justicia, obstaculizar la investigación preliminar intimidando a los testigos, o destruir evidencia”.⁴⁰

Para observar esta exigencia, el juicio sobre la existencia del peligro en el caso particular solo puede corresponder a un órgano judicial.⁴¹ El juicio de peligrosidad procesal solo puede estar a cargo del tribunal, pues éste exige la comprobación efectiva de circunstancias objetivas y ciertas, en un caso concreto, y respecto de un imputado determinado, que indiquen la existencia probable de peligro procesal.

Pero lo más relevante es que el peligro procesal debe tener fundamentos en elementos objetivos que deben ser verificados. Dado que el encarcelamiento preventivo se impone con la pretensión de evitar hechos que pueden suceder en el futuro, esto es, aún no realizados, cabe preguntarse si es posible que, en el marco del procedimiento penal, se pueda verificar esa circunstancia.

Si tenemos en cuenta el peligro de fuga, parece difícil que la eventual huída del imputado pueda ser verificada de alguna manera. Salvo casos excepcionales, en los cuales se descubre al imputado cuando ya ha comenzado a desarrollar el plan para evadir la acción de la justicia –v. gr., se comprueba que ha adquirido un pasaje de ida a un país extranjero, y es detenido en el aeropuerto–, no parece posible deducir de

40. CIDH, Informe No. 12/96, párr. 84 (destacado agregado).

41. Por ello, la legislación procesal no puede establecer criterios generales que impongan al tribunal el deber de ordenar la privación de libertad, independientemente de las circunstancias concretas del caso. Ello sucede, por ejemplo, cuando se establece la obligatoriedad de dictar la detención cautelar para cierto tipo de delitos.

otro tipo de hechos, ya acontecidos, la realización de un hecho futuro de las características de la fuga.

Lo mismo sucede con el peligro de entorpecimiento de la investigación. Por tratarse, también, de hechos futuros, su verificación presenta idénticos problemas. Aun en el supuesto de que se demuestre, en el caso concreto, que el imputado ya ha realizado algún acto entorpecedor, de allí tampoco se puede deducir que repetirá comportamientos similares en el futuro.

El problema es que, según se afirma, el tribunal debe verificar la existencia del peligro concreto a través de datos objetivos, derivados de elementos de prueba incorporados válidamente al proceso. Sin embargo, parece extremadamente difícil, al menos en la mayoría de los casos, “probar” la realización de un comportamiento del imputado que sucederá en el futuro.⁴² Esta cuestión, en sí misma, plantea un grave problema para conciliar el encarcelamiento preventivo con el principio de inocencia.

El principio de inocencia solo autoriza imponer una pena cuando se haya demostrado con certeza, luego de una investigación exhaustiva, la efectiva realización de determinado comportamiento acontecido en el pasado.

Al mismo tiempo, se afirma que el peligro procesal justifica el encarcelamiento anticipado del inocente. Ahora bien, ¿es posible admitir que la pena solo puede ser fundada en la certeza de que un comportamiento ha sido efectivamente realizado y, al mismo tiempo, afirmar que es legítimo privar de la libertad a una persona debido a la posible realización de hechos futuros sobre los cuales no se requiere certeza alguna?

FINES SUSTANTIVOS

A pesar de que la mayoría de la doctrina, de la jurisprudencia de los tribunales locales de los diversos países, de la doctrina de algunos órganos internacionales de aplicación de instrumentos convencionales de derechos humanos, limita los supuestos de peligro procesal a dos casos: a) peligro de fuga; y b) peligro de entorpecimiento, ya hemos visto que la doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas admite como tercer motivo que justifica la detención la peligrosidad del imputado y su posibilidad de reincidencia.

Del mismo modo se admite esta tercera causal no procesal sino sustantiva en el CPP Costa Rica:

42. Piénsese que si el Estado aún no ha podido probar un hecho que efectivamente ya fue cometido –el hecho punible objeto del proceso–, cuánto más improbable es que “pruebe” –en verdad, se trata de una tarea imposible– que es muy posible que algo suceda en el futuro.

Artículo 239. Procedencia de la prisión preventiva

El tribunal ordenará la prisión preventiva del imputado, siempre que concurran las siguientes circunstancias:

- a) Existan elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él.
- b) Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); o continuará la actividad delictiva.
- c) El delito que se le atribuya esté reprimido con pena privativa de libertad.

El “peligro de reiteración” rige como causal de encarcelamiento preventivo en Alemania para “numerosos delitos que, de acuerdo con la experiencia práctica, muchas veces son cometidos como delitos en serie, y a los que se cree poder prevenir, de modo más eficaz que hasta ahora, a través de la detención temprana del imputado”.⁴³

También hay excepciones al fin procesal de la detención cautelar en el CPP Guatemala, producto de un proceso de contrarreforma que introdujo modificaciones de carácter autoritario al Código procesal penal, como se puede apreciar en el agregado que se hizo al artículo que transcribimos a continuación:

Artículo 264. Sustitución. Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser razonablemente evitado por aplicación de otra medida menos grave para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, podrá imponerle alguna o varias de las medidas siguientes:

1. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o residencia o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.
2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.
3. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que se designe.
4. La prohibición de salir, sin autorización, del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal.
5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

43. Roxin Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 261.

7. La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible. En especial, evitará la imposición de una caución económica cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado impidan la prestación.

En casos especiales, se podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

(Reforma dto. 32-96) No podrá concederse ninguna de las medidas sustitutivas enumeradas anteriormente en procesos instruidos contra reincidentes o delincuentes habituales o por delitos de homicidio doloso, asesinato, parricidio, violación agravada, violación calificada, violación de menor de doce años de edad, plagio o secuestro en todas sus formas, sabotaje, robo agravado y hurto agravado.

También quedan excluidos de medidas sustitutivas los delitos comprendidos en el capítulo VII del decreto No. 48-92 del Congreso de la República, ley contra la narcoactividad.

Las medidas sustitutivas acordadas deberán guardar relación con la gravedad del delito imputado. En caso de los delitos contra el patrimonio, la aplicación del inciso séptimo de este artículo deberá guardar una relación proporcional con el daño causado.

Los tres últimos párrafos agregados al art. 264 establecen el deber judicial de dictar la prisión preventiva obligatoria, aunque no exista peligro procesal alguno, para los supuestos allí enunciados, todos ellos fundados en razones sustantivas.

CONCLUSIONES

En síntesis, la muletilla de los fines procesales no distingue lo que en el mundo es igual: el encarcelamiento preventivo, como la pena, son medidas represivas. El fin que se le asigne no puede justificar su pretendida legitimidad.

Así, por ejemplo, no se puede justificar que se trate a una persona como esclava para evitar una sedición, o para realizar el bien común. La Constitución Nacional prohíbe que se atribuya a cualquier persona la calidad de esclava, y la bondad de nuestros fines no puede justificar una medida semejante. Del mismo modo, la Constitución prohíbe aplicar medidas represivas a los jurídicamente inocentes, y tales medidas no pueden ser justificadas, si son represivas, por sus pretendidos fines procesales.

El principio de inocencia no existe para obligar al Estado a moverse con determinados fines, sino para impedir que éste aplique medidas represivas a los inocentes.

En segundo término, la existencia del peligro procesal que supuestamente legitimaría la imposición de la privación de libertad anticipada descansa sobre presupuestos fácticos de prueba imposible.

En efecto, para afirmar la existencia de un peligro procesal hay que considerar probadas circunstancias que indiquen la eventual ocurrencia de hechos y conductas que tendrán lugar en el futuro.

Como se ha demostrado en numerosas investigaciones empíricas criminológicas, los estudios sobre condenados permiten cuestionar gravemente las predicciones sobre comportamientos humanos futuros, lo que agrava el problema de la legitimidad del encierro carcelario respecto de las personas efectivamente condenadas a una pena privativa de libertad.

Con cuánta más razón tales métodos deben ser criticados si los aplicamos a personas inocentes, respecto de quienes aún ni siquiera se ha comprobado si han cometido un comportamiento delictivo, y respecto de quienes resulta imposible predecir un comportamiento que pueda ser considerado como “peligro procesal”.

El principal problema que enfrentan las predicciones sobre comportamiento futuro es que no son pasibles de ser demostradas ni refutadas, razón por la cual su legitimidad es dudosa en todos los casos.

Por último, cuando se aplica sobre la base –aun inconsciente– de criterios sustantivos, como ha señalado el *justice* Marshall, de la Corte Suprema de los EE.UU., “las sanciones de encarcelamiento preventivo no son impuestas a todas las personas que se consideran peligrosas, solo a aquellas que están sometidas a persecución penal. Así, es la presencia de la culpabilidad que surge desde la imputación aún no demostrada la que actúa como disparadora de la detención”.⁴⁴ Se debe tener en cuenta, por lo demás, que la detención preventiva, en los EE.UU., se aplica con fines penales sustantivos a los que eufemísticamente, se los llama “regulatorios”.⁴⁵ Así, en el caso “Salerno”, la Corte tuvo que decidir si la detención previa al juicio de los imputados violaba el debido proceso sustantivo y la cláusula que prohíbe la caución excesiva de la Enmienda VIII de la Constitución federal. El voto de la mayoría analizó si la detención previa al juicio violaba el debido proceso sustantivo, y se preguntó si se

44. LeRoy Parnell, “The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary”, nota 55 y texto que la acompaña.

45. Ver la opinión de Rehnquist en *US v. Salerno*, 481 US 739, 746-747 (1987).

trataba de una “sanción inaceptable previa al juicio”⁴⁶ –con lo cual parece aceptarse que hay “sanciones aceptables previas al juicio”–.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

EL SENTIDO DE LA PROPORCIONALIDAD

Tal como Sergi ha señalado, el principio de proporcionalidad “constituyó, históricamente, el primer límite temporal a la prisión preventiva”.⁴⁷ El principio de proporcionalidad es una consecuencia necesaria del principio de inocencia, pues éste exige que los procesados reciban trato de inocentes o, como mínimo, que no reciban peor trato que los condenados.⁴⁸

El sentido del principio, sin embargo, ha variado con el transcurso del tiempo. Cafferata Nores señala sus distintos significados, señalando que la proporcionalidad se alcanza cuando se cumple: a) el agotamiento del tiempo de la pena máxima prevista en abstracto para el delito imputado; b) el agotamiento del tiempo de la sanción que puede aplicarse en el caso concreto; o c) el agotamiento del término de encierro efectivo correspondiente a la pena que pueda aplicarse en el caso concreto, con lo cual se tiene en cuenta la posibilidad de condena de ejecución condicional y, también, la posible libertad condicional.⁴⁹

El sentido actual, en consecuencia, es, como ideal, el de *estricta equivalencia* entre la prisión cautelar y la prisión como pena de cumplimiento efectivo. Por este motivo el principio de proporcionalidad ha sido denominado “prohibición de exceso”.⁵⁰ Así, la doctrina mayoritaria más moderna sostiene:

la violencia que se ejerce como medida de coerción [encarcelamiento preventivo] nunca puede ser *mayor* que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión.⁵¹

46. LeRoy Pernell, “The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary”, notas 47-50 y texto que las acompaña.

47. Natalia Sergi, *Límites temporales a la prisión preventiva*, p. 121.

48. Sobre las consecuencias de este principio en nuestro derecho, cf. Solimine, *Libertad bajo caución y situación procesal*, pp. 31 y ss.

49. Cf. José Cafferata Nores, *Limitación temporal a la prisión preventiva*, pp. 192 y ss.

50. Cf. Cecilia Sánchez Romero, *La prisión preventiva en un Estado de derecho*, p. 67.

51. Alberto Binder, *Introducción al derecho procesal penal*, p. 200.

Esta definición del principio permite que, en muchos casos, la medida cautelar resulte *igual o mayor* a la posible condena. En ordenamientos anacrónicos como nuestro CPP Nación, las disposiciones que regulan –supuestamente– el límite de la proporcionalidad tienden, como mínimo, a garantizar la estricta equivalencia entre medida cautelar y pena en abstracto y, por ello, a favorecer el incumplimiento de ese límite.

Un ejemplo de detenidos preventivos en peores condiciones que los condenados fue revelado hace muchos años por un informe sobre la situación carcelaria en España –abril de 1992–. Allí se indicaba que si bien “la mayoría de las condiciones penitenciarias son idénticas para reclusos preventivos y sentenciados, hay al menos un aspecto de la reclusión en el cual los detenidos preventivos están en clara desventaja. Los detenidos preventivos son excluidos del sistema de permisos, el cual es de vital importancia en un sistema que ofrece muy limitados derechos de visita”.⁵²

Tal regulación legal constituye, claramente, una violación al principio de inocencia y, al mismo tiempo, a la obligación del Estado de “respetar los derechos y libertades reconocidos en” la Convención Americana (art. 1.1, CADH), pues de la obligación de respetar “surge como consecuencia necesaria, la obligación de adecuar el sistema jurídico interno...”. Se trata de una obligación positiva que “acarrea la necesidad de que el Estado realice una actividad de adecuación, ello es, una obligación de hacer”.⁵³

El primer supuesto que claramente ignora la restricción impuesta por el principio de proporcionalidad es el previsto en el art. 312, inc. 2, del CPP Nación, que autoriza a ordenar el encarcelamiento preventivo “[a]unque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional”, si se puede presumir fundadamente la necesidad de neutralizar un peligro procesal (art. 319).

Esta disposición produce resultados equivalentes a la posibilidad de detener preventivamente a quien es perseguido por un hecho sancionado con pena de multa. Por lo demás, varios de los supuestos de excarcelación del art. 317 también admiten detenciones desproporcionadas.⁵⁴

52. Helsinki Watch, *Condiciones carcelarias en España*, p. 3.

53. Alejandro Kawabata, “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, punto A. 2. Esa obligación de adecuar el derecho interno a la Convención surge de su art. 2: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

54. El supuesto del inc. 2, al condicionar la libertad a la pena máxima, permite que la detención cautelar resulte desproporcionada en todos los casos en que la eventual condena admita la imposición de una pena inferior al máxi-

Códigos más modernos tratan de restringir el plazo de la detención para cumplir con la concepción de equivalencia entendida en términos más actuales. El art. 238, párr. II, del CPP Costa Rica dispone: “La privación de libertad durante el procedimiento deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso”. En el mismo sentido, el art. 257, lit. b, prevé que la detención cesará: “Cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada”. De todos modos, cabe analizar la racionalidad del concepto de proporcionalidad como estricta equivalencia entre medida cautelar y pena.

LOS PROBLEMAS DE LA EQUIVALENCIA

El principio de proporcionalidad con su significado actual solo sirve para justificar, precisamente, lo que el principio de inocencia prohíbe. En efecto, el principio de inocencia no pretende impedir que las personas inocentes sufran penas más graves que las que puedan merecer luego de ser juzgadas y declaradas culpables. En todo caso, ése es el fin protector del principio de legalidad material, pues éste es el principio que pone límites a la pena merecida a quien es declarado culpable.

Esta interpretación del principio de proporcionalidad produce graves consecuencias. Ella permite, por ejemplo, que en la actualidad la aplicación del encarcelamiento preventivo produzca resultados más graves que los de la inquisitiva institución de la *poena extraordinaria*. En el contexto del procedimiento inquisitivo, la “*poena extraordinaria* permitía escapar del dilema absolución-condena, para los casos en los cuales no se alcanzaba la certeza necesaria para condenar, aplicando una pena reducida, conforme a la probabilidad”.⁵⁵

Se trataba de la pena de sospecha, que permitía dosificar el castigo según el grado de certeza alcanzado por el juzgador: si lograba demostrar con certeza la responsabilidad del imputado, podía aplicar la pena máxima; en caso contrario, la sospecha autorizaba a aplicar una pena proporcional al nivel de verificación de la hipótesis acusatoria alcanzado en el proceso. A pesar de la perversidad del mecanismo, la falta

mo legal. Esta disposición no solo presume la responsabilidad penal del imputado por el hecho que se le atribuye sino que, además, presume el máximo grado de culpabilidad por tal hecho. Esta solución ha sido defendida por Vélez Mariconde, quien afirma que “parece lógico que predomine el *criterio objetivo* de reparar en la *entidad de la pena conminada en abstracto* por la ley... a fin de que se mantenga el encarcelamiento preventivo” (*Derecho procesal penal*, t. I, pp. 333 y ss., destacado en el original). El supuesto del inc. 3 también tolera encarcelamientos desproporcionados, pues condiciona la libertad de un inocente al cumplimiento de una exigencia que la ley solo impone a los condenados para obtener la libertad condicional.

55. Julio Maier, *Derecho procesal penal*, t. I, p. 880.

de certeza, al menos, *reducía* la pena aplicable. La situación actual, paradójicamente, ni siquiera garantiza esa reducción.

La manera más efectiva de demostrar la irracionalidad de la forma en que opera actualmente el principio de proporcionalidad consiste en realizar una comparación con la *poena extraordinaria*. En este sentido, es posible afirmar que la justicia penal “soluciona” su ineficiencia recurriendo al encarcelamiento anticipado de inocentes, a partir de la misma racionalidad que estructuraba el instituto inquisitivo de la *poena extraordinaria*. Sin embargo, las consecuencias de la aplicación actual de esa racionalidad inquisitiva a través del encarcelamiento preventivo son aún más graves que las provocadas por la pena de sospecha.

En efecto, la prisión preventiva opera como la *poena extraordinaria* solo cuando por la gravedad de la pena el imputado obtiene su libertad por la limitación temporal del encarcelamiento al “plazo razonable” de los tratados de derechos humanos –CADH, art. 7.5; PIDC y P, art. 9.3–. En estos supuestos, la imposibilidad del Estado de demostrar con certeza la culpabilidad del imputado solo permite una detención sin condena que es inferior a la pena eventualmente aplicable, de manera análoga a la aplicación de la *poena extraordinaria*.

Cuando la pena es menor, en cambio, y el imputado obtiene su libertad por exigencia del principio de proporcionalidad –v. gr., cuando agotó en prisión preventiva el máximo de la pena eventualmente aplicable–, el encarcelamiento anticipado es más grave que la *poena extraordinaria*, pues aquél, en realidad –a pesar de la falta de pruebas–, se equipara a la eventual condena.⁵⁶

Por las razones expuestas, el principio de proporcionalidad no puede ser entendido en el sentido que se le reconoce actualmente, no solo por las consecuencias que produce y que ya hemos señalado, sino, además, porque la equivalencia temporal de la detención del procesado y del condenado jamás puede resultar “proporcional”, debido a la diferente *situación jurídica* en la que se halla la persona inocente.

Si el principio de inocencia puede ser reglamentado pero no alterado, no resulta legítimo entender la proporcionalidad de la manera descrita, pues ello significa que el Estado está facultado a tratar al inocente *del mismo modo* que al culpable. Según la percepción generalizada del principio de proporcionalidad, el principio de inocen-

56. En síntesis, la construcción del significado del principio de proporcionalidad que ha realizado el derecho procesal penal del siglo pasado ha terminado por reproducir una práctica aún más perversa que la *poena extraordinaria* de la más pura Inquisición. Lo más grave es que este concepto de proporcionalidad ni siquiera respeta un criterio sustantivo de proporcionalidad, pues se halla en peor situación la persona a quien se le imputa un delito leve que el imputado a quien se le atribuye un delito de extrema gravedad. Este último, por el límite temporal, solo cumplirá una parte de la pena eventualmente aplicable, pero aquél estará en peor situación, pues agotará completamente en prisión la pena eventualmente aplicable, es decir, estará en idéntica situación que un condenado.

cia solo sirve para impedir que el procesado sea tratado peor que el culpable. Sin embargo, ése no es, ni puede ser, su sentido.

Toda persecución penal impone a quien la sufre ciertas cargas, molestias y restricciones que no son impuestas a quien no se le imputa ningún hecho punible. Esta circunstancia, en sí misma, nada tiene de objetable. La cuestión relevante consiste en determinar cuál debe ser el límite de tales injerencias. Ahora bien, debe quedar claro que lo que está fuera de toda discusión es que tales injerencias no pueden *eliminar* el principio de inocencia, pues éste ha sido previsto, precisamente, para proteger a las personas que deben soportar las injerencias propias de la persecución penal.

Se debe tener en cuenta, por otra parte, que la limitación que evita que el procesado reciba un trato peor que el condenado deriva de exigencias materiales –v. gr., del principio de legalidad sustantivo–. Tampoco al culpable se le puede imponer una pena más grave que la que merece según las reglas legales vigentes. Si ése fuera el sentido del principio de proporcionalidad, su fundamento no derivaría del principio de inocencia, sino del principio de legalidad material.

La consagración positiva del principio de inocencia en los textos constitucionales y en los tratados de derechos humanos refleja que se ha tomado una determinada decisión sobre la manera de resolver la tensión siempre presente entre libertad individual y política persecutoria, claramente a favor de la primera.

Por este motivo, la necesidad de neutralizar un peligro procesal no puede justificar, de ningún modo, la *eliminación* del principio de inocencia, pues este principio fue establecido, precisamente, para resolver este tipo de situaciones. Solo en casos en que exista algún peligro procesal la libertad del imputado estará en peligro y, por ello, en esos casos adquiere su mayor sentido protector el principio de inocencia. Si no fuera así, el principio no tendría sentido alguno, pues no podría impedir que el inocente recibiera el mismo trato que el culpable.

La única solución posible, frente a esta situación, consiste en atribuir un sentido al principio de proporcionalidad que resulte adecuado para lograr un respeto efectivo del principio de inocencia y, en consecuencia, para demarcar con precisión las injerencias legítimas que debe soportar el individuo sometido a persecución penal. El principio de inocencia no significa que no pueda aplicarse ninguna medida de coerción sobre el imputado para garantizar la realización de los fines del proceso. De hecho, la protección de esos fines no solo autoriza aplicar medidas de coerción al imputado sino, también, a otras personas que no hayan sido acusadas, pero cuya presencia o intervención resulta necesaria.⁵⁷

57. De allí, por ejemplo, la posibilidad de hacer comparecer a un testigo por la fuerza pública o, en el derecho anglosajón, la facultad del tribunal de aislar al jurado durante el juicio.

En la actualidad existe una tendencia a establecer la proporcionalidad en términos no equivalentes. En este marco, se considera que la coerción procesal debe ser, necesariamente, menor a la coerción penal.

Así lo ha sostenido la Comisión Interamericana al analizar la estrecha vinculación entre el principio de proporcionalidad –entendido en términos de equivalencia– y el criterio de retribución. Esta aplicación del principio, afirmó, desvirtúa la finalidad de la prisión cautelar, transformándola en una justificación para la imposición de una pena anticipada.⁵⁸ A estas consideraciones, SERGI ha agregado recientemente:

El criterio de proporcionalidad, entonces, debe ser dejado de lado en estos supuestos [se refiere a delitos con penas graves en los cuales el principio no opera como límite temporal] (y solo incluirlo en el análisis de la razonabilidad del plazo inferior al máximo) para darle lugar a un criterio más restringido: el *principio de inequivalencia o prohibición de equivalencia* entre la pena y la prisión preventiva. De acuerdo a esta nueva formulación del antiguo principio de proporcionalidad, la duración del encarcelamiento preventivo *nunca* puede equivaler a la duración de la pena.⁵⁹

Debe quedar claro, en este marco, que la doctrina de la Comisión sugiere inequívocamente una afirmación de la tendencia expresada en la posición de Sergi y ya reflejada positivamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y chileno.

EL PRINCIPIO DE PROVISIONALIDAD

El principio de provisionalidad postula que todos los requisitos, presupuestos y exigencias que deben ser verificados, para autorizar el encarcelamiento anticipado, carecerían de sentido si solo fueran necesarios para fundar la decisión inicial que ordena la detención. Si así fuera, una detención inicialmente legítima puede tornarse arbitraria, sin que pueda remediarse tal situación.

Por este motivo, se reconoce el carácter provisional de toda detención preventiva. El principio de provisionalidad autoriza a continuar con la detención solo si subsisten todas y cada una de las circunstancias que fundaron la necesidad original de orde-

58. En el Informe No. 12/96, la Comisión consideró que tanto el argumento de la gravedad del hecho como el de la severidad de la pena se inspiran en criterios de retribución penal, por lo cual su utilización produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, “convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad” (párr. 86). A ello agregó: “Más aún, la Comisión estima que la existencia de un sentido de proporcionalidad entre la sentencia y el encarcelamiento previo es, para todos los efectos, una justificación para la pena anticipada, lo cual es una violación del principio de presunción de inocencia consagrado en la Convención” (párr. 88).

59. Natalia Sergi, *Límites temporales a la prisión preventiva*, pp. 137 y ss. (destacado agregado).

nar la privación de libertad. En síntesis, la detención preventiva, al extenderse en el tiempo, solo es legítima en la medida en que continúen existiendo *todos* sus presupuestos. Desaparecido alguno de sus requisitos, el encarcelamiento debe cesar.

Este principio ha sido reconocido normativamente, estipulando el deber de revisar periódicamente los presupuestos del encarcelamiento preventivo. Sin embargo, quizá sea el principio que menos se cumpla. Como regla, las personas privadas de libertad por una medida cautelar recuperan su libertad –con excepción del principio de proporcionalidad y del límite temporal– con un auto de falta de mérito o con un auto de sobreseimiento.

Si no fuera así, no se comprende cómo aquellas personas que fueron detenidas cautelarmente por entorpecer la investigación no recuperan su libertad, una vez agotada la etapa de investigación. Este principio no plantea ningún problema conceptual, sino un grave problema práctico que requiere diseñar mecanismos de control adecuados para controlar de manera efectiva que los presupuestos del encierro preventivo se mantienen en el tiempo.

LA LIMITACIÓN TEMPORAL DEL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO

LA PRÁCTICA

Como hemos visto en el capítulo anterior, la nueva garantía contemplada en los tratados de derechos humanos (art. 7.5, Convención Americana; art. 9.3, Pacto Internacional) no ha operado como debía.

Los organismos internacionales de aplicación de los tratados internacionales han fracasado en erigir a dicho derecho como una efectiva protección contra el abuso que los Estados realizan del encarcelamiento preventivo.

El principal problema en la aplicación de esta garantía ha sido, como sucedió en el caso de la Comisión Interamericana, que se ignoró el caso de aquellos países que contaban con leyes que establecían límites temporales absolutos, con el argumento de que el “plazo razonable” de la Convención no podía ser un plazo determinado.

Además de ignorar un principio básico de interpretación, como el establecido en el artículo 29.b de la Convención Americana, las decisiones de la Comisión han impedido que la persona detenida, aun cuando en el derecho interno exista un límite temporal cierto, tenga conocimiento acerca de cuándo culminará su detención. Ello pues según la doctrina del sistema interamericano, los Estados pueden mantener a las

personas detenidas a pesar del vencimiento del plazo estipulado en la legislación interna.⁶⁰

Por otra parte, los organismos internacionales no han sido demasiado exigentes a la hora de analizar la extensión del plazo que consideran razonable. En este punto, ha resultado desafortunada la omisión de los órganos del sistema interamericano de analizar el régimen de enjuiciamiento regulado en el ámbito interno y su influencia con la duración de la detención. Ello pues se debería atribuir a los Estados la responsabilidad en el modelo de justicia penal que adoptan, en la medida en que éste es causa directa de la tasa de los presos sin condena.

Tal como se ha demostrado, el sistema de enjuiciamiento determina de modo directo la tasa de presos sin condena. Así, en un viejo estudio se determinó que mientras los países anglosajones de América Latina y el Caribe tenían un 22,57% de presos sin condena, los países de la misma región con sistema continental-europeo contaban con un 61,74% de detenidos cautelarmente.⁶¹

Por este motivo, este derecho a no permanecer detenido a la espera del juzgamiento más allá de un plazo razonable, que surgió frente al fracaso de los demás principios que pretenden limitar el encarcelamiento preventivo, también ha fracasado. Algunos autores, sin embargo, consideran que la limitación temporal del encarcelamiento preventivo a un “plazo razonable” deriva del “principio de excepcionalidad”, pues afirman que la detención debe “durar el tiempo estrictamente necesario para asegurar la finalidad que toda medida cautelar persigue...”.⁶²

PROBLEMAS CONCEPTUALES

El primer problema conceptual que tenemos es que ni el principio de inocencia ni los tratados de derechos humanos permiten al Estado aplicar una medida de la calidad e intensidad del encarcelamiento preventivo. En efecto, el art. 7.5 de la Convención Americana dispone:

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que con-

60. Esto ha cambiado con el reciente Informe 35/07, en el caso de los hermanos Peirano Basso, contra el Estado Uruguayo.

61. Elías Carranza, Luis P. Mora, Mario Houed y Eugenio Zaffaroni, “El ‘preso sin condena’ en América Latina y el Caribe”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1982, p. 648.

62. San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, t. II, p. 837.

tinúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

El art. 9.3 del Pacto Internacional, por su parte, establece:

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Nada hay en el principio de inocencia –que es un principio limitador por definición–, ni en las dos disposiciones citadas, que permita que a una persona sometida a persecución penal se le aplique una medida represiva idéntica a la pena y por la misma cantidad de tiempo.

Ello indica que la medida de coerción debe distinguirse cualitativa y cuantitativamente de la sanción penal. En el aspecto cuantitativo, es el principio de proporcionalidad, en términos de inequivalencia el que puede tener efectos limitadores.

Un segundo problema consiste en que, por aplicación del principio *pro homine*, solo se debe acudir al encierro cautelar para garantizar la comparecencia al proceso del imputado y su presencia para la ejecución del fallo. En síntesis, tanto la Convención Americana como el Pacto Internacional, como afirma, entre otros, San Martín Castro, solo admiten como peligro procesal legítimo el peligro de fuga:

La función legítima de la detención judicial o encarcelamiento preventivo consiste, a nuestro juicio, en evitar la fuga del imputado. Ahora bien, la doctrina procesal ha identificado dos fines de esta medida...

...

Por nuestra parte... consideramos que la detención judicial tiene como única función garantizar la ejecución de la pena corporal. Se trata de una justificación permanente, es decir, válida a través de todas las fases o etapas del proceso...⁶³

63. San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, t. II, pp. 818 y ss.

LA IMPUGNACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

LA IMPUGNACIÓN

Por diversos motivos, algunos autores han comenzado a impugnar severamente la legitimidad de la prisión preventiva. Así, Pastor sostiene:

El encarcelamiento preventivo funciona, en la práctica, como pena anticipada, sobre todo ayudado por nuestra ley procesal penal que, prescindiendo de toda verificación de la existencia de los peligros procesales que lo autorizan (falta de demostración cierta de sus presupuestos), lo permite por razones sustantivas. Gracias a ello, el imputado queda en la misma situación que un condenado pero sin juicio, sin respeto por el trato de inocencia, sin acusación, sin prueba y sin defensa, cuando, constitucionalmente, su situación debería ser la contraria.⁶⁴

En similar sentido opina Ferrajoli:

... la misma admisión en principio de la prisión *ante iudicium*, sea cual fuere el fin que se le asocie, choca de raíz con el principio de jurisdiccionalidad, que no consiste en poder ser detenidos únicamente por orden de un *juez*, sino en poder serlo solo sobre la base de un *juicio*...⁶⁵

Así pues, esa contradicción en los términos que es la cárcel sin juicio podría eliminarse, al menos hasta la conclusión del juicio en primera instancia. El imputado debe comparecer libre ante sus jueces...⁶⁶

En síntesis, ambos autores impugnan la prisión sin juicio y la afectación al principio de inocencia. Sin embargo, ninguno de ellos reniega de la posibilidad de imponer cualquier medida de coerción sobre el imputado. De hecho, Ferrajoli parece admitir el encierro carcelario luego del juicio y antes de que la sentencia adquiriera firmeza.

LA PROPUESTA

Como ya hemos dicho, una persona imputada de la eventual comisión de un hecho punible puede sufrir medidas que afectan y restringen el ejercicio y goce de sus derechos.

64. Daniel Pastor, *Escolios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo*, pp. 286 y ss.

65. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 555.

66. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 559.

La impugnación que señaláramos en el punto anterior es una reacción frente a la ilegítima restricción de la libertad que representa el encarcelamiento preventivo, tal como es entendido y justificado por la doctrina dominante en la actualidad.

La pregunta consiste en determinar cómo se pueden garantizar la protección de los fines del proceso, sin una injerencia tan violenta como la que produce la prisión preventiva. A nuestro juicio, todo depende, esencialmente, de una reelaboración del principio de proporcionalidad.

Ya hemos visto cómo, a excepción del principio de excepcionalidad –que en la práctica no se aplica–, los requisitos y exigencias materiales del encarcelamiento preventivo no funcionan para proteger la libertad de las personas y el principio de inocencia.

Aun regulado en concordancia con esos principios así entendidos, y con los recaudos formales impuestos por el ordenamiento jurídico, y con el límite temporal del art. 7.5 de la Convención, se sigue aplicando abusivamente la prisión preventiva y no se puede solucionar el problema.

El panorama mostrado nos lleva a concluir en la necesidad de una propuesta de reelaboración del principio de inocencia y del principio de proporcionalidad elaborada para buscar alternativas a la prisión preventiva que, sin vulnerar el estado de inocencia, permitan neutralizar los peligros procesales. Ése es el trabajo pendiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 1993.
- Bovino, Alberto, “El encarcelamiento preventivo en los tratados de derechos humanos”, en Martín Abregú y Christian Courtis, comps., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- “La libertad personal en el sistema interamericano”, en Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A Guevara B., comps., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Universidad Iberoamericana/Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario-Washington College of Law-American University, 2004.
- Caferatta Nores, José I., “Limitación temporal a la prisión preventiva”, en *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, 2a. ed.
- Carranza, Elías, Luis P. Mora Mora, Mario Houed y Eugenio R. Zaffaroni, “El ‘preso sin condena’ en América Latina y el Caribe”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1982.
- Carrió, Alejandro D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, 4a. ed.
- Editorial, “El aumento del número de presos sin condena”, en *Ciencias Penales*, No. 10, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1995.

- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.
- Kawabata, J. Alejandro, “Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- Ibáñez Perfecto, Andrés, “¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo”, en *En torno a la jurisdicción*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, en prensa.
- Llobet Rodríguez, Javier, *La prisión preventiva*, San José, Ed. UCI, 1997.
- Maier, Julio B. J., “La Constitución Nacional y los medios de coerción personal contra el imputado”, en *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado*, Buenos Aires, Lerner, 1981.
- *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, 2a. ed.
- Pastor, Daniel R., “El encarcelamiento preventivo”, en Julio B. J. Maier, comp., *El nuevo Código procesal penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993.
- “Escios a la ley de limitación temporal del encarcelamiento preventivo”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996/A.
- Pernell, LeRoy, “The Reign of the Queen of Hearts: The Declining Significance of the Presumption of Innocence. A Brief Commentary”, en *Cleveland State University Law Review*, vol. 37, 1989.
- Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- Rusconi, Maximiliano, *Reforma del sistema de enjuiciamiento, Ministerio Público y relaciones entre juez y fiscal*, en http://www.eldial.com/bases/sql/ver_rld.asp?id=110&base=50, elDial – DC6E
- San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, Lima, Alternativas, 2000.
- Sánchez Romero, Cecilia, “La prisión preventiva en un Estado de derecho”, en *Ciencias Penales*, No. 14, San José, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1997.
- Sergi, Natalia, “Límites temporales a la prisión preventiva”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001/A.
- Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Córdoba, Ed. Marcos Lerner, 1986, 3a. ed.

¿Pueden los juzgadores penales inaplicar el Código Penal?

(Reflexiones sobre el control constitucional de las leyes penales)

*Ramiro Ávila Santamaría**

¿Un juez penal puede inaplicar una disposición del código penal o del procedimiento penal? En general, por el principio de legalidad, no. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina han demostrado que sí se puede inaplicar normas penales, cuando éstas no están adecuadas a los principios constitucionales. El desarrollo del derecho constitucional ha modificado sustancialmente los presupuestos de la teoría del derecho. Entre otros, el juez crea derecho y puede, interpretativamente, inobservar normas legales. Este poder, que se llama control difuso y tiene que ser utilizado de forma prudente y de acuerdo a preceptos de argumentación jurídica. En este ensayo se describen estos preceptos y se presentan y comentan algunos casos en que principios de la Constitución (derechos humanos) han prevalecido sobre tipos penales, cuando la aplicación de la ley penal lleva a un resultado injusto.

FORO

INTRODUCCIÓN

¿Puede un juez penal resolver en contra del principio de legalidad y hacer interpretaciones extensivas de la ley? ¿Existen contradicciones entre algunas normas de ley penal y la Constitución? ¿Cuál es el método para resolver estas antinomias? ¿Han aplicado ya los jueces en otros contextos la Constitución por sobre y en contra de la ley penal?

Trataremos de responder afirmativamente a estas preguntas. En este ensayo pretendemos dar algunas pautas sobre los grandes lineamientos de esta nueva corriente

* Docente y coordinador académico de la maestría internacional en Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y profesor de Derechos Humanos de la PUCE.

que se ha denominado neoconstitucionalismo¹ o también garantismo² y las implicaciones para el derecho penal. Para hacerlo, abordaremos la relación entre la Constitución y el Derecho Penal, para sostener que los derechos humanos reconocidos en la Constitución limitan la intervención penal y es legítima cuando, paradójicamente, tutela bienes jurídicos protegidos constitucionalmente;³ seguidamente, afirmaremos que el juez penal es también garante de los derechos establecidos en la Constitución y no solo está atado al derecho penal y al principio de legalidad; sostendremos que el poder que tienen los jueces, para no ser arbitrario, debe sujetarse a ciertos parámetros de interpretación y argumentación, sin los cuales se torna ilegítima la inaplicación de la ley penal. Finalmente, y ejemplificativamente, demostraremos algunos casos penales que pueden tener soluciones distintas a las contempladas en los tipos, si es que se aplican estándares constitucionales.

EL NEOCONSTITUCIONALISMO

La teoría general del derecho que ha adquirido un estatus de ciencia y con valores sostenibles y demostrables desde el positivismo jurídico, está en franca modificación. El Derecho ha sido “constitucionalizado”. Podemos establecer algunos rasgos que caracterizan este fenómeno jurídico.⁴

- a) La Constitución es un sistema jurídico conformado por normas rígidas, que son resistentes a la legislación ordinaria y al proceso de creación normativa de carácter legislativo.
- b) El sistema jurídico tiene como garante y como último intérprete a un juzgador constitucional, que controla todos los poderes, incluso el judicial.
- c) Las reglas y principios que constan en la Constitución son normas jurídicas que vinculan y limitan todos los poderes y las demás normas. La parte dog-

1. Este movimiento surge desde la mitad del siglo pasado, con la aparición de las constituciones de posguerra en Europa, que establecieron como finalidad del Estado la promoción y protección de los derechos humanos, y la adecuación de las prácticas de todos los órganos del Estado a los principios constitucionales a través del control de tribunales o cortes constitucionales. El neoconstitucionalismo, que sin duda es una teoría en construcción, constituye un paradigma nuevo frente al positivismo jurídico e incluso frente al iusnaturalismo. Ver Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2003.

2. El garantismo, con énfasis en lo penal, tiene como un primer gran sustento teórico en Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, 7a. ed.

3. Ver Alessandro Baratta, “Derechos Humanos, principios del derecho penal mínimo, para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite a la ley penal”, en *Criminología y Sistema penal*, Montevideo, Editorial B de F, 2006, p. 299.

4. Alfonso García Figueroa, “La teoría del Derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 159-186.

mática de la Constitución no es una mera declaración programática, sino que son verdaderas normas que obligan. Todas las normas secundarias que no están conformes con la Constitución, son inválidas aun cuando estén vigentes.⁵

- d) A diferencia de lo que sucede en el derecho liberal clásico, en donde toda situación que concierne a los burgueses y a la propiedad estaba prevista en la ley, en la Constitución encontramos principios que pueden solucionar cualquier tipo de problemática social y de cualquier persona o grupo de personas. Toda controversia, y no solo la relativa a la propiedad, tiene respuesta en la Constitución.
- e) La Constitución, a diferencia de lo que sucedía en el constitucionalismo clásico, no solo regula los poderes del Estado y sus atribuciones (parte orgánica) sino, a través de los derechos humanos, todo tipo de relación humana entre las personas y el Estado (parte dogmática). A tal punto llega la relación entre las dos partes de la Constitución, que las instituciones determinadas en la parte orgánica tendrá legitimidad de actuación solo si cumplen con la parte dogmática.
- f) La interpretación normativa, que se restringía a la exégesis del derecho y a la subsunción, ampliamente detalladas en el título preliminar del Código Civil, se basa en la comprensión del contenido y alcance de los derechos humanos. Si hay colisión de derechos que se aplican a una situación o caso, el método es el de la ponderación, por el que no se invalida la norma no aplicada sino que, para el caso concreto, no es adecuada.
- g) El juez con atribuciones de control constitucional crea derecho. En cambio en el sistema tradicional el juez simplemente aplica reglas. El juez prevarica en este último caso si no aplica la ley; en el régimen constitucional prevarica si no aplica la Constitución cuando prevalece sobre la ley.
- h) El método adecuado de razonamiento jurídico es la argumentación jurídica y no el mero silogismo jurídico. La argumentación exige transparentar los valores y los razonamientos del juez, que siempre los ha tenido solo que eran implícitos cuando simplemente escogía una norma ordinaria.

5. Ver en extenso el tratamiento sobre este tema José Luis Serrano, *Validez y vigencia, la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.

LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PENAL

En el positivismo jurídico, que se asentaba en el principio de legalidad y en la validez de la norma,⁶ la configuración de las normas penales solo tenía que pasar el *test de pedigrí*. Si la norma era el producto del órgano legislativo y estaba conforme al procedimiento, y tanto la autoridad y el trámite estaban contemplados en la norma, se presumía su validez y tenía que ser cumplida. Por la presunción de validez de las leyes, solo la derogación de la norma por parte del órgano competente permitía la inobservancia.

El concepto de validez es el sustento de otro principio que algunos consideran que es un pilar de los sistemas jurídicos y políticos, y hasta de los derechos humanos: la seguridad jurídica.⁷ Este concepto ha sido cuestionado por el constitucionalismo y relativizado. La seguridad de unos puede ser la inseguridad de otros, por ello el derecho es dúctil y la validez no garantiza la justicia.⁸

La validez jurídica se complementa con la vigencia de la norma (a la que también podemos denominar validez sustancial). Una norma será válida siempre que esté conforme con los principios constitucionales, aunque esté formalmente vigente. La vigencia del positivismo es la validez del constitucionalismo. Las normas jurídicas tienen dimensiones formales y sustanciales. La forma es una garantía para que la sustancia se produzca, pero si la forma no produce la sustancia o la forma viola sustancia, la forma pierde la cualidad de validez.⁹

Este análisis es particularmente difícil cuando se trata de normas penales.

El principio de legalidad, en el derecho penal, ha sido uno de los más relevantes para prevenir, combatir y limitar la arbitrariedad de quienes administran el uso de la fuerza en el Estado.

¿El principio de legalidad penal también está en crisis por el constitucionalismo? Si y no. Depende de la circunstancias... imperdonable lo dicho desde el positivismo jurídico y desde el derecho penal liberal. Nos atrevemos a decir que no, salvo que excepcional y argumentadamente se demuestre lo contrario. Lo cierto es que el derecho penal, a la luz del derecho constitucional, puede ceder.

6. Ver Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2003, 4a. ed., p. 31.

7. Gregorio Peces-Barba, "La seguridad jurídica", en *Curso de Derechos Fundamentales*, Madrid, *Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 245-258.

8. Gustavo Zabrebelsky, "Los jueces y los derechos fundamentales", en *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, Madrid, Editorial Trotta.

9. Sobre este tema, el mejor y más preciso tratado que conozco se puede encontrar en Alberto Binder, *El incumplimiento de las formas procesales, elementos para una crítica a la teoría unitaria de las nulidades en el proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, pp. 84 y ss.

Para explicitar esta ambigua afirmación, en el siguiente capítulo analizaremos brevemente dos situaciones, una a nivel nacional y otra internacional, en las que se pueden apreciar cómo el juzgador inaplica principios del derecho penal relacionados con el principio de legalidad.

EL ROL DEL JUEZ PENAL COMO GARANTE DE LA CONSTITUCIÓN

El juez siempre ha sido un garante de algún interés previamente determinado, en cualquier momento y lugar. Lo que ha variado es el contenido de ese interés. En el estado absoluto el juez era garante de los intereses de la autoridad; en el estado liberal clásico era de la ley (por eso los jueces eran “boca de la ley”); y en el estado constitucional, de los derechos de las personas, reconocidos en la Constitución.

En la lógica de la división de poderes, un poder dicta la ley, otro la ejecuta y otro la garantiza en sentido estricto, todos estos poderes gozaban de independencia. Cuando los estudios críticos del derecho arremeten contra la legitimidad del sistema penal,¹⁰ ya desde la creación de la ley (que refleja los intereses de los que pueden, a través de maquinarias electorales, representar), ya desde los que ejecutan la ley (a través de la selectividad, teoría conocida como etiquetamiento o *labeling approach*¹¹) ya desde el aparato judicial, se siente la necesidad de un juzgador controlador de poderes, que aplique normas constitucionales y garantice los derechos humanos.

En Ecuador existe un modelo mixto de control constitucional. Por un lado, control concentrado, el máximo juzgador constitucional interpreta, con carácter generalmente obligatorio, la constitucionalidad de una ley; por otro lado, control difuso, el juzgador ordinario tiene competencias constitucionales, en el caso concreto y que puede inaplicar una ley que considere inválida.

El juez no es mero aplicador de la ley. El juez tiene en sus manos casos concretos de personas reales y en esos casos existen acontecimientos problemáticos: las víctimas y los victimarios tienen derechos en un conflicto penal. En esos casos debe comprender el sentido del hecho con el derecho, la conexión de la acción con la limitación, no puede ser indiferente al resultado de las acciones, debe analizar la proporcionalidad en el contexto, valorar (esto es lo contrario de lo que predicaba Kelsen en

10. Ver Alessandro Baratta, *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal*, México, Siglo Veintiuno Editores, 2002.

11. La teoría del etiquetamiento consiste en que las agencias del sistema penal seleccionan a las personas que serán criminalizadas a través de un proceso social basado en la discriminación. Una vez que una persona tiene un antecedente penal o una sentencia está etiquetada.

el sentido de despojar de todo análisis moral en la apreciación del derecho¹²), aplicar los principios si las reglas generan un resultado injusto y resolver adecuadamente.¹³

Este último caso nos interesa. En todos los ámbitos del derecho ordinario no encontramos mayores dificultades, porque la duda es entre dos normas aplicables ante un caso, cuya solución de mayor protección la encontramos en la Constitución. En cambio, en el derecho penal tenemos dos derechos que están en franca tensión: el derecho a la libertad que tiene el acusado y el derecho a la tutela efectiva que tiene la víctima.

Veamos dos ejemplos. Uno a nivel internacional, que ha llamado la atención y levantado críticas,¹⁴ el famoso juicio de Nuremberg; otro a nivel nacional, que es conocido como “el caso Massera”.

En 1945, los países aliados, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, redactaron una Carta en la que establecieron la competencia material del Tribunal Penal de Nuremberg.¹⁵ El tribunal internacional, creado *ex post factum*, tenía competencia para juzgar crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad.

Indiscutiblemente, en términos objetivos y positivistas, la Carta y el Tribunal violan el principio de legalidad, por el que nadie puede ser juzgado por tribunales que no hayan sido creados con anterioridad al hecho y nadie puede ser juzgado por hechos no tipificados en la ley.

El principio de legalidad del tribunal y los tipos penales fueron alegados por las partes. Sin embargo, se consideró que por el principio de justicia los acusados tenían conocimiento de las normas internacionales que prohibían matar civiles y que aunque no había pena, no existía razón para no juzgarles con las penas más severas existentes en el derecho comparado para delitos graves. Además, se argumentó que las leyes no son estáticas, sino que deben adaptarse a las necesidades de un mundo en constante cambio. Finalmente, se argumentó, en términos de practicidad, que la

12. Ver Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Eudeba, 2003, 4a. ed., p. 65. Kelsen distingue, con absoluta claridad, la obligación jurídica de la moral.

13. Ver Gustavo Zabrebelsky, “Los jueces y los derechos fundamentales”, en *El derecho dúctil, ley, derechos, justicia*, España, Editorial Trotta, pp. 131-153. Al mismo resultado llega Carlos Santiago Nino, “La relevancia de los derechos morales para la teoría y práctica jurídica”, en *Ética y derechos humanos*, Argentina, Editorial Astrea, 2005, 2a. ed., pp. 20-25.

14. Entre otras críticas, unas jurídicas que se comentan en este ensayo y que tienen que ver con el principio de legalidad, y otras políticas, como aquella de que el juicio fue justicia de vencedores (sin duda, los aliados cometieron violaciones al Derecho Internacional Humanitario y también crímenes de guerra; por ejemplo, el bombardeo a Dresden, a Berlín, a Hiroshima y a Nagasaki).

15. Henry Steiner y Alston Philip, *International Human Right in context, Law Politics and Morals*, Oxford University Press, second edition, 2000, “Judgment at Nuremberg”, pp. 112-126.

creación del tribunal y del procedimiento fueron mecanismos necesarios para reprimir conductas que eran ilegales y criminales que, de otra manera, no hubiesen sido juzgadas y se hubiese promovido la impunidad.¹⁶

En el caso de cortes nacionales, el ejemplo es el razonamiento de un juzgado penal argentino frente a los argumentos positivistas del acusado.¹⁷

El Señor Massera sostenía que había sido ya juzgado por los mismos hechos (*no bis in idem*), y que las acciones habían prescrito. Los argumentos de Massera están relacionados con los principios de legalidad y de seguridad jurídica.

El juzgador penal consideró que los argumentos eran inadmisibles en el caso y por tanto los desechó. Massera no fue juzgado por los mismos hechos, ya que los elementos del tipo penal no eran los mismos que los delitos de carácter internacional, luego se le juzgaba por primera vez. Los delitos por los que le acusaban eran delitos continuados y además considerados imprescriptibles por el derecho internacional de los derechos humanos.

En relación al derecho positivo conviene destacar de la sentencia la siguiente afirmación:

...allí donde la injusticia del derecho positivo alcance tales proporciones que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho Positivo no represente ya nada en comparación con aquel grado de injusticia, no cabe duda de que el Derecho positivo injusto deberá ceder a la justicia.¹⁸

En otras palabras, el juzgador penal puede inobservar la ley penal por normas superiores como son las constitucionales y las normas de derecho internacional de los derechos humanos. El juez penal no es garante del cumplimiento de la norma sino de la justicia que puede encontrar en otra norma superior o más protectora.

En los casos mencionados, los juzgadores penales aplicaron el principio de proporcionalidad, que conviene enunciarlo y brevemente describirlo.

16. *Ibid.*, pp. 116-117.

17. Cámara en lo criminal y correccional, Argentina, Massera excepciones, sentencia del 9 de septiembre de 1999, en American University, *Compilación de documentos en derecho internacional de los derechos humanos para profesores de esta materia*, Washington, vol. II, 2001, pp. 871-883.

18. *Ibid.*, p. 878.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Las decisiones del poder público, sean estas leyes, actos administrativos y sentencias, cuando limitan los derechos humanos tienen que ser proporcionales. Si éstas no son proporcionales, entonces son decisiones inconstitucionales.

La proporcionalidad es un principio a través del cual se legitima la intervención del Estado en el ejercicio de derechos humanos.

Carlos Bernal Pulido sostiene que el estándar de proporcionalidad tiene tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha.¹⁹ La *idoneidad* ayuda a apreciar que la limitación de un derecho contribuye a la consecución de un fin legítimo, que no puede ser otro que un derecho humano de igual jerarquía; por ejemplo, la orden de evacuación, que priva del derecho a la vivienda, es una medida idónea para precautelar la vida en un caso de desastre natural. La *necesidad* contribuye al análisis entre varias medidas idóneas, y sugiere escoger la medida más favorable al derecho intervenido; por ejemplo, en el desastre natural, tengo varias medidas idóneas (porque logran el objetivo), tales como la evacuación de una ciudad o de una zona rural, a un lugar cercano o lejano, en carpas o en albergues, quizá la que menos afecte al derecho a la vivienda sea la rural y en albergues. La *proporcionalidad* valora el objetivo perseguido y el derecho humano limitado para conseguir el objetivo, entre los dos derechos se debe evaluar si la ventaja que quiero obtener (objetivo) compensa el sacrificio que voy a realizar (derecho limitado); por ejemplo, si la evacuación produce la depresión, el desmembramiento familiar y hasta la muerte, quizá por el resultado convenga más no evacuar.

El modelo descrito, que fuera determinado por la Corte Europea de Derechos Humanos²⁰ y recogido por la Corte Constitucional Colombiana,²¹ no es el único. Existen otros estándares, como el desarrollado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, que se basa, siempre en la relación entre derecho promovido y afectado, en la intensidad de la intervención, y que puede ser estricto, intermedio y suave; estricto cuando el derecho afectado puede sufrir un severo daño y suave cuando no existe daño o éste es ínfimo. Finalmente, existe el modelo que Pulido denomina integrado, por el que se interrelacionan los dos métodos. Cualquiera sea el método, queremos destacar la importancia del principio y de la teorización para evitar y descubrir inconstitucionalidades.

19. Carlos Bernal Pulido, "Racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad en el control de constitucional de las leyes", en *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 61-87.

20. *Ibíd.*, p. 72.

21. Corte Constitucional Colombiana, Sentencia de constitucionalidad C-22, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias, herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 59-71.

El principio de proporcionalidad aparece como una garantía interpretativa a los derechos humanos. Esta garantía debe ser aplicada por todos los poderes públicos. El legislativo debe, por ejemplo, crear tipos penales que sean proporcionales entre el bien jurídico que protege y el derecho que restringe, que normalmente es la libertad (por las penas de privación de libertad) y la propiedad (por las penas de multas). El ejecutivo, al tomar medidas administrativas, debe analizar la proporcionalidad del uso de la fuerza, por ejemplo, frente a las manifestaciones. El judicial, por su lado y en términos constitucionales, en los casos concretos, debe verificar que las leyes y las medidas administrativas sean proporcionales. Si no lo son, insistimos, puede ejercer el control difuso de constitucionalidad e inaplicar las leyes.

El criterio de proporcionalidad es, sin duda, ambiguo. Además de tener múltiples significados, no impide la posibilidad de que la valoración de los hechos y del derecho no sea subjetiva. Por ello, los estándares del principio de proporcionalidad, en un caso concreto, requieren de una interpretación adecuada, que se conoce como ponderación, y de un método verificable, que se conoce como argumentación jurídica, y que, brevemente, lo expondremos en el siguiente acápite.

LA PONDERACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Tengo la tentación de afirmar que la ponderación y la argumentación suplen a la interpretación y a los métodos positivistas. Pero tal extremo planteamiento, importante para resaltar los cambios de paradigma, no es preciso. La ponderación complementa la subsunción y la argumentación jurídica complementa el silogismo jurídico. Por la ponderación se crea una norma hipotética para un caso y, enseguida, se subsume el hecho al supuesto creado por el juez. Por la argumentación jurídica se evidencian las elecciones morales del juzgador al escoger normas y llegar a las soluciones de los casos.

El juez penal cuando encuentra en un caso un conflicto constitucional no puede ligeramente inaplicar el derecho penal, por la mera afirmación de la prevalencia de la Constitución. El juez tiene que ponderar y tiene que argumentar.

La ponderación es un método a través del cual se resuelve la contradicción entre dos principios, que normalmente son derechos humanos, que tienen igual jerarquía normativa.²² La ponderación procede cuando la subsunción no es aplicable y los criterios tradicionales de jerarquía, cronología y especialidad no resuelven el asunto

22. Luis Prieto Sanchís, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (edit.), *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 123-158.

fundamental. Las antinomias constitucionales son imposibles de resolver en abstracto, porque los principios *prima facie* no son incompatibles entre sí. Cuando se presentan en casos concretos, la resolución del juez no restringe la validez del principio. Por el juicio de ponderación, se debe establecer una jerarquía axiológica a base de razones y argumentaciones; conseguida la jerarquía para el caso, entonces opera la subsunción.

La ponderación tiene estrecha relación con la limitación de derechos. De hecho, en el caso concreto, uno de los derechos será limitado. A mayor limitación de uno de los derechos, mayor importancia de la satisfacción del otro derecho en conflicto. Los elementos para efectuar el juicio de ponderación son cuatro: la existencia de un fin legítimo constitucionalmente reconocido, la idoneidad de la medida, la necesidad y la proporcionalidad, que me va a establecer un equilibrio entre los principios y el daño que se produce si se aplica cualquiera de ellos. Esta operación requiere de argumentación jurídica.

La argumentación jurídica es un método a través del cual se pretende, mediante la objetividad hermenéutica, un resultado razonable y aceptable por un auditorio universal.²³ El juzgador tiene que justificar, de manera lógica, la elección de la norma que aplica, la decisión y la solución a la que llega.

Robert Alexy sostiene que la argumentación jurídica es una necesidad por muchas razones: el método deductivo tradicional promueve un “salto lógico” que favorece la arbitrariedad, el lenguaje del derecho positivo siempre es vago, existen conflictos entre normas, las normas no se adecuan con espontaneidad en los hechos y, en el extremo constitucional, hay normas que pueden llevar a un resultado injusto. La argumentación implica un discurso racional, que es una construcción basada en consensos racionales. Para evitar la arbitrariedad y garantizar la corrección en la solución, Alexy propone reglas minuciosas sobre la forma y la estructura de los argumentos. A fin de cuentas, lo que se pretende es que el razonamiento pueda ser, si es justificado, compartido y verificado por quienes tienen capacidad de analizar críticamente las resoluciones.²⁴

Lo dicho pretende ser una advertencia, cuando el juez penal inaplique un tipo penal. Debe saber que si no pondera ni argumenta, se torna arbitrario y, por tanto, viola el principio de legalidad. En cambio, si pondera y argumenta adecuadamente, no viola el principio de legalidad sino que está aplicándolo bajo el supuesto de que

23. Manuel Calvo García, *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 167-246.

24. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

la Constitución es norma jurídica (principio también de legalidad y que podemos, para diferenciarlo, denominarlo principio de constitucionalidad).

Vamos a enunciar algunos casos y situaciones en los que creemos existen conflictos entre normas penales y constitucionales, y que, de encontrarlos en casos concretos, el juzgador penal tiene potestad para inaplicar el Código Penal.

LA INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNOS TIPOS PENALES

El derecho penal es el mecanismo más severo de restricción de derechos humanos. Siendo los derechos humanos *prima facie* absolutos, las restricciones deben ser ponderadas y justificadas argumentalmente.

Si el derecho penal es anterior al constitucionalismo moderno, lo menos que debemos hacer es sospechar la legitimidad de su contenido.

De la Constitución se derivan, al decir de Terradillos, límites nítidos al *ius puniendi*: la necesidad y proporcionalidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad.²⁵ Nos vamos a concentrar en la necesidad y la proporcionalidad, “en cuya virtud no puede admitirse la pena no idónea para la tutela de un bien jurídico o lesiva de otros valores más relevantes”.²⁶

Hay dos principios que materializan la proporcionalidad penal y el constitucionalismo: el principio de intervención mínima del estado y el principio de lesividad. Por el principio de intervención mínima se entiende que solo los bienes jurídicos trascendentales se protegerán penalmente, y estos bienes normalmente se encuentran recogidos en la Constitución. Por el principio de lesividad, solo los conflictos más graves e imprescindibles serán tipos penales y el daño que produce el delito debe ser real, verificable y evaluable empíricamente. De lo contrario, desde la Constitución, el derecho penal se tornaría arbitrario.²⁷

Vamos a analizar algunos ejemplos de tipos penales a la luz de los principios constitucionales enunciados.

25. Juan M. Terradillos Basoco, “La Constitución penal. Los derechos de libertad”, en *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, p. 358.

26. *Ibid.*, p. 358.

27. *Ibid.*, pp. 360-361.

LAS CONTRAVENCIONES

Las contravenciones están sancionadas con prisión de uno a siete días y multa.²⁸ Con este solo enunciado sabemos que el principio o derecho limitado es la libertad de movimiento. Hay que ver cuáles son los otros bienes jurídicos protegidos. Enunciamos algunos: no registrar los nombres de los huéspedes, no remitir registros de huéspedes a la policía, mofarse de un acto religioso, viajar sin pasaporte en caso de guerra, negarse a transportar cosas, conducir ganado y no tener previsión, no dirigir al domicilio a ebrios, no tener nómina de pasajeros, vender sin permiso de policía, no entregar a la policía bienes encontrados, comprar en feria a personas desconocidas, explicar los sueños, infringir reglamentos, jugar carnaval públicamente, herir un animal doméstico;²⁹ herir animales por exceso de carga, apacentar bestias de cualquier especie en terreno ajeno, no entregar bienes encontrados en 24 horas a la policía, formar mitin sin autorización, construir ventanas a menor altura de dos metros, lidiar toros sin permiso, permanecer parado por mucho tiempo sin objeto plausible, propalar rumores, recibir a menores prófugos, no cercar terreno;³⁰ predicar a favor o en contra de un partido político, golpear, establecer casa de juego sin permiso, usar cosas ajenas sin consentimiento, faltar con gestos a ascendientes...³¹

¿Tiene sentido restringir la libertad de movimiento (privar de la libertad) para proteger las funciones de la policía, la integridad de los animales, el pasto de los terrenos ajenos, la honradez, la confianza, los reglamentos municipales? Sin duda no. A primera vista, sin ponderar ni argumentar, existe desproporción en esta normativa. La libertad pesa menos que bienes jurídicos de carácter secundario.³²

Además, como sostiene Zaffaroni, la legislación contravencional “es un campo propicio para la arbitrariedad policial, los apremios ilegales, la afectación a la dignidad humana, la penetración de los ámbitos de privacidad...”³³ Por ello, concluye, “tenemos la certeza de que un buen número de casos puede resultar una contradicción abierta entre la ideología proclamada constitucionalmente o por vía de Código Penal y la que surge de esta legislación”.³⁴

28. Código Penal, art. 51.

29. *Ibíd.*, art. 605.

30. *Ibíd.*, art. 606.

31. *Ibíd.*, art. 607.

32. Sobre la relación de derechos primarios y secundarios ver Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales y patrimoniales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 29-35.

33. Eugenio R. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Instituto Interamericana de Derechos Humanos, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 82.

34. *Ibíd.*, p. 82.

En otras palabras, todas las contravenciones deben salir del ámbito penal y, en el peor de los casos, deben suprimirse las penas que establecen privación de la libertad. Los juzgadores que tienen competencia contravencional deben ponderar en cada caso y rechazar, por inconstitucional, la aplicación de las penas privativas de libertad en las contravenciones.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA HONRA

El delito de injurias protege penalmente el derecho a la honra, que está reconocido por la Constitución como un derecho fundamental.³⁵ Pasaría el primer filtro de la lesividad. Por el segundo filtro, el de la proporcionalidad, tendríamos que analizar si la privación de libertad es un medio idóneo y necesario para proteger la honra. Pero también interesante sería el análisis, mezclando la lesividad con la proporcionalidad, del problema de la libertad de expresión, como bien jurídico también protegido por el Derecho Constitucional, en relación con la honra.

Para este último análisis recordemos dos casos paradigmáticos en Ecuador. El uno la célebre sentencia en contra del editorialista Fierro y a favor de León Febres Cordero; el otro, bajo premisas parecidas, la denuncia del presidente Correa contra el diario *La Hora*. Los dos casos tienen en común que quienes reclaman la honra son personajes públicos y quienes “deshonraron” lo hicieron bajo argumentos de libertad de expresión.

En términos objetivos, el Código Penal tipifica la injuria en ambos casos. En términos también objetivos, tenemos una contradicción entre dos derechos protegidos de forma distinta por el sistema jurídico, el uno con penas de prisión (honra)³⁶ y el otro que exige abstención de parte del estado cuando se ejerce el derecho (libertad de expresión).³⁷ Si el Estado enjuicia penalmente a quien ejerce la libertad de expresión, el estado viola el deber de abstención. En suma, tenemos una antinomia. Lo cierto es que el juez penal no puede ser indiferente a este conflicto de normas y al análisis constitucional de proporcionalidad de las normas penales.

En el caso de León Febres Cordero contra Rodrigo Fierro Benítez,³⁸ Febres Cordero acusó a Fierro por injurias al haber publicado en *El Comercio* un artículo de opinión denominado “Febres-Cordero: en su sitio”, a través del cual Fierro manifes-

35. Constitución Política del Ecuador, art. 23 (8).

36. Código Penal, art. 489 y ss.

37. Constitución Política del Ecuador, art. 23 (9).

38. Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Sentencia de Casación, León Febres Cordero contra Rodrigo Fierro Benítez, 29 de octubre de 2004.

taba que Febres Cordero tenía responsabilidad en la quiebra bancaria, sugería que es un “ave de rapiña” y un “industrial de pacotilla”.³⁹ Fierro fue condenado penalmente por injurias.

La Corte Suprema de Justicia consideró que el derecho al honor prevalece sobre la libertad de expresión, que no se puede difamar o desacreditar a autoridades o líderes de un país, que el articulista no puede “actuar con entera libertad” a menos que “obre con objetividad, imparcialidad y sobre todo veracidad”. La Corte reafirmó el valor de la libertad de expresar el pensamiento como esencial en la democracia, pero lo condicionó a que no menoscabe la dignidad de las personas, no atente contra la institucionalidad y no lesione otros derechos, puesto que de este modo deslegitima la libertad de prensa. La sentencia resaltó la “intención y propósito de causar daño a León Febres Cordero degradándolo del sitial que corresponde a quien ejerció la primera magistratura de la nación”.

La sentencia admite la existencia del desarrollo jurisprudencial de Estados Unidos a través del fallo *New York Times* contra Sullivan, que “se aplica ahora universalmente”. Sin embargo, este precedente no fue completamente observado ni adecuadamente citado. El principio que aplica el caso Sullivan lleva exactamente a una solución contraria a la que arriba la Corte Suprema de Ecuador. El contraste de estas dos sentencias nos ayuda a aclarar el análisis constitucional de las conductas sancionables.

Sullivan era el jefe de policía de Montgomery y creyó que una publicación en el periódico *New York Times* (ni siquiera un artículo de opinión) le injurió. El anuncio publicado denunciaba que, en 1960, en plenas manifestaciones para reclamar derechos civiles, existía una fuerte represión de parte de la policía y que ésta empleaba medios como gas, balas de plástico y detenciones arbitrarias en contra de los manifestantes pacíficos.⁴⁰ La Corte Suprema de Estados Unidos consideró que por el hecho de ser la policía y Sullivan institución y persona pública, la libertad de expresión prevalecía aun cuando las afirmaciones hechas fueren falsas, porque ayudan a determinar la verdad, salvo que exista real malicia. La protección al derecho a la honra es limitada cuando el personaje es público porque favorece el debate democrático sobre su gestión; en otras palabras, “la restricción a la libertad de prensa impuesta a las críticas al gobierno y a los funcionarios públicos es inconsistente con la primera enmienda”⁴¹ (libertad de expresión). Es más, el magistrado Black sostuvo

39. Rodrigo Fierro Benítez, “Febres Cordero: en su sitio”, en *El Comercio*, 29 de mayo de 2003, p. 4 A.

40. Melvin Urofsky, “New York Times v. Sullivan”, en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, third edition, pp. 50-51.

41. Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, *New York Times company v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), tra-

en un voto concurrente que el periódico tiene un derecho absoluto e incondicional a publicar críticas a los oficiales y a las agencias públicas.

La Corte Suprema de Ecuador no valoró, para que primara la libertad de expresión, el hecho de que Febres Cordero fuera presidente de la República ni tampoco que se le responsabilizara por un hecho en el ejercicio de sus funciones. Al contrario, el hecho de ser funcionario público pesó para que la protección a la honra fuera mayor y prevaleciera. El mensaje fue contrario a la libertad de expresión y circulación de opiniones: no se puede comentar contra funcionarios públicos a menos que se diga la verdad. Esto es contrario a la libertad de opinión y al escrutinio que debe tener todo funcionario público que, en suma, es mandatario y por tanto sujeto a críticas. Otro elemento para tomar en cuenta es que en Estados Unidos, seguramente por el principio de proporcionalidad, no se penaliza la injuria sino simplemente el daño civil y aun en este caso no se consideró que existía responsabilidad alguna.

El caso de Fierro se reedita, años más tarde, cuando el presidente Rafael Correa presentó una demanda en la Fiscalía de Pichincha, en la que solicitó prisión para Francisco Vivanco Riofrío, representante del diario *La Hora*, por injurias no calumniosas. El 7 de marzo de 2007, el periódico publicó un editorial en el que afirmaba que el mandatario gobierna con “tumultos, piedras y palos” y publicó un titular denominado ‘Vandalismo oficial’ en su editorial (9 de marzo de 2007).⁴²

Un juzgador penal puede encontrar el conflicto de normas, como de hecho lo hizo el juzgador norteamericano, o puede aplicar formalmente el derecho penal, como lo hizo el juzgador ecuatoriano. Aplicando derechos humanos al derecho penal, los resultados son, como se evidenció, diferentes: no solo que no hubo pena sino que hubo promoción de una actividad que el derecho penal considera ilícita.

LA QUEMA DE LA BANDERA COMO LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El 12 de octubre de 2007, en una manifestación pública a propósito de la provincialización de la península de Santa Elena y de la separación del Guayas, un grupo de personas “cogen la bandera blanquiceleste de Guayaquil y la destrazan; unos pedazos arden con fuego, otros retazos son usados por un par de manifestantes para efectuar gesticulaciones obscenas...”.⁴³

ducción libre en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, third edition, pp. 52-53.

42. *El Universo*, “Correa pide sanción a Diario *La Hora* por injurias”, 9 de mayo de 2007, en <http://www.eluniverso.com/2007/05/11/0001/8/1B39A4F92617426D839E20585A320911.aspx> (visita 30 de octubre de 2007).

43 Fernando Balseca, “Ofensas a la bandera”, en *El Universo*, 19 de octubre de 2006, en

El gobernador del Guayas,⁴⁴ el Prefecto y el alcalde del Guayas inmediatamente denuncian penalmente a los autores. El alcalde de Guayaquil manifestó que “El derecho de los pueblos a vivir bien es legítimo e irrenunciable, (pero) qué tiene que ver con quemar u ofender la bandera de Guayaquil. Es un acto incalificable, intolerable y delictivo... Se está buscando a quien cometió ese delito”.⁴⁵ La policía detiene a dos personas y se inicia un proceso penal.

Efectivamente, el Código Penal establece que “el que públicamente... incitare o fomentare por cualquier medio el separatismo... el que cometiere cualquier burla o desacato, con palabras o acciones, contra la Bandera... será reprimido con prisión de seis meses a tres años...”.⁴⁶

Tipo penal sin Constitución sustancial, no hay mucho que discutir. Hay un delito y hay que reprimirlo. Sin embargo, si uno analiza más detenidamente, encontramos efectivamente un problema constitucional. ¿Los manifestantes estaban ejerciendo su derecho a la libertad de expresión? ¿Cuál es el bien jurídico que protege la quema de la bandera? ¿La bandera y lo que significa como símbolo están protegidas por la Constitución y prevalecen sobre la libertad de expresión?

Para ilustrar las posibles respuestas, conviene mencionar el caso denominado Texas contra Johnson, resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos,⁴⁷ que tiene todos los elementos de nuestro caso ecuatoriano. Gregory Lee Johnson, en una manifestación pública contra un congreso republicano en Dallas y, en particular, contra la presencia de Bush (padre), quema la bandera norteamericana. Texas, al igual que 48 estados de los Estados Unidos, tiene un estatuto penal que criminaliza el abuso de la bandera como una seria ofensa a los individuos.

Los funcionarios del Estado de Texas alegaron en el juicio que la quema de la bandera constituía un disturbio que rompía la paz, que muchas personas se sintieron seriamente ofendidas por este hecho, que era una vulneración al orden público y que atentaba contra un símbolo que representaba la unidad nacional. La Corte no aceptó los argumentos, en primer lugar consideró que la quema de la bandera es una forma

<http://www.eluniverso.com/2007/10/19/0001/21/E0EC3258750E437C9B641505540D446F.aspx> (visita 30 de octubre de 2007).

44. *El Comercio*, “Nueva acción legal contra peninsulares”, 30 de octubre de 2007 en http://www.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=146057&id_seccion=10 (visita 30 de octubre de 2007).

45. *El Universo*, “Autoridades del Guayas contra división y ultraje a la bandera”, 17 de octubre de 2007, <http://www.eluniverso.com/2007/10/17/0001/18/C74DB2AB9CF645038052693C7045C4AB.aspx> (visita 30 de octubre de 2007).

46. Código Penal, art. 128.

47. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Texas v. Jonson* 491 U. S. 397 88-155 (1989) en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, third edition, pp. 77-84.

de expresión y, posteriormente, afirmó que la principal función de la libertad de expresión es invitar a la disputa, que el acto de la quema de la bandera no propició revuelta alguna, que las autoridades de Texas y la policía persiguieron a una persona por expresar insatisfacción por las políticas del país y que esto está en el centro del derecho a la libertad de expresión, que la integridad de una bandera no está protegida por la Constitución, que prohibir una idea por el simple hecho de ser desagradable u ofensiva atenta contra la libertad de expresión, que el gesto de una persona contra la bandera no afecta en absoluto la actitud hacia la unidad nacional, que la mejor manera de rendir tributo a un símbolo como la bandera, que representa la libertad, es precisamente promoviéndola y no reprimiendo las libertades, finalmente que sancionar penalmente a quien siente y piensa diferente no es la mejor manera de persuadir. La Corte sostuvo que el mejor remedio, en este caso, es aplicar el derecho a favor de la libertad de expresión que silenciarla.

La reacción a esta sentencia fue inmediata de parte del Congreso, que expidió una ley federal criminalizando cualquier tipo de atentado contra la bandera. Inmediatamente la Corte, reafirmando la sentencia descrita, declaró inconstitucional la ley del Congreso, bajo la premisa que el Estado se funda en un serio compromiso con la libertad de expresión.⁴⁸

En el caso ecuatoriano, la quema de la bandera sin duda alguna fue un acto de libertad de expresión. Al respecto, Fernando Balseca sostiene:

...no tenemos que enclaustrarnos en las formas: no se ha abrasado a Guayaquil; se ha incinerado una conducta que no vela por los más necesitados... un gobernante debe preguntarse qué originó esa actitud: debe leer el símbolo e interpretarlo. Y la respuesta aparece nítida: los poderes provinciales no han compartido una visión amplia y generosa con la provincia... En Santa Elena se ha carbonizado el hecho injusto de que unas regiones posean más que otras y se han chamuscado jerarquías que ya no se reconocen como tales.⁴⁹

Otra vez, si aplicamos la Constitución el resultado puede ser diferente al contemplado en el tipo penal. ¿Puede un juez penal llegar al desconocimiento de un tipo penal? Aplicando la Constitución, ponderando y argumentando, sí.

48. Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, *United States v. Eichman* 496 U.S. 310 89-1433 (1990), en Lynda Butler and others, *The bill of rights, the courts and the law*, Virginia Foundation for the humanities and public policy, 1999, third edition, pp. 84-86.

49. Fernando Balseca, "Ofensas a la bandera", en *El Universo*, 19 de octubre de 2006, en <http://www.eluniverso.com/2007/10/19/0001/21/E0EC3258750E437C9B641505540D446F.aspx>

LOS VAGOS Y MENDIGOS

Los vagos, personas que no tienen domicilio fijo ni medios de subsistencia o que no ejercen habitualmente oficio o profesión, serán reprimidos con prisión de tres meses a un año.⁵⁰

¿Cuál es el bien jurídico protegido en este tipo penal? Desde la perspectiva constitucional parece lo contrario, que estamos ante el caso de una persona a quien se le están violando sus derechos sociales: el derecho a la vivienda al no tener domicilio, al derecho al mínimo vital al no tener medios de subsistencia, el derecho al trabajo al no ejercer oficio o profesión. Estas personas que pueden ser víctimas, se les considera responsables y además se les amenaza con privarles de la libertad.

Este tipo penal vigente en Ecuador se encuadra dentro de la idea de que hay personas que son peligrosas y que pueden delinquir.

Todo lo que se ha dicho del positivismo peligrosista y de su incompatibilidad ideológica con los Derechos Humanos, llega a su máxima expresión con las leyes de peligrosidad sin delito: aquí se viola totalmente el principio de legalidad, porque sin ninguna tipicidad se cae en una grave violación de derechos. El desprecio a la dignidad humana es total: es suficiente reunir dos o tres “síntomas” para “detectar” la forma de vida de una persona, encuadrada en una adjetivación peyorativa y privarla de libertad... El origen de esta ideología es claro: se trata de la clasificación entre personas “decentes” y “peligrosas”, consagrada por la misma ley conforme a un criterio arbitrario de apreciación que pone en manos del poder público... y que en modo alguno deja de tener... un claro tinte racista.⁵¹

El derecho penal se ocupa exclusivamente de las acciones y no de las características personales, como el caso que comentamos de los vagos, ni de las ideas, como la quema de la bandera: “solo es admisible castigar acciones, porque el Estado no tiene poder para ir más allá”.⁵²

En estos casos parece que el juez penal tiene el imperativo de inaplicar el Código Penal por existir una franca contradicción con los principios constitucionales.

50. Código Penal, art. 383 y 384.

51. Eugenio R. Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe Final)*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 196.

52. Alberto M. Binder, *Justicia penal y estado de derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, 2a. ed., p. 154.

LA TENENCIA DE DROGAS Y EL CONSUMO

La ley de sustancias estupefacientes y psicotrópicas (en adelante “ley de drogas”) no es muy clara en cuanto a los consumidores. Por un lado, parece que por no estar sujetos a detención, no se penaliza el consumo;⁵³ por otro lado, la ley considera que toda tenencia sin receta médica previa es un delito y grave.

Quienes sin autorización legal o despacho de receta médica previa, posean o tengan, con su consentimiento expreso o tácito, deducible de una o más circunstancias, sustancias estupefacientes o psicotrópicas, en sus personas, ropas, valijas, muebles, en su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro sitio del que sean propietarios, arrendatarios, tenedores u ocupantes a cualquier título, o que esté bajo su dependencia o control, serán sancionados con la pena de doce a diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria y multa de sesenta a ocho mil salarios mínimos vitales generales.⁵⁴

El consumo no está penado pero la tenencia sí. Ocurre que no se puede consumir, si previamente no se tiene la droga. En términos temporales, soy delincuente antes de ingerir las sustancias y no soy delincuente después de consumirlas. En la realidad sucede que las personas que son consumidoras pero que se las detuvo con droga, tienen que demostrar procesalmente que esa droga la tenían para el consumo y no para la venta.

En estos casos tenemos serios problemas constitucionales. Se presume la culpabilidad y se debe demostrar la inocencia, lo cual invierte la carga de la prueba en contra del procesado. Además, si la persona no logra demostrar que es consumidora, aunque posea mínimas cantidades de droga, la pena es absolutamente desproporcionada. Tener, por ejemplo, un gramo de cocaína, aun si es para la venta, no se compeadece con sanciones parecidas al asesinato.

Pero quizá donde mayores cuestionamientos podemos encontrar es en el análisis del bien jurídico protegido y del principio de lesividad.

El objetivo de la ley de drogas es proteger a la comunidad de los peligros que dimanen de la producción, oferta, uso indebido y tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.⁵⁵ El principio de lesividad, también conocido como principio de reserva o de trascendencia a terceros, exige la existencia de un daño concreto. “El Estado no es un *pater familia* que deba estar preocupado por la excelencia moral

53. Ley de drogas, art. 30. Prohibición de detención del usuario. Ninguna persona será privada de su libertad por el hecho de parecer encontrarse bajo los efectos de sustancias sujetas a fiscalización.

54. Ley de drogas, art. 62. Sanciones para la tenencia y posesión ilícitas.

55. Ley de drogas, art. 1.

de las acciones de sus ciudadanos; si éstas solo tienen que ver con cada individuo, constituyen un asunto ligado a la moral”.⁵⁶ La Corte Constitucional Colombiana, en la célebre sentencia sobre el consumo de drogas, ha sostenido que en un régimen jurídico que tiene una Constitución que establece principios democráticos, “a una persona no pueden castigarla por lo que posiblemente hará, sino por lo que efectivamente hace”.⁵⁷ El problema no es tener o consumir drogas, que no provoca daño alguno a nadie, sino cometer delitos, drogado o no, teniendo drogas o no.

En el consumo de drogas y en el enjuiciamiento penal por tenencia, se encuentra afectado el derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación y al libre desarrollo de la personalidad.⁵⁸ En relación a la afectación que puede tener la comunidad por el consumo de drogas, el trato es discriminatorio, porque el Estado interviene de forma distinta cuando se trata de sustancias que producen igual daño como el alcohol; en cuanto al desarrollo de la personalidad:

...el considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que solo a la persona atañen, solo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en medio para los fines que por fuera de ella se eligen. Una vez que se ha optado por la libertad, no se la puede temer.⁵⁹

Por todas estas razones, cuando de los hechos del caso (aunque no haya prueba procesalmente incorporada) se desprenda que una persona tiene droga para el consumo, no solo que el juzgador penal puede abstenerse de privar provisionalmente de la libertad a alguien, sino que puede también abstenerse de iniciar un juicio penal. De igual modo, en casos de tenencia de drogas, el juez puede argumentar en contra de la aplicación de penas desproporcionadas en relación al bien jurídico protegido. Otra vez, los valores que priman son los de la Constitución y pueden ser diversos a los establecidos en la ley penal.

56. Alberto M. Binder, *Justicia penal y estado de derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004, 2a. ed., p. 155.

57. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-221 de 1994, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias Herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 10.

58. Constitución Política del Ecuador, art. 23 (5) y art. 23 (3).

59. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Constitucionalidad C-221 de 1994, en Carlos Gaviria Díaz, *Sentencias Herejías constitucionales*, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 15.

CÓDIGO PENAL MILITAR Y DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

El Código Penal Militar tiene innumerables infracciones que son cuestionables desde el bien jurídico protegido, por el principio de lesividad, y desde la proporcionalidad de las penas. De igual modo, la Ley de Seguridad Nacional puede ser cuestionada desde la Constitución y desde los estándares internacionales de derechos humanos que regulan los estados de excepción. Además, los estándares de bienes jurídicos protegidos han tenido particular desarrollo con la creación de la Corte Penal Internacional, que ha establecido los crímenes de guerra, y con el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario (DIH).

Por citar algunos ejemplos: la traición a la patria, la seguridad interior, la seguridad de las fuerzas armadas, las infracciones contra la subordinación, las infracciones contra la fe militar, abusos contra la administración militar. El análisis de cada uno de los tipos penales ameritaría un mayor espacio. Lo cierto es que “el ordenamiento jurídico del Ecuador requiere una amplia adecuación para poner varios cuerpos legales a tono con los instrumentos internacionales del Derecho Internacional Humanitario... la falta de una clara y completa tipificación trae consigo que la pertinente penalización o asignación de penas sea igualmente inexistente o no exista”.⁶⁰

El juez penal puede encontrar francas contradicciones entre el DIH y el Código Penal, y puede ocurrir que el DIH se aplique en lugar de las normas penales, bajo la premisa de que las normas internacionales tienen rango constitucional.

ADVERTENCIAS Y CONCLUSIONES

Los juzgadores penales, como cualquier autoridad pública, tiene la obligación de observar y aplicar la Constitución. Sin embargo, el poder de control constitucional tiene que ser usado con cautela. El juzgador penal no reemplaza al Congreso Nacional ni lo podrá hacer, pero en casos concretos, como se ha intentado demostrar en este ensayo, el resultado de la aplicación de los tipos penales puede acarrear resultados injustos por violar derechos y principios constitucionales.

La única forma de garantizar que la inaplicación de la ley penal no sea arbitraria es a través de la ponderación y de la argumentación jurídica. Si el juez no pondera ni

60. Ramiro Ávila Santamaría y José Valencia Amores, *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario, estudio de compatibilidad entre el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las normas del DIH*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006, p. 188.

argumenta, el fallo inevitablemente violará el debido proceso, por falta de motivación, y la seguridad jurídica.

El constitucionalismo no ha sido considerado aún de forma seria y consistente en la academia, ni tampoco en la función judicial. El juzgador en general, y el penal en particular, no son solo garantes de la ley y están sujetos irracionalmente al principio de legalidad. Los jueces son garantes de los derechos de las personas que están reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Esa garantía significa que pueden y deben controlar los abusos que a veces se producen por las mayorías que deciden en contra de principios.⁶¹

Los jueces pueden y deben corregir los excesos de los otros poderes del estado y esos excesos son a veces exagerados en cuanto al uso del *ius puniendi*. A mayor poder del estado, como el caso del derecho penal, mayor control judicial.

61. El ejemplo claro de una mayoría del Congreso que ha aprobado reformas procesales en contra de la Constitución, es la famosa institución denominada “detención en firme” que limita y a ratos imposibilita el ejercicio al derecho a ser juzgado en un plazo razonable (caducidad de la privación de libertad provisional), que consta en el art. 24 (8) de la Constitución Política del Ecuador.

Fundamentación de una teoría de la pena a partir de la justicia como equidad y del debate sobre el neocontractualismo

Mariana Yépez Andrade*

El artículo comienza haciendo un recuento de la fundamentación de la pena a través de varias escuelas penales. Luego se centra en el análisis del contractualismo, que tiene sus orígenes en el derecho penal liberal, y que ha sido profundamente modificado y actualizado por John Rawls. La autora se pregunta si es posible encontrar los fundamentos de la pena en la teoría de la justicia de Rawls y si es posible, además, considerar las ideas del feminismo. Sin duda alguna, la perspectiva feminista introducida por la autora contribuye a realizar un análisis crítico tanto de la teoría de Rawls como de la teoría de la pena. Finalmente, el artículo sienta las bases para una propuesta de teoría de la pena que incluye la diversidad, la equidad, la libertad, la igualdad y el enfoque de género.

FORO

ANTECEDENTES

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA TEORÍA DE LA PENA

Existe discusión sobre la finalidad del Estado en la persecución del delito, así como las condiciones y las medidas de aplicación de la pena; sin embargo, la legitimidad del *ius puniendi* está íntimamente vinculada con las teorías de la pena, que de modo general se conocen como de retribución y preventivas. La primera se reduce a postular, como función legítima del Estado, la realización del ideal de justicia. En tanto que las preventivas conciben que el derecho penal es una herramienta de utilidad social.

La Teoría de la Retribución se origina en Kant y Hegel. Se elabora a partir de Bindig, para quien las concepciones preventivas no son compatibles con la dignidad

* Ex ministra Fiscal General de la Nación.

humana; rechaza la pena como instrumento de motivación, y considera que la única motivación respecto del hombre surge de la norma, siendo el Estado el destinatario de la misma, ya que a través de los órganos jurisdiccionales debe castigar al culpable del delito.

“De acuerdo a la teoría de la retribución, la pena es un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la ley del talión”.¹ De lo que se puede concluir que rige un principio de proporcionalidad entre el delito y la pena.

Esta teoría establece un límite a la pretensión punitiva estatal, denominándose “teoría absoluta” como único imperativo categórico emergente de la idea de justicia, como lo explica Kant en su obra *Metafísica de las costumbres*.²

Se entiende como teorías relativas las de prevención general y especial, que conciben la pena como instrumento de motivación. La primera, tiene su origen científico en Feuerbach, quien “apreció a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a toda la colectividad, con el fin de conjurar el peligro de la delincuencia latente en su seno”.³ Cabe destacar que no se traduce en la disminución de los índices de criminalidad, pues se orienta hacia formas disuasivas por medio de la pena, mas no a la remoción de factores de desadaptación social.

De acuerdo con la teoría de la prevención especial que se desarrolló entre otras corrientes en la escuela alemana Liszt, el fin de la pena es prevenir nuevos actos delictivos del mismo autor, evitando la reincidencia. El sustento no es acto de desobediencia a la norma, sino “la asocialidad del autor”.

La prevención especial negativa entendió la pena como un instrumento de motivación, aunque no está conforme con las teorías preventivo-generales, pero no se puede agotar el sentido de la pena en la readaptación social del condenado y el propósito de evitar la reincidencia.⁴

Las Teorías de la Unión abarcan criterios pluridimensionales. Suponen una combinación de fines retributivos y preventivos para configurar un sistema que recoge los elementos más positivos de cada una de las concepciones mencionadas. Ese pensamiento unificador permite admitir que el criterio preventivo general, se da generalmente en el ámbito legislativo; y que en lo procesos penales, así como en la individualización de la pena rigen los puntos de vista retributivos. Tradicionalmente se admite que durante la etapa de ejecución, la teoría de mayor incidencia debe ser la

1. Esteban Righi, *Teoría de la Pena*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2001, p. 21.

2. Citado por Esteban Righi, p. 23.

3. *Ibid.*, p. 23.

4. Esteban Righi, *Teoría de la Pena*, p. 29.

de prevención especial, ya que los sistemas penitenciarios se orientan a la rehabilitación social del condenado.

Según la teoría unificadora preventiva, Roxin explica que el fin de la pena debe ser del tipo preventivo para que una teoría de la pena pueda ser sostenida, como lo explica en su obra *Derecho Penal, parte general*. Procuró además llevar a término una unidad sistemática del derecho penal y la política criminal también en el seno de la teoría del delito, fundamentando que los presupuestos de punibilidad deben desarrollarse a partir de la atipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Propone también unir los fines preventivos, basándose en que “las normas penales solo están justificadas cuando están destinadas a proteger la libertad individual, o en todo caso un orden social que está a su servicio, por lo que la pena, en la mayoría de los casos, debe perseguir simultáneamente fines preventivo generales y preventivo especiales”.⁵

La teoría de la “prevención general positiva” se fundamenta en la concepción de Luhmann: que el derecho es instrumento de estabilización social. Esta teoría aparece con Jakobs, en su obra *Derecho Penal, parte general* (1991) en la que se concibe que el fin de la pena es el restablecimiento de la confianza institucional de los miembros de la comunidad, desestabilizada por el delito.

Se considera que la meta del derecho penal no es la intimidación (prevención general negativa), sino la prevención general positiva: afirmar y asegurar las normas fundamentales que en cada sociedad se consideran indispensables.⁶

Jakobs concreta una teoría preventiva, mediante la cual la pena tiene como finalidad el reconocimiento de la norma y la fidelidad al derecho. La prevención es calificada de “general” por la función orientadora de la norma para el comportamiento de las personas.

En definitiva, esta teoría adjudica a la pena una función reparadora del equilibrio de un sistema social perturbado por el delito.⁷

EL NEOCONTRACTUALISMO DE RAWLS

Rawls en 1970 restablece la teoría del contrato social, que según el pensamiento político de Thomas Hobbes, John Locke y J. Rousseau, es un acuerdo entre ciudada-

5. Citado por Righi, p. 35.

6. *Ibid.*, p. 40.

7. Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal, parte general*, Madrid, Editorial Hammurabi, p. 41.

nos potenciales, o entre estos y un potencial gobernante o gobernantes, sobre los términos en los que van a entrar en relaciones sea sociales o políticas, o ambas.

La teoría del contrato social propone una situación de “estado de naturaleza”, en el que las personas que no tienen derechos y obligaciones políticas “y tal vez tampoco sociales”, llegan generalmente de manera anónima a un acuerdo sobre las bases para establecer un sistema social y/o político en el que se les reconozcan derechos y obligaciones, incluidas las obligaciones de cumplir el acuerdo alcanzado, respetar los derechos de los ciudadanos y obedecer al gobernante o gobernantes nombrados.

El contrato social es usado tanto para explicar la obligación general de los ciudadanos de obedecer la ley (y los posibles límites de esa obligación), como para proporcionar un modo de determinar el contenido adecuado de los derechos y obligaciones que vinculan a los miembros de una sociedad civil y política.⁸

El enfoque del contrato social de Rawls, es un método que facilita un consenso deseable en un tipo de sociedad. Esa teoría contiene implícito el igualitarismo.

Para Rawls las instituciones básicas de la sociedad no deben ser solamente ordenadas y eficientes, sino sobre todo justas. Su principal objetivo es “elaborar una teoría de la justicia que sea una alternativa viable a las doctrinas que han dominado largamente nuestra tradición filosófica”.⁹

El Contractualismo Rawlsiano está dentro de la teoría de la justicia del propio Rawls, que considera primordial el valor de la autonomía de la personas y nos ayuda a responder a dos preguntas básicas de toda teoría moral:

- ¿Qué nos demanda la moral?
- ¿Por qué debemos obedecer ciertas reglas?

Rawls introduce a su teoría un “Contrato Hipotético”, que no es sino el acuerdo que se firmaría bajo ciertas condiciones ideales y en el cual se respeta el carácter de seres libres e iguales. Resalta que la igualdad se deriva de la inherente “igualdad moral” entre las personas.

La aplicabilidad de los principios resultantes del contrato rawlsiano se da en sociedades bien ordenadas, donde reinan las circunstancias de justicia, que promueve el bien de sus miembros, donde no existe ni extrema escasez ni una abundancia de bienes; las personas son más o menos iguales entre sí, en cuanto a capacidades físicas y mentales, pero vulnerables frente a las agresiones de los demás.¹⁰

8. Tom Campbell, *La Justicia*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 102.

9. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1999, p. 21.

10. *Ibíd.*, p. 35.

Rawls propone una métrica objetiva en las discusiones de la justicia y la igualdad. También se refiere a *la regla de racionalidad* que deben utilizar los sujetos de la posición original, en caso de tener dudas respecto de la elección a la que se enfrentan y piensa en la “regla maximin”, por la que en ocasiones de incertidumbre deben jerarquizarse las distintas alternativas conforme a sus peores resultados posibles, o sea que debe adoptarse la alternativa cuyo peor resultado sea superior al peor de los resultados de las otras alternativas.¹¹

TEORÍA DE LA JUSTICIA: LA JUSTICIA COMO EQUIDAD

Rawls sostiene que “la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento”, de modo que si las leyes son injustas deben ser reformadas o derogadas, y al confrontar la libertad y el bien de la mayoría, explica que no es justicia la pérdida de la libertad ante el mayor bien compartido por otros. Da énfasis a las libertades de la igualdad y ciudadanía en una sociedad justa, así como la tolerancia a una injusticia cuando es necesario evitar una injusticia mayor.

John Rawls sustenta la justicia como equidad, en la idea de la equidad procedimental de una posición original, que es versión del hipotético estado de naturaleza. La denomina justicia procedimental perfecta, en la cual se obtendría el resultado más eficiente para conseguir a su vez un resultado correcto. Es una cuestión de justicia procedimental pura “la aceptación del resultado del acuerdo alcanzado, que depende de la aceptación del procedimiento”.¹²

La equidad procedimental se basa en la estrategia de asegurar que todas las causas de sesgo y parcialidad sean excluidas de la posición original, que dé lugar a resultados imparciales y equitativos.

Es criterio fundamental que solo “una negociación equitativa generará resultados equitativos”.

La justicia como equidad “es restringida no solo a un tipo particular de sociedad sino que, dentro de ese tipo, se la reserva para cuestiones de justicia en relación solo con las instituciones básicas de la sociedad; en particular el interés del autor está en la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación social”.¹³

11. *Ibid.*, p. 38.

12. *Ibid.*, p. 85.

13. Tom Campbell, *La Justicia*, p. 109.

En este sistema se considera que los principios de justicia imparciales son los que resultan de una elección realizada por personas libres, racionales y situadas en una posición de igualdad.¹⁴

A fin de evitar la influencia de circunstancias propias de cada uno, Rawls imagina “una discusión llevada a cabo por individuos racionales y auto interesados, que se proponen elegir por unanimidad y después de deliberar entre ellos, los principios sociales que habrá de organizar la sociedad”. Piensa en personas afectadas por una circunstancia particular, que están detrás de un “velo de ignorancia” que les impide conocer el lugar de clase o su estatus social, la fortuna o desgracia que han tenido en la distribución de capacidades naturales, su inteligencia, su fuerza, su raza, la generación a la que pertenecen, etc.

Para asegurar que la igualdad teórica surta efectos en la posición original, Rawls introduce su original concepción del “velo de ignorancia” que evita toda posibilidad de iniquidad en las decisiones a tomar, “haciendo que todas las partes ignoren enteramente cualquier dato particular sobre sí mismas que les pudiera llevar, como electores racionales, a tomar decisiones que las favorezcan personalmente a costa de otras personas con cualidades diferentes”.

Esto significa que las partes no conocen sus talentos, o su carencia, ni su lugar en la sociedad, ni siquiera conocen el tipo de sociedad ni la época en la que vivirán, aunque saben que tienen una concepción del bien, no conocen su contenido, por tanto no pueden moldear los principios de justicia para adecuarlos a sus objetivos, valores o creencias religiosas particulares.

Los sujetos a los que se refiere Rawls, necesitan otra información adicional antes de elegir con sentido, por lo que es necesario precisar lo que se debe decir sobre las motivaciones propias de los seres ideales descritos y acerca del criterio de racionalidad que se va a emplear en situaciones de incertidumbre, como escoger una concepción de justicia, por ejemplo.

Rawls sostiene que “cualquier persona tiene que estar en condiciones de perseguir su propio proyecto de vida, independientemente, en principio del contenido del mismo”;¹⁵ y que los sujetos en la “posición original”, terminarían comprometiéndose con los siguientes principios de justicia que son básicos:

1. Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.¹⁶ Gargarella interpreta que no es todo tipo de libertades,

14. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, p. 36.

15. *Ibid.*, p. 38.

16. *Ibid.*, p. 39.

sino las civiles y políticas: derecho al voto, al debido proceso, a la libertad de expresión y asociación, etc.

2. Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: primera, deben relacionarse con puestos y posiciones abiertas para todos en condiciones de plena equidad y de igualdad de oportunidades, y segunda, deben redundar en el mayor beneficio de los miembros menos privilegiados de la sociedad.¹⁷

“Este principio es el principio de diferencia, que implica la superación de una idea de justicia distributiva, de acuerdo con la cual lo que cada uno obtiene es justo, si es que los beneficios o posiciones en cuestión eran también asequibles para los demás.” Sin embargo, el “esquema de justicia no se considera satisfecha con una mera igualdad de oportunidades.¹⁸

Rawls dice que importa ante todo el objetivo inicial de la justicia como imparcialidad, que como lo hemos definido antes, es el único que demuestra que los principios de la justicia son adoptados en vez de otras opciones tradicionales.¹⁹

La violación al principio de igualdad, en este caso, solo es aceptable cuando va a “engrosar” las porciones de recursos en manos de los menos favorecidos y nunca en el caso en que las disminuyan. Esta concepción, a criterio del propio Rawls, es más “estable” que la noción de igualdad de oportunidades, lo cual es inexplicable.

La teoría de la justicia es una intuición fundamental de Rawls, pero que “no merece ser reconocida como tal si permite que las personas resulten beneficiadas o perjudicadas por circunstancias ajenas a su voluntad”.

Al tenor del pensamiento igualitario: la sociedad justa debe tender en lo posible, a igualar a las personas en sus circunstancias, de modo tal que lo que ocurra con sus vidas quede bajo su propia responsabilidad.

Rawls expresa que las arbitrariedades morales no son justas o injustas por sí mismas; que no hay sentido en reprochar a la naturaleza por favorecer o desfavorecer, pero que sí debe hacerse una evaluación sobre la justicia o injusticia de las instituciones básicas de la sociedad. “La naturaleza no es justa o injusta con nosotros”, es el modo en que el sistema institucional procesa esos hechos de la naturaleza. De allí surge su afirmación de que la “primera virtud” de cualquier sistema institucional ha de ser la de su justicia.²⁰

17. *Ibid.*, p. 39.

18. *Ibid.*, p. 39.

19. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 274.

20. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, p. 41.

Para la consecución de sus pretensiones desinteresadas las partes son libres para proponer y argumentar a favor de los principios de justicia que crean que pueden ser de mayor beneficio para sí mismas, y se presupone que como personas racionales, estarán de acuerdo solo respecto de la mejor negociación que puedan obtener a cambio de los beneficios de la cooperación social.

Haciendo una síntesis de las ideas centrales del contractualismo de Rawls, se puede destacar lo siguiente:

- Que la igualdad en la posición original se aplica en primer lugar a la igual libertad, incluida la igualdad en los derechos procedimentales para el debate en la posición original, y la igualdad como fuente importante de pretensiones válidas respecto de los recursos sociales, en relación con las instituciones sociales básicas.
- Que cada persona tiene primero una concepción del bien, y de los objetivos que es valioso perseguir; y, segundo, tiene un sentido de la justicia. Esto es, un conjunto de creencias acerca de los términos de la cooperación social equitativa.
- Que las personas (se presupone), son capaces de actuar pensando a largo plazo en relación tanto con su concepción del bien, como con su sentido de justicia.
- Que las desigualdades sociales y económicas se deben disponer de modo tal que: a) sean para el mayor beneficio de las personas más desventajadas; y, b) que estén vinculadas a cargos y posiciones abiertas a todas las personas, bajo condiciones de igualdad real de oportunidades.²¹

Sobre los rasgos distintivos de la teoría de la Justicia, Rawls dice que: “El objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad o más exactamente, el modo en que las instituciones sociales más importantes distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social”. Por instituciones más importantes entiende “la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales”.²²

Gargarella remarca que los principios resultantes del contrato rawlsiano se aplican en sociedades bien ordenadas, en donde reinan las circunstancias de justicia.²³ En consecuencia, para Rawls no existe un criterio independiente que pueda indicarnos lo que es justo hacer, aunque sí hay procedimientos para llegar a resultados equitativos, lo que según él es justicia procedimental pura.

21. John Rawls, *Teoría de la Justicia*, p. 83.

22. *Ibíd.*

23. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, p. 35.

Se han vertido muchas críticas a la teoría de Rawls por considerarla incapaz de satisfacer plenamente su inicial promesa igualitaria. Al respecto, y como precedente de una posible teoría de la pena, conviene realizar una ligera revisión del igualitarismo que propone:

- a) “Las instituciones de una sociedad pueden ser consideradas instituciones justas cuando permiten que la vida de las personas dependa de lo que cada uno autónomamente elige”, y no de los azares de la naturaleza, o de las circunstancias que nos ha tocado vivir por fortuna o desgracia;
- b) Cuando se permite vivir lo que cada uno elige, las instituciones deben dirigirse a igualar a los individuos en sus circunstancias, lo que se traduce fundamentalmente en dotar a cada uno con un manejo igual de “bienes primarios”;
- c) La igualdad no implica una igualdad absoluta y estricta, rígida.²⁴

UNA PROPUESTA DE LA TEORÍA DE LA PENA

HIPÓTESIS

¿Desde el neocontractualismo y la teoría de la justicia de Rawls, es posible generar una teoría de la pena con perspectiva de género?

¿A base de los enunciados de Rawls es posible plantear una teoría de la pena que considere las ideas del feminismo como posición de apertura al tratamiento diferenciado de las mujeres, frente a la pretensión punitiva del Estado?

Para contestar estas interrogantes, es preciso consignar las razones que justifiquen una propuesta de teoría de la pena que considere a las mujeres de forma diferenciada:

1. La incorporación de la perspectiva de género en la teoría del delito refleja un rechazo al determinismo, causado por situaciones de orden biológico exclusivamente, que ha perneado los estudios sobre la delincuencia femenina, el derecho penal, las penas y su sustento ideológico. En la inclusión de esta variable debe entenderse que género, a diferencia de sexo, es “toda construcción social y no determinación natural que hace necesario estudiar las relaciones de subordinación respecto al otro sexo”.²⁵

2. Una teoría planteada desde esa perspectiva permitirá visibilizar las prácticas, valores, normas, representaciones, roles, patrones de pensamiento, sin los cuales no es posible examinar las corrientes de la filosofía política sobre el contractualismo y la justicia, elaboradas por los hombres y para los hombres, como se advierte incluso

24. *Ibid.*, p. 69.

25. Virginia Ayllon, *La mujer delincuente y privada de libertad en el sistema de administración de justicia*.

ve a partir del uso idiomático, al ignorar a las mujeres como sujetos del contrato hipotético y aún más, del pensamiento igualitario. Hay una sobregeneralización, pues no se sabe si se habla solo de un sexo o de ambos.

3. Cuando se trata de la delincuencia femenina, se destaca la importancia de analizar las especificaciones de los delitos que afectan la vida de las mujeres, lo que considero es uno de los elementos para establecer el funcionamiento diferencial de todo el aparato de control social, formalizado o no, así como la reacción social sin descuidar el papel de los mecanismos de conformación de un consenso social en torno de los roles de la mujer.

4. Si bien las penas mismas no son parte de la propuesta, no se puede dejar de enunciar que las mujeres, privadas de la libertad, constituyen un grupo marginado que no ha recibido la atención debida, como se relievra en las Conferencias de la Mujer, especialmente en la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas celebrada en Beijing, 1955, Plataforma de Acción Mundial, 1996.²⁶

5. La teoría feminista, realiza una crítica más global al pensamiento rawlsiano, a los presupuestos, valores y objetivos del mismo, considerando que es incapaz de repensar en la igualdad de un modo igualitario, como se puede advertir de lo expuesto por Catherine MacKinnon.²⁷

En verdad, el enfoque de la justicia es eminentemente masculino, y el discurso de la justicia olvida ciertos aspectos relacionados con los grupos marginados, y por tanto la teoría de la justicia no es suficientemente igualitaria al no decidirse a pensar en las personas como parte de grupos, por ejemplo, el grupo de mujeres, el grupo de adolescentes, etc.

6. Las reflexiones sobre la justicia asumen que las personas tienen opciones, cuando las mujeres en verdad carecen de éstas realmente. Así se advierte de los dos principios de justicia creados por Rawls: a) Cada persona tiene igual derecho a exigir un esquema de derechos y libertades básico e igualitario completamente apropiado, esquema que sea compatible con el mismo esquema para todos; y en este esquema, las libertades políticas iguales, y solo esas libertades tienen que ser garantizadas en su valor justo; b) Las desigualdades sociales y económicas solo se justifican por dos condiciones: en primer lugar, están relacionadas con puestos y cargos abiertos a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidad; en segundo lugar, estas posiciones y estos cargos deben ejercerse en el máximo beneficio de los integrantes de la sociedad menos privilegiados.²⁸

26. Párrafos 58.as, 59.a., 137, 244, 245.

27. Roberto Gargarella, *Las teorías de la Justicia después de Rawls*, pp. 85-97.

28. Jhon Rawls, *Liberalismo Político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 31.

Sostiene Rawls que estos principios regulan las instituciones con determinado dominio, no solo en cuanto a los derechos, libertades y oportunidades básicos sino también en cuanto a las exigencias de igualdad.

7. La teoría de Rawls, establece el método para descubrir los principios de justicia, aplicables en todas las sociedades y en todos los tiempos, en la medida en que incorpora e institucionaliza la imparcialidad en el debate moral y en la toma de decisiones, prometiendo proporcionar un medio a través del cual las personas, en sociedades liberales, puedan alcanzar acuerdos efectivos respecto de la estructura normativa básica de la sociedad. No obstante, se trata únicamente de un consenso superpuesto que es tan solo un acuerdo temporal de conveniencia.

La imparcialidad no es una garantía de un trato igualitario, ni de la supresión de las discriminaciones.

8. Rawls entiende por “libres” a las personas, no solo en la posición original por no estar presionadas ni sometidas a ninguna obligación o limitación anterior, sino también para reivindicar los beneficios de la cooperación social.

Según esto, las personas no se encuentran limitadas por concepciones morales anteriores en la consecución de sus propios intereses; sin embargo, tal criterio no sustenta los motivos de desigualdad que no han sido tomados en cuenta por Rawls, mientras que para Thomas Nagel existen tres fuentes de desigualdad, vinculadas a hechos ajenos a la voluntad individual:

- a) Las discriminaciones de raza y género;
- b) “Las ventajas hereditarias tanto en la posesión de recursos como en el acceso a los medios para obtener las calificaciones para las posiciones abiertas a competencia”. Es la diferencia de clase, que se trasmite a través de la familia; y,
- c) Los talentos: diferencia que se origina en las habilidades de las personas.

Estas consideraciones no admite Rawls en los criterios de igualdad, pero la verdad es que las diferencias están dadas desde el nacimiento y aun desde la gestación.

9. Las preferencias de las mujeres no son elitistas.

Una concepción de justicia debería empezar por el concepto de dominación y opresión. Un cambio de este tipo saca a relucir cuestiones relativas a la toma de decisiones, la división del trabajo y la cultura, que tiene que ver con la justicia social, pero que a menudo son pasadas por alto en las discusiones filosóficas.²⁹

29. Iris Marion Young, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Ediciones Cátedra, 1990, p. 4.

Young pone especial énfasis en que el discurso de la justicia es en gran medida un gran discurso sobre la injusticia, la incorrección y los daños inaceptables. Afirma además que mientras exista personas oprimidas es necesario que la justicia social se preocupe de estos grupos para acabar con su opresión. Reafirma algunos aspectos olvidados del discurso de la justicia, relacionados con los grupos desventajados y marginados y da una base sólida para una acción afirmativa.³⁰

BASES DE LA PROPUESTA DE LA TEORÍA DE LA PENA

Con estos antecedentes se puede sentar las bases de una teoría de la pena en los siguientes términos:

Siendo el contrato hipotético el que nos obliga, y que se firma bajo ciertas condiciones ideales, respetándose el carácter de seres libres e iguales, la pena será para mantener la vigencia del contrato y restaurar su validez. En consecuencia, la pena se da por el faltamiento a los deberes asumidos en virtud del contrato.

La libertad permite que las personas violen o no las obligaciones generadas en mérito al contrato; sin embargo, la trasgresión al mismo determinaría la pena.

La pena se sustenta además en la teoría moral a la que se refiere la teoría de la Justicia, y que considera importante el valor de la autonomía de las personas para responder sobre lo que demanda de la moral y la razón de obedecer ciertas reglas:

- a) Porque la moral nos exige cumplir las obligaciones que nos hemos comprometido a cumplir; y,
- b) Porque el contractualismo sostiene que la razón por la cual debemos obedecer ciertas reglas es porque nos hemos comprometido a ello.

A Rawls no le interesa defender la exigibilidad de los arreglos institucionales que se derivan de la posición teórica por él propuesta, pero para él, el contrato hipotético tiene valor como medio para poner a prueba la corrección de algunas instituciones morales, pues el contrato tiene sentido porque refleja nuestro estatus moral igual, y desde el punto de vista moral, “la suerte de cada [uno] no tiene la misma importancia, [que] la idea que todos contamos por igual”.³¹

Se puede afirmar que en esta propuesta están inmersos los principios de la teoría de prevención general positiva, porque tiene una función reparadora del equilibrio social perturbada por el delito.³²

30. *Ibid.*, p. 15.

31. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, p. 34.

32. Günter Jackobs, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 58.

Pese a lo consignado, en la teoría se debe tomar en cuenta los criterios de igualdad, y no discriminación, para hacer una aplicación diferenciada de la pena, a base de las medidas de discriminación positiva. Los derechos no pueden ser manejados como posesiones que puedan ser distribuidas, ya que son una cuestión de relaciones interpersonales correctas que establecen cómo deben interactuar las personas entre sí.

En la incorporación de los valores de “lo correcto” “lo bueno” a los juicios que se hagan para evaluar las condiciones culturales, e incluirlos en su concepción de justicia, es necesario poner de relieve el interés por las diferencias sociales y de género, presentes en la opresión y en la dominación. El sesgo que revela parcialidad de lenguaje y pretende evidenciar lo contrario, la igualdad de derechos, la importancia social de los grupos como algo distinto de las personas, produce injusticias, lo cual es cotidiano en la sociedad.

Aunque parece contradictorio, las diferencias constituyen la reivindicación de la igualdad de resultados, lo cual aclara debidamente Young, tratando de demostrar cómo la negación de la diferencia contribuye a la opresión de los grupos sociales e intenta defender una política que reconozca la diferencia y no la suprima.³³

Es importante que también se incorporen criterios de autonomía, con un enfoque diferente hacia la dominación, como insiste Catharine MacKinnon que realiza severas objeciones al liberalismo en general y al liberalismo defendido por Rawls, en particular. Ese enfoque, permite describir y examinar mejor la situación de las mujeres en el mundo contemporáneo, pues está en desacuerdo con la idea de autonomía valorada por el liberalismo, y está igualmente en desacuerdo con todas las teorías inscritas en el kantianismo.³⁴

La teoría de la pena debe abandonar el punto de vista imparcial, porque con ello nos separamos de la propia situación de las mujeres, de las particularidades que de hecho constituyen nuestro yo, y como dice Young, en la equivocada creencia de que lo moral es lo universal. La alternativa a la imparcialidad es la justicia, en primer lugar, en relación con la opresión y sus causas estructurales y justicia en relación con la dominación y sus manifestaciones políticas.

Debe también incluirse la concepción de “Rawls sobre un momento dialógico-moral de legitimidad, como un procedimiento consensual de argumentación, para garantizar que los principios de la justicia que han de orientar las instituciones sociales y procesos legales sean escogidos consensualmente y no se vean contaminados por juicios particulares y garanticen su imparcialidad. Para ello, utiliza el instrumen-

33. *Ibid.*, p. 10.

34. Roberto Gargarella, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, p. 86.

to metodológico de la posición original como Estado hipotético inicial que asegure la neutralidad de los principios de justicia”.³⁵

Precisamente, el procedimiento consensual no puede garantizar imparcialidad si no se toma en cuenta la argumentación de los enunciados relacionados con el feminismo. Menos aún se debe tener como sustento el “velo de ignorancia” de los participantes como medio de asegurar la neutralidad de los principios de justicia, pese a que según Rawls ese velo de ignorancia obliga a negociar bajo la perspectiva “del Universalismo Moral”.³⁶

La legitimidad del ordenamiento entonces estaría garantizada por la selección de principios morales de justicia de carácter universal, lo que significa que las normas punitivas deben estar acordes con la teoría de la pena que nace a su vez del contrato hipotético y que sea el producto de un diálogo moral a base de un criterio de legitimidad, que genere de todas formas un modelo de reconstrucción consensual. Todo esto para mantener la vigencia del contrato social.

Se debe tomar en cuenta la concepción de los bienes primarios y su distribución, en la elaboración de la teoría de la pena, porque de lo contrario existe el riesgo de desigualdades al aplicar con sentido de igualdad las mismas penas, aunque las personas cometan iguales delitos.

Considerando esta regla, los sujetos elegirán una alternativa, lo que no es dable cuando se trata de ciertos grupos que históricamente han vivido discriminaciones en razón del sexo, por ejemplo, a quienes se les han impuesto reglas sociales y aun formas de justicia, que en ocasiones contienen inequidades, pues no puede hablarse de negociación equitativa, y por tanto los resultados no serían equitativos, como proclama Rawls.

Para Rawls “la aplicación del principio de diferencia evita que los discapacitados reciban menos bienes sociales debido a la mera circunstancia de sus incapacidades: las desigualdades sociales son compensadas, y las desigualdades naturales no influyen en la distribución”.

Esto no tiene sentido. Las desigualdades naturales deben ser tomadas en cuenta, como las físicas, y el hecho de ser mujeres.

35. Oscar Quintana, *Teoría Política, Democracia Radical y Filosofía del Derecho*, Bogotá, Editorial Temis S.A., p. 105.

36. *Ibid.*, p. 106.

CONCLUSIONES

La propuesta de teoría de la pena se fundamenta en el hecho de que el tipo de contractualismo, defendido por Rawls, no logra otorgar protección adecuada a la diversidad de grupos e individuos existentes en la sociedad, tengan o no poder, político, económico concreto. Tampoco el liberalismo rawlsiano propone ciertos instrumentos teóricos, destinados justamente a prestar más atención a los intereses de los grupos más desventajados.

Ante las hipótesis planteadas, se puede afirmar que sí es posible construir una teoría de la pena que incluya criterios de equidad, incluyendo las reflexiones formuladas.

Entre los elementos del contrato hipotético se destacan: a) un acuerdo; b) firmado bajo condiciones ideales; c) respeto a la igualdad y a la libertad; d) la igualdad se deriva de la igualdad moral entre las personas; y, e) la aplicabilidad de los principios que resulten del contrato hipotético se puede dar en sociedades ordenadas, en las que primen las circunstancias de la justicia.

Para el enfoque feminista, es cuestionable la universalización de tales circunstancias, ya que las cuestiones de género y de sexualidad no han sido analizadas como cuestiones de justicia. La teoría Rawlsiana se basa justamente en la idea de que las desventajas naturales y sociales no deben tomarse como dadas, lo que implica que la posición original y el velo de ignorancia están orientados a inadmitir diferencias construidas sociales, culturales y políticas, en la toma de las decisiones.

Este enfoque y las opiniones de Ronald Dworkin, Amartya Sen, Gerald Cohen citados por Gargarella, llevan a efectuar consideraciones sobre la necesidad de incluir ciertos elementos al concepto del contrato rawlsiano y a la teoría de la justicia, de modo tal que la posible teoría de la pena se complemente especialmente con criterios de igualdad, y de tratamientos diferencias, como los que se dejan anotados.

Marcela Lagarde en un estudio sobre identidad de género y de derechos humanos, dice que “las mujeres comparten con otros sujetos su condición política de opresión, y con grandes dificultades para ser reconocidas como pares y legítimas, han confluído con los pueblos indígenas, los homosexuales, las comunidades negras y los grupos juveniles, entre otros, en la crítica política a las opresiones de género, de clase, étnica, racista y etaria: han puesto en crisis el principio ideológico legitimador del orden enajenado que consiste en considerar naturalmente desiguales a quienes solo son diferentes”.

He citado este pensamiento porque estamos ante un nuevo paradigma cultural, basado en la aspiración de lograr la complementariedad real, social, política y jurídica de las categorías humanas de género, lo que surge de dos principios filosóficos,

que la misma autora los trata con suficiente sustento y extraordinaria lucidez: la diversidad humana y la paridad de los diferentes.

Estos principios obviamente deben ser asumidos en una teoría de la pena que tenga como base y orientación la justicia y el mantenimiento de un contrato social que se ha denominado “hipotético”.

BIBLIOGRAFÍA

- Anthony García, Carmen, *Las mujeres confinadas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1999.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Estudios básicos de derechos humanos*, tomo IV, 1996.
- Jackobs, Günter, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- Quintana, Oscar, *Teoría política, democracia radical y Filosofía del Derecho*, Bogotá, Temis, 2005.
- Rawls, Jhon, *Liberalismo político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Righi, Esteban, *Teoría de la pena*, Buenos Aires, Hammurabi, 2001.
- Tom, Campbell, *La justicia*, Barcelona, Gedisa, 2002.
- Young, Iris Marion, *Justicia y la política de la diferencia*, trad. de Silvina Álvarez, Madrid, Cátedra, 1990.

Los delitos contra el medio ambiente en el Código Penal ecuatoriano

Ernesto Albán Gómez*

El artículo analiza la incorporación al Código Penal ecuatoriano (enero de 2000) de un capítulo que tipifica delitos contra el medio ambiente. El análisis comprende consideraciones sobre el bien jurídico protegido, la utilización recurrente de normas en blanco, la calificación de estas conductas como delitos de peligros, y los aspectos subjetivos. Luego se estudian en particular las distintas conductas tipificadas, señalando su alcance y destacando sus evidentes deficiencias.

FORO

Una de las novedades más significativas en el mundo jurídico de las últimas décadas es la aparición y consolidación del Derecho Ambiental.¹ Aunque pueden señalarse antecedentes anteriores, este movimiento tuvo como punto de partida la Conferencia de Estocolmo de 1972; y se afianzó posteriormente con la Conferencia de las Naciones Unidas celebrada en Río de Janeiro en 1992.

Desde sus inicios el movimiento propugnó la intervención del Derecho Penal, con la consiguiente tipificación de delitos contra el medio ambiente.² Sin embargo, no han faltado ni faltan posiciones opuestas a la penalización,³ que estiman que es suficiente la protección que puede brindarse a través de otras ramas de Derecho.

En todo caso, aunque se acepte en principio la necesidad de la protección penal, quedan en pie cuestiones claves. Una de ellas es la delimitación de las conductas que, por su gravedad, merecen sanciones penales. Otra es la no menos compleja cuestión

* Presidente del Consejo Superior y docente de la Universidad Andina Simón Bolívar.

1. Sobre la aparición y evolución inicial del Derecho Ambiental, ver la obra de Vladimir Serrano, *Ecología y Derecho*, Quito, FESO, 1988, especialmente los capítulos tercero y cuarto.
2. Ver el estudio de Derecho comparado en esta materia de Silvia Mendoza Calderón, "La protección penal del medio ambiente en Alemania, Italia, Francia y España", www.pgj.ma.gov.br/ampem/ampem
3. Mary Beloff, "Lineamientos para una política criminal ecológica", en *Delitos no convencionales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1994, p. 164, cuestiona seriamente con varios argumentos la afirmación de que la protección penal sea la mejor en materia ambiental.

de la eficacia del Derecho Penal, tan sometida a debate en general, en este ámbito específico.

En el Ecuador, ya al expedirse en 1976 la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, se incluyeron en ella normas penales, que en la práctica nunca se aplicaron, y que fueron derogadas en 1999. La Ley de Gestión Ambiental (Ley 99-37), con fundamento en las normas constitucionales,⁴ estableció responsabilidades civiles y administrativas por las infracciones ambientales, pero no introdujo normas penales. Solo, con posterioridad, la Ley 99-49, vigente desde enero de 2000, incorporó al Código Penal, el Capítulo X-A, dentro del Título de delitos contra la seguridad pública, con once artículos, ubicados a continuación del 437. La Ley agregó además, en el Libro Tercero del Código, un capítulo de contravenciones ambientales.

Desde el punto de la dogmática penal, los delitos contra el medio ambiente plantean varias cuestiones significativas, en cuanto a su naturaleza y a los diversos elementos que configuran su formulación jurídica. Estos puntos serán analizados de inmediato.

BIEN JURÍDICO

El tratamiento penal de las conductas que afectan al medio ambiente ha sufrido modificaciones en el curso de los últimos años. En primer lugar, porque el propio concepto de medio ambiente ha ido evolucionando⁵ y con ello la determinación del bien jurídico y el alcance de las normas penales.

En una visión inicial, marcadamente antropocéntrica, se consideraba que el medio ambiente estaba limitado al entorno directo del ser humano. Por tanto, se refería al conjunto de condiciones físicas en que las personas desarrollan su vida. Naturalmente las conductas delictivas se estructuraron en conformidad con esta concepción. Pero el concepto de medio ambiente ha ido sobrepasando esta visión y se ha extendido al medio en que se desenvuelve la vida en general, por lo que ha llegado a tener una dimensión biocéntrica o ecocéntrica. La protección penal igualmente no se constriñe ahora a sancionar exclusivamente las conductas que pueden afectar a la

4. Las reformas constitucionales de 1983 introdujeron por primera vez, entre los derechos de las personas, el de “vivir en un medio ambiente libre de contaminación”, y agregaron, como deber del Estado, el tutelar la preservación de la naturaleza; pero fueron las reformas de 1998 las que desarrollaron con amplitud la cuestión.

5. Fernando Zubiri de Salinas, “Delitos contra el medio ambiente”, en *Empresa y Derecho Penal*, Madrid, 1999, recoge el criterio de que “la expresión medio ambiente dista mucho de ser precisa y unívoca” y señala que se pueden individualizar cinco modalidades distintas de entenderla.

vida o salud humanas, sino que comprende conductas capaces de afectar al conjunto de la vida natural y al hábitat en que se desenvuelven los seres vivos.

Las propias normas constitucionales han participado de esta evolución. Por cierto que se garantiza como un derecho básico de las personas el “vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado y libre de contaminación” (art. 23 numeral sexto); pero se agrega una sección entera (arts. 86 a 91) en la que se establecen las normas generales de protección del medio ambiente. Se declara de interés público “la preservación del medio ambiente, la conservación de los ecosistemas y la biodiversidad” y, adicionalmente, se dispone que la ley tipifique las infracciones que corresponda y establezca responsabilidades administrativas, civiles y penales.⁶

La Ley de Gestión Ambiental define al medio ambiente de una manera amplia: “Sistema global constituido por elementos naturales y artificiales, físicos, químicos o biológicos, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la naturaleza o la acción humana, que rige la existencia y desarrollo de la vida en sus diversas manifestaciones” (Glosario de definiciones).

Es evidente que en la actualidad las amenazas contra el medio ambiente han aumentado en proporciones gigantescas, hasta llegar a convertirse en uno de los problemas fundamentales que afectan a la humanidad. Baste hacer una lista de tales amenazas para advertir su gravedad: contaminación por pesticidas, por residuos tóxicos, por residuos urbanos; efecto invernadero, disminución de la capa de ozono, agotamiento de los recursos naturales, agotamiento de los recursos hídricos, deforestación, erosión, desertificación, pérdida de la biodiversidad, extinción de especies de flora y fauna, lluvia ácida, etc., situaciones todas ellas que deben ser tomadas en cuenta, al momento de establecer las conductas punibles.⁷

Con estos antecedentes se puede concluir que la protección del medio ambiente constituye, por sí mismo, un bien jurídico de amplísimo contenido y autónomo. Por consiguiente, la ubicación del capítulo entre los delitos contra la seguridad pública fue un puro arbitrio legislativo sin una justificación técnica adecuada.

Pero es indudable que se trata de un bien jurídico, no solo de reciente consideración penal, sino que, tal vez por esto mismo, no acaba de ser entendido en su exacta dimensión. Todavía subsisten en la doctrina y en las legislaciones dubitaciones sobre la primacía de lo antropocéntrico y, en consecuencia, sobre los contenidos concretos de las normas penales. Como afirma Teresa Manso Porto: “Hay que preguntarse, pri-

6. “Art. 87. La ley tipificará las infracciones y determinará los procedimientos para establecer responsabilidades administrativas, civiles y penales que correspondan a las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, por las acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente”.

7. Ver Zubiri de Salinas, “Delitos contra el medio ambiente”, en *Empresa y Derecho Penal*, pp. 72-83.

mero, hasta dónde ha llegado la elaboración jurídico-teórica en este campo y, segundo, si la pretendida consideración del medio ambiente como bien jurídico se refleja correcta y consecuentemente en la elaboración técnico-legislativa y en la práctica jurídica”.⁸ Aunque la reflexión se refiere a la realidad jurídica española, es perfectamente aplicable a la experiencia ecuatoriana.

Por otra parte, este bien jurídico es de carácter supraindividual o colectivo. Es decir, un bien jurídico cuyo titular no es una persona natural o jurídica, sino el conjunto de personas que integran la comunidad, ya sea en su totalidad, ya sea formando sectores indeterminados de la misma. Por eso la doctrina suele distinguir entre bienes jurídicos generales, los primeros, y bienes jurídicos difusos, los segundos. Los delitos ambientales pueden, según el caso concreto, afectar de una manera o de otra, estos intereses colectivos; aunque las conductas punibles pueden lesionar también, y de una manera más directa e inmediata, determinados derechos e intereses individuales.⁹ En este sentido, puede afirmarse que, al menos en algunos casos, se trata de delitos pluriofensivos.

Por otro lado, hay tratadistas, Tiedemann especialmente, que relacionan los delitos ambientales con el Derecho Penal económico.¹⁰ Consideran que tales delitos también lesionan, en forma mediata, el orden económico, entendido como las regulaciones impuestas por el Estado a las actividades económicas, entre las cuales se encuentran necesariamente las que están dirigidas a la protección ambiental.

NORMAS EN BLANCO

Enrique Cury define la ley penal en blanco como “aquella que determina la sanción aplicable, describiendo solo parcialmente el tipo delictivo correspondiente y confiando la determinación de la conducta o su resultado a otra norma jurídica a la cual reenvía expresa o tácitamente”.¹¹

Estas leyes, cada vez más frecuentes, sobre todo en el ámbito penal económico, plantean un intenso debate. Aunque se admite su necesidad, por la imposibilidad de

8. “Problemas de la regulación española de los delitos contra el medio ambiente”, en *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 580. En 1997, el profesor José Manuel Paredes Castañón escribía: “La condición funcional del bien jurídico medio ambiente debe llevar a contemplar el mismo esencialmente desde una perspectiva antropocéntrica y no biocéntrica”, “Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente”, *Actualidad Penal*, No. 10, www.vlex.com.es

9. Ver Carlos Martínez-Pérez Buján, *Derecho Penal Económico, Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 93-95.

10. Klaus Tiedemann, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1993, pp. 173-204.

11. Enrique Cury, *La ley penal en blanco*, Bogotá, Temis, 1988, p. 38.

que la ley penal pueda prever y regular las diversas circunstancias, de las cuales depende el carácter antijurídico de un acto que afecta al orden económico, se advierten varios riesgos de esta modalidad legislativa.

En primer lugar, se duda de la constitucionalidad de tales normas; sobre todo por la posible violación del principio de legalidad, al generarse una falta de certeza y de precisión en la determinación de la conducta. O cuando se prevén reenvíos sucesivos, inclusive a decisiones puramente administrativas de alcance particular. Pero también provocan problemas de interpretación de las normas extra penales, que se rigen por criterios diferentes a los que se emplean en la hermenéutica penal. Sin contar con los posibles casos de ignorancia o error sobre normas secundarias, que ordinariamente no tienen la misma difusión que la ley misma.¹²

Esta problemática se proyecta singularmente en materia penal ambiental. La propia Constitución (art. 87), al establecer que la ley tipificará las infracciones en esta materia, expresamente señala que consistirán en las “acciones u omisiones en contra de las normas de protección al medio ambiente”. De esta frase se concluye que, en rigor, los delitos ambientales consisten en el incumplimiento de las normas de carácter administrativo, que se hayan expedido para proteger el medio ambiente.

Esta estrecha vinculación entre el derecho penal ambiental y el derecho administrativo determina que, al tipificarse las distintas conductas, se haga relación, explícita o implícitamente, a normas extra penales que establecen regulaciones, requerimiento de autorizaciones, limitaciones o prohibiciones, normas que deben ser tomadas en cuenta para establecer la existencia o no de una conducta punible. Estamos entonces claramente frente a leyes penales en blanco, que, como ya hemos señalado, plantean cuestiones doctrinales polémicas.

En materia penal ambiental, la situación se torna más compleja todavía, por la facultad que tienen numerosos entes públicos de dictar normas ambientales de distinto alcance. Ya no se trata solamente de leyes expedidas por el órgano legislativo del Estado, sino también de normas secundarias (reglamentos, ordenanzas, resoluciones) expedidas por distintos órganos del ejecutivo, por municipios e inclusive por otras entidades descentralizadas, que pueden superponerse unas a otras, provocando una indudable confusión. Concretamente, hay que tomar en cuenta, principalmente, leyes tales como la de Gestión Ambiental, la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, la Ley para la Preservación de Zonas de Reserva y Parques

12. Sobre los problemas de las leyes penales en blanco, consultar la obra ya citada de Cury. Ver también Enrique Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal*, Madrid, Akal/Iure, 1997, pp. 99-108; Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Quito, Ediciones Legales, 2006, pp. 81-83.

Nacionales, la Ley Especial para la Conservación y Desarrollo de Galápagos y otras más. También se deberá contar con convenios internacionales, además de ordenanzas municipales y numerosísimos reglamentos que se han expedido sobre esta materia.

A más del debate de fondo, sobre la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, en general, esta dispersión plantea también la duda sobre su eficacia. En efecto, estas normas no resultan de fácil aplicación, precisamente por la multiplicidad de disposiciones, de diversa jerarquía jurídica, que pueden ser aplicables a los casos concretos, algunas de las cuales ni siquiera se conocen suficientemente.

¿DELITOS DE PELIGRO O DE DAÑO?

Inicialmente los delitos ambientales fueron considerados delitos de peligro, concreto o abstracto, según se exija o no en la norma la comprobación del daño potencial que la conducta puede provocar;¹³ pero que, en todo caso, solo constituyen una amenaza para el bien jurídico protegido. Quizá en esta consideración se fundamente su inclusión entre los delitos contra la seguridad pública, que son en buena parte delitos de peligro.

Sin embargo, también la doctrina sobre este punto ha evolucionado, al punto de considerar que los delitos ambientales son delitos de daño, que afectan directa e inmediatamente al medio ambiente, como bien jurídico. Aun cuando, como ya se ha dicho, los resultados lesivos alcancen o puedan alcanzar a grupos indeterminados o a personas determinadas; y que, además, violentan, en forma mediata, el orden económico.

Esta es una cuestión que no ha quedado claramente resuelta en nuestra legislación. En el texto concreto de algunas normas (por ejemplo los arts. 437-A y 437-B) se tipifica a los delitos como de peligro concreto, en que debe demostrarse la efectiva potencialidad del daño. Otras disposiciones (arts. 437-F y G) los tipifican como delitos de peligro abstracto. E inclusive otras (arts. 437-H e I), como delitos de daño.

ELEMENTO SUBJETIVO

La doctrina penal considera que, de manera general las conductas delictivas son dolosas y que, solo en forma excepcional, admiten una modalidad culposa (o impru-

13. Sobre la distinción entre delitos de peligro concreto y abstracto, puede consultarse a Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal*, pp. 154-159; Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, pp. 19-130.

dente) que, por otra parte, debe ser expresamente señalada en el correspondiente tipo penal.¹⁴

Al establecerse por el legislador los delitos contra el medio ambiente, surgen de inmediato algunas cuestiones, en cuanto al aspecto subjetivo de las conductas: ¿se trata de conductas dolosas? ¿Cómo entender el dolo en estos delitos? ¿Puede darse también una forma culposa de tales delitos?

En principio, la doctrina considera que los delitos contra el medio ambiente son esencialmente dolosos;¹⁵ pero reitera que el elemento fundamental, para que exista dolo, es el conocimiento que tiene el sujeto activo de las características de su conducta y de los resultados dañosos que ésta puede causar. Al ponerse el énfasis, más en el conocimiento que en la intención (el designio de causar daño, de que habla el art. 14), se incluyen los casos de dolo eventual, que son frecuentes en esta materia. En efecto, aunque el sujeto activo no tenga directamente el designio de causar un daño ambiental, sino que lo conoce y lo acepta, ya sea como resultado seguro, o probable, de la conducta, esta se considerará dolosa. Es, más bien, el afán de lucro el que mueve a los autores, ya sea porque los actos ilícitos son rentables; ya sea porque las precauciones que deben tomarse para evitar el daño son costosas, y afectan a las utilidades que se pretenden.

También, por supuesto, caben las conductas culposas, cuando los daños pudieron evitarse si se actuaba con el cuidado que se requería en actividades que de por sí son riesgosas. Pero cuando se quiere sancionar las conductas culposas, la ley debe hacerlo constar expresamente y, en todo caso, deben ser sancionadas con penas menores. Así lo hace, por ejemplo, el Código español (art. 331).¹⁶

Como se puede comprobar por la redacción de las correspondientes normas, nuestra legislación no define claramente la cuestión. Por regla general, debe entenderse que las conductas tipificadas deben ser dolosas. De ser así, también debe entenderse que, al no haber norma expresa, las conductas culposas son impunes.

14. Este principio está recogido, por ejemplo, en el Código español (art. 12): “Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”.

15. Ver, por ejemplo, los comentarios a la ley española de Manso Porto, en Enrique Bacigalupo, *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 598.

16. Dice así: “Los hechos previstos en este capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave”.

AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Las situaciones de autoría y participación, ya de por sí enmarañadas, son todavía más difíciles de precisar en materia penal ambiental. En efecto, los hechos de preparación y ejecución que constituyen los distintos delitos, especialmente en el escenario de empresas de mediano o gran tamaño, son realizados en diversos momentos por distintas personas, a veces sin relacionarse unas con otras; y el resultado, en no pocas ocasiones, pudo haberse evitado si quienes obraron de determinada manera no hubieran omitido su actuación.

Se trata por tanto, en estos casos, de establecer el grado de responsabilidad de numerosas personas que actuaron o dejaron de actuar, con dolo o con culpa, o sin ninguna de estas dos modalidades. Estas personas pueden ser calificadas como autores, según la extensa enumeración del art. 42 (autores materiales, autores intelectuales, instigadores, cooperadores necesarios); o de cómplices e, inclusive, de encubridores, conforme lo establece el Código Penal.

Las dificultades probatorias que surgen para el establecimiento de responsabilidades de las personas naturales, eventualmente involucradas en estos delitos, con el consiguiente corolario de impunidad, es uno de los argumentos que ha llevado a buena parte de la doctrina a admitir que en estos delitos (y, por supuesto, en otros también), cabe extender la responsabilidad penal a las personas jurídicas, sociedades, empresas. Otro argumento que debe tomarse en cuenta es que la gran mayoría de estas infracciones se cometen en el entorno de personas jurídicas, por sus representantes o funcionarios y en beneficio de tales entes. Por ello, se insiste, extender la responsabilidad penal a las personas jurídicas, adicionalmente a la de las personas naturales, es una exigencia de política criminal, que se fundamenta en el efecto preventivo que en tales casos sí pueden tener la sanción penal.¹⁷

Aunque en nuestra legislación se ha mantenido el principio de *societas delinquere non potest*, la propia Constitución (art. 87) prevé la posibilidad de que las personas jurídicas respondan penalmente por las infracciones ambientales. Y muchas legislaciones ya lo han establecido.¹⁸

17. El debate sobre este punto es amplísimo. La obra de Silvina Bacigalupo, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1998, trata exhaustivamente la cuestión. Una breve síntesis en Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, pp. 115-119.

18. En el ámbito latinoamericano, lo ha hecho el Brasil.

LOS DIVERSOS DELITOS

No hay unanimidad doctrinaria al momento de determinar cuáles deben ser las conductas punibles en materia ambiental. Manso Porto, tomando como punto de partida el análisis de Kleine-Cosack, considera que los principales tipos que pueden presentarse se agrupan en cuatro categorías:

1. Tipos que protegen bienes jurídicos individuales (vida, salud, propiedad), en el caso de lesiones que se produzcan como consecuencia de alteraciones del medio ambiente;
2. Tipos que protegen bienes jurídicos individuales o que protegen el medio ambiente en situaciones de peligro, sin necesidad de que ese peligro se materialice en una lesión;
3. Tipos que protegen el medio ambiente por actos que afecten un bien colectivo (el agua, el suelo, la atmósfera, la flora, la fauna), sin que se produzca la lesión de un bien jurídico individual;
4. Tipos que protegen el medio ambiente, ya sea frente a conductas de peligro o con resultados de lesión, que a su vez pueden ser idóneas para producir otro resultado más que se especifique en el tipo correspondiente.¹⁹

Enrique Bacigalupo, atendiendo la experiencia que aparece de la legislación comparada, considera que los tipos penales deben circunscribirse a los siguientes ámbitos: protección del suelo y la flora; mantenimiento de la pureza de las aguas; eliminación de basuras; protección contra gases perjudiciales; eliminación o reducción de los efectos perniciosos de la radioactividad; desperdicios químicos, etc.; protección contra ruidos.²⁰

La doctrina señala que, por las razones ya anotadas (determinación precisa del bien jurídico, necesidad de recurrir a modalidad de leyes en blanco, problemas de autoría y participación, etc.), la tarea de tipificar los distintos delitos requiere de una cuidadosa técnica legislativa, ausente en muchos casos.²¹

En el Ecuador, la Ley 99-49, que incorporó al Código, en el Título V del Libro Segundo, el Capítulo X-A (arts. 437-A a 437-K), tipificó seis tipos de delitos ambientales, que se examinarán a continuación.

19. Manso Porto, en Enrique Bacigalupo, *Curso de Derecho Penal Económico*, pp. 585-587.

20. *Ibid.*, p. 582.

21. Maximiliano Rusconi, "Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico", en *Delitos no convencionales*, pp. 169-185.

DESECHOS TÓXICOS

El inciso primero del art. 437-A, el primero del Capítulo, describe el primer delito ambiental: “Quien, fuera de los casos permitidos por la ley, produzca, introduzca, deposite, comercialice, tenga en posesión, o use desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas, u otras similares que por sus características constituyan peligro para la salud humana o degraden y contaminen el medio ambiente, serán sancionados con prisión de dos a cuatro años”.

Como se ve, esta norma sanciona conductas que se refieren al manejo de *desechos tóxicos peligrosos, sustancias radioactivas u otras similares*, los mismos que constituyen el objeto material del delito. Para entender el alcance de estos términos hay que recurrir a normas extra penales.

La Ley Orgánica de Salud (art. 259: Definiciones) define a los desechos como “los residuos o desperdicios en cualquier estado de la materia, producto de actividades industriales, comerciales y de la comunidad”. Los clasifica en comunes (que no representan riesgos para la salud humana, animal o para el medio ambiente); infecciosos (que contienen gérmenes patógenos y representan riesgos para la salud) y especiales o peligrosos (aquellos resultantes de un proceso de producción, transformación, reciclaje, utilización o consumo y que tengan algún compuesto con características reactivas, inflamables, corrosivas, infecciosas o tóxicas, que presenten un riesgo para la salud humana, los recursos naturales y el ambiente). Habrá que entender que la norma penal se refiere específicamente a estos últimos.

Por su parte, el Reglamento de Seguridad Radiológica (Definiciones) define técnicamente la radiactividad como la propiedad de ciertos nucleidos de emitir espontáneamente partículas, núcleos atómicos o radiación electromagnética; y a los nucleidos como el conjunto de átomos que tienen núcleos con igual número atómico (Z) y másico (A).

La referencia de la norma a sustancias “similares” permite una interpretación analógica, inaceptable en materia penal, por ser contraria a la certeza y estrictez que exige el principio de legalidad.

Las conductas previstas en el artículo son seis: producir, introducir, depositar, comercializar, tener en posesión o usar; pero, en todo caso, solo habrá delito cuando ocurran “fuera de los casos permitidos por la ley”.

Esta remisión a la “ley”, que, como hemos señalado, es característica en las normas penales en blanco, abre la posibilidad de encontrar casos en que la producción, introducción, depósito, uso, etc., de las sustancias señaladas, al ser permitidos legalmente, no tengan carácter delictivo.

Aunque parece poco probable que la ley pueda permitir la realización de actos con desechos tóxicos, es posible que en algunos presupuestos sí puedan concederse tales permisos. Así, por ejemplo, las autorizaciones que concedan el ministerio que maneja los temas energéticos, o los municipios en el ámbito de sus atribuciones específicas. En cuanto a las sustancias radiactivas, hay que tomar en cuenta las licencias que puede otorgar la Comisión Ecuatoriana de Energía Atómica, en el ámbito de su competencia y en conformidad con su ley constitutiva.

Pero hay algo más: aun tratándose de casos no permitidos por la ley, *los desechos deben ser peligrosos* y las otras *sustancias deben constituir un peligro para la salud humana, o degradar y contaminar el medio ambiente*. La redacción de esta norma induce a considerar que se ha tipificado un delito de peligro concreto, pues haría falta probar, no solo el hecho de la producción, introducción, etc., sino también que los desechos o las sustancias son potencialmente peligrosos. Sin embargo, por las definiciones que se han citado, parece innecesaria la prueba de la peligrosidad, pues ésta es connatural a tales desechos o sustancias.

En todo caso conviene tener presente que degradar es, según el Diccionario, “reducir o desgastar las cualidades inherentes a alguien o algo”; y que contaminación es, según la propia Ley de Gestión Ambiental, “la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellas, en concentraciones y permanencia superiores o inferiores a las establecidas en la legislación vigente”, con una nueva remisión a otra norma.

La pena de este delito es de dos a cuatro años de prisión.

ARMAS QUÍMICAS O BIOLÓGICAS

El segundo inciso del art. 437-A establece un segundo delito. Se sanciona con la misma pena “a quien produzca, tenga en posesión, comercialice, introduzca armas químicas o biológicas”, disposición en consonancia con la correspondiente norma constitucional (art. 90).

Aunque estas conductas implican ciertamente un peligro ambiental, tal vez atentan más inmediata y directamente contra la vida y la salud de las personas, por lo cual entra en el primer tipo de la clasificación de Kleine-Cosack.

Los conceptos de armas químicas y biológicas deben ser tomados de las Convenciones de las Naciones Unidas, vigentes en el Ecuador, que prohíben su producción, almacenamiento y uso.

La primera Convención²² señala que por armas químicas se entiende, conjunta o separadamente:

22. Registro Oficial 789, 26 de septiembre de 1995.

a) Las sustancias químicas tóxicas o sus precursores, salvo cuando se destinen a fines no prohibidos por la presente Convención, siempre que los tipos y cantidades de que se trate sean compatibles con esos fines;

b) Las municiones o dispositivos destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante las propiedades tóxicas de las sustancias especificadas en el apartado a) que libere el empleo de esas municiones o dispositivos; o

c) Cualquier equipo destinado de modo expreso a ser utilizado directamente en relación con el empleo de las municiones o dispositivos especificados en el apartado b).

La Convención que prohíbe las armas biológicas²³ extiende la prohibición a los:

1. Agentes microbianos u otros agentes biológicos, o toxinas, sea cual fuere su origen o modo de producción, de tipos y en cantidades que no estén justificados para fines profilácticos, de protección u otros fines pacíficos;

2. Armas, equipos o vectores destinados a utilizar esos agentes o toxinas con fines hostiles o en conflictos armados.

Tómese en cuenta, que a diferencia del primer inciso, esta norma no está en blanco, lo cual lleva a sostener que no hay caso alguno en que estas conductas puedan estar autorizadas o permitidas por la ley. Sin embargo la norma internacional (letra a) exceptúa los casos de “fines no prohibidos”.

VERTIDO DE RESIDUOS

El tercer delito consta en el art. 437-B, que tipifica el vertido de residuos de la siguiente manera:

El que infringiere las normas sobre protección del ambiente, vertiendo residuos de cualquier naturaleza, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley, si tal acción causare o pudiere causar perjuicio o alteraciones a la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad, será reprimido con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido.

A pesar de la complejidad de la norma, la conducta típica está descrita de una manera general y escueta: “verter residuos de cualquier naturaleza”, lo que plantea al menos dos preguntas: verter ¿dónde?, ¿qué clase de residuos?

A la primera cuestión se puede contestar, siguiendo los principios elementales del

23. La Convención fue ratificada por el Ecuador el 26 de marzo de 1975, pero no se ha publicado en el Registro Oficial.

derecho ambiental, que los vertidos pueden dirigirse al suelo, al subsuelo, a la atmósfera, a las aguas terrestres, marítimas y subterráneas.²⁴ Aunque la ley no utiliza esta palabra, se puede concluir que la actividad prevista es de contaminación, entendida en conformidad con la definición que trae el Diccionario del verbo contaminar: “Alterar nocivamente la pureza o las condiciones normales de una cosa o un medio por agentes químicos o físicos”.

En cuanto a la palabra residuos, se puede concluir que la ley se inclina también por la acepción del Diccionario, que señala que residuo es el “material que queda como inservible después de haber realizado un trabajo u operación” y que se usa frecuentemente en plural, como se lo hace en esta norma.

En definitiva, el objeto material de este delito puede ser de cualquier naturaleza,²⁵ pero el artículo exige tres condiciones para que el delito se produzca:

- que con la conducta se hayan violado las normas de protección del ambiente;
- que los vertidos se produzcan por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; y,
- que los vertidos causen o puedan causar determinados perjuicios o alteraciones.

Las dos primeras referencias (violación de normas y límites fijados de conformidad con la ley) reiteran la ya señalada característica de ser estas normas penales en blanco. En cuanto a las normas que establecen prohibiciones expresas, hay que remitirse a la Ley de Prevención de la Contaminación. Esta Ley establece prohibiciones en relación a la contaminación del aire (arts. 1 y 2),²⁶ de las aguas (art. 6)²⁷ y del suelo (arts. 10 y 11).²⁸

24. Esa es, por lo menos, la enumeración que consta en el art. 325 del Código español.

25. La misma norma española es en este punto muy amplia, pues habla de “emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos”.

26. Art. 1. Queda prohibido expeler hacia la atmósfera o descargar en ella, sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, contaminantes que, a juicio de los ministerios de Salud y del Ambiente, en sus respectivas áreas de competencia, puedan perjudicar la salud y vida humana, la flora, la fauna y los recursos o bienes del estado o de particulares o constituir una molestia.

Art. 2. Para los efectos de esta Ley, serán consideradas como fuentes potenciales de contaminación del aire:

a) Las artificiales, originadas por el desarrollo tecnológico y la acción del hombre, tales como fábricas, calderas, generadores de vapor, talleres, plantas termoeléctricas, refinerías de petróleo, plantas químicas, aeronaves, automotores y similares, la incineración, quema a cielo abierto de basuras y residuos, la explotación de materiales de construcción y otras actividades que produzcan o puedan producir contaminación; y,

b) Las naturales, ocasionadas por fenómenos naturales, tales como erupciones, precipitaciones, sismos, sequías, deslizamientos de tierra y otros.

27. Art. 6. Queda prohibido descargar, sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, a las redes de alcantarillado, o en las quebradas, acequias, ríos, lagos naturales o artificiales, o en las aguas marítimas, así como infiltrar en terrenos, las aguas residuales que contengan contaminantes que sean nocivos a la salud humana, a la fauna, a la flora y a las propiedades.

28. Art. 10. Queda prohibido descargar, sin sujetarse a las correspondientes normas técnicas y regulaciones, cual-

Más dificultades prácticas, al momento en que se trate de aplicar esta norma, surgirán cuando se quiera conocer cuáles son, en concreto y para las diversas sustancias, esos límites de los que habla la ley; y cuál es la entidad que los fija. Ya se ha señalado que las competencias en materia ambiental están distribuidas entre numerosas instituciones: ministerios de Estado, entidades autónomas, organismos del régimen seccional.

Pero además, la norma señala que la conducta, verter residuos o contaminar, debe causar o poder causar perjuicio o alteraciones en la flora, la fauna, el potencial genético, los recursos hidrobiológicos o la biodiversidad (según la Ley de Gestión Ambiental, es el conjunto de organismo vivos incluidos en los ecosistemas terrestres, marinos, acuáticos y del aire. Comprende la diversidad dentro de cada especie, entre varias especies y entre los ecosistemas).

Al establecer la doble alternativa: causar o poder causar perjuicio o alteraciones, la ley parece establecer también una doble calificación: la conducta puede concretarse como un delito de daño, si ya se ha producido el perjuicio o la alteración; o como un delito de peligro concreto, si el daño es potencial.

La pena de este delito es de uno a tres años de prisión, “si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido”. Generalmente esta frase se utiliza para remarcar el carácter subsidiario de una norma penal, cuestión que se analizará más adelante.

Pero, adicionalmente, el art. 437-C establece cuatro agravantes para este delito (en este caso la pena sería de tres a cinco años de prisión):

- Si se han producido daños en la salud o en los bienes de personas;
- Si el perjuicio o la alteración tienen un carácter irreversible;
- Si el acto cometido es parte de actividades desarrolladas clandestinamente;
- Si se afecta gravemente recursos naturales necesarios para la actividad económica.

Finalmente, el art. 437-D dice que, si a consecuencia de la actividad contaminante, se produjere la muerte o lesiones de una persona, se aplicarán las normas que sancionan el homicidio inintencional (arts. 459 y 460), o las lesiones intencionales (arts. 463 a 467).

quier tipo de contaminantes que puedan alterar la calidad del suelo y afectar a la salud humana, la flora, la fauna, los recursos naturales y otros bienes.

Art. 11. Para los efectos de esta Ley, serán consideradas como fuentes potenciales de contaminación, las sustancias radioactivas y los desechos sólidos, líquidos o gaseosos de procedencia industrial, agropecuaria, municipal o doméstica.

La remisión a estos artículos es suficiente para calificar al art. 437-D poco menos que disparatado. Si la persona muere, el delito sería un homicidio inintencional, cuya pena máxima es de dos años de prisión (art. 460); pero si solo se producen lesiones, estas serían intencionales, cuya pena puede empezar con quince días de prisión y llegar a ser de cinco años de prisión (art. 467). En este evento, para el autor del hecho, es preferible que la víctima fallezca.

Pero la contradicción también se produce con el artículo anterior, primer literal, según el cual cualquier daño en la salud o en los bienes de una persona merece una pena de hasta cinco años de prisión.

Complementando estas normas, el 437-E establece una especie de delito autónomo, que doctrinariamente puede considerarse como una forma de prevaricato de funcionarios públicos. Se trata de una conducta relacionada con los artículos anteriores, pero no se la considera como una forma de participación:

Se aplicará la pena de uno a tres años de prisión, si el hecho no constituyere un delito más severamente reprimido, al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes de cualquier clase por encima de los límites fijados de conformidad con la ley; así como el funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado.

Como se ve la conducta consiste en autorizar o permitir, contra derecho, que se viertan residuos contaminantes (se utiliza la palabra que no se empleó en el art. 437.B) de cualquier clase, por encima de los límites fijados de conformidad con la ley.

De la misma manera, en este caso, hay una doble remisión a las normas extra penales, que deben ser tomadas en cuenta para establecer la existencia del delito.

En cuanto al sujeto activo, el art. 437-E extiende la responsabilidad al empleado o funcionario público, que actúe por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, pero debe entenderse que haya votado a favor de la autorización o permiso. Además se sanciona al funcionario o empleado que emita un informe u opinión que conduzca al mismo resultado.

Finalmente hay que considerar que la contravención ambiental, creada por la misma Ley (art. 607-A), establece conductas similares, aunque de menor gravedad, a las previstas en este artículo:

Será sancionado con prisión de cinco a siete días, y multa de cuarenta y cuatro a ochenta y ocho dólares de los Estados Unidos de Norte América, todo aquel que: a) Contamine el aire mediante emanaciones superiores a los límites permitidos de los escapes de los vehículos; b) Acumule basura en la vía pública, en terrenos o en los frentes de

las casas o edificios; c) Haga ruido por falta de silenciador de su vehículo o a través de equipos de amplificación a alto volumen que alteren la tranquilidad ciudadana; o, d) Arroje desperdicios o aguas contaminantes, destruya la vegetación de los parques o espacios verdes, en los casos en que tales actos no constituyan delito.

ATENTADOS CONTRA ESPECIES PROTEGIDAS

El cuarto delito previsto en el Capítulo consta en el art. 437-F y aborda una de las cuestiones más características en el Derecho Penal ambiental: la protección de especies naturales. Dice así: “El que cace, capture, recolecte, extraiga o comercialice, especies de flora o fauna que estén legalmente protegidas, contraviniendo las disposiciones legales y reglamentarias sobre la materia, será reprimido con prisión de uno a tres años”.

Como en los casos anteriores, la norma hace dos referencias a disposiciones extra penales: las especies deben estar “legalmente” protegidas, aunque no se encuentren en peligro de extinción, y los actos deben efectuarse en contravención de “lo que dispongan leyes y reglamentos”. Tales remisiones exigen indispensablemente las dos comprobaciones para que la conducta se tipifique como delito. En concreto, en este caso, habrá que examinar si se han violado tanto las disposiciones de la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre, de la legislación especial para Galápagos, como también de la legislación secundaria del Ministerio del Ambiente.

En el mismo artículo se establecen circunstancias agravantes, que elevan la pena a prisión de dos a cuatro años, cuando:

- a) El hecho se cometa en período de producción de semilla o de reproducción o crecimiento de las especies;
- b) El hecho se cometa contra especies en peligro de extinción;
- c) El hecho se cometa mediante el uso de explosivos, sustancias tóxicas, inflamables o radiactivas.

El art. 437-G tiene un objetivo similar de protección a especies: “El que extraiga especies de flora o fauna acuáticas protegidas, en épocas, cantidades o zonas vedadas, o utilice procedimientos de pesca o caza prohibidos, será reprimido con prisión de uno a tres años” e implícitamente se remite también a los cuerpos jurídicos ya señalados, además de la Ley de Pesca y Desarrollo Pesquero.

Adicionalmente cabe señalar que, según la Ley Forestal y de Conservación de Áreas Naturales y Vida Silvestre (art. 37), la fauna y flora silvestres son de dominio del Estado y que, para efectos de esta Ley, la fauna silvestre está constituida (art. 107):

1. Por los animales silvestres, sin distinción de clases o categorías zoológicas, que viven en forma permanente o temporal en los ecosistemas acuático, terrestre y atmosférico;
2. Por las especies domésticas que, por disposición del Ministerio del ramo, deban ser manejadas como silvestres para evitar su extinción, o con fines de control.

La flora silvestre es, según la misma Ley (art. 107), el conjunto de especies vegetales nativas, que crecen espontáneamente.

DESTRUCCIÓN DE BOSQUES

El quinto delito está previsto en el art. 437-H: “El que destruya, queme, dañe o tale, en todo o en parte, bosques u otras formaciones vegetales, naturales o cultivadas, que estén legalmente protegidas, será reprimido con prisión de uno a tres años, siempre que el hecho no constituya un delito más grave”.

Como en los casos anteriores, la exigencia legal de que las formaciones vegetales estén legalmente protegidas conlleva la necesidad de verificar la existencia de tal protección, en conformidad con la Ley Forestal, ya citada.

La pena será de dos a cuatro años en los siguientes casos:

- a) Cuando del delito resulte la disminución de aguas naturales, la erosión del suelo o la modificación del régimen climático;
- b) Cuando el delito se cometa donde existan vertientes que abastezcan de agua a un centro poblado o un sistema de irrigación.

DESVÍO DE TIERRAS RESERVADAS

El sexto y último delito está previsto en el art. 437-I: “Será sancionado con prisión de uno a tres años, si el hecho no constituye un hecho más grave, el que sin autorización o sin sujetarse a los procedimientos previstos en las normas aplicables, destine las tierras reservadas como de protección ecológica o de uso agrícola exclusivo, a convertirse en áreas de expansión urbana, o de extracción o elaboración de materiales de construcción”.

En este caso, la norma exige que el hecho se haya realizado sin autorización o, al parecer alternativamente, sin sujeción a los procedimientos previstos en normas aplicables. En conformidad con la Ley Orgánica de Régimen Municipal (art. 73), les corresponde a los municipios dirigir el desarrollo físico del cantón y la ordenación urbanística; aprobar los planes reguladores de desarrollo físico cantonal y los planes

reguladores de desarrollo urbano; controlar el uso del suelo en el territorio del cantón, de conformidad con las leyes sobre la materia; y establecer el régimen urbanístico de la tierra. Por tanto, serán las ordenanzas municipales del cantón respectivo las que establezcan los procedimientos que deben seguirse para la conversión de las tierras en zonas urbanas.

Siguiendo la misma fórmula que el art. 437-E, el art. 437-J establece como conducta delictiva autónoma la del funcionario o empleado público que, contra derecho, autorice o permita este desvío de las tierras reservadas a un uso distinto del legalmente establecido. E igual que en el art. 437-E, se extiende la responsabilidad al empleado o funcionario público, que actúe por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, aunque debe entenderse siempre que haya votado a favor de la autorización o permiso. Además se sanciona al funcionario o empleado que emita un informe u opinión que conduzca al mismo resultado. En todos estos casos la sanción es de uno a tres años de prisión.

¿NORMAS SUBSIDIARIAS?

Explica Jiménez de Asúa que: “Una ley tiene carácter subsidiario respecto a otra principal, cuando ambas describen grados o estadios diversos de la violación del mismo bien jurídico, de modo que el descrito por la disposición subsidiaria, por ser menos grave que el descrito por la principal, queda absorbido por ésta”.²⁹ Lo más frecuente es que esta condición quede claramente establecida en la propia ley subsidiaria, mediante el empleo de frases como la empleada, por ejemplo, en el art. 368 del Código: “siempre que no constituya (el hecho realizado) un delito mayor”.

Traemos a colación este punto porque varios de los artículos de este Capítulo (437-B, 437-D, 437-E, 437-H, 437-I y 437-J) parecen tener un carácter subsidiario, ya que en todos ellos consta una frase con sentido similar: “siempre que el hecho no constituya un delito más grave”. Es decir que la aplicación de estas normas está condicionada a que se haya descartado la aplicación de una ley más grave. Con tal advertencia del legislador, hay que determinar entonces cuáles son esas otras leyes penales que sancionan violaciones del mismo bien jurídico (la protección del medio ambiente), en forma más grave y que pueden ser aplicables al caso en cuestión; pues solo descartando la aplicación de tales normas se aplican las subsidiarias.

Sin embargo hay que concluir que, en los artículos mencionados, la frase no hace otra cosa que agregar una ambigüedad adicional, pues no se advierte, en el ámbito de

29. Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, t. II, Buenos Aires, Losada S.A., 1964, p. 550.

la legislación penal ecuatoriana, cuál o cuáles son las normas que pueden tener aplicación preferencial.

MEDIDA CAUTELAR

El último artículo del Capítulo agregado, el 437-K, abre la posibilidad de que el juez, que conoce la causa en que se examina un caso de contaminación (¿art. 437-B?), pueda ordenar, como “medida cautelar”, la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura, temporal o definitiva, del establecimiento de que se trate.

La norma es contradictoria e incompleta. Si la medida es cautelar, la clausura no puede ser definitiva, pues hay que esperar el resultado del juicio; y de comprobarse en éste la contaminación, la clausura debe entenderse, no como una medida cautelar, sino como una sanción, que afecta al propietario del establecimiento, que puede ser inclusive una persona jurídica.

INFRACCIONES ESPECIALES EN GALÁPAGOS

La Ley de Régimen Especial para la Conservación y Desarrollo sustentable de la Provincia de Galápagos tipifica delitos que solamente pueden cometerse en esa provincia, en razón de las características especiales de la misma, sin que esto signifique, por supuesto, que no puedan cometerse también los delitos previstos en este Capítulo del Código Penal.³⁰

El art. 68 de esta Ley tipifica cuatro delitos, que se sancionan, los dos primeros con prisión de tres meses a tres años, multa y comiso de naves y cargamentos; y los dos últimos, con prisión de quince a ciento veinte días, multa y comiso. Los delitos son:

- Realizar actividades pesqueras en la reserva marina de la provincia sin las autorizaciones correspondientes;
- Utilizar métodos no permitidos o capturar especies en veda o cuya pesca esté expresamente prohibida en la reserva;
- Invasión del patrimonio de las áreas protegidas;
- Recolectar, movilizar o transportar sin autorización, caza, comercializar, industrializar, destruir parcial o totalmente organismos autóctonos, endémicos,

30. Obviamente estas no son las normas que pueden aplicarse al descartar las de carácter subsidiario, según se señaló anteriormente. Entre otras razones, por establecer sanciones menos graves.

vulnerables o en peligro de extinción según las listas establecidas en la legislación interna.

La sanción se aplicará a las personas naturales o, al parecer alternativamente, al representante legal de una persona jurídica. De esta manera, tan abierta, puede incurrirse en un caso en que se responda penalmente por actos de terceros, lo cual solo es aceptable si se comprueba que en tal persona existió el elemento subjetivo propio del delito. En estos casos, sin eliminar la responsabilidad penal de las personas naturales, la mejor solución sería aceptar también la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas.

El art. 69 sanciona con prisión de un mes a un año, multa y decomiso a quienes:

- Destruyan o alteren las áreas protegidas, abandonen desperdicios o desechos en las bahías, playas o riveras; arrojen al agua desperdicios u objetos que deterioren gravemente el ecosistema o, sin la autorización extraigan materiales áridos o pétreos de las áreas protegidas;
- Introduzcan sin autorización, por cualquier medio, organismos exógenos a las islas;
- Transporten sin autorización, por cualquier medio, materiales geológicos de las islas hacia el continente o hacia el extranjero;
- Autoricen la concesión de cupos de operación turística o de pesca en los períodos de moratoria que se señalen expresamente o en contravención grave de las normas vigentes.

Como se advierte del texto legal, estamos también aquí frente a normas penales en blanco, que determinan que los delitos son tales cuando se violan normas administrativas o se efectúan actos sin las correspondientes autorizaciones administrativas.

NUEVA NORMA

La Ley 2007-85, destinada a combatir el contrabando de combustibles, creó varios delitos relativos a esta práctica; pero lo singular del caso es que en uno de los artículos innumerados (el sexto) se sanciona con reclusión mayor de cuatro a ocho años a quien cause “la destrucción o el deterioro del medio ambiente”.

La generalidad de una norma de esta clase violenta gravemente el principio de legalidad que exige de las normas penales precisión y certeza al describir las conductas típicas. La única interpretación admisible, que no se deduce necesariamente del escueto texto legal es que el daño ambiental esté vinculado a una conducta aten-

tatoria de la infraestructura hidrocarburífera, según el contexto del artículo. En todo caso se trata de una norma de muy defectuosa técnica legislativa.

FORMAS OMISIVAS

El tema de los delitos de omisión, especialmente los de comisión por omisión, se encuentra actualmente en el primer plano del debate penal.³¹ Sin intención de entrar en ese debate, cabe hacer dos preguntas: ¿puede haber imputación omisiva en los delitos ambientales? ¿Concretamente, es posible en estos delitos, tal como han sido tipificados en la legislación ecuatoriana?

A la primera pregunta la respuesta afirmativa es absolutamente clara. Tiedemann, por ejemplo, sostiene que tanto los directivos de empresas como los funcionarios públicos asumen un papel de garantes y pueden, por tanto, cometer delitos ecológicos, tanto por acción como por omisión.³²

En cuanto al ordenamiento legal en el Ecuador, la respuesta no es tan fácil de formular. Por cierto que el art. 12 del Código, con la regla que contiene (“No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”), permite efectuar tal imputación. Pero los delitos ambientales que la ley ha tipificado son todos de acción (producir, verter residuos, cazar, destruir, etc.); y en el caso de los delitos autónomos que pueden cometer los empleados o funcionarios públicos, el verbo “permitir”, empleado en la ley, puede implicar una conducta de omisión, pero que estaría limitada a las expresas situaciones previstas en los arts. 437-E y 437-J.

¿CAUSA DE JUSTIFICACIÓN?

El mismo Tiedemann, en referencia a la legislación y jurisprudencia alemanas, se plantea la posibilidad de un estado de necesidad justificante para los daños o perjuicios ambientales. Concretamente habla de dos casos: la conservación del puesto de trabajo y el mantenimiento de la producción.

La justificación se produce cuando, al comparar los bienes jurídicos en colisión, el que se lesiona vale menos que aquel que se precautela. Sin duda el bien jurídico individual (mantener el puesto de trabajo) vale menos que el bien jurídico colectivo (la protección del medio ambiente); pero tratándose de otro bien jurídico colectivo

31. Una revisión del tema puede verse en E. Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal*, pp. 389-416.

32. Tiedemann, *Lecciones de Derecho Penal Económico*, pp. 184-185.

(la producción, la estabilidad económica), la situación no es tan clara y hay que examinar el caso concreto, para adoptar una decisión. Tomando en cuenta además que, en muchos casos, el carácter delictivo del acto depende de decisiones administrativas.³³

Tratándose de la situación en el Ecuador, el problema se puede producir, más que en casos concretos, en situaciones que dependen de decisiones políticas de alcance general. Tal es el tema fundamental y crítico de la exploración y explotación de hidrocarburos y de productos mineros, que pueden entrar en colisión con la protección del medio ambiente. Y en este punto también, las autorizaciones administrativas que se den para efectuar tales actividades tendrían el efecto de eliminar el carácter antijurídico de la conducta.

Finalmente, anotemos la novedosa sugerencia que hace el profesor Rusconi de establecer “una especie de excusa absolutoria, en la cual el Estado le ofrece la impunidad al autor a cambio de volver al *statu quo* anterior”. Esto implica que el sujeto activo del delito ambiental repare el daño o lo anule una vez producido, siempre que esto sea posible.³⁴

33. *Ibíd.*, pp. 189-196.

34. Rusconi, “Algunas cuestiones referidas a la técnica legislativa del delito ecológico”, en *Delitos no convencionales*, pp. 184-185.

Violencia sexual contra las mujeres

Lola Valladares*

La violencia sexual contra las mujeres tiene diferentes manifestaciones, todas ellas constituyen una violación de sus derechos humanos, conforme lo determina el Estatuto de Roma y la jurisprudencia internacional. En América Latina, la violencia sexual contra las mujeres ha sido una de las formas de represión desde el Estado, en las situaciones de conflicto armado, pero también es parte de la cotidianidad de las mujeres, el riesgo de ser violadas es una realidad con la que deben convivir.

FORO

CONSIDERACIONES GENERALES

La violencia sexual es una de las formas de violencia contra las mujeres, constituye una invasión del cuerpo y la sexualidad, por lo tanto es un acto que atenta contra derechos humanos fundamentales. De esta manera, se convierte a la sexualidad, a la capacidad reproductiva de las mujeres y a sus cuerpos en un espacio sobre el que se perpetrán las formas de violencia más brutales, evidenciando los niveles de desprotección a las que están sujetas y consecuentemente las fallas del Estado en el incumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de los Derechos Humanos.

La Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Radhika Coomaraswamy, en su informe sobre violencia contra la mujer en la comunidad señala:

Como una expresión de la violencia contra la mujer, la violación y la violencia sexual, incluido el acoso sexual, son fenómenos universales que existen en todos los países y culturas, que se emplean en todos los países y culturas como armas para degradar y aterrorizar a la mujer. Todas las formas de violencia sexual contra la mujer son métodos empleados para su sometimiento mediante el control de su sexualidad por la violencia, el miedo y la intimidación.¹

* Coordinadora del proyecto "Fortalecimiento de la participación política de lideresas en Ecuador", Organización de las Naciones Unidas, Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Mujer (UNIFEM).

1. Relatoría especial sobre violencia contra la mujer sus causas y consecuencias. E/CN.4/1997/47, 12 de febrero de

La situación de inseguridad que genera el elevado índice de agresiones sexuales contra las mujeres condiciona profundamente sus vidas cotidianas, las hace conscientes de su propio cuerpo e influye en su manera de vestirse, de caminar, de sentarse, en su libertad de tránsito. Al respecto, la autora Robin West dice: “Todas las mujeres, incluso aquellas que nunca han experimentado una agresión sexual, experimentan el miedo a la violación, éste está siempre con nosotras, afecta nuestras vidas de incontables maneras, no solo en que sentimos miedo de caminar por la calle avanzada la noche, sino también en todas nuestras relaciones con los hombres, por superficiales que sean (...)”.²

Sin embargo, la persistencia del problema, no ha generado ninguna reacción seria para enfrentarlo y la justicia penal se limita a intervenir repitiendo viejos esquemas. De ahí que el cuestionamiento que se hace al sistema penal desde el feminismo no pretende ingenuamente cambiar las prácticas sociales de agresión sexual contra las mujeres, depositando su confianza en los órganos estatales de la justicia penal. Por el contrario, se trata de la utilización consciente del potencial simbólico del derecho penal, en cuanto instrumento que colabora a hacer reconocibles como delitos las violaciones de los derechos de las mujeres.³

En los contextos de conflicto armado, la violencia sexual cobra una especial significación, así el Comité Internacional de la Cruz Roja señala:

La violencia sexual se ha empleado contra la mujer y miembros de su familia como una forma de tortura o agresión para obtener información, degradar o intimidar y como castigo por actos real o presuntamente cometidos. También se ha utilizado como medio para llevar a cabo limpiezas étnicas en una zona, amedrentar y obligar a la población de una zona a marcharse del lugar. La violencia sexual también se ha ejercido a veces de manera especialmente sádica delante de los miembros de la familia, incluidos los niños, o causando lesiones especialmente atroces, como la de cercenar pechos a las víctimas (...).⁴

La organización jerárquica de los ejércitos construye un modelo vertical y autoritario. A los/as soldados/as se les impone un modelo que aceptan, el mismo que incluye una propuesta de actuación a partir de los llamados “valores masculinos”: fuerza, coraje, resistencia, desarrollo de talentos físicos y aun cierta misoginia; se exacerba

1997. Comisión de Derechos Humanos. 53o. período de sesiones. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy.

2. Robin West, “The Difference in Women’s Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory”, en *Wisconsin Women’s Law Journal*, vol. 3, Wisconsin, 1987, p. 88.
3. Gerlinda Smauss, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, en *No Hay Derecho*, No. 7, Buenos Aires, 1992.
4. Charlotte Linsey, *Las mujeres ante la guerra*, Ginebra, *Comité Internacional de la Cruz Roja*, agosto 2002, p. 55.

un modelo de masculinidad basado en el uso impune de la fuerza y la violencia para atacar a las mujeres. Los cuerpos son signados por esta práctica autoritaria al punto que en situaciones de conflicto, la violencia sexual se convierte en un instrumento táctico para ganar batallas, humillar a los enemigos, acceder a información; para lo cual usan sus propios cuerpos como arma de guerra.⁵

En América Latina, la violencia sexual contra las mujeres ha sido una constante aunque invisibilizada. En el contexto del conflicto armado que vive Colombia, la violencia sexual contra las mujeres es una práctica recurrente por parte de todos los actores armados en el país, se la utiliza como una forma de amedrentamiento, intimidación y castigo, usando como argumento: el tener relaciones afectivas con personas del “bando contrario”, desobedecer normas de comportamiento impuestas por los actores armados, o participar en organizaciones sociales o comunitarias.

Según el *Informe Sombra (Shadow Report)* presentado ante el Comité Contra la Tortura⁶ en 1994, por varias organizaciones de derechos humanos y feministas de Chile, la violencia sexual fue “una práctica corriente y sistemática” durante la dictadura de Augusto Pinochet (1973-1989), practicada por agentes de la dictadura en diversos centros de detención y tortura. La misma práctica se repetía en allanamientos a viviendas, cárceles de mujeres, cuarteles de la Policía de Investigaciones (civil) y en el estadio Nacional de Santiago, convertido en centro de prisioneros y de torturas entre septiembre y noviembre de 1973.

Las agresiones sexuales ocurren de día, de noche y en todas partes: en la casa, la escuela, la calle, el trabajo, en las playas, en los bares, los callejones, los autos, los ascensores, en las iglesias, en las oficinas. Mientras que los agresores sexuales-delinquentes no son solamente los “enfermos mentales” o “psicópatas sexuales” sino los familiares, amigos, profesores, sacerdotes, políticos, médicos, compañeros de clase, compañeros de vida o esposos, militares, policías.⁷

La Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Perú que investigó los hechos acontecidos durante el período de violencia política entre los años 1980 y 2000, reconoció que en las violaciones a los Derechos Humanos de las mujeres, el componente de género es uno de los ejes centrales para analizarlas, entre sus conclusiones men-

-
5. Giulia Tamayo León, *Cuestión de vida: balance regional y desafíos sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*, Lima, CLADEM-OXFAM, julio 2000.
 6. Shadow Report respecting the 3rd. periodic report of the government of Chile. Submitted to the Committee Against Torture, Geneva, Switzerland, 32nd session, 10-11 May 2004. By La Morada, Santiago, Chile; Instituto de la Mujer, Santiago, Chile; International Women’s Human Rights Law Clinic, City University of New York School of Law, Flushing, New York, USA; Organización Mundial contra la Tortura, Geneva.
 7. Gilma Andrade Moncayo, “Propuesta de reforma al Código Penal: documento argumental. Feministas por la Autonomía”. Quito, julio 2000, inédito.

ciona: “los numerosos crímenes y violaciones de derechos humanos de las mujeres cometidos por dicha organización subversiva y terrorista no tuvieron como sustento su ideología política, sino una ideología de género en la cual las mujeres y sus cuerpos son parte de las prácticas de guerra”.⁸

La violencia sexual en general, y la violación sexual, particularmente tienen efectos devastadores en sus sobrevivientes, se puede ubicar los daños a varios niveles:

- Daños físicos y fisiológicos que afectan temporal o permanentemente la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres;
- Contagio con infecciones de transmisión sexual, y aumento del riesgo de contraer SIDA, enfermedades inflamatorias de pelvis y cáncer cervical;
- Embarazos no deseados;
- Traumas emocionales profundos que se manifiestan en depresión, incapacidad de concentración, perturbaciones del sueño y la alimentación, sentimientos de enfado, humillación, autoinculpación, estrés postraumático, tendencias suicidas;
- Problemas sexuales como frigidez, temor al sexo, funcionamiento sexual disminuido.

EXPRESIONES DE LA VIOLENCIA SEXUAL

La violencia sexual tiene múltiples manifestaciones, incluye una diversidad de actos, como las relaciones sexuales bajo coacción en el matrimonio y en las citas, las violaciones por parte de extraños, las violaciones sistemáticas durante los conflictos armados, el acoso sexual, la prostitución forzada, la trata de personas, el incesto, los actos violentos contra la integridad sexual de las mujeres como la mutilación genital y las inspecciones obligatorias de virginidad, muchos de los cuales aún no están tipificados como delitos en las legislaciones nacionales.

La Relatora Especial de violencia contra la mujer, en su informe sobre Ruanda⁹ indica haber recibido incontables testimonios de violencia sexual, cometida contra mujeres durante el genocidio. Los tipos más comunes eran la violación individual o en grupo, la esclavitud sexual, la tortura, la mutilación, el homicidio y el matrimonio forzado. Agrega que la violencia sexual contra las mujeres en conflictos armados, se

8. *Abusaruwanku, Violación de Mujeres: silencio e impunidad*, Lima, COMISEDH-Movimiento Manuela Ramos, noviembre 2003, pp. 87 y ss.

9. Comisión de Derechos Humanos, 54o. período de sesiones, 4 de febrero de 1998, E/CN.4/1998/54/Add.1. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy. Informe de la misión a Ruanda para estudiar la violencia contra la mujer en situaciones de conflicto armado. Párrafos 35 a 37.

presenta como embarazo forzado utilizado como arma para humillar aún más al enemigo y obligar a la víctima de la violación a engendrar un hijo del victimario o al aborto forzado. Otras formas de agresión sexual son los matrimonios forzados, la coacción sexual en que la mujer es forzada a una relación sexual con un combatiente o soldado, a cambio de poder alimentarse ella misma y su familia, para obtener alojamiento o ropa, o con fines de protección y seguridad.

A nivel del Derecho Internacional Penal, es solo a partir de la entrada en vigencia del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002, cuando se reconoce a la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad, comparable como crímenes contra la humanidad cuando forman parte de ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil. Tales figuras también son tipificadas como crímenes de guerra, cuando han tenido lugar en el contexto de un conflicto internacional o interno.

VIOLACIÓN SEXUAL

La violación sexual constituye una forma específica de violencia contra las mujeres y una violación de sus derechos humanos, la misma que es ejercida en muy distintas situaciones: secuestros y capturas, masacres, operativos militares, relaciones de pareja, es decir que no son hechos aislados, sino que se cometen sistemáticamente, como parte de un patrón generalizado de violencia y discriminación de las mujeres. Sin embargo, la tipificación de la violación sexual en la mayoría de los códigos penales de la región, no siempre ha dado cuenta de su complejidad, más bien ha sido reduccionista al definirla como un delito sexual que implica “la penetración vaginal forzada con el pene”, por lo tanto son normas que restringen el tipo penal, pues en la práctica de la violación no solo se utiliza el pene, sino también objetos y aún animales; y, los orificios que son penetrados también son el anal y bucal.

Casos como estos últimos fueron documentados en Perú por la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. A lo largo del conflicto armado que se vivió en ese país, se produjeron numerosos actos de violencia sexual contra las mujeres peruanas por agresores provenientes tanto del Estado, como de los grupos subversivos, ya sea en sus incursiones en las zonas de emergencia o durante las detenciones e interrogatorios. Señalan por ejemplo que a las mujeres les introducían en la vagina cuchillos y palos. Asimismo, durante el genocidio que se vivió en Ruanda en la década de los 90, se informó que las mujeres fueron violadas con navajas, chiles picantes (ají) o ácido.¹⁰

10. Charlotte Bunch, Claudis Hinojosa y Reilly Niamh (eds.), *Los derechos de las mujeres son derechos humanos*, México, Edamex, 2000, p. 106.

La violación sexual con animales y objetos también se cometió durante la dictadura de Augusto Pinochet en Chile. Sus perpetradores pertenecían a todas las ramas de las Fuerzas Armadas y a los organismos de represión creados por el régimen militar. Varios casos fueron documentados para la presentación del Informe Sombra al Comité de Naciones Unidas contra la Tortura;¹¹ en dos de los testimonios se lee:

(...) esta paca (policía) de apellido alemán amaestraba perros y tenía perras también en época de celo, yo me imagino que les sacarían el líquido que botan las perras que es muy pasoso y le embetunaban con ese líquido la parte de la vagina de la compañera, la amarraron en la postura de un perro, entonces ella no se bañaba en conjunto con nosotras, (...) y supimos que a ella se la violaban los perros, tenía todo el estómago con las garras de perro (...)

Me forzaban a hacer actos sexuales con un perro que había sido entrenado para participar en torturas. Colocaban ratas adentro de mi vagina, y luego me daban choques con electricidad. Al recibir el choque, las ratas se desesperaban y hundían sus garras en la carne de mi vagina. Se orinaban y defecaban en mi cuerpo, introduciéndome el virus toxoplasmosis (...)

Por otro lado, la construcción jurisprudencial del bien jurídico protegido en los delitos sexuales agrava la situación en perjuicio de las mujeres. Cuando en el caso de los delitos sexuales, se define el bien jurídico con términos tales como la “honestidad”, la “moral sexual”, el “honor”, la “honra”, el “pudor”. Entonces, no se trata de proteger el derecho a la integridad física y la libertad de decisión de las mujeres, sino que se termina por proteger un valor moral. El acto no es considerado reprochable porque el culpable ha sometido a la víctima, contra su voluntad, a un acto de violencia sexual, sino porque se ha afectado algún valor moral que trasciende a la (mujer) víctima concreta. Adicionalmente, la referencia a la “honestidad” es discriminatoria pues deja sin protección a todas las demás mujeres que no estén dentro de esta categoría; y arbitraria, pues quién define esa calidad y con qué criterio.

Durante los conflictos armados, la violencia contra las mujeres, particularmente la violación sexual, es utilizada como arma de guerra a fin de perseguir, destruir o someter a la comunidad a la que pertenecen. Y es que uno de los elementos que tradicionalmente se ha utilizado para legitimar estos actos ha sido “la noción del honor sexual de las mujeres, que a su vez es el fundamento de la honra masculina”, a partir de la cual se ha producido una expropiación de los cuerpos femeninos para convertirlos en espacios de control/dominación y disputa/resistencia, que otorgan o quitan el reconocimiento social a los hombres. Así, en materia penal es posible el femi-

11. Shadow Report respecting the 3rd periodic report of the government of Chile.

cidio o se atenúa la pena si se ha cometido por razones de “honor”; mientras que en la guerra “poseer” violentamente a las mujeres tiene como objetivo lesionar el honor del bando contrario.

En nuestro continente se han documentado estos casos en varios países. En Guatemala, durante más de 30 años tuvo lugar una guerra civil entre las fuerzas del gobierno y el grupo guerrillero Unidad Revolucionaria Guatemalteca (URNG), dejando un saldo estimado de 200.000 víctimas. La Comisión para el Esclarecimiento Histórico encargada de investigar las violaciones a los derechos humanos cometidas por el gobierno guatemalteco y la guerrilla entre 1962 y 1996 determinó que aproximadamente una de cada cuatro víctimas directas de las violaciones de los derechos humanos y hechos de violencia fueron mujeres. La violación sexual fue una práctica generalizada y sistemática, realizada por agentes del Estado en el marco de la estrategia contrainsurgente, llegando a constituirse en una verdadera arma de terror.¹²

Desde hace más de cuatro décadas Colombia afronta una situación de violencia política que ha provocado gravísimas violaciones a los Derechos Humanos; en este contexto, la situación de las mujeres es especialmente grave. Según el “Informe sobre la situación de los derechos humanos de las mujeres en Colombia”, las mujeres son las principales víctimas de la violencia sexual, especialmente de las violaciones, con un 85,7%, de cada doce mujeres agredidas menores de 17 años, una de ellas resulta embarazada, 1 de cada 23 personas agredidas presenta alguna infección de transmisión sexual.¹³

El Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú señala que las violaciones sexuales fueron una práctica constante durante el conflicto armado, practicada tanto por agentes estatales, como por miembros de los grupos subversivos Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso (PCP-SL), y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA), aunque en menor medida. De un total de 538 casos de violación reportados, 527 tenían como víctimas a las mujeres; los responsables de estos crímenes eran agentes de las fuerzas de seguridad del Estado, aunque también los grupos subversivos especialmente entre los años 1995 y 1996.¹⁴ Las

12. <http://serpiente.dgsca.unam.mx/cinu>

13. Informe de Derechos Humanos de Mujeres 2004, presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 119o. período de sesiones el 2/marzo/04. Presentado por: Red nacional de mujeres, Anmucic, Confluencia nacional de redes de mujeres, iniciativa de mujeres colombianas por la paz, Mesa de trabajo “Mujer y conflicto armado”, Grupo mujer y sociedad, Colectivo María María, Corporación Casa de la Mujer, Corporación Sisma mujer, Mesa mujer y economía, Comisión colombiana de juristas, Planeta Paz.

14. *Abusaruwanku, Violación de Mujeres: silencio e impunidad*, pp. 87 y ss.

mujeres víctimas eran en su mayoría quechuahablantes de la zona andina (73%), el 48% tenía entre 20 y 30 años y el 8% eran niñas menores de 10 años.

La violación sexual se produce en unión de otras formas de violación de derechos humanos como: detenciones, desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones extrajudiciales; lo cual muchas veces tiene como consecuencia que la violación sexual quede como un hecho de menor importancia o como un “daño secundario”.

Durante los conflictos vividos en Ruanda y Yugoslavia, igualmente se presentaron violaciones sexuales masivas. Radhika Coomaraswamy¹⁵ afirma que en el conflicto de 1994 en Ruanda, se aplicó la violación genocida, que solía ir seguida de asesinato contra miles de mujeres tutsi. La violación sexual de las mujeres se utilizó como una verdadera arma de limpieza étnica para destruir su psiquis, su capacidad de tener hijos y sus lazos familiares y sociales.

ESCLAVITUD SEXUAL

A pesar de la condena universal a la esclavitud, todavía se mantienen prácticas análogas. Entre las “nuevas formas de esclavitud” figuran: la explotación de la prostitución ajena, los matrimonios forzados, el turismo sexual, el uso abusivo de Internet con fines de explotación sexual y la esclavitud sexual en el ámbito de los conflictos armados, que puede constituirse en crimen de guerra o de lesa humanidad.¹⁶

El reconocimiento de la antijuridicidad de estas conductas es reciente, por lo que estos mismos actos que han acontecido en otros momentos de la historia quedaron en la impunidad, como el de las Mujeres de Solaz o llamadas *comfort women*, más de doscientas mil adolescentes y mujeres no-japonesas de los territorios ocupados por Japón, que el ejército japonés mantenía secuestradas y esclavizadas sexualmente en las llamadas “estaciones de Solaz”, denominadas ahora “campos de violación”, entre 1932 y el final de la Segunda Guerra Mundial.¹⁷ Luego de la Segunda Guerra Mundial, los dos tribunales militares que se constituyeron omitieron hacer juzgamientos por cargos de violación sexual, a pesar de haber sido establecida como un

15. Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 55o. período de sesiones, Integración de los derechos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer, Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/68/Add.4. 21 de enero de 1999.

16. http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs14_sp.htm

17. Rhonda Copelon, “Crímenes de género como crímenes de guerra: integrando los crímenes contra las mujeres en el derecho penal internacional”, traducción Lorena Fries, inédito.

crimen contra la humanidad en el Consejo Jurídico Local de los Aliados No. 10. Este fue el primer caso conocido de esclavitud sexual, pero quedó en la impunidad.¹⁸

Más recientemente, entre abril de 1992 y febrero de 1993, durante el conflicto armado entre los bosnio-servios y los bosnio-musulmanes en el área de Foca, la población civil no serbia fue asesinada, violada y abusada. La campaña de “limpieza étnica” estuvo dirigida especialmente contra las mujeres musulmanas no serbias, quienes fueron separadas de los hombres, tras lo cual se inició un régimen brutal de violaciones en grupo, esclavitud y torturas.

Los jueces del Tribunal Internacional de las Naciones Unidas para los crímenes de guerra en la antigua Yugoslavia condenaron a tres serbo-bosnios, Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac y Zoran Vukovic, a penas de 28, 20 y 12 años de prisión respectivamente, por los crímenes cometidos, entre estos la esclavitud sexual.¹⁹ Según la sentencia del caso Foca, emitida el 22 de febrero de 2001, y confirmada el 12 de junio de 2002 por el Tribunal de Apelaciones, se establece que “el acceso sexual a las mujeres ejercido como el derecho de propiedad constituye una forma de esclavitud bajo los crímenes de lesa humanidad”.²⁰

La esclavitud sexual, sin embargo, no sucede solamente en tiempos de guerra o conflicto armado interno, así en los llamados “tiempos de paz”, ésta toma la figura de tráfico de personas para la industria del sexo. Los antecedentes recopilados sobre el comercio de mujeres para su explotación sexual apuntan a que este fenómeno está creciendo de manera alarmante: se estima que, en todo el mundo, 4 millones de personas son víctimas de este delito, el que mueve cada año entre 7 mil millones y 10 mil millones de dólares.²¹

Según datos de la Conferencia Mundial Sobre el Racismo celebrada en Durban, se calcula que entre 45.000 y 50.000 mujeres y niños son trasladados cada año por los traficantes únicamente hacia los Estados Unidos. Las Naciones Unidas estiman que todos los años son introducidas clandestinamente de 300.000 a 600.000 mujeres en la Unión Europea y en algunos países de Europa Central, y el problema está muy generalizado en África y América Latina. Además, todos los años más de 4 millones de inmigrantes ilegales son objeto de tráfico a través de las fronteras por grupos delictivos que obtienen ganancias estimadas en 7 mil millones de dólares.²²

18. Véase el informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la violencia contra la mujer (E/CN.4/1995/42, párrs. 286 a 292); el informe del Grupo de Trabajo sobre las Formas Contemporáneas de la Esclavitud acerca de su 18o. período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1993/30, párrs. 80 a 87).

19. En: http://www.rnw.nl/informarn/html/act010222_tpicasofoca.html

20. Patricia Viseur-Seller, Gender-Based Persecution, United Nations, Expert Group Meeting on Gender-based Persecution, Toronto, 9-12 Nov, 1997. EGM/GBP/1977.3. 6 de noviembre de 1997.

21. <http://www.mujereshoy.com/secciones/987.shtml>

22. <http://www.cndh.org.mx/Principal/document/derechos/fechas/Abolicion-Esclav.htm>

PROSTITUCIÓN FORZADA

En general la prostitución forzada se produce de manera vinculada con la trata de personas y consiste en la coacción que ejerce un tercero en una persona para obligarla a dedicarse a la prostitución. El autor u otra persona obtienen ventajas pecuniarias o de otro tipo, a cambio de los actos de naturaleza sexual o en relación con ellos.²³

En febrero de 2005, Amnistía Internacional hizo público el caso de una mujer moldava que afirmó que políticos, jueces, policías y funcionarios de Montenegro las torturaron y violaron a ella y a otras mujeres de la Europa del Este que, como ella, habían sido víctimas de trata y retenidas como esclavas sexuales. Se cree que la mujer moldava, conocida por las iniciales S. C., fue introducida mediante trata en Montenegro y obligada a trabajar como prostituta entre 1999 y noviembre de 2002, fecha en que encontró cobijo en un Refugio para Mujeres de la capital, Podgorica. Esta mujer, de 28 años y madre de dos hijos, padeció espantosos abusos físicos y sexuales durante más de tres años, a consecuencia de los cuales sufrió lesiones graves como la fractura de siete huesos, lesiones internas que le impedían sentarse sin sufrir dolor, cicatrices de esposas, quemaduras de cigarrillo en los genitales y contusiones en la boca.²⁴

Otro de los casos conocidos es el de las mujeres y niñas que son objeto de tráfico para la prostitución forzada en Kosovo, las mismas que proceden de los países más pobres de Europa, en su mayoría de Moldavia, Bulgaria, Ucrania; la mayor parte de ellas llega vía Serbia. En el 2003 había más de 200 bares, restaurantes, clubes y cafés donde las mujeres y niñas, objeto de tráfico, eran sometidas a prostitución forzada. Se conoce que ellas recibían palizas y eran violadas por los “clientes”, los “propietarios” y otras personas. Muchas mujeres vivían virtualmente prisioneras en un apartamento, habitación o sótano. Durante el día eran obligadas a trabajar en los bares y cafés; luego eran encerradas en una habitación donde debían recibir de 10 a 15 clientes por noche.

Según los informes, entre el 15 y el 20% de las víctimas eran menores de 14 años y a pesar de que se presentaron algunas denuncias, las mujeres que declararon como testigos ante un tribunal recibieron poca o nula protección frente a las personas que traficaron con ellas. Durante el proceso las mujeres pudieron ser objeto de prejuicios y discriminación. Hasta la fecha, ninguna mujer o niña objeto de trata de personas ha recibido reparación por el daño sufrido.²⁵

23. Elementos de los crímenes del Estatuto de Roma.

24. http://www.lainsignia.org/2005/febrero/der_004.htm

25. <http://web.amnesty.org/actforwomen/stories-9-esl>

EMBARAZO FORZADO

El “embarazo obligatorio o forzado” fue reconocido como una de las violaciones de derechos de las mujeres en las Conferencias Internacionales de Viena (1993) y Beijing (1995), pero es en el Estatuto de Roma, en donde se incluyó entre los crímenes de guerra y de lesa humanidad, a raíz de la constatación de que estos actos se cometieron en la ex Yugoslavia, durante los años 1992-1993, contra las mujeres bosnias musulmanas por las fuerzas militares serbias, en la región de Bosnia-Herzegovina, así como lo ocurrido en Ruanda, durante la guerra genocida en 1994.

Al respecto, la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer señaló que se considera que las violaciones en masa, los abusos sexuales y los embarazos forzados de mujeres en Bosnia y Herzegovina constituyeron un elemento importante de la política serbia de “limpieza étnica”;²⁶ consecuentemente el embarazo forzado es considerado además como uno de los actos por medio del cual se puede configurar un genocidio.

El programa de *limpieza étnica*, que incluye crímenes contra la filiación y la sexualidad de las víctimas, permite a los nuevos genocidas diferenciarse de otras formas de genocidio. El Ministerio de Higiene y Salud Pública de Bosnia-Herzegovina reveló que entre abril de 1992 y abril de 1993, unas 38.000 mujeres bosnias fueron violadas por soldados serbios, algunas embarazadas y detenidas en campos de concentración para obligarlas a llevar a término su embarazo, como medida de *purificación étnica*. Muchas mujeres parieron y luego se suicidaron. Unos 3.000 niños quedaron así abandonados.

En Ruanda, durante el conflicto, entre 1994 y 1995, se utilizó la práctica del embarazo forzado, pues la oficina ruandesa de demografía estima que las sobrevivientes al genocidio dieron a luz entre 2.000 y 5.000 “niños de malos recuerdos”; es decir, que eran el resultado de esta forma de imposición sobre el cuerpo y la capacidad reproductora de las mujeres.²⁷

El Caucus de Mujeres por la Justicia de Género, durante la reunión preparatoria No. 6 de la Corte Penal Internacional, realizada en New York en marzo de 1998, pro-

26. Comisión de Derechos Humanos, 47o. período de sesiones, Formas contemporáneas de esclavitud: Documento de trabajo sobre la situación de la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de guerra, incluso en los conflictos armados internos (E/CN.4/1995/42, párr. 268), presentado por la Sra. Linda Chávez en cumplimiento de la decisión 1994/109 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1995/38, 13/jul/95.

27. Comisión de Derechos Humanos, 55o. período de sesiones, Integración de los derechos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/68/Add.4. 21 de enero de 1999.

puso que en el Estatuto de Roma, se tipificara el embarazo forzado como un crimen de guerra y de lesa humanidad, definiéndolo así: “El embarazo forzado es ejercer el control (como si fuera un confinamiento físico), sobre una mujer embarazada, asegurándose la continuación de su embarazo o el nacimiento de su hijo en contra de su voluntad; este embarazo puede o no ser el resultado de una violación”.

La inclusión de este delito en el Estatuto de Roma tuvo una fuerte oposición, especialmente del Vaticano y los países musulmanes. El Vaticano propuso que el término “embarazo forzado”, fuera reemplazado por “fecundación forzada”, entendida como “el acto perpetrado por un violador con el propósito de producir un embarazo”. Además acusó a algunas organizaciones no gubernamentales de querer imponer un criterio del que podía derivarse un supuesto derecho y hasta la obligación de la mujer de abortar en ciertos casos. Aun conociendo las crueldades de las recientes guerras étnicas (Bosnia, Croacia, Serbia, y en países africanos), no sería correcto utilizar los términos “embarazo forzado”, porque se llegaría a considerar el aborto como el único “remedio” para escapar de esa incriminación, y podía llevar a la conclusión paradójica que proteger la vida humana, puede ser un crimen, argumentaba la Santa Sede.

Para la autora Rhonda Copelon, “un embarazo no deseado es un servilismo involuntario y por lo tanto el aborto es un instrumento indispensable para que la mujer sea lo que quiera ser y participe en todas las esferas de la vida”.²⁸ Consecuentemente se considera como forzado a todo embarazo que la mujer no pueda interrumpir (abortar) en cualquier momento, circunstancia y país, a causa de impedimentos culturales, religiosos y/o legales, lo cual termina siendo atentatorio para los derechos de las mujeres.

Más aún, obligar a una mujer a continuar un embarazo forzado, también puede considerarse como un trato cruel, que está prohibido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Relatora Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la violencia contra la mujer, Radhika Coomaraswamy, al referirse a este tema ha afirmado: “Los abortos forzosos, la anticoncepción forzada, el embarazo mediante coacción y los abortos en condiciones poco seguras constituyen violaciones de la integridad física de la mujer y la seguridad de la persona”.²⁹

Adicionalmente, el embarazo y la esterilización forzada violan uno de los derechos reproductivos establecido en la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su art. 16, según el cual los Estados Parte están obligados a asegurar a las mujeres “Los mismos derechos a deci-

28. Rhonda Copelon, “Losing the negative right of privacy: building sexual and reproductive freedom”, en *Review of law and social change* 15, University N.Y., 1991.

29. <http://www.puertovida.com/noticiasglobales>

dir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer esos derechos”. Es decir, que está prohibida toda regulación que coarte el derecho de las mujeres a decidir sobre la reproducción.

ESTERILIZACIÓN FORZADA

A lo largo de la historia de la humanidad se han presentado innumerables casos de esterilización forzada, así se conoce que en la Alemania nazi, esta práctica fue parte del genocidio. Según algunas estimaciones, se había esterilizado entre 700 y varios miles de mujeres.

Desde 1988, Stephan Mumford y Elton Kessel, investigadores norteamericanos, exportan píldoras esterilizantes hacia los países del Tercer Mundo, a través de la Fundación Mumford. Gracias a la complicidad de diferentes gobiernos, muchas mujeres han sido esterilizadas sin saberlo en 20 países; 50.000 mujeres en Vietnam, 26.000 en la India, 15.000 en Pakistán, 5.000 en Chile, 4.700 en Bangladesh, 900 en Indonesia, 700 en Costa Rica.³⁰

Durante la década de los noventa, en la presidencia de Alberto Fujimori, en Perú tuvo lugar una campaña de esterilización forzada masiva bajo la forma de planificación familiar. La Defensoría del Pueblo informó que entre 1996 y 1998 se produjeron 217.446 esterilizaciones femeninas.³¹ CLADEM Perú, logró documentar 243 casos³² similares y en junio de 1999, presentó una demanda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por una anticoncepción quirúrgica forzosa seguida de fallecimiento de la víctima llamada María Mamérita Mestanza Chávez.

María Mamérita Mestanza era una mujer campesina de aproximadamente 33 años de edad y madre de 7 hijos, ella y su compañero Jacinto Salazar Suárez fueron presionados desde 1996, por el Centro de Salud del Distrito de La Encañada, perteneciente al sistema público, para que ella se esterilizara. El personal de salud llegó hasta amenazarlos con denunciarles ante la policía, y les mencionaba que el gobierno había dictado una ley por la cual la persona que tuviera más de cinco hijos debía pagar una multa y llevada a la cárcel. Finalmente, bajo coacción María Mestanza accedió a que le practicaran una operación de ligadura de trompas. El procedimiento quirúrgico fue

30. <http://www.puertovida.com/noticiasglobales>

31. “La Aplicación de la Anticoncepción Quirúrgica y los Derechos Reproductivos II”, Defensoría del Pueblo, Series Defensoriales, Informe No. 27.

32. http://www.cladem.com/espanol/regionales/litigio_internacional/cas3.asp

realizado el 27 de marzo de 1998 en el Hospital de Cajamarca, sin haberse efectuado previamente ningún examen médico. El 5 de abril de 1998, ella falleció a consecuencia de la intervención quirúrgica de esterilización.

El 26 de agosto de 2003, se firmó un acuerdo de solución amistosa, en el cual el Estado peruano reconoció su responsabilidad por las violaciones de los derechos humanos de María Mestanza y se comprometió a adoptar medidas de reparación material y moral por el daño sufrido; impulsar una exhaustiva investigación, tendiente a la sanción de los responsables en el fuero común; adoptar medidas de prevención para evitar que se repitan hechos similares en el futuro; y pagar a la familia de María Mestanza la suma de 109.000 dólares.

OTRAS FORMAS DE VIOLENCIA SEXUAL

El Estatuto de Roma considera también como crímenes de guerra y de lesa humanidad, la comisión de otros actos de violencia sexual de carácter invasivo y no invasivo, (que no involucren invasión física o penetración). La práctica de estas otras formas de violencia sexual también está muy extendida, habiéndose registrado casos en Perú, Colombia, Chile, España, por citar algunos de los casos más conocidos.

La Comisión de la Verdad y Reconciliación de Perú documentó diversas formas de violencia sexual como chantajes sexuales, acoso sexual o manoseos; desnudez forzada; insultos con connotaciones sexuales; abortos forzados; se detectó también mutilaciones sexuales, de pezones o corte del vello púbico. En algunos de los testimonios recogidos se lee:

Los policías pasaban su miembro por mi cara, por mis ojos, por mis oídos, por mi boca, por mi cuello (...). (...) me golpeaban, primero cachetadas y jalones de cabello, luego en la zona del abdomen y los riñones, para después desvestirme y tocar mis partes íntimas. Esto me causó mucha pena y dolor. El que estaba a mi lado empezó a manosearme por los senos y por los genitales.

En Colombia, una de las prácticas generalizadas de los actores armados que afecta especialmente a las mujeres, es la imposición de “Códigos de conducta” de evidente enfoque patriarcal, en los cuales se restringen sus derechos a la libertad, a la autonomía, a la intimidad. El control del tipo de vestido, del arreglo personal, la libre elección de la pareja y el ejercicio de los derechos reproductivos, como el decidir libremente si pueden planificar la familia o no, son regulados por los actores armados.

Los ataques de grupos armados contra comunidades civiles incluyen generalmente abusos y mutilaciones sexuales. Amnistía Internacional menciona que entre el 18

y el 21 de febrero de 2000, más de 300 paramilitares atacaron el corregimiento de El Salado (departamento de Bolívar), en donde mataron aproximadamente a 49 personas. Las mujeres fueron obligadas a desnudarse y bailar frente a sus maridos, algunas fueron mutiladas sus órganos sexuales y una mujer embarazada fue empalada luego de ser sometida a violación en grupo.³³

En el “Informe Sombra” presentado ante el Comité Contra la Tortura³⁴ se determinó que entre las formas de violencia sexual ejercida por los represores están los desnudos masivos e imposición de participar en orgías y actos sadomasoquistas; desnudez forzada; insultos con connotación sexual (no vales nada, eres fea, puta, no sirves ni para violarte, quizás cuantos se habrán acostado contigo, puta, perra, maraca); amenaza de violación individual o grupal; tocaciones y manoseos de carácter sexual en todo el cuerpo, en los genitales y senos; aplicación de electricidad en los vientres de mujeres embarazadas; “juegos sexuales” forzados; abortos provocados por violaciones y torturas; mordeduras humanas en los senos y pezones; revisiones ginecológicas por personal que no era médico; intimidación para que las víctimas tocaran los genitales a sus celadores o a animales; intimidación para realizar sexo oral con animales; masturbaciones en grupo frente al cuerpo de la víctima atada a un camastro que servía para aplicarle electricidad.

IMPUNIDAD Y VIOLENCIA SEXUAL

Según el Experto sobre la Cuestión de la Impunidad de las Naciones Unidas, la impunidad es ante todo un fenómeno antijurídico y la ha definido como:

Una infracción de las obligaciones que tienen los Estados de investigar las violaciones, adoptar las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados juzgados y condenados a penas apropiadas, de garantizar a las víctimas recursos eficaces y la reparación del perjuicio sufrido y de tomar todas las medidas necesarias para evitar la repetición de dichas violaciones.³⁵

La impunidad constituye una denegación de justicia y una negación del carácter justiciable de los derechos humanos, garantía fundamental para su goce efectivo y plena vigencia. Pero además tiene una dimensión política-jurídica perversa: su exis-

33. Amnistía Internacional, *Cuerpos marcados, crímenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*, AI: AMR 23/040/2004.

34. Shadow Report respecting the 3rd. periodic report of the government of Chile, Submitted to the Committee Against Torture, párr. 38.

35. Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/20, doc. cit., principio 18.

tencia significa que un sector de la sociedad se encuentra por encima de la justicia y del imperio del Derecho.

La doctrina reconoce dos tipos de impunidad: de derecho y de hecho.³⁶ La de derecho se origina en normas legales, como las amnistías que se dieron en Guatemala y Chile a favor de los militares que habían violado derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas establece que medidas como las amnistías son incompatibles con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.³⁷

La impunidad de hecho tiene varias formas de expresión como: i) Inercia de los poderes públicos, ii) Pasividad de los investigadores, iii) Parcialidad, iv) Intimidación, v) Corrupción del poder judicial, vi) Cuando las autoridades no investigan las violaciones de derechos humanos o no lo hacen de manera pronta y diligente, acatando los estándares internacionales en la materia; vii) Cuando el Estado persigue judicialmente solo a algunos responsables de violaciones de derechos humanos; viii) Cuando las autoridades no procesan a los responsables por la totalidad de las infracciones cometidas; ix) Cuando los responsables de un caso de violación de derechos humanos no son castigados con penas apropiadas en relación a la gravedad del acto cometido; x) Cuando se niega el derecho a la justicia de las víctimas de violaciones de derechos humanos, al no garantizar la existencia de un juicio imparcial e independiente, pues la ausencia de estos dos elementos conlleva la denegación de justicia.

Siguiendo esta línea argumental se puede decir que las víctimas de violencia sexual se enfrentan a formas de impunidad de hecho, por ejemplo cuando se encuentran con obstáculos para el acceso a la justicia penal y son sometidas a una revictimización, pues el sistema de administración de justicia se caracteriza por no responder a las necesidades e intereses de las víctimas, sino que más bien termina por cuestionarlas por su “participación” en el acto y las expone a un procedimiento penal en el cual su vida y sus prácticas sexuales son motivo de investigación y escrutinio, lo cual, en última instancia es una forma de discriminación expresada a través de exigencias inadecuadas en materia de pruebas como el requisito de “heroica resistencia” ante el ataque sexual, la relevancia de una evidencia del uso de la fuerza, la exigencia de que se demuestre su castidad o el rechazo del testimonio de la víctima cuando no es ratificado por un/a tercero/a.

36. Experto sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1992/8.

37. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observaciones y Recomendaciones a los Estados Perú, CCPR/C/79/Add.67, párrafo 9, y Guatemala, CCPR/C/79/Add.63, párrafo 25 y Observación General No. 20, párr. 15.

En consecuencia, la mejor defensa del imputado consiste en atacar a la víctima por “provocativa”, “libertina”, por “ser mujer de hábitos sexuales promiscuos”, o por “no ofrecer verdadera resistencia”,³⁸ el juzgador entonces no cumple con el principio de imparcialidad, y en muchos casos termina actuando como el principal acusador de la víctima. Los estereotipos acaban convirtiéndose en elementos del tipo penal y dirigiendo las acciones y decisiones del proceso legal, llegando a culpar a la víctima por el acto de violencia sexual, por lo que el Derecho Penal termina por proteger como bienes jurídicos estos prejuicios y estereotipos, antes que los derechos humanos de las mujeres.

La impunidad está en conflicto con el deber del Estado de enjuiciar y castigar a los autores de violaciones graves a los derechos humanos, y, que respecto de las víctimas también implica su derecho a obtener una reparación material, y a saber qué pasó, lo que se conoce como el derecho a la verdad. Según lo señala el mismo experto sobre la cuestión de impunidad, “la lucha contra la impunidad no puede reducirse al solo castigo de los culpables, sino que debe responder a tres imperativos: sancionar a los responsables, satisfacer el derecho de las víctimas a saber y obtener reparación y, además, permitir que las autoridades desempeñen su mandato como poder público que garantiza el orden público”.³⁹

En este mismo sentido la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, ratificada por Ecuador, impone a los Estados, obligaciones de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos; acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces.⁴⁰ Es decir que la investigación, el procesamiento y la sanción de los responsables de la violencia, así como la reparación de las víctimas son responsabilidad del Estado.

Lastimosamente, el reconocimiento formal de estas obligaciones no ha conllevado su cumplimiento concreto. Tanto los poderes públicos, como la sociedad en general, a menudo subordinan los derechos humanos, especialmente de las mujeres, a

38. Es común la exigencia de una resistencia heroica, así en una de las sentencias del Tribunal Supremo español, se decía: “se exige una resistencia seria y constante de la mujer atacada que tenaz y firmemente luchó para no dejarse avasallar ni vencer, aun a costa de su integridad física”. Miriam Cugat, “La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, Jueces para la Democracia, 1993, No. 20, p. 76.

39. Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/18, párrafo 13.

40. Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer: art. 7.

otros fines como “razones de Estado”, seguridad, eficacia de las fuerzas de orden público, intereses político y personal; lo cual configura una “cultura de la impunidad”. La violencia sexual es tan endémica, que termina siendo aceptada como una “conducta normal”.

Si bien en teoría, el derecho penal protege ciertos derechos de las mujeres, también puede resultar discriminatorio o afectar negativamente los derechos que busca proteger. Se ha demostrado que aunque la violación sexual está penalizada, las ideas de los jueces, fiscales y abogados sobre lo que constituye la violación, cómo se la prueba y sobre “los comportamientos correctos” de las mujeres, terminan por despenalizarla de facto. Esta impunidad, garantiza una especie de “derecho de acceso” al cuerpo de las mujeres y las coloca fuera de la protección del derecho penal.

La impunidad en la violencia sexual crea un clima en el que tales actos se consideran normales y aceptables, no delictivos; entonces las mujeres no buscan justicia porque saben que no la conseguirán. Consecuentemente, gran parte de los casos de violencia contra las mujeres, particularmente la sexual, no son denunciados y tampoco judicializados. El Centro de Estudios de Justicia de las Américas da cuenta de que las denuncias recibidas por delitos sexuales en los ministerios públicos durante el año 2003, corresponden en Ecuador a un 3,75%; en Guatemala al 1,95%, en Honduras a un 5,64% de todos los casos que ingresaron al sistema. En Chile, en el año 2002, los delitos sexuales representaron el 1,3% del universo de denuncias que ingresaron al sistema.⁴¹

Algunas de las razones que explican la falta de denuncia, que al parecer, es mayor a la que se presenta en otros delitos son: la naturaleza de estos delitos, las percepciones sociales respecto de los mismos, la actuación de los operadores de justicia en estos casos, las condiciones de recepción de las denuncias, los criterios de selección y persecución, la forma cómo se practican los exámenes periciales, la falta de acompañamiento a las víctimas, las dificultades para acceder a las instituciones de justicia, la vulnerabilidad de las víctimas en el sistema, la poca respuesta que reciben, la duración de los casos.

Cuando se trata de casos de violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, el tema se complejiza más aún porque están implicadas personas con quienes la víctima tiene relaciones afectivas, y aunque la mayoría de los países de la región cuentan con leyes para prevenir y sancionar la violencia doméstica, en muchos casos, todavía estos actos son considerados como un asunto privado, y así, este tipo de violen-

41. Farith Simon en colaboración con Lidia Casas, *Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género (Primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala)*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, noviembre 2004, párrafos 32 y 33.

cia se comete impunemente. Según la experiencia de Amnistía Internacional, esta impunidad es un importante factor a la hora de prolongar la situación de violencia.⁴²

También es común que, aunque existan denuncias luego de un ataque sexual, las víctimas abandonen los procesos legales, desalentadas por una serie de trabas que encuentran en su camino para exigir sanción para el culpable y reparación para ellas. El Centro de Estudios de Justicia de las Américas menciona:

Los problemas con la denuncia contribuyen a la existencia de prácticas de expulsión selectiva por parte del sistema de justicia penal hacia las víctimas de violencia sexual que quieren realizar la denuncia, ya sea por negativa de recepción de la misma e inadecuadas derivaciones o por exponer a las denunciantes a situaciones revictimizantes, como el tener que relatar el hecho ante muchas personas. En el caso de delitos sexuales el efecto de las prácticas de expulsión institucional es que las víctimas abandonan definitivamente el reclamo reparatorio ante la Justicia.⁴³

Según este mismo estudio, se han detectado tres dimensiones de la victimización secundaria:

Maltratos al momento de presentar la denuncia que se expresan en burlas, expresión de prejuicios sobre el hecho, descreimiento del relato de la víctima y finalmente negativa de recepción de la misma, duplicación o lentitud en los procedimientos, demoras o repeticiones en los exámenes periciales; recepción de las denuncias en condiciones inadecuadas; y, maltrato en la etapa de investigación y etapa intermedia, que se reflejan también en la reiteración de estudios, y el descreimiento de su relato tanto por parte del Ministerio Público como del juez, que en opinión del informe citado tendría por objetivo que la víctima abandone el proceso.⁴⁴

Otro de los elementos que abona a la impunidad son las circunstancias consideradas como eximentes del delito o atenuantes de la pena; en algunos sistemas legales, el Estado reconoce el honor, el apasionamiento o la provocación como circunstancias eximentes solo para favorecer al marido en casos de presunto adulterio. En otros, también los hijos, los padres, los tíos, pueden gozar de inmunidad penal por actos de violencia y malos tratos. También se consideran como atenuantes de un delito, la edad o la conducta anterior y posterior del delincuente, es decir que su vida civil probada a través de documentos legales o palabras de testigos es suficientemente importante como para atenuar una pena y así desproteger a sus víctimas. En este

42. Está en nuestras manos: no más violencia contra las mujeres. En <http://www.amnistiainternacional.org>

43. Farith Simon, *Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género*, párrafo 49.

44. *Ibíd.*, párrafos 101 y 102.

caso, a diferencia de lo que sucede con las víctimas, las pruebas no descansan en sus cuerpos, sino en la presunción de una conducta “honesta” que se prueba muy fácilmente.⁴⁵

Es decir, que la violencia sexual no es asumida como una violación a los derechos humanos de las personas, sino como algo reservado al ámbito privado que debe ser ocultado. De este modo, las víctimas pasan a ser revictimizadas por la familia, la sociedad, la opinión pública y las instituciones; obligadas a callar, a sentirse avergonzadas y culpables de la agresión y estar bajo sospecha, de tal manera que todas sus acciones están sometidas a examen público, pudiendo llegar fácilmente a ser cuestionada y deslegitimada.

Lo más grave es que a partir de estos conceptos se deben actuar las pruebas de la comisión del delito. Si una mujer ha tenido una vida sexual activa, es posible que se la considere responsable de haber dado su “consentimiento”. En la mayoría de casos se exige que haya pruebas claras y evidentes de que se ejerció fuerza, es decir, que la mujer “luchó” y que además en su conducta sexual anterior era “honesta”.

En los tribunales, el testimonio de las mujeres víctimas de la violencia suele desvirtuarse con pruebas irrelevantes de su vida sexual, o se lo relativiza, acusando a las víctimas de estar “desequilibradas mentalmente”. Por lo tanto, la palabra de la mujer no cuenta y debe pasar gran parte del juicio demostrando que lo que vivió no fue un acto sexual consentido sino un acceso violento y no consentido a su cuerpo e integridad física y psíquica. Hay un exceso de procedimientos periciales que recaen sobre el cuerpo de las víctimas, en desmedro del fin que debe perseguir un proceso penal: establecer los niveles de culpabilidad en los delitos.⁴⁶

Los Estados, al haber omitido sus obligaciones tendientes a reducir, cuando no eliminar la impunidad, han violado sus obligaciones de garantizar los derechos humanos, especialmente sus obligaciones de garantía, investigación, sanción a los responsables y reparación de las víctimas. La omisión de investigar los crímenes sexuales o relacionados con la violencia doméstica contra las mujeres crea un clima de impunidad que perpetúa la violencia basada en el género. La falta de investigaciones y procesamientos constituye un incumplimiento de la obligación del Estado de proteger los derechos y actuar con la diligencia debida.

45. Gilma Andrade Moncayo, *La reforma al Código Penal Ecuatoriano: documento argumental*.

46. *Ibíd.*

BIBLIOGRAFÍA

- Abusaruwanku, Violación de mujeres: silencio e impunidad*, COMISEDH-Movimiento Manuela Ramos, Lima, noviembre 2003.
- Amnistía Internacional, *Cuerpos marcados, crímenes silenciados: violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*. AI: AMR 23/040/2004.
- Andrade Moncayo, Gilma, “Propuesta de reforma al Código Penal: documento argumental. Feministas por la Autonomía”, Quito, 2000, inédito.
- Bunch, Charlotte, Claudis Hinojosa y Reilly Niamh, eds., *Los derechos de las mujeres son derechos humanos*, México, Edamex, 2000.
- Comisión de Derechos Humanos, 47o. período de sesiones, “Formas contemporáneas de esclavitud: documento de trabajo sobre la situación de la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de guerra, incluso en los conflictos armados internos” (E/CN.4/1995/42, párr. 268), presentado por la Sra. Linda Chávez en cumplimiento de la decisión 1994/109 de la Subcomisión. E/CN.4/Sub.2/1995/38, 13/jul/95.
- Comisión de Derechos Humanos, 54o. período de sesiones, 4 de febrero de 1998, E/CN.4/1998/54/Add.1. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy. Informe de la misión a Ruanda para estudiar la violencia contra la mujer en situaciones de conflicto armado.
- Comisión de Derechos Humanos, 55o. período de sesiones. Integración de los derechos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, preparado de conformidad con la Resolución 1997/44 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1999/68/Add.4. 21 de enero de 1999.
- Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: Observaciones y Recomendaciones a los Estados Perú, CCPR/C/79/Add.67, párrafo 9, y Guatemala, CCPR/C/79/Add.63, párrafo 25 y Observación General No. 20.
- Copelon, Rhonda, “Losing the negative right of privacy: building sexual and reproductive freedom”, en *Review of law and social change* 15, University N.Y., 1991.
- “Crímenes de género como crímenes de guerra: integrando los crímenes contra las mujeres en el derecho penal internacional”, traducción Lorena Fries, inédito.
- Experto sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1992/8.
- Experto sobre la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/1995/18, párrafo 13.
- Informe de Derechos Humanos de Mujeres, 2004, presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 119o. período de sesiones el 2 de marzo de 2004. Presentado por: Red nacional de mujeres, Anmucic, Confluencia nacional de redes de mujeres, iniciativa de mujeres colombianas por la paz, Mesa de trabajo “Mujer y conflicto armado”, Grupo

mujer y sociedad, Colectivo María María, Corporación Casa de la Mujer, Corporación Sisma mujer, Mesa mujer y economía, Comisión Colombiana de Juristas, Planeta Paz.

“La Aplicación de la Anticoncepción Quirúrgica y los Derechos Reproductivos II”, Defensoría del Pueblo, Series Defensoriales, Informe No. 27.

Linsey, Charlotte, *Las mujeres ante la guerra*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, agosto 2002.

Relatoría especial sobre violencia contra la mujer sus causas y consecuencias, E/CN.4/1997/47, 12 de febrero de 1997. Comisión de Derechos Humanos, 53o. período de sesiones. Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia Contra la Mujer, Sra. Radhika Coomaraswamy.

Shadow Report respecting the 3rd, periodic report of the government of Chile, Submitted to the Committee Against Torture, Geneva, Switzerland, 32nd session, 10-11 May 2004. By La Morada, Santiago, Chile; Instituto de la Mujer, Santiago, Chile; International Women’s Human Rights Law Clinic, City University of New York School of Law, Flushing, New York, USA; Organización Mundial contra la Tortura, Geneva.

Simon, Farith en colaboración con Lidia Casas, *Informe comparativo de la evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género (primera fase: Chile, Ecuador, Honduras, Guatemala)*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, noviembre 2004.

Smauss, Gerlinda, “Abolicionismo: el punto de vista feminista”, en *No Hay Derecho*, No. 7, Buenos Aires, 1992.

Tamayo León, Giulia, *Cuestión de vida: balance regional y desafíos sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia*, Lima, CLADEM-OXFAM, 2000.

Viseur-Seller, Patricia, Gender-Based Persecution, United Nations, Expert Group Meeting on Gender-based Persecution, Toronto, 9-12 noviembre, 1997. EGM/GBP/1977.3, 6 de noviembre de 1997.

West, Robin, “The Difference in Women’s Hedonic Lives: A Phenomenological Critique of Feminist Legal Theory”, en *Wisconsin Women’s Law Journal*, vol. 3, Wisconsin, 1987.

Páginas web

<http://www.amnistiainternacional.org>

<http://www.cndh.org.mx/Principal/document/derechos/fechas/Abolicion-Esclav.htm>

http://www.lainsignia.org/2005/febrero/der_004.htm

<http://www.mujereshoy.com/secciones/987.shtml>

http://www.rnw.nl/informarn/html/act010222_tpicasofoca.html

<http://www.puertovida.com/noticiasglobales>

<http://serpiente.dgsca.unam.mx/cinu>

http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs14_sp.htm

Análisis de la resolución de inconstitucionalidad de la detención en firme por parte del Tribunal Constitucional

*Iván Granda Molina**

El presente trabajo se enfoca en el análisis de la resolución de inconstitucionalidad de la detención en firme emitida por el Tribunal Constitucional, con la cual, se afectó tanto el plazo razonable de prisión, así como la caducidad de la prisión preventiva. En el análisis se podrá apreciar que la medida contrarió, al principio *pro homine*, al de inocencia, a las características de las medidas cautelares, al de independencia de los jueces, entre otros. Se reflexiona además, su efecto más grave, el quebrantamiento de los derechos humanos de los detenidos al establecer el carácter irretroactivo de la resolución que, a su vez, dio paso a la equívoca interpretación del art. 169 del Código de Procedimiento Penal, realizada por el Congreso Nacional para evitar nuevamente la aplicación de la caducidad de la prisión preventiva.

FORO

ANTECEDENTES

La Constitución de 1998, estableció en el art. 24 numeral 8, que trata de las garantías del debido proceso, la duración de la medida cautelar de la prisión preventiva, la misma que no puede exceder de seis meses, en delitos sancionados con prisión, ni de un año en los delitos sancionados con reclusión.

Esta disposición, sin lugar a dudas, puso de manifiesto la intención del legislador de proteger al imputado y sus derechos, de acuerdo con los compromisos internacionales adquiridos con la firma y ratificación de convenios internacionales, con las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las que se san-

* Coordinador de los Juzgados de la Niñez y Adolescencia de Cuenca. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Azuay.

cionó al país por incumplimiento, y con los criterios internacionales sobre medidas cautelares de carácter personal y juzgamiento en un plazo razonable.

A la par de estos principios de jerarquía constitucional, se instaura en el Ecuador un nuevo Código de procedimiento penal, que deja atrás al sistema inquisitivo y se orienta hacia un sistema acusatorio. Este procura hacer ejecutar principios constitucionales como la presunción de inocencia, la contradicción, la celeridad, la oportunidad. En general, el nuevo sistema ambiciona mejorar la administración de justicia a través de procesos orales que brinden mayor transparencia.

Pese a que estos objetivos estaban claros, la administración de justicia no respondió como los ecuatorianos hubiéramos querido, pues se advirtió que hubo presos sin sentencia que fueron excarcelados por no haberse aplicado la garantía del debido proceso y la norma invocada anteriormente.

Este es el contexto en el que el Partido Social Cristiano, a través de la diputada Cynthia Viteri,¹ propone la figura de la detención en firme, definida en el art. 173 A, del Código de Procedimiento Penal, publicada en el Registro Oficial 743 del 13 de enero de 2003, en la que el Legislador argumentó que con relación al Código de Procedimiento Penal, “se buscará armonizar de mejor manera determinadas disposiciones en él contenidas; que la caducidad de las medidas cautelares de orden personal, hacen indispensables la introducción de reformas a la legislación nacional en las disposiciones de carácter procesal, penal y judicial; a través de la implementación de la figura jurídica de la detención en firme (...), que soslaye la evasión del infractor”.²

En concordancia con lo planteado, en el art. 173 A, del Código de procedimiento penal, se señaló que la detención en firme tuvo como fin: “contar con la presencia del acusado en la etapa del juicio y evitar la suspensión, en el auto de llamamiento a juicio, el juez que conoce la causa deberá obligatoriamente ordenar la detención en firme del acusado (...)”.³

Otro de los argumentos utilizados para justificar esta nueva medida cautelar tuvo que ver con la demora de la administración de justicia en la resolución de las causas, por lo que “es necesario coadyuvar a la actividad judicial y policial, evitando la evasión del sindicado (...)”,⁴ perturbando el interés Constitucional establecido en el art.

1. El Proyecto de creación de la detención en firme fue extraviado del archivo General del H. Congreso Nacional, incluido en Miguel Antonio Arias, *La Detención en firme*, Cuenca, Editorial Bgoffset, 2005, p. 41.

2. Registro Oficial, No. 743 del 13 de enero de 2003.
<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/Ley.Ref.Cod.Proc.Penal.htm> Fecha de visita a la web: 04/04/07.

3. Código de Procedimiento Penal, Quito, 2003.

4. Registro Oficial, No. 743 del 13 de enero de 2003.

193 de la Constitución de responsabilizar al juez por omisiones y retardos injustificados en el ejercicio de sus funciones.

Estos argumentos del legislador tuvieron acogida absoluta en los medios masivos de comunicación, creando una suerte de “fobia” contra los órganos de administración de justicia, exacerbando a la opinión pública a través de la crónica roja y generando un espectro de inseguridad y violencia.

Una vez que entró en vigencia esta medida fue declarada inaplicable, por parte del juez de Latacunga, el Dr. Carlos Poveda, quien, fue el primero en señalar entre otras, las siguientes consideraciones: “... de conformidad al art. 274 de la Constitución Política declaro inaplicable la norma contenida en la reforma establecida en el art. 173-A, con relación al art. 232, numeral 4, del Código de Procedimiento Penal (...)”.

Sin embargo, este acto de control constitucional del Juez referido no tuvo asidero en el máximo Tribunal Constitucional de la República de ese entonces.

Un nuevo Tribunal Constitucional conoció la petición de la ciudadana Silvana Sánchez Pinto, representando a mil cuatrocientas personas y, el 26 de septiembre de 2006, declaró la inconstitucionalidad de la detención en firme, la misma que será objeto de análisis en el presente artículo.

ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA DETENCIÓN EN FIRME POR PARTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En el fallo No. 002-2005-TC, en el que se declara la inconstitucionalidad de la detención en firme se argumentó que la misma es inconstitucional por “(...) violentar el derecho fundamental garantizado en el art. 24, numeral 8, inciso primero de la Constitución sobre la caducidad de la prisión preventiva, y los arts. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen que las personas detenidas tendrán derecho a ser juzgadas dentro de un plazo razonable o a ser puestas en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso penal (...)”

Ahora bien, estamos de acuerdo con el Tribunal Constitucional en este considerando del fallo; sin embargo, creemos pertinente analizar el alcance del plazo razonable y su vinculación con otras garantías constitucionales que nos permitirán completar la visión que el legislador constitucional omitió.

LA DOCTRINA DEL PLAZO RAZONABLE Y LA DETENCIÓN EN FIRME

Sin duda, la detención en firme fue una figura procesal que vulneró el principio doctrinario y de derechos humanos del plazo razonable, pues según nuestra apreciación fue lo que buscó tutelar el legislador constitucional en el año 1998, en el art. 24 numeral 8, en concordancia con lo establecido por la normativa internacional que tiene como antecedentes el art. 6.1 del Convenio Europeo sobre Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las libertades Fundamentales (CEDH), suscrito en Roma en 1950 y reproducida en la Convención Americana de Derechos Humanos (Costa Rica 1969) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en 1966.

Art. 7.5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un Juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad (...).⁵

Se puede argumentar que tanto el legislador internacional como local omiten fijar un tiempo determinado de duración a un proceso penal u otro de competencias diferentes. Considero que esta actitud de no fijar plazos en tiempos determinados, especialmente en referencia al juzgamiento (no solo en relación con la prisión preventiva), crea una suerte de inseguridad jurídica.

Tomando en cuenta lo indicado, creo que el tiempo es lo que da sentido al plazo razonable, pues a través de este elemento se lo calificará o no. En el campo del derecho penal “el tiempo es un dato omnipresente, hasta el punto de convertirse en el propio núcleo del derecho penal”,⁶ cuyo fin es brindar a la población la seguridad de una vida en sociedad, organizada de acuerdo con las leyes que determinan la protección de los valores humanos básicos, como el de asegurar un enjuiciamiento expeditivo en un plazo razonable, estableciendo límites precisos a la duración de cada procedimiento.

Por lo expuesto, la detención en firme rompió la Constitución y puntualmente el art. 24. 8, respecto de la prisión preventiva y su plazo razonable, esta afectó la duración del proceso, ya que, luego de dictado el auto de llamamiento a juicio, puede durar un tiempo indefinido. Es menester aclarar que no es lo mismo el plazo razonable en la prisión preventiva que el plazo razonable de duración del proceso, pues el primero únicamente es un instrumento que sirve para llevar a cabo el segundo.

5. *Convención Americana de Derechos Humanos*, San José de Costa Rica, 1969.

6. Daniel R. Pastor, *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Edit. Ad Hoc, 2002, 1a. ed., p. 74.

Parece ser que el legislador no hace un análisis motivado y de causalidad, de cómo el desacato de la caducidad contemplada en la Constitución trae como consecuencia el quebrantamiento del plazo razonable.

En este sentido, no se puede hablar de derecho penal ni de respeto a los derechos fundamentales si el uso del tiempo es tan reducido que vulnera el derecho a la defensa o tan prolongado que vuelva inoportuna la sanción; por lo tanto se debe buscar equilibrio en el tratamiento del tiempo, para asegurar un enjuiciamiento expeditivo.

Lo que evidentemente sucede con la vigencia de la detención en firme es que, a más de violar el art. 24. 8 de la Constitución, permite al juez actuar en rémora procesal justificada, incumpliendo el art. 23 num. 27: “El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones”,⁷ lo cual no fue analizado por el Tribunal Constitucional.

Este organismo tampoco hace referencia a que, fruto de la aplicación de la detención en firme, se rompen también los principios de la administración de justicia y del derecho penal, contemplados en el art. 192 de la Constitución Política, que forman parte del espíritu de la doctrina del plazo razonable de juzgamiento: art. 192: “El sistema procesal será un medio para la realización de la justicia. Hará efectivas las garantías del debido proceso y velará por el cumplimiento de los principios de inmediación, celeridad y eficacia en la administración de justicia. (...)”⁸ La detención en firme, al justificar las omisiones de la administración de justicia, permite que el proceso pueda durar indefinidamente.

Para concluir, en este aspecto, es importante considerar lo que señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al tratar el plazo razonable.

Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha señalado que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; y Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30).⁹

Estas consideraciones deben tomarse en cuenta en el futuro en nuestro país, no como justificativos de la falta de probidad y celeridad en la administración de justicia, sino en aras de la tutela efectiva de los derechos ciudadanos.

7. Constitución Política del Ecuador.

8. *Ibid.*

9. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 1997.

Si bien hemos coincidido en el fondo con la resolución del Tribunal Constitucional, este organismo omite que, a través del rompimiento del plazo razonable, se lo hace también de otra garantía: la situación de inocencia del ciudadano.

LA SITUACIÓN JURÍDICA DE INOCENCIA

Esta garantía tiene sus antecedentes en la Declaración del Estado de Virginia y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Un antecedente más cercano es el art. 26 de la Declaración Americana de Derechos Humanos de 1948, en donde también se acoge la presunción de inocencia.

En nuestro país, la naturaleza de dicha garantía la define el Dr. Jorge Zavala Baquerizo, quien hace una clara distinción entre los derechos en el hombre y los derechos del hombre, siendo de naturaleza y tratamiento diferente.

Entre los bienes considerados en el hombre, se encuentra la inocencia, de iguales características que la vida y la libertad y por tanto su naturaleza pertenece al ser humano y es connatural a su dignidad.

Este derecho no se lo presume, es consustancial al ciudadano imputado o investigado por un delito penal durante todo el proceso, por lo que no requiere un reconocimiento taxativo.

De esta forma el imputado debe ser tratado como tal, como lo señala el autor Zavala Baquerizo: “La inocencia es un presupuesto subjetivo general del debido proceso. Antes y durante el proceso todo hombre es inocente”.¹⁰

Por ello en un proceso penal el Fiscal tiene que recabar elementos de convicción suficientes y válidos que le permitan configurar prueba plena y de esta manera pueda enervar la inocencia del imputado, mediante sentencia ejecutoriada.

La Constitución Política del Estado y el Código Penal definen la situación de inocencia en los art. 24. num. 7: “Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada”.¹¹ Y en el Código de procedimiento penal art. 4: “Todo imputado es inocente, hasta que en la sentencia ejecutoriada se lo declare culpable”.¹²

Como se puede apreciar, la definición de la garantía de inocencia está mejor estructurada y definida en el Código de Procedimiento Penal que en la Constitución Política del Estado.

10. Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Guayaquil, Edina, 2004, p. 202.

11. Constitución Política del Estado.

12. Código de Procedimiento Penal.

En la resolución de inconstitucionalidad apenas se analiza la violación de la garantía de inocencia, pues en el considerando decimocuarto tan solo se señala que “cuando la detención preventiva se prolonga en forma irrazonable, se incrementa el riesgo de invertir la presunción de inocencia”,¹³ no hace afirmación alguna sobre la ruptura efectiva de este principio connatural al imputado, a través de la detención en firme.

La situación jurídica de inocencia tiene íntima relación con el plazo razonable, transgredido por la figura de la detención en firme, ya que el proceso penal dentro de un plazo razonable será el que imponga de forma oportuna la pena y, en caso de inocencia, genere prontamente la consecuencia liberatoria de responsabilidad, con la consecuente devolución de la paz al emplazado por la justicia, quien podrá superar la tormentosa vivencia de la incertidumbre en torno a su vida futura.

La introducción de la detención en firme en el ordenamiento jurídico, aparentemente pretende impedir que los procesados recuperen la libertad en virtud de la caducidad de la prisión preventiva, pero atenta contra la situación jurídica de inocencia, ya que el ciudadano víctima de un juzgamiento entorpecido, es tratado como culpable.

A este análisis debemos sumar otras consideraciones que tienen particular conexión con la situación de inocencia y tienen que ver con la desnaturalización del concepto de medida cautelar y sus principales características de revisibilidad y de excepcionalidad:

En el art. 160 del Código de procedimiento penal, inciso segundo dice:

La detención en firme se dispondrá en todos los casos en que se dicte auto de llamamiento a juicio, de conformidad con el art. 232 de este Código y solo podrá ser revocada mediante sentencia absolutoria (...).¹⁴

Esto implica que se trate como culpable al imputado desde el momento mismo en que se dicte auto de llamamiento a juicio, sin valoración alguna de las pruebas y sin que pueda ser revocada y por tanto revisada la medida, en caso de que el juez lo crea conveniente.

13. Registro Oficial 743, del 13 de enero de 2003.

14. Código de Procedimiento Penal.

EXCEPCIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR

Al ser la figura de la detención en firme una medida de carácter excepcional, es el juez quien debe valorar la pertinencia de dictar o no tal medida cautelar para garantizar la comparecencia del imputado a todas las etapas procesales.

El art. 159 señala que: “A fin de garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso, el pago de la indemnización de daños y perjuicios del ofendido y las costas procesales, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o de carácter real.

Su aplicación debe ser restrictiva. (...)”.¹⁵

En este contexto, ¿como es posible que la detención en firme haya tenido carácter obligatorio, siendo la prisión una medida de carácter preventiva, de una particular excepcionalidad?

Así lo sostiene el profesor mexicano Sergio Huacuja: “la doctrina unánimemente ha aceptado que la prisión preventiva queda restringida a los delitos graves, con lo que se confirma su carácter excepcional y limitado”.¹⁶

Por lo señalado, se eliminó el papel del juez como garante del debido proceso y como evaluador crítico, pues con la detención en firme, de obligado acatamiento, no puede cumplir con la discrecionalidad de optar o no por la medida, dejando de lado el único contrapeso al poder político y la única garantía de justicia en un Estado de Derecho contemplada en el art. 191 de la Constitución Política del Estado.

En conclusión ¿de qué situación jurídica de inocencia podemos hablar si esta medida mantiene detenido al imputado por tiempo indefinido: sin posibilidad de revisión de la medida; sin provisionalidad e impuesta de manera general; sin calificación de procedencia y sin perentoriedad?

En conclusión el TC no analizó en su real alcance lo que esta medida provoca en relación con la situación jurídica de inocencia y por tanto no estableció suficiente valoración sobre la excepcionalidad de toda medida cautelar que debe ser tomada a discrecionalidad del juez en virtud de su independencia.

15. Código de Procedimiento Penal.

16. Sergio Huacuja Betancourt, *La desaparición de la prisión preventiva*, México, Trillas, 1999, 1a. ed., p. 55.

EL PRINCIPIO PRO-HOMINE

El principio *pro homine* es un elemento importante para la interpretación constitucional en materia de derechos humanos, tanto en el marco jurídico interno y en el de derecho internacional de los derechos humanos.

Los principios puntualizan recomendaciones, determinan los contenidos de los derechos, los interpretan, y tienen como objetivo fundamental lograr que estos derechos tutelén los bienes jurídicos que el Estado y el derecho internacional requieren proteger.

El principio *pro homine*, si bien no está definido normativamente, se lo puede encontrar en los preámbulos de los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales se consideran elementos meta jurídicos que subyacen a cualquier interpretación normativa.

Podemos encontrarlo en el art. 29 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* referente a las normas de interpretación que señala lo siguiente: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y,
- d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.¹⁷

A estas referencias que aluden al principio *pro homine*, se suma la realizada por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* en opinión consultiva OC-5/85 que señala: “Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restringe en menor escala el derecho protegido. Es decir la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”.¹⁸

Se colige de estas consideraciones que, en caso de que un derecho sea protegido de mejor manera por un instrumento internacional o por la legislación interna, se deberá aplicar la norma que proteja de manera más extensiva el derecho en discusión.

En el caso del Ecuador, el principio *pro homine* está claramente contemplado en el art. 18, en concordancia con el 16 de la Constitución Política del Estado que señalan:

17. Convención Americana de Derechos Humanos.

18. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=dialjur&n=2 03/03/07>

Art. 16. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos que garantice esta Constitución.¹⁹

Art. 18. Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia.²⁰

Compartimos el criterio de Rodolfo Ariza Clerici, quien señala que el principio *pro homine* es una verdadera garantía de interpretación del Derecho Constitucional, “cuya función no es otra que la de someter la jurisdicción a la ley, lo cual importa una limitación racional a la arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales imponiendo la interpretación más favorable a los derechos fundamentales”.²¹

Este principio implica seleccionar y aplicar la norma que en cada contexto resulte más favorable a la persona, atendiendo a la naturaleza de los derechos que se encuentren en juego, a la prevalencia de uno sobre otro y teniendo en cuenta los sujetos que intervienen.

En la aplicación del principio *pro homine* siempre predominará la individualidad del ciudadano y los derechos que le son propios, frente a las conductas de acción o de omisión que pueda realizar el Estado.

Así como en el campo civil existen normas de interpretación como la *pro debitorre*, en el derecho penal la *in dubio pro reo* o en lo laboral la *in dubio pro operario*, en materia constitucional, al tratarse de derechos humanos, se debe tener como regla de interpretación hermenéutica el principio *pro homine*.

El principio *pro homine* es pues, una regla hermenéutica de interpretación constitucional y es el termómetro que debe emplear el intérprete constitucional para operar en ejercicio del poder de disposición ética valorativo a favor de parámetros desde y hacia lo humano.

Pablo Luis Manili –citado por Luis Coto– señala que, con la aplicación del principio *pro homine* “se termina toda la discusión en torno a la primacía del derecho interno o del derecho internacional, en materia de derechos humanos”²² por cuanto el

19. Constitución Política de la República.

20. *Ibíd.*

21. Rodolfo Ariza Clerici, *Interpretación Constitucional, Principio Pro Homine*, s.f., s.e., p. 1.

22. Pablo Luis Manili, incluido en Luis Coto, *Los principios jurídicos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos peruanos*, p. 7.

intérprete que analice cada precepto debe basar el poder decisorio con la norma que sea más amplia en la tutela de derechos humanos.

El principio *pro homine*, por lo tanto, está orientado a privilegiar, seleccionar y preferir la norma que resguarde de mejor manera los derechos fundamentales del ser humano, es decir, aplicar aquello que sea lo más favorable a la persona.

Así, Humberto Henderson señala que el principio *pro homine* debe ser “inspirador del derecho internacional de los derechos humanos y representar una fundamental e indispensable regla de hermenéutica en el momento de aplicación de los tratados internacionales de los derechos humanos por los tribunales internos”.²³

Nos permitimos agregar que no solo se trata de la aplicación del derecho internacional y los derechos humanos en relación con las constituciones de los Estados, sino también del principio *pro homine* como herramienta de interpretación de las leyes nacionales, la que debe realizarse:

- a) Aplicando la norma más protectora: entre varias normas concurrentes, optar por la que tutele de mejor forma los derechos del individuo.
- b) Conservando la norma más favorable: una norma posterior no deroga o desaplica una anterior que consagre mejores protecciones para los ciudadanos.
- c) Se trata de que el juez realice una operación para armonizar leyes –cuando estas son de igual jerarquía– con el fin de que no se desproteja o se quebrante la protección de derechos humanos.
- d) Interpretando con sentido tutelar: Cuando exista la posibilidad de varias interpretaciones de una misma norma, el constitucionalista debe adoptar la que mejor tutele los derechos de la víctima o del ciudadano afectado; implica darle el mayor alcance posible de modo que se oriente a proteger de manera integral los derechos del ciudadano.

Por todo lo dicho creemos que el principio examinado proporciona una herramienta de interpretación constitucional de validez esencial que no puede pasar desapercibida por el juez encargado del control constitucional, en aras de que su actividad valorativa, interpretativa, propia de los poderes constituidos que ha sido dispuesta por el poder constituyente, garantice la tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, limitando el poder Estatal y cumpliendo con la normativa internacional.

En el fallo del Tribunal Constitucional se hace referencia al principio *pro homine*, pero únicamente con respecto a la obligación del juez constitucional de “aplicar la hermenéutica Constitucional de tal manera que en caso de duda se estará a la vigen-

23. Humberto Henderson, *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro-homine*, s.e., s.f., p. 18.

cia efectiva del derecho (...);²⁴ pero no se considera este principio en relación con la retroactividad de la resolución; así, para absolver la consulta planteada por el Presidente del Congreso y por el Delegado del Procurador General del Estado, quienes piden aclaración y ampliación de la resolución 002-2005-TC, el Tribunal Constitucional motivó la aclaración de la siguiente manera:

2. El artículo 278 de la Carta Política señala que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo y entrará en vigencia desde la fecha de su promulgación en el Registro Oficial, a su vez el inciso segundo del artículo de la Ley Orgánica de Control Constitucional establece que la declaratoria de inconstitucionalidad de la resolución no afectará las situaciones jurídicas surgidas al amparo de tales normas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad, precepto que precautela la seguridad jurídica garantizada en el art. 23, numeral 26 de la Constitución; y por ende la declaratoria de inconstitucionalidad no modifica las situaciones procesales surgidas durante la vigencia de la norma.²⁵

Para estudiar la resolución del TC es necesario realizar algunas reflexiones sobre los principios de retroactividad e irretroactividad de la ley.

LA RETROACTIVIDAD Y EL PRINCIPIO PRO HOMINE

La regla general sobre la vigencia de la Ley con relación al tiempo, es que esta tiene efecto *ex nunc*, rige para lo venidero, no tiene efecto retroactivo, así garantiza el cumplimiento del principio de legalidad y la seguridad jurídica.

Existen excepciones a la regla y por lo tanto ocasiones de aplicación retroactiva de la Ley; un caso claro de ello, es el principio *in dubio pro reo*, adoptado en materia penal:

Art. 2 (...) Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del numero de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.²⁶

En el tercer inciso del Código penal existe opción de aplicar la ley con efecto retroactivo en materia penal, si esta favorece al imputado o al investigado.

24. Tribunal Constitucional, Resolución 002-2005-TC, p. 9.

25. Tribunal Constitucional. Aclaración y ampliación de la resolución No. 002-2005-TC, Quito, 17 de octubre de 2006.

26. Código Penal ecuatoriano, 2003.

En materia de derechos humanos, y al ser la figura de la detención en firme una medida que desde su nacimiento vulneró derechos, se entiende que al expulsar la norma del ordenamiento jurídico, el resultado lógico sería que deje de producir efectos.

Si en materia penal una norma más favorable al reo puede invocar la retroactividad en materia penal, considero que el principio *pro homine* debió implicar la modulación de la resolución para que se la aplique con efecto retroactivo, garantizando el principio de igualdad en el trato a los sometidos a enjuiciamiento penal y la cesación de la violación de los derechos que fueron materia de estudio en líneas anteriores.

En la resolución no se consideró las reglas de aplicación del principio *pro homine* en el sentido de aplicación de la norma más protectora entre las normas concurrentes, tampoco se armonizaron las leyes, optando por la irretroactividad de la resolución que declaró la inconstitucionalidad de la detención en firme.

Según las reglas de interpretación, el constitucionalista optó por dejar de tutelar los derechos de la víctima o del ciudadano afectado y por tanto dejó de lado la regla de interpretación con sentido tutelar.

En este sentido el criterio de Tarquino Orellana, ex miembro del Tribunal Constitucional que resolvió la inconstitucionalidad de la detención en firme señaló que:

La supuesta aclaración y ampliación que no es tal en términos estrictamente formales. El TC se permite señalar que no está ampliando ni aclarando nada, sin embargo la referencia y el énfasis puesto en el art. 278, crea una confusión, que obedeció a una respuesta al ataque periodístico que sufría el TC, de todas las fuerzas que participaron ciertamente en el plano político, creando esta figura y creando este malestar y esta sensación de inseguridad general en el país, creo que, en esa medida las respuesta del Tribunal hay que entenderla en esta circunstancia política más que una respuesta estrictamente jurídica. (...) de ahí que la obligación de la lectura de las normas constitucionales, mucho más ellas que tengan que ver con normas fundamentales, como son las de libertad, la seguridad jurídica, la garantía de la defensa, la celeridad procesal; solo pueden entenderse desde el art. 16 de la Constitución, principio fundamental del Estado, en relación a la interpretación favorable desde la vigencia de esos derechos, art. 18 de la Constitución; en esa dirección están creados los objetivos en los principios de interpretación, no solo de la Constitución sino de todos los principios del ordenamiento jurídico, que sin duda no corresponde a la cultura jurídica del país, del modo de comprensión de los operadores jurídicos y por tanto la falta maduración cultural en el orden jurídico. En este sentido, para que se pueda adoptar este enfoque, los mismos jueces diseccionarían, que, cuando una norma es expulsada del mundo jurídico, ésta, al no tener efectos automáticos, ni directos, se actualizan los procedimientos, y al reclamar sobre la persistencia de unas decisiones no sustentadas en nin-

guna norma vigente, el mismo Código Penal establece principios de interpretación muy claros de cómo los jueces deben actuar en dichas circunstancias (...) ²⁷

Coincidimos en gran parte con el Dr. Tarquino Orellana, pero llama la atención que el máximo Tribunal Constitucional actúe al mando de intereses políticos y bajo la presión de los medios de comunicación, sin poder otorgar respuestas jurídicas que se enmarquen en el respeto a la Constitución. Así, desde el análisis efectuado por el propio Tribunal se pudo llegar a una solución que entrañara seguridad jurídica y tutela a los derechos humanos, a base del principio *pro homine* para modular los efectos en forma retroactiva.

De lo aseverado por el Dr. Orellana, queremos destacar que el papel del juez pudo haber permitido una aplicación inmediata de dicha retroactividad, a través del principio *pro reo*, desde la actualización del procedimiento, en donde si una norma ha sido expulsada del mundo jurídico, siguiendo esta lógica, precautelando el principio de legalidad, los detenidos vía detención en firme que hayan superado los plazos establecidos en el 24.8 de la Constitución, debieron ser excarcelados.

Además de lo señalado, la retroactividad de la resolución se sustentaría también en el principio de *eficacia integradora*; según el cual toda norma debe interpretarse de acuerdo con la parte dogmática, como una unidad interdependiente. Así por ejemplo, al dictar un estado de emergencia se busca proteger derechos fundamentales, lo que implica que no se pueda declarar para violentarlos o atentar contra bienes jurídicos que se desean proteger en principio.

Se puede decir, desde un punto de vista positivista tradicional, que lo que se ha hecho es garantizar el cumplimiento del art. 278 de la Constitución; sin embargo, de conformidad con el principio antes descrito y con el de concordancia práctica, que consiste en que los bienes jurídicamente protegidos pueden colisionar y hay que decidir cuál debe prevalecer; en este caso el juego de concurrencia se daría entre una formalidad legal constitucional temporal de efecto que es “la no retroactividad” y el “derecho a la libertad”; al que se suma un tejido de violaciones a la integridad personal de los ciudadanos y al debido proceso, lo que trae como resultado el incumplimiento del más alto deber del Estado (art. 16 de la Constitución Política del Estado).

Para sustentar de mejor manera lo señalado veamos el siguiente ejemplo:

Asumamos que el Congreso Nacional cree una norma que castigue al tráfico de drogas con la muerte: A, es un individuo que es sancionado con pena de muerte por encontrársele culpable de narcotráfico y es sancionado el día de hoy. Mañana el

27. Tarquino Orellana, entrevista realizada el 14 de junio de 2007, Cuenca-Ecuador.

Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma citada, en esta lógica, al narcotraficante se debería aplicar la pena de muerte.

En conclusión, el intérprete constitucional, en el caso que nos ocupa, perdió la oportunidad de cambiar de posición y generar credibilidad en sus fallos, pues al no fundamentar su decisión en la norma que, en este caso, era más amplia en la tutela efectiva de los derechos humanos, no cumplió con el mandato constitucional a ellos encomendado.

Además de esto podría plantearse que la medida cautelar estudiada no es una creación eventual sino podría responder a criterios de ajuste de la seguridad penal, vía la criminalización de la pobreza y una política criminal con un claro enfoque profiláctico, coercitivo, todo esto desde un enfoque global de seguridad “desde la teoría del derecho del enemigo”,²⁸ en la que según el alemán Jakobs:

Quién no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas.²⁹

Lo que el autor plantea es que el individuo que actúa al margen de la ley no es confiable y por tanto no garantizaría un comportamiento personal, por ello no se lo debe tratar como ciudadano sino se lo tiene que combatir como lo que es: un enemigo.

Esta onda punitiva parece marcar también al Ecuador de los últimos años y por ello el trazado de la figura de la detención en firme. Los medios de comunicación, a través de la crónica roja que cada vez cobra mayor importancia en sus ediciones, van creando las sombras de la inseguridad al sobredimensionar la crítica a la falta de celeridad en la administración de justicia, su burocratización, la falta de independencia de los jueces, la crisis orgánica institucional y la consecuente corrupción de los funcionarios. Estos problemas de la administración de justicia fueron y siguen siendo potenciados a través de la alarma social fomentada por los oligopolios informativos, dando como consecuencia una cultura de violencia a través del llamado “ajusticiamiento” y la ira ciudadana que, a su vez, producirá una legislación irracional y excesivamente represiva, que limita e incluso atropella las garantías fundamentales.

La detención en firme provocó que muchos ciudadanos imputados por un tipo penal fueran reclusos en dichos centros lo que creó la ficción de que los “enemi-

28. Günter Jakobs y Miguel Polaino Navarrete, *El derecho Penal ante las sociedades modernas*, México, Grijley, 2006.

29. *Ibid.*, p. 44.

gos”³⁰ estaban a buen recaudo y por lo tanto la ciudadanía podía sentirse segura. Si bien esto implica un estudio más riguroso, se podría señalar que la teoría del derecho del enemigo ha empezado a cobrar importancia en nuestro sistema penal.

EFFECTOS DE LA DETENCIÓN EN FIRME EN LA REALIDAD PENITENCIARIA

En el Ecuador existen 35 cárceles en 17 provincias; la más grande del país es la Penitenciaria de Guayaquil, que mantiene “3.106 personas”,³¹ y su capacidad es para “1.200 personas”³² “Según estadísticas de la Dirección de Rehabilitación Social, los presos que cumplieron los seis meses y un año sin sentencia suman 2.293”.³³

La detención en firme no solo vulneró la Constitución Política del Estado, la corriente adjetiva del derecho penal, sino que provocó una crisis carcelaria que fragmenta todo concepto en cuestión de derechos humanos; es así que en varias ocasiones se ha dictado emergencia de los centros carcelarios. De este modo el efecto de la figura de la detención en firme y la nula política criminal en torno a la rehabilitación social dio como consecuencia el hacinamiento y por tanto trato inhumano a quienes se encuentran reclusos en los centros penitenciarios.

La situación de los presos es preocupante, solo para situarnos veamos algunas cifras:

(...) Existe un área de 4,91 m² por interno, siendo la norma de 12 m² por interno (...) El sector neurálgico, dentro del sistema penitenciario, constituye la deficiencia de la infraestructura básica, tales como agua potable, energía eléctrica y el sistema de alcantarillado... estos sistemas en algunos casos (sistema de alcantarillado) se encuentran colapsados y los demás funcionan al mínimo de su capacidad, provocando escasez, especialmente de agua (...).³⁴

30. Günter Jakobs y Miguel Polaino Navarrete, *El derecho Penal ante las sociedades modernas*, p. 32.

31. Claudio Gallardo y Jorge Núñez Vega, *Una Lectura Cuantitativa del Sistema de Cárceles en Ecuador*, Quito, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Ecuador, 2006, p. 4.

32. Diario *El Universo*, p. 10 A, Sucesos, 2005 S/ F. Incluido en Miguel Antonio Arias, *La Detención en firme*, p. 69.

33. Ana Lucía Andrade, *Eliminada la Prisión en firme*, en el diario *El Mercurio*, Cuenca, 18 de octubre de 2006, p. A2.

34. Patricio Kon, “Incidencia de las reformas al Código Penal en la infraestructura de los órganos jurisdiccionales y del sistema penitenciario”, p. 142, incluido “Informe sobre la situación penal y penitenciaria actual de Ecuador Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos”, INREDH, realizado por la Psicóloga Clínica Maribel Piedra M, Quito-Ecuador, 2003, p. 41.

Más del 64% de la población carcelaria se encuentra esperando ser juzgada en centros de detención, con una tasa de sobrepoblación del 170%. (...) Existen 12.693 personas de libertad (...) la capacidad poblacional carcelaria es de 7.463” (...) En el 2004 22 detenidos murieron en la Penitenciaría del Litoral.³⁵

Ahora bien: ¿quién es responsable del tratamiento inhumano y degradante proscribido por el art. 23 num. 2 de la Constitución? La dura respuesta vincula la responsabilidad al Estado, así la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene un criterio respecto de lo que detallamos: “Una vez que la persona queda bajo custodia de agentes del Estado, se presume que todo trato inhumano posterior que sufra esa persona es responsabilidad del Estado”.³⁶

Por tanto, las políticas que protegen a los reclusos son inexistentes y esta omisión pone en peligro la integridad personal, los derechos humanos y sin duda, como consecuencia de estas omisiones por parte del Tribunal Constitucional, dan como resultado que no se solucione un problema estructural en el marco de la ley, el debido proceso y el respeto de los derechos humanos, sino por el contrario se dé paso a una interpretación antojadiza como es la realizada en relación con el art. 169 del Código de Procedimiento Penal.

La interpretación del artículo 169 del Código de Procedimiento Penal

Otra de las consecuencias del carácter del fallo criticado sobre la detención en firme es que, a más del hacinamiento de detenidos y los defectos planteados en el presente estudio, propició a que se dé lugar una falsa o errónea interpretación del art. 169 del Código de Procedimiento Penal, por parte del Congreso Nacional, en fecha 16 de octubre de 2007 y 1 de noviembre del mismo año, la que no puede pasar inadvertida.

Tiene sustento lo señalado desde la perspectiva de que si la resolución del Tribunal Constitucional hubiese tenido carácter retroactivo, no solo que hubiese tutelado los principios constitucionales como el plazo razonable, la situación jurídica de inocencia, la igualdad ante la ley, sino que además, la mal llamada interpretación legislativa no hubiese tenido razón de ser.

35. Informe de Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, Relatora Leila Zerrougui, Misión Ecuador, 26 de octubre de 2006, Naciones Unidas.

36. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagrán Morales, nota 130 *supra*, párr. 169 y 170, incluido en Clínica de Derechos Humanos. Facultad de Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. La “detención en firme” viola el derecho a la libertad personal de los procesados en el Ecuador. Informe para Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria, febrero 2006.

Señalamos como falsa interpretación y calificamos además como fraude a la Ley, pues la interpretación no desarraiga confusión alguna, tal es así, que en los considerandos introductorios a la interpretación señalada, jamás se habla de interpretar el sentido de la norma por oscuridad, confusión o mala aplicación de esta; lo que señala textualmente se vincula con criterios de (...) “peligrosidad, alarma social, paz social, como valores y bienes jurídicos que merecen tutela permanente del Estado”,³⁷ criterios que “se verían afectados por la caducidad de prisiones de reclusos imputados por delitos sancionados con pena de reclusión”.³⁸ Como se denota se pone de manifiesto la argucia legislativa en pro de romper el contenido legal y constitucional del art. 169 y 24, numeral 8 de la Constitución Política del Estado, respectivamente. De este modo se hace tabla rasa de la caducidad de la prisión preventiva a través del cambio del contenido esencial de la norma, que es la duración de un tiempo fatal o perentorio, sin que medie excepción en caso alguno.

Decimos que se trata de argucias legislativas pues, para evitar la salida masiva de presos sin sentencia, se vinculó el hecho de que ellos habían retardado la administración de justicia “pues los reclusos con el afán de alcanzar la caducidad de la prisión, optaron y optan con frecuencia por ejercer una serie de artificios para suspender, premeditadamente y, en definitiva, demorar el trámite de los procesos penales, tanto en la etapa de instrucción como de juicio”³⁹ sumada a la idea de que ello produciría inseguridad y tensión a la paz ciudadana. Se colige nuevamente que las debilidades del sistema de administración de justicia y rehabilitación social es costeadas nuevamente por los administrados, quienes en un estado social de derecho deberían ser protegidos por el Estado por ser la parte procesal más débil.

Como señala el autor Jorge Moras Mom, el Estado “debe convencerse de que el proceso mismo no es propiedad privada; que conceden una gracia con su actividad; que el tiempo total y parcial no es de ellos. El tiempo es de todos los administrados y la justicia oportuna también”.⁴⁰ En consecuencia con lo señalado anotamos que el Estado precisa entender que los órganos de administración judicial, legislativa y carcelaria prestan una función y no un favor a los administrados, por lo que su deber es defender sus derechos humanos y no lo contrario.

37. Resolución No. 2007-0091, Congreso Nacional del Ecuador, [htm://www.dlh.lahora.com.ec](http://www.dlh.lahora.com.ec), visitada el 15 de noviembre de 2007.

38. *Ibíd.*

39. *Ibíd.*

40. Jorge R Moras, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lexis Nexos Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 2004, 6a. ed., p. 33.

CONCLUSIONES

Primera: La resolución del Tribunal Constitucional sobre la detención en firme, si bien elabora una acertada motivación acerca del plazo razonable, la libertad; queda en deuda respecto a la motivación de la situación jurídica de inocencia, las características de la medida cautelar, la independencia de los jueces y la situación de la realidad penitenciaria del país con la consecuente violación de los derechos humanos de los detenidos.

Segunda: La tutela de los derechos de los ciudadanos, al no considerar su retroactividad a través de la interpretación adecuada del principio *pro homine*; permite que la detención en firme continúe surtiendo efectos a pesar de que la figura fue expulsada del ordenamiento jurídico, de modo que, solamente desde una perspectiva de interpretación más profunda, se hubiese concebido la retroactividad de la resolución en beneficio de los reclusos, y por tanto, se hubiese cumplido con el deber principal del Estado, de proteger los derechos humanos por encima del encubrimiento de la negligencia de parte del sistema judicial.⁴¹

Tercera: La figura de la detención en firme no tiene ninguna de las características de una medida cautelar de tipo personal y responde a la política criminal antes descrita, rompiendo principios y garantías constitucionales y ciudadanas tales como la doctrina del plazo razonable, la situación jurídica de inocencia, la libertad, y en general la protección de los derechos humanos de quienes se encuentran, hasta hoy, hacinados en los centros de rehabilitación social del país.

Cuarta: En nuestro país, las políticas criminales, así como las de seguridad ciudadana, de las cuales formó parte la figura de la detención en firme, tienen un enfoque únicamente punitivo. El enfoque multi causal e integral de la política criminal y de la seguridad ciudadana queda de lado (salud, educación, entre otros), consecuentemente vivimos en un círculo vicioso en el que se criminaliza la pobreza, la criminalidad aumenta y se crean figuras como la detención en firme que debilitan los sistemas garantistas y violan los derechos humanos de los reos, quienes son víctimas de trato indigno y degradante. Todo esto hace que la rehabilitación social y el respeto al humano se conviertan en una quimera.

41. En Cuenca existieron apenas dos imputados en juicios penales que por vía de la detención en firme se incumplió el art. 24. num. 8 de la Constitución, en los demás casos se cumplió con el artículo referido y por tanto los imputados fueron juzgados en seis meses en los delitos sancionados con prisión y un año en los sancionados con reclusión. Tomado de Oficio s/n suscrito por la Dra. Elizabeth Campaña, Directora de la Cárcel de Varones de Cuenca a la Comisión de Derechos Humanos del Azuay.

Quinta: La interpretación constitucional tiene como finalidad máxima mantener “incólumes los principios constitucionales”⁴² con el objetivo de cumplir con el pacto social que se manifiesta en la Constitución, de tal forma que se tutele y respete los derechos humanos de los ciudadanos. El Tribunal Constitucional perdió la ocasión de ensayar una actitud responsable, que la convirtiera en una institución verdaderamente garantista y guardiana de la seguridad constitucional ecuatoriana, dejando de manifiesto su vinculación a grupos de poder y su debilidad institucional.

Sexta: Por último la interpretación del art. 169 obedece nuevamente a una utilización abusiva del derecho en pro de justificar las ineficiencias del sistema de administración de justicia en contra de los administrados y las garantías constitucionales que son la razón de ser de un Estado Social de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Arias, Miguel Antonio, *Detención en firme*, Cuenca, Editorial Bgoffset, 2005.
- Ariza, Clerici, Rodolfo, “Interpretación Constitucional, Principio Pro Homine”, en <http://www.circulodoxa.org/documentoshtm>
- Burgos, Jorge, y Patricio Tudela, “Seguridad ciudadana en Chile: los desafíos de la participación y la modernización para una política pública”, en *Seguridad ciudadana, ¿espejismos o realidad?*, Quito, FLACSO, OPS-OMS, 2002.
- Bustamante Ponce, Fernando, “La Constituyente”, en *Coloquio*, revista de la Universidad del Azuay, No. 31, UDA, 2002.
- Coto, Luis, “Los principios jurídicos en la Convención Americana de Derechos Humanos y su aplicación en los casos peruanos”, en <http://principiosjuridicos.tripod.com>
- Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro-homine”, *Revista IIDH* 39, enero-junio 2004, en <http://www.iidh.ed.cr/publicaciones/descripciones.asp>
- Huacuja Betancourt, Sergio, *La desaparición de la prisión preventiva*, México DF, Trillas, 1999, 1a. ed.
- Jakobs, Günter, y Miguel Polaino Navarrete, *El derecho penal ante las sociedades modernas*, México, Grijley, 2006.
- Melish Tara, *La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Manual para presentación de casos*, Centro de Derechos Económicos y Sociales, 2003.
- Moras, Jorge R., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Lexis Nexis Abelardo-Perrot, 2004, 6a. ed.

42. Ramiro Rivadeneira Silva, en *Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador*, No. 7, Quito, 2006, p. 54.

Pastor, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2002, 1a. ed.

Rivadeneira Silva, Ramiro, en *Revista del Tribunal Constitucional del Ecuador*, No. 7, Quito, 2006.

Zambrano Pasquel, Alfonso, *Derecho penal. Parte general*, Lima, Ara Editores, 2006.

Zavala Baquerizo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Guayaquil, Edina, 2004.

Leyes

Código de Procedimiento Penal, Quito, 2003.

Código Penal, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2003.

Constitución Política del Ecuador, Quito, julio 2003.

Convención Americana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1969. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

Registro Oficial No. 743 del 13 de enero de 2003.

Resolución caso No. 0002-05-TC. Tribunal Constitucional Ecuatoriano, 17 de octubre de 2006. www.tribunalconstitucional.gov.ec, Quito-Ecuador.

Tribunal Constitucional. Aclaración y ampliación de la resolución No. 002-2005-TC.

El juez de garantías

Experiencia en el austro

*Diego Zalamea León**

Uno de los pilares básicos del sistema acusatorio oral, es la figura del juez de garantías. En la primera época ha costado que este actor asuma el papel de custodio de los derechos de los involucrados. De manera inicial en Cuenca y en la última época, en un sector importante de la zona austral, se ha generalizado la aplicación de la metodología oral en la etapa investigativa; modelo que ha creado un nuevo escenario, donde este actor potencia su presencia, consigue hacer efectivos los principios del debido proceso e influye en algunos de los retos centrales del sistema penal: control de la legalidad en la detención, cumplimiento de la garantía de las 24 horas para ser puesto a órdenes del juez, control del abuso de la prisión preventiva, potenciación del uso de las medidas no privativas de libertad y aplicación de vías alternativas al juicio oral.

FORO

CONTEXTO

Un gatillador importante para que el Ecuador haya decidido reformar su diseño de administración de justicia penal, fue las serias deficiencias en materia de derechos fundamentales. Donde, uno de sus puntos más visibles, fue el relacionado con los problemas en la legitimidad de la detención de las personas y el abuso de la prisión preventiva. Por ejemplo, la existencia de cifras históricas que se situaban entre el 60 y 70% de presos sin sentencia era uno de los indicios de la seriedad de la crisis.

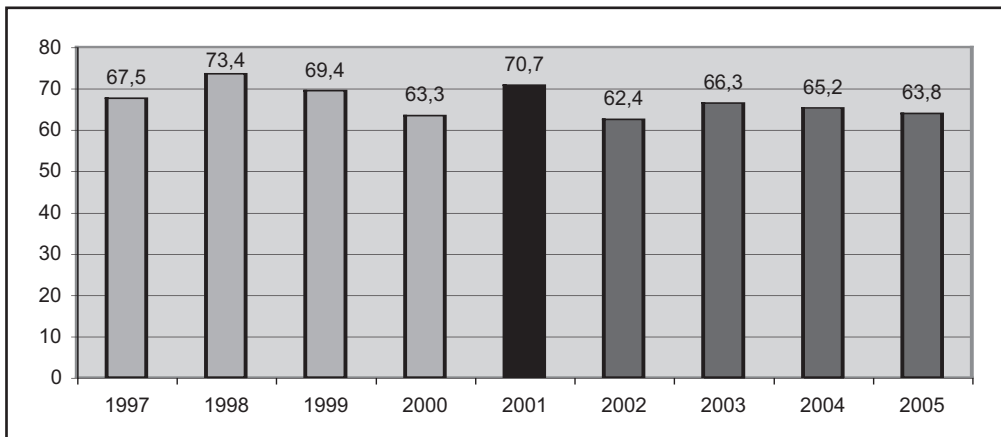
Sobre esta temática, el ideario político de la reforma procesal penal fue en extremo generoso. Se plantearon metas ambiciosas, entre ellas: plazo máximo de 24 horas entre la detención y la puesta a órdenes de la autoridad judicial, disminución del abuso de la prisión preventiva, utilización de las medidas alternativas a la privación de libertad, incluso, se llegó a sostener que a base de estas estrategias que limitan la privación de libertad disminuiría el problema de hacinamiento en las cárceles.

* Jefe del programa de protección a víctimas y testigos y Director Nacional de Política Penal (e) del Ministerio Público, consultor de proyectos financiados por el Banco Mundial y USAID.

En el nuevo esquema procesal, *el juez penal* cambia de manera radical su rol, por un lado, debe perder todas las atribuciones en materia investigativa y de persecución penal y, por otro, potenciar su papel de responsable de precautar los derechos fundamentales de los involucrados y el debido proceso. En pocas palabras la idea es convertirlo en lo que hoy en día se conoce como un juez de garantías.

La primera parte de la *mutación funcional*, relacionada con el traspaso de la investigación y persecución penal al Ministerio Público, salvo algunos problemas puntuales,¹ se cumplió sin que existiera mayor problema. El punto que resulta preocupante, es el relacionado con la parte activa de la transformación, esto es asumir el *papel de garantista*. Luego del primer quinquenio de aplicación del sistema oral, existen indicios de que es muy poco lo que el sistema acusatorio oral ha conseguido avanzar en materia de respeto a los *derechos fundamentales*. Por ejemplo, si como referente se toman las cifras de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social con respecto a los presos sin condena; es visible que el nuevo Código de Procedimiento Penal no ha conseguido marcar un punto de quiebre con la tendencia tradicional.

TENDENCIA DEL PORCENTAJE DE PRESOS SIN SENTENCIA



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social.

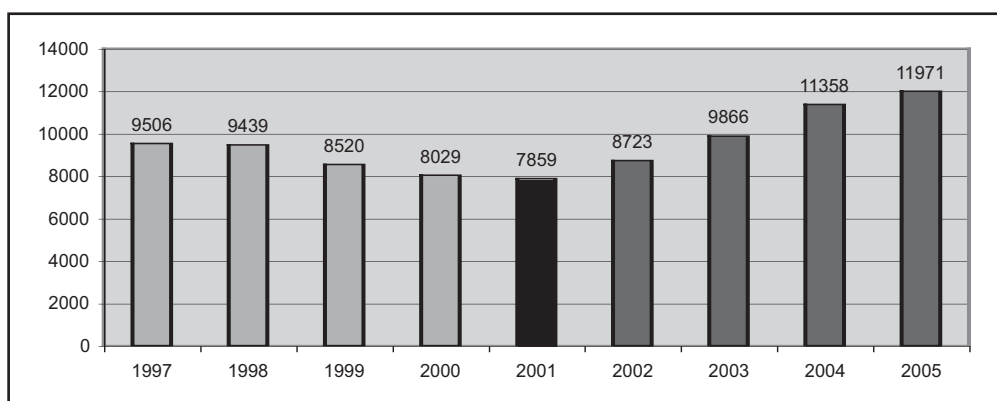
En la práctica parece que el único logro conseguido puede ser resumido en la consolidación de la tendencia tradicional de un sistema penal cuya mayor herramienta de represión es la medida cautelar de prisión preventiva. Esta realidad, ha llevado a una

1. Por ejemplo, las atribuciones que la ley ha conservado en manos del juez y que en la práctica, se aplican de manera minoritaria, como dictar la prisión preventiva sin petición fiscal.

profunda decepción en ciertos actores que de manera entusiasta trabajaron para el cambio del sistema procesal.²

Con respecto a la disminución del hacinamiento, existe incluso datos preocupantes, donde al parecer el año 2001 marca un punto de inflexión y surge una tendencia constante a profundizar el problema. De manera lamentable no se ha conseguido datos actualizados, pero se conoce que al momento (septiembre 2007) el número de internos ya superaron los 16.000.

TENDENCIA DEL NÚMERO DE INTERNOS



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social.

De la misma manera, existe conciencia generalizada de que este actor no ha conseguido depurar usos que riñen con las garantías básicas de los ciudadanos, como una serie de modalidades de detención ilegal por parte de cuerpos de seguridad del estado, trámites burocráticos que terminan por implicar la violación de las 24 horas, una desproporción abismal entre los que son sometidos a prisión preventiva y luego no son condenados, etc.

A manera de resumen se puede anotar que la reforma procesal penal fue efectiva para conseguir eliminar al *juez investigador*, pero, ha tenido serios problemas para conseguir germinar el *juez de garantías*.

En la última época este problema se ha vuelto un tema central para el futuro de la justicia penal en nuestro país, porque, se ha expandido la percepción de que las cosas no están bien, pero, de manera lamentable no se ha profundizado en el análisis y han surgido una serie de propuestas poco reflexivas que incluso llegan a sostener la con-

2. Un análisis más profundo, se reserva para el apartado destinado a describir los logros.

veniencia de desaparecer esta figura procesal. En este momento en el Congreso Nacional ya descansa una propuesta de reforma que elimina este actor.

En este momento, uno de los ejes centrales que de seguro va a marcar el futuro de la administración de justicia penal, es el contenido real que se consigue otorgar a la figura del juez de garantías. En especial el papel que llega a cumplir en la etapa investigativa, como puntal para articular un sano equilibrio entre el deseo estatal de garantizar la realización de la justicia y el derecho ciudadano de la libertad.

METODOLOGÍA

El presente estudio aborda el cambio que ha permitido al sistema oral conseguir al juez de garantía en el cumplimiento de su misión funcional. Para el efecto, se han tomado diversas fuentes: mediciones estadísticas del funcionamiento, revisión documental de las actas de audiencias y solicitudes y resoluciones adoptadas en el sistema escrito, la vivencia del autor al presenciar audiencias y haber participado en la toma de acuerdos para la instauración del modelo oral en la etapa investigativa en las ciudades de Azogues, Biblián y Cañar. La finalidad de los análisis estadísticos que se incluyen es el reflejar las tendencias funcionales necesarias para evaluar la efectividad de las intervenciones; sin tener la pretensión de llegar a un grado de validez matemática propio de un estudio empírico.

Con respecto a la medición del funcionamiento en la ciudad Cuenca se utilizan dos muestras: la primera, referida a la realidad con el modelo de audiencias; para el efecto se ha realizado un levantamiento propio.³ En tanto, que para la muestra cuando estaba vigente el modelo escrito, por razones de recursos y por no considerarse necesario realizar un nuevo levantamiento de una realidad que ya ha sido estudiada y confirmada por dos investigaciones anteriores (estudio de 2004 y estudio 2005), se optó por utilizar los datos obtenidos en el estudio de 2005.

Por similares consideraciones a las anotadas, en el caso de las dos grandes ciudades se parte del levantamiento realizado por el estudio 2005. Por este motivo, la muestra que el mencionado estudio tomó es la de los meses de mayo y junio de 2004 para la ciudad de Cuenca con el sistema escrito y para la realidad de Quito y Guayaquil los mismos meses pero en el 2005.

Por la ruptura que ha marcado la introducción del sistema oral, la experiencia de las audiencias en la ciudad de Cuenca ha recibido un seguimiento nacional e incluso internacional importante. El primer estudio se realiza a finales de 2004 y la muestra correspondió a casos obtenidos entre septiembre y diciembre de este año (estudio

3. Levantamiento realizado de manera original para un libro de próxima publicación.

2004);⁴ el segundo estudio se elabora en el segundo semestre de 2005 y la muestra se toma mayo y junio del mencionado año;⁵ (en adelante estudio 2005); el tercer estudio lo realiza el Centro de Justicia de las Américas (CEJA) en el año 2006, a base de una visita y entrevista con los actores, en este estudio no existe levantamiento de datos autónomos, se utilizan los datos de los dos estudios anteriores, entre otras fuentes.⁶ El estudio actual se elabora en agosto de 2007 y los casos son de meses comprendidos entre mayo y la primera quincena de agosto de 2007 (en adelante estudio 2007).⁷ Una fortaleza interesante es que los estudios primero, segundo y cuarto, utilizan la misma metodología para evaluar la experiencia, esta realidad permite tener una idea de ciertas variaciones en el tiempo.

EXPERIENCIA DE LA INTRODUCCIÓN DEL MODELO ORAL

A partir del mes de septiembre de 2004, se instaura la metodología oral en la etapa investigativa, de manera inicial, se centró en la ciudad de Cuenca y en la última época se ha difundido a buena parte del austro ecuatoriano.

En pocas palabras la *metodología de audiencias* consiste en generar un espacio donde concurren todos los interesados, con el fin de discutir todos los puntos que las partes deseen plantear y resolverlos en un escenario que garantice que pueden hacer valer de manera razonable sus derechos; en principio este modelo procesal es susceptible de ser aplicado a cualquier resolución que deba ser tomada. Los actores, en la ciudad de Cuenca, al momento de introducirla limitaron su alcance, a base de un consenso interinstitucional, acuerdan instaurar un modelo oral para el control de la legalidad de la detención, instrucción fiscal y discusión de medidas cautelares, de manera inicial para todo tipo de delito y luego de afrontar una serie de problemas de cohesión interna, se retrotrae de manera exclusiva para los delitos descubiertos en flagrancia. En una segunda etapa, en los primeros meses del año 2007, realizan una ampliación de su alcance, mediante la inclusión de la posibilidad de resolver procedimientos abreviados. La misma metodología se reproduce en la ciudad de Gualaceo en junio de 2007.

-
4. Véase, Diego Zalamea, "Audiencias en la etapa de investigación", en *Reformas procesales en América latina: Experiencias de innovación*, vol. III, Santiago, pp. 49-74. Diego Zalamea, "Audiencias en la etapa de investigación", *Reformas procesales en América latina: Discusiones locales*, vol. II, Santiago, pp. 573-593.
 5. Fundación Esquel, *Segunda evaluación del sistema procesal penal*, Quito, Fundación Esquel, 2006, pp. 103-111.
 6. Próxima publicación, CEJA, "La oralidad en etapas previas al juicio: la experiencia de la ciudad de Cuenca Ecuador", en *Reformas procesales en América Latina*, vol. VI, Santiago.
 7. Levantamiento realizado para un libro de próxima publicación del autor.

En la ciudad de Azogues y Biblián en el mes de septiembre y Cañar en el mes de octubre, se introduce la metodología con variaciones importantes. Se parte de que la audiencia debe ser la regla y no se regula límites expresos para su aplicación, se la recoge como la norma de actuación en la etapa investigativa; en concreto frente a la ciudad de Cuenca se verifican variaciones trascendentes en las siguientes áreas: varía de manera radical las repercusiones del control de detención y se consigue otorgarle vigencia efectiva, se instaura la discusión sobre el límite de tiempo para cerrar la investigación, se pone en vigencia las audiencias para revisar los cargos, para conocer desestimaciones, conversiones y se potencia la aplicación de la caución. De manera adicional se aplica la metodología para delitos flagrantes y no flagrantes y se incorporan las materias de tránsito y menores.

El *procedimiento* con el que se realiza una audiencia, en términos generales, puede ser resumida en la siguiente dinámica: en un primer momento, el juez instala la audiencia, pregunta al defensor si hay alguna argumentación referente a la legalidad de la detención, de ser así se instala una discusión sobre el tema. Luego el fiscal abre la instrucción fiscal mediante la descripción oral de los hechos que imputa y la consecuencia legal de la conducta; en caso de creer necesario, la defensa puede pedir aclaraciones, pero, al tratarse de un acto potestativo del fiscal, no puede oponerse ni pedir que se varíe la conducta. A continuación, las partes pueden solicitar una medida cautelar o una salida alternativa al juicio oral, como regla general la parte que realiza la solicitud tiene la carga de demostrar su procedencia, a base de la argumentación de las partes el juez resuelve.

Por sus repercusiones para los derechos fundamentales, resulta de interés profundizar en el debate sobre la prisión preventiva. Para justificar su pertinencia, el debate se centra en dos aspectos: el supuesto material, esto es que existe la suficiente evidencia como para pensar de manera razonable que el caso puede llegar a juicio.⁸ El segundo es la necesidad de cautela; este elemento conlleva el análisis de la necesidad real de privar de la libertad al acusado para que comparezca en el juicio. En general las argumentaciones giran entorno al arraigo social como motivación para permanecer en la ciudad y al incentivo que tiene el acusado por no presentarse a la audiencia,⁹ en general relacionado con la posible pena a imponerse. Por último el juez pronuncia su resolución y se levanta un acta de la audiencia.

Para el cumplimiento de las funciones del juez de garantía, esta experiencia trae aparejado un cambio radical en la forma como se cumplen sus funciones. Existen aspectos prometedores, como el tener la oportunidad de primera mano de observar un debate entre las partes sobre el tema y de manera adicional introducir el filtro de

8. Numerales 1 y 2 del art. 167 de Código de Procedimiento Penal.

9. Inciso primero del art. 167.

calidad de información que se genera cuando se le otorga la posibilidad a la defensa de responder a la solicitud fiscal.

RESULTADOS

La introducción del modelo oral ha conllevado un cambio profundo en el papel de garantías. Hoy en día la experiencia en el austro ecuatoriano, deja en evidencia que se ha logrado enraizar un actor con funciones radicalmente distintas a las habituales; se ha conseguido por un lado ampliar las resoluciones que este actor adopta y, por otro, otorgar un nuevo alcance a las que de manera tradicional le eran sometidas.

EL CUMPLIMIENTO DE LAS GARANTÍAS DE LAS 24 HORAS

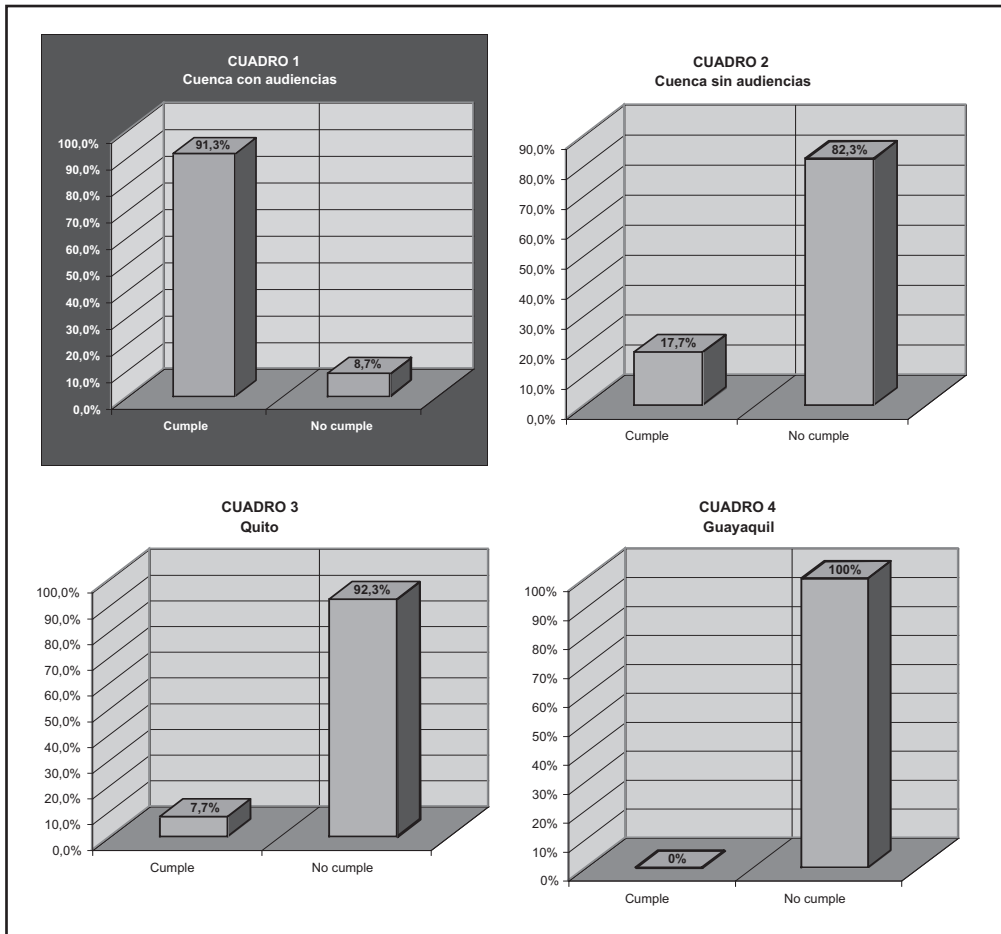
Una realidad dolorosa, para el nuevo sistema procesal penal, ha sido el constatar cómo la falta de capacidad operativa para hacer realidad las garantías constitucionales, han llevado a que figuras que, en principio estaban llamadas a ser los custodios de los derechos fundamentales de los ciudadanos, se degraden y en la práctica se conviertan en fuente de violaciones sistemáticas. Una realidad generalizada, es que en el Ecuador la garantía de las 24 horas y la puesta a órdenes del juzgador, no se respetan.

Este uso generalizado es un indicio del nivel de degradación que ha sufrido el juez de garantía, debido a que en principio es difícil de imaginar una resolución más sencilla que la constatación de una detención ilegal, en razón del incumplimiento del plazo de la detención y la puesta a órdenes de la autoridad competente.

Resulta paradójico que los jueces penales, a pesar de su perfil garantista, hayan transado con la “funcionalidad del sistema” y propiciado una derogatoria tácita de esta norma constitucional. Desde luego que este juego perverso ha alcanzado a otros actores que, dentro de la legislación ecuatoriana, cumplen funciones de jueces constitucionales al resolver sobre el “hábeas corpus”; hacemos referencias a alcaldes de ciertas ciudades que se han olvidado de esta norma para efecto de sus resoluciones. Para este momento existen ya un par de estudios publicados sobre el grado de violación que esta garantía básica sufre en las ciudades grandes de nuestro país:¹⁰

10. La ley habla de que entre la aprehensión y la puesta a disposición del juez no debe mediar más de 24 horas. Esta norma ha llevado a dos interpretaciones: la primera, que el tiempo se debe medir hasta el momento que llega la notificación de la Fiscalía a manos del juez y, la segunda, hasta la resolución del juez. Debido al espíritu de la norma y las repercusiones para los derechos individuales en este capítulo se utilizará es la última.

PORCENTAJE DE RESPETO A LA GARANTÍA DE LAS 24H¹¹



Los resultados muestran que en el sistema escrito las violaciones son sistemáticas: en Cuenca, antes que se adoptase el modelo en audiencias, 4 de cada 5 casos; en Quito 9 de cada 10 y, Guayaquil presenta una violación total. Esta realidad es casi contrapuesta frente a un incumplimiento de 1 de cada 10 casos en Cuenca con el sistema de audiencias. El cambio producido por la introducción de la metodología oral, puede ser resumido en un paso de una violación sistemática a una minoritaria.

Es importante anotar que esta experiencia muestra cómo la visión tradicional, que ha intentado contraponer *efectividad* y *garantismo*, parece al menos ser cuestionable.

11. Cuadro 2, 3 y 4, véase, Fundación Esquel, *Segunda evaluación del sistema procesal penal*, p. 107.

En este caso concreto parece que un mínimo de efectividad es condición necesaria para la real vigencia de los derechos fundamentales. De las tres ciudades grandes del Ecuador, Cuenca es la única donde la garantía de las 24 horas en la práctica sigue vigente para efectos del “hábeas corpus”; en las otras dos ciudades, los respectivos alcaldes, ante el grave problema que representaría para la seguridad ciudadana y el sistema penal el poner en libertad, salvo alguna excepción, a la totalidad de los detenidos en flagrancia, han optado por “olvidar” de manera sistemática la vigencia de esta norma. Se quiere dejar claro que no es la idea justificar una burda violación a los derechos fundamentales, pero, es importante tener conciencia de que parece poco probable que en nuestra región una sociedad admita que la gran mayoría de los detenidos en delito flagrante recuperen su libertad sin ninguna garantía para su comparecencia a juicio.

De manera lamentable se debe anotar que en esta ciudad, el proceso de recuperación del papel que le corresponde cumplir al juez de garantías, está todavía a medio camino; es una pena, que se haya visualizado una decisión política clara comprometida con los derechos humanos, por parte de la alcaldía de la ciudad y no así de los jueces de garantía, que son los primeros custodios de los derechos de los intervinientes. De hecho, la violación anotada, salvo excepciones, todavía no genera la libertad inmediata.

En el distrito del Cañar, se verifica un cambio importante. Se ha establecido un procedimiento que garantiza la efectividad en la labor de precautelar este derecho. Los jueces de esta circunscripción como primer punto durante la audiencia, abren un debate sobre la legalidad de la detención y una de las variantes a analizarse, es el cumplimiento de este plazo. Se lo ha concebido como requisito previo a la apertura de la instrucción fiscal y discusión de las medidas cautelares, modalidad idónea para garantizar su plena vigencia. En el próximo apartado se ampliará este tema.

CONTROL DE DETENCIÓN

Con respecto a la realidad vivida con el sistema escrito, han sido tan profundos y generalizados los problemas en estas materias, que solo recordar que todavía están vigentes prácticas como detenciones por: “actitud sospechosa”, “ratero conocido” o “flagrancia”, luego de varios días de cometido el hecho y sin ningún hilo conductor de continuidad, resultan una demostración gráfica, de que el sistema penal no ha contado con una herramienta para pulir las actitudes de los cuerpos de seguridad.

Cuenca realizó el primer esfuerzo por introducir un mecanismo para filtrar esta serie de arbitrariedades e instauró un espacio para, de manera oral, discutir la legalidad de la detención. Pero lamentablemente, esta línea de control de los derechos básicos de la persona quedó en teoría, debido a que sus actores adoptaron una línea con-

ceptual divorciada de la meta planteada; la misma que en la práctica, ha conllevado un vaciado de todo contenido. Se ha instaurado un modelo de actuación en las audiencias, donde la detención ilegal no llega a constituir un impedimento para que esta continúe y se pueda dictar cualquier medida cautelar; a pesar de que contravienen normas expresas de tratados internacionales de derechos humanos.¹²

El único efecto real de la violación de los derechos fundamentales es un oficio dirigido a los mandos policiales en el que se le hace conocer lo sucedido. Pero, según manifestaciones de los propios actores no se tiene noticia de que en la práctica, haya implicado una sanción concreta; por tal motivo en esta primera experiencia no fue mucho lo que aportó el modelo oral.

En una segunda etapa, cuando el proyecto se instaló en la provincia de Cañar (Azogues, Biblián y Cañar), se corrigió esta distorsión y fue instaurado un efectivo control de legalidad de la detención.

En la mecánica de la audiencia, es el primer punto a discutirse y si el juez llega al convencimiento de que se trató de un acto arbitrario, la consecuencia es la terminación de la audiencia e inmediata puesta en libertad del aprehendido. Desde luego una de las razones para que la detención sea ilegal, es la superación del plazo constitucional establecido hasta la puesta a órdenes judiciales, por este motivo el flujo procesal establecido para las audiencias en este distrito judicial, sí garantizan las condiciones para la existencia de un verdadero juez de garantías.

El cambio conceptual que la nueva filosofía introduce, trae aparejada un par de ventajas adicionales: en primer término, se evita que el estado se beneficie de su propia negligencia y de la violación que cometió en contra de los derechos fundamentales, dado que se permitía que a un sujeto se le impusiera la prisión preventiva, cuando no hubiese podido hacerlo, sin mediar un acto que constituye hasta un ilícito como es la detención arbitraria. En segundo lugar crea una política de cero tolerancia, ya que introduce un incentivo serio para que los órganos encargados de la persecución penal no instauren prácticas violatorias a los derechos fundamentales de las personas.

El solo hecho de poner en marcha un modelo con repercusiones claras para las violaciones, generó en la ciudad de Azogues que de inmediato se tomaran correctivos importantes, como adoptar alternativas para una capacitación sobre los procedimientos policiales para la detención y directrices superiores sobre los supuestos para la aprehensión. Luego de los primeros quince días de aplicación de la metodología oral, no se ha llegado a aplicar esta herramienta en esta ciudad, porque no ha existi-

12. Por ejemplo la Convención Interamericana de Derechos Humanos:

“Art. 7. Derecho a la libertad personal... 6) Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales...”

do un caso en que se alegue la ilegalidad de la detención, al parecer, las medidas tomadas por este cuerpo de seguridad para evitar arbitrariedades van por buen camino.

NECESIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Desde el punto de vista de los derechos fundamentales, no existe una función más delicada y relevante para el juez de garantías que el tener que resolver sobre la prisión preventiva. Por este motivo se ha decidido otorgar un espacio relevante al estudio pormenorizado de este punto en concreto.

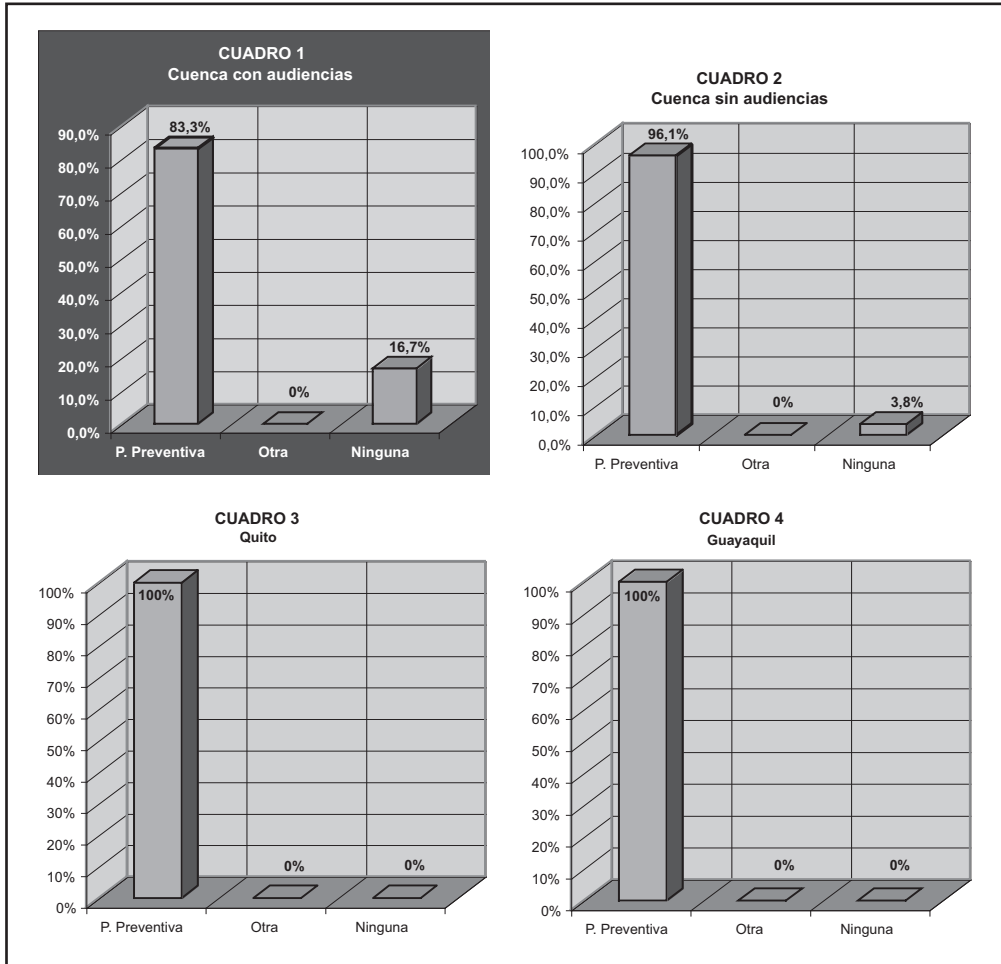
Por su naturaleza, esta decisión debe balancear dos valores de alto significado para el sistema penal: por un lado la presunción de inocencia que en principio debe llevar a que los no condenados no puedan ser privados de libertad y, por otro, la necesidad de asegurar la presencia del imputado a juicio, factor que en muchos casos, va a repercutir en el derecho legítimo, derecho estatal, para juzgar a un infractor. A estas alturas, ya existe una clara conciencia de que entre uno y otro valor, no existe un criterio de primacía absoluta. El reto que el sistema procesal penal debe afrontar es conseguir producir información concreta sobre el caso, capaz de permitir al juez de garantías, conforme a la sana crítica, resolver cuál de los dos derechos en este proceso en particular debe primar.

Para efectos de la medición de una variación, es interesante constatar el cambio producido en la actuación de los distintos actores, en primer término es útil constatar qué sucede con las solicitudes fiscales (ver cuadros de la página siguiente).

El conjunto de cuadros insertos permite sacar algunas *conclusiones*: La primera reflexión resulta de la comparación entre los cuadros primero y segundo referentes a la ciudad de Cuenca. El número de casos, en los que con el sistema oral no se solicita la prisión preventiva, es cuatro veces mayor y en términos absolutos la diferencia es de 12,8% puntos porcentuales. Es interesante constatar que la introducción de un sistema oral consigue variar, de manera significativa, el comportamiento de los fiscales de esta ciudad.

Una segunda conclusión, se puede extraer de la comparación del primer cuadro con el segundo, tercero y cuarto. Si en primer término, se visualiza la muestra de las tres ciudades sin audiencias, se puede verificar que si bien hay una diferencia entre Cuenca con los 2 polos de desarrollo, esta no es alta. En general, la realidad anotada lleva a concluir que el sistema escrito generó, a nivel nacional, una cultura donde el fiscal, ante un delito flagrante, la reacción casi inmediata era la petición de la privación de libertad. Si esta realidad se compara con lo que sucede, en la primera ciudad, con el sistema oral se constata un claro cambio conductual.

SOLICITUDES FISCALES DE PRISIÓN PREVENTIVA¹³



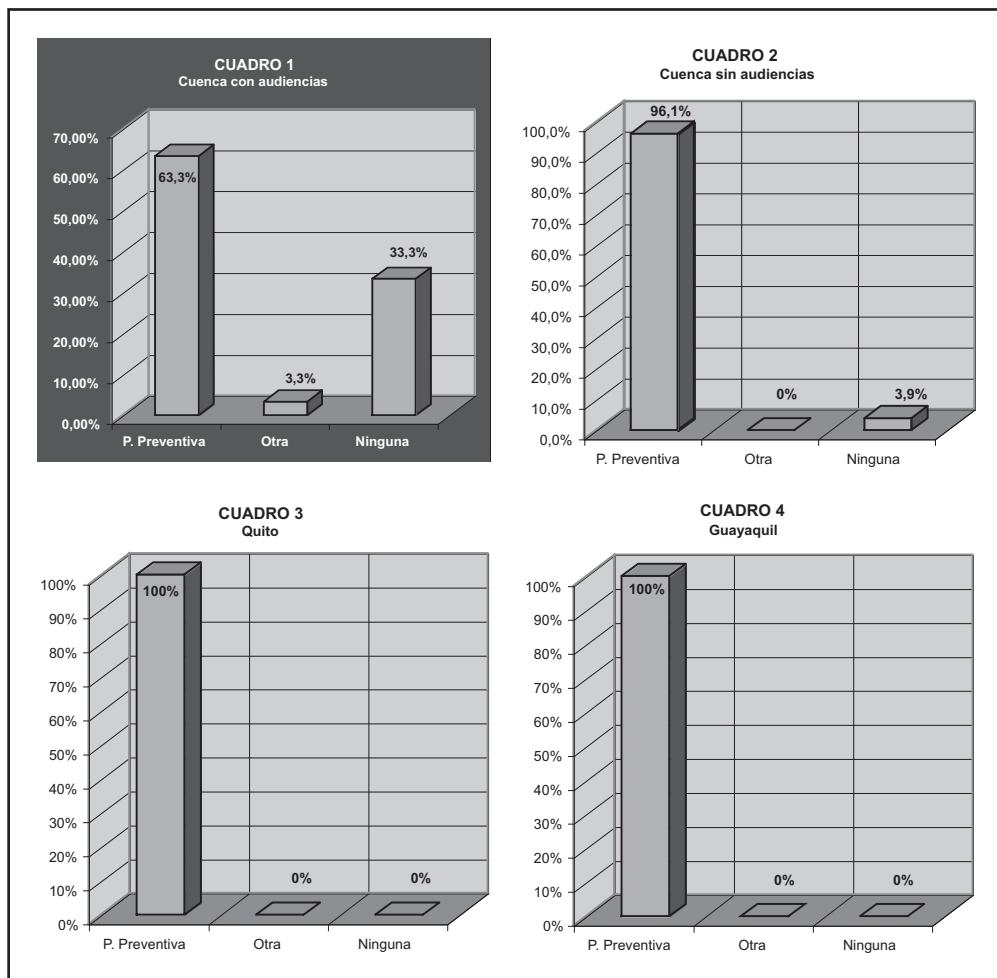
Se puede sostener que el cambio suscitado en el comportamiento de los fiscales, en principio, no tiene relación con la conducta de los jueces de garantía. Este enfoque, que a primera vista puede parecer correcto, deja un cabo suelto, porque los fiscales que tienen un legítimo interés para que los acusados sean privados de libertad, debido a que con ello blindan la realización del juicio, con la introducción del sistema oral, en un porcentaje relevante de casos, prefieren no solicitarla. Un análisis más integral permite plantear como hipótesis, la posibilidad de que esta variación se deba a que el

13. Fundación Esquel, *Segunda evaluación del sistema procesal penal*, p. 104.

modelo produjo una labor de filtrado efectiva de las solicitudes por parte del juez de garantías, que tuvo un efecto disuasorio sobre la tendencia a abusar de la medida.

Desde luego esta hipótesis debe ser corroborada con la constatación de que de manera efectiva, existe un comportamiento nuevo en los jueces de garantía.

RESOLUCIONES DE LOS JUECES¹⁴



14. Cuadro 2, 3 y 4 véase, Fundación Esquel, *Segunda evaluación del sistema procesal penal*, p. 105.

Este conjunto de cuadros completa la información inicial. En este caso, en Cuenca con audiencias el nivel de filtrado total es de algo menos de 2 de cada 5 casos, en tanto, que en Cuenca sin audiencias es 1 de cada 25 y en Quito y Guayaquil es inexistente. Para la realidad ecuatoriana, que en el 37% de casos de delito flagrante, no se aplique la alternativa de la prisión preventiva es un logro digno de destacar, ya que constituye una demostración de una verdadera ruptura con usos enraizados.

La segunda comparación se obtiene al confrontar la realidad que refleja cada uno de los cuadros del sistema escrito, en relación con sus respectivos pares, referidos a la actuación de los fiscales. Este ejercicio abre una línea de reflexión sobre el comportamiento del juez penal. Existe una coincidencia total en los cuadros 2, 3 y 4 entre las peticiones fiscales y las resoluciones judiciales. Evidencia que en una decisión tan trascendente del juzgador como la anotada, en la práctica, no tenía ningún influjo. En tanto que, el mismo ejercicio realizado con respecto a los cuadros número 1, muestra la aparición de un filtro que limita la privación de la libertad. De hecho en un 20% de solicitudes fiscales no se otorga la medida cautelar.

La información obtenida confirma la premisa anotada con anterioridad, en el sentido de que un cambio de actitud, en el comportamiento del juez penal, parece haber sido un estímulo importante para que los fiscales revisen sus prácticas. Este punto resulta central para efectos de visualizar el real *impacto de la figura del juez de garantías*, debido a que, se verifica que posee un importante influjo de prevención general en materia de derechos fundamentales, debido a que, cuando existe un efectivo funcionamiento de esta figura procesal, se consigue estructurar un escenario en el cual el Ministerio Público y en general las instituciones encargadas de la persecución penal tienen un alto incentivo para revisar sus prácticas.

Luego del análisis realizado a los resultados de esta experiencia, en materia de limitación del uso de la prisión preventiva, es justo llegar a la *conclusión*, que el sistema oral sí tiene la capacidad de evitar el abuso de la privación de la libertad. En este sentido, el cuadro que refleja la consolidación del índice de presos sin sentencia a lo largo de los años, es reflejo de la falta de introducción de esta metodología y no de su fracaso; resulta ilusorio pensar, que se puede obtener resultados nuevos mediante los mismos procedimientos. Por tanto, la frustración que sienten muchos sectores con el sistema oral, se debe a la falta de una adecuada comprensión de su verdadero significado y alcance.

Desde luego las cifras estadísticas son capaces de reflejar un cambio funcional, pero de por sí están lejos de explicar cómo el sistema oral consiguió revertir este proceso. Solo para clarificar conceptos, es importante partir que la legislación ecuatoriana, en materia de prisión preventiva, recoge los dos requisitos reconocidos por la doctrina y por la gran mayoría de legislaciones: el primero, el supuesto material que

consiste en la existencia de suficientes indicios como para pensar que ese caso puede llegar a juicio; en nuestra legislación está recogido en los numerales 1 y 2 del art. 167. El segundo, hace referencia a la necesidad de cautela y guarda relación directa con la razón de ser de esta medida cautelar, esto es, la existencia real de un peligro concreto que el individuo no se presente al juicio; recogido en el primer inciso del mencionado artículo.

Para efectos de detectar los puntos sensibles que el sistema oral había conseguido tocar, se procedió a realizar un estudio documental de las actas de audiencias y de los documentos de solicitud y resolución del sistema escrito.

La revisión sacó a relucir ciertas diferencias en las prácticas adoptadas con uno y otro modelo. En las decisiones tomadas a base del *modelo escrito*, se puede constatar en las peticiones de los fiscales y resoluciones de los jueces, que el fundamento de la prisión preventiva en lo esencial consiste en justificar que el delito ha sido flagrante. Así por ejemplo:

...al existir evidencias de que el autor fue detenido en delito flagrante, por haber sido aprendido a pocos metros del lugar de los hechos con la cartera y reloj de la ofendida; existen indicios claros de la participación del Sr. ... en un delito sancionado con una pena de privación de libertad superior a un año.... En tal virtud, con fundamento en lo dispuesto en el art. 167 del Código de Procedimiento Penal se dicta orden de prisión preventiva en contra de ..., gírese la boleta constitucional....

En pocas palabras, la fundamentación se extingue en la simple constatación del supuesto material, pero deja de lado la discusión de fondo, esto es, qué razones existen para sostener que este imputado en particular no se va a presentar en el juicio. De hecho, no existe la mínima mención a ningún elemento referido a la necesidad de cautela. Esta constatación dibuja el escenario, cómo se llevó a forjar un grado de automatismo tan acentuado en los casos de flagrancia.

En tanto que en el *modelo de audiencias*, no en todos los casos, pero en un sector relevante de ellos, se verifica que el Fiscal y el Juez justifican la petición y resolución a base de la necesidad de cautela y se introducen aspectos específicos del caso en la discusión, como: *el arraigo del imputado*, factor en el que priman aspectos tales como, tipo de domicilio, lazos familiares y situación laboral; *incentivos para tratar de evadir la justicia*, a base de factores como la pena eventual o conductas que dejen en evidencia la intención de evadir la justicia. Por ejemplo, en una acta se encontró el siguiente extracto:

El delito que se investiga, por su naturaleza está reprimido con penas de gravedad que alcanzan a los 12 años, constituyendo un incentivo para que el imputado no comparezca al proceso. Si a este hecho se suma, la negativa ante este propio juzgado, por parte del

Sr... de precisar con exactitud su domicilio, muestra de que, no esta dispuesto a colaborar con la justicia. Se tiene razones suficientes para pensar que de concederle la libertad, no va a ser fácil localizarlo, para un eventual juicio..., por lo que Señor Juez solicito a usted que en base al artículo 167 se dicte en contra de ...

Al presente análisis todavía le falta una última pieza, por qué razón el sistema oral ha permitido instaurar una valoración “de cautela” del caso concreto en materia de necesidad, mientras que el sistema escrito había instaurado una lógica donde indicios de relación con el delito era sinónimo de prisión preventiva. La observación del funcionamiento de ambos sistemas refleja dos diferencias de fondo: en primer lugar el sistema oral permite que la defensa plasme su propia versión del caso, factor que permite valorar la tesis de la Fiscalía y matizar muchas de sus aseveraciones. La segunda, al reunirse en un solo espacio dos partes con intereses contrapuestos, se crea un escenario, donde la contradicción tiene la posibilidad de actuar como un verdadero filtro de calidad de la información.

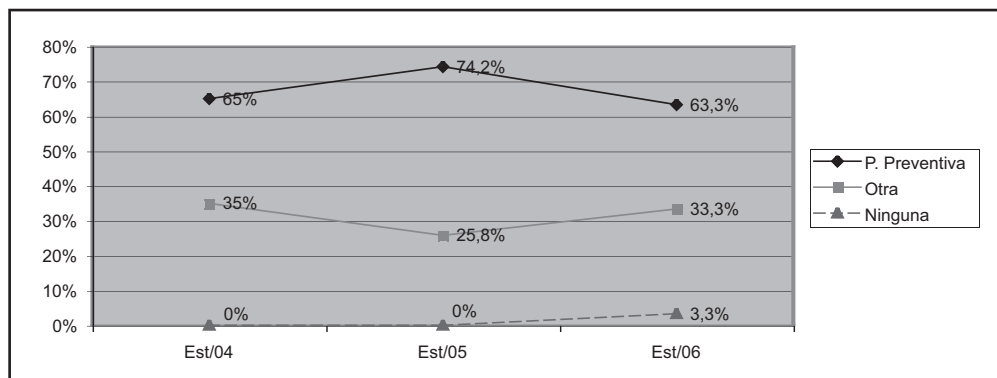
Es interesante observar cómo el modelo escrito parece ser bastante rústico, a medida que el punto de decisión se vuelve más sutil y requiere una valoración más fina, como es el caso de la necesidad de cautela. En la práctica el diseño procesal ha forjado usos donde de manera sistemática se renuncia a su discusión.

Esta realidad permite desmontar una serie de criterios expuestos sobre las causas de la poca *efectividad de los jueces de garantía*. El primero guarda relación con la falta de *capacitación*; es importante anotar que entre la muestra tomada en la ciudad de Cuenca con y sin el modelo de audiencias, no medió ninguna capacitación importante sobre el tema. La otra muletilla tiene que ver con la falta de *idoneidad ética* de los funcionarios; salvo una excepción fueron los mismos en los dos estudios, por tanto, parece poco probable que de pronto se hayan vuelto probos con la sola introducción de las audiencias. Como se puede ver, todo parece indicar que los problemas del juez de garantías no son de carácter personal, sino estructural y pasan por instaurar procesos funcionales compatibles con la misión otorgada a este actor.

Es interesante analizar las tendencias que esta experiencia ha mostrado a lo largo de sus 4 años de funcionamiento, como se anotó, ha sido fruto de 3 mediciones empíricas con la misma metodología. (Ver gráfico de la siguiente página)

El estudio de las tendencias en el tiempo muestran una realidad interesante, si se toma en cuenta que la muestra tomada para el año 2004 correspondió a los primeros meses de funcionamiento, se podrá verificar que desde el primer momento la metodología produjo resultados que con pequeños cambios se han mantenido en el tiempo. Por tal motivo, parece ser que la metodología por su sola entrada en vigor marcó un funcionamiento diverso, incluso se verifica la inexistencia de un período de ajuste.

TENDENCIA DE LAS DECISIONES JUDICIALES



MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

Este tema constituye una arista fundamental en el cumplimiento de la misión del juez de garantías, debido a que una aplicación efectiva de esta vía es muestra de la realización de la naturaleza excepcional y subsidiaria de la privación de libertad. Esto es, antes de optar por esta alternativa se requiere haber agotado las medidas que implican intervenciones que conllevan una menor limitación a la libertad individual.¹⁵

Un punto importante de reflejar, es que a pesar de que en la ciudad de Cuenca, desde el primer momento, los actores visualizaron las medidas alternativas a la prisión preventiva, como un mecanismo efectivo para limitar la privación de libertad y resolvieron discutirla en audiencia. El cuadro de tendencias inserto, evidencia que salvo el estudio del año 2007 el nivel de aplicación no ha alcanzado una significación estadística y en este caso llega a un 3%. Muestra de que en términos porcentuales, a pesar de haber conseguido un pequeño avance, este no puede enmascarar un fracaso en la potenciación de estas figuras procesales.

Es llamativo el hecho de que los jueces de garantía que han conseguido no aplicar la prisión preventiva apenas un 37%, haga uso de estas vías. En pocas palabras, tienden a moverse entre los dos extremos: privación de libertad o nada.

En la ciudad de Azogues se comienza a visualizar un cambio importante, se ha realizado un esfuerzo, centrado sobre todo en la aplicación de todas las formas de caución. Se escogió esta alternativa procesal porque en los países que cuentan con un sis-

15. La legislación en este tema contradice los principios fundamentales, debido a que limita a los delitos menos graves las medidas alternativas a la prisión preventiva y establece en la práctica como regla la privación de libertad.

tema oral acentuado, su aplicación ha demostrado tener tal potencial que se la ha llegado a consagrar incluso como un derecho inmanente constitucional de toda persona.

Durante la capacitación se destinó un apartado para conseguir que los actores reflexionaran sobre el potencial de esta medida sustitutiva, se hizo prácticas sobre su aplicación y se llegó a consensos sobre la necesidad de someter esta decisión a nuevos parámetros, donde de manera efectiva se calcule un monto real que garantice la presencia del imputado.¹⁶ Son visibles pues, a pesar de los límites legales, su uso ha alcanzado un nivel relevante y se ha convertido en una opción real para garantizar la ausencia del imputado, sin necesariamente recurrir a la privación de la libertad. A pesar de que como se anotó, es prematuro citar estadísticas, sí vale la pena indicar que de las primeras 9 audiencias pasadas, en 2 de ellas se ha utilizado esta opción procesal.

En este caso, el punto que parece haber implicado la quiebra de la tendencia, es el haber adoptado una discusión real sobre la cuantía, debido a que ha permitido desmontar un criterio enraizado, en el sentido de que caución es sinónimo de impunidad. Una vez más se constata que efectividad y garantismo van mucho más vinculados de lo que habitualmente se tiende a visualizar.

CONTROL DEL TIEMPO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Una consecuencia esencial del principio de excepcionalidad es la restricción temporal de la privación de libertad. El sistema escrito, había forjado usos donde la consecución de la prisión preventiva, salvo excepciones, se consideraba como una medida una vez tomada que se extendía a la fecha en que la sentencia se ejecutorie, con la sola salvedad de los límites establecidos en la Constitución.¹⁷

El no haber buscado herramientas concretas que se ocupen de hacer realidad esta consecuencia necesaria de la excepcionalidad del servicio, enraizó hábitos, donde la negligencia de los organismos encargados de la persecución penal, terminó por repercutir en materia de derechos de los detenidos. En concreto, hoy en día es una regla casi obligatoria, que la instrucción fiscal comienza con la detención de la persona y dura 90 días. Por ejemplo, en los delitos flagrantes, donde desde el primer momento se cuenta con casi toda la evidencia y, de manera habitual, lo que puede faltar es una pericia que no debe demorar más de 15 días, parece claro, que el prolongar de manera injustificada el período de investigación al plazo máximo legal y con él, la privación de libertad, se ha convertido en una forma sistemática de violar los derechos de los detenidos.

16. Se ha extendido prácticas poco comprometidas con el buen funcionamiento del sistema, como escudarse por una supuesta fijación de la cuantía en salarios mínimos vitales, para imponer montos absurdos como 40 dólares.

17. 6 meses para los delitos reprimidos con prisión y 1 año para los de reclusión.

Una de las novedades que trajo la segunda generación de estas experiencias, en concreto la aplicación de la metodología oral en la provincia del Cañar, fue el establecer una discusión concreta, referente a las necesidades del caso y los límites concretos que la investigación debe durar para no afectar de manera indebida el principio de presunción de inocencia y su consecuencia de libertad.

En concreto, la dinámica que se observa en las audiencias, consiste en que una vez que el juez concede la prisión preventiva, normalmente a petición de la defensa, se abre un espacio para discutir el tiempo máximo que debe demorar la investigación. Donde las partes debaten sobre las diligencias que el Ministerio Público tiene todavía que realizar y qué tiempo es razonable para que se puedan efectuar. En caso que no se cumpla el plazo, la consecuencia es la fijación de una audiencia para revisar la medida cautelar, en la cual será un motivo para dejar sin efecto la medida cautelar, la incapacidad del Ministerio Público de esgrimir una razón válida que justifique el quebrantamiento.

Los efectos de esta nueva perspectiva de concebir la prisión preventiva, han sido claros, en la práctica se han traducido en límites temporales para *encierre* de la investigación. En los nueve primeros casos que se otorgó la prisión preventiva, durante los primeros quince días, esta herramienta se ha usado en todos ellos y los tiempos que se han establecido han mediado entre los 25 y 45 días. Resulta gráfico que el tiempo máximo que se ha asignado coincide con la mitad del plazo legal, este hecho demuestra el potencial que tiene la introducción de discusiones muy concretas sobre temas relevantes para los derechos fundamentales.

La nueva filosofía introduce una visión pragmática comprometida en defensa de los derechos fundamentales en el papel que cumple el juez de garantías, debido a que, permite diferenciar de manera clara, los niveles de afectación a la libertad, generados por una privación de tres meses frente a una que se extiende por seis.

Un efecto interesante que se comienza a notar es que esta herramienta ha generado, entre policías y fiscales, la necesidad de adoptar mecanismos más efectivos de coordinación. El poco tiempo de funcionamiento de esta herramienta, ha permitido constatar que el contar con plazos como 25 días para cerrar la investigación, obligan a revisar los mecanismos de actuación imperante, por ejemplo, se hacen insostenibles: delegaciones abstractas sin identificar diligencias por realizarse, trabajos por parte de personeros policiales divorciados de los fiscales y nulo seguimiento a las labores encargadas de los cuerpos de seguridad. Una vez más se verifica que una labor efectiva del juez de garantías tiene el potencial de generar un efecto preventivo, capaz de mutar los hábitos de las instituciones encargadas de la persecución penal.

REVISIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES

Esta herramienta también se introdujo, a raíz de la aplicación de la metodología oral, en la etapa investigativa en la provincia de Cañar. Constituye un nuevo mecanismo procesal para apuntalar la excepcionalidad de la prisión preventiva. En este caso destinada a garantizar que en su aplicación no se produzca un abuso de la misma, por mantenerla vigente cuando las circunstancias en el tiempo varíen y dejen sin fundamento su aplicación.

En el aspecto operativo, consiste en una audiencia, donde de manera regular la defensa tiene que demostrar que, si bien en su momento existieron razones para privar de la libertad, hoy las circunstancias han variado y este cambio es de una magnitud necesaria para determinar que ya no se requiere la prisión preventiva.

A pesar del escaso tiempo de entrada en vigencia, en un par de casos ya se ha aplicado esta medida y en uno de ellos, se consiguió de manera efectiva dejar sin efecto la privación de libertad.

Esta herramienta trae aparejada un par de ventajas adicionales para la decisión que adopte el juez de garantías: la primera, es de relevancia trascendental, para una sociedad con una cultura jurídica poco leal con la administración de justicia, al permitir la opción de revisar la decisión por parte del juez, pues crea un mecanismo efectivo para incentivar que los abogados litiguen con rectitud, debido a que si no lo hacen dentro de los parámetros éticos, los resultados tienden a ser, en el mejor de los casos, victorias pírricas, que al poco tiempo, al ser revisadas acarrearán costos para la confiabilidad de ese profesional, en este y otros casos.

En segundo lugar, dado que las audiencias para la prisión preventiva por lo general se realizan a las pocas horas de detenido el sujeto, se crea un mecanismo que permite corregir de manera efectiva ciertos problemas suscitados por la dificultad de acceder a cierta información en este plazo precario.

En materia de aplicación de la oralidad, estas audiencias han permitido romper una visión restrictiva que se ha consolidado en la ciudad de Cuenca, donde la oralidad en la etapa investigativa se practica solo en la primera audiencia. El haber conseguido la introducción de las audiencias de revisión de la medida cautelar a pesar de lo corto del tiempo de aplicación del modelo –2 en 15 días–, ha permitido dotar al proyecto de una nueva dimensión, porque se ha visto que en la práctica es posible aplicar esta metodología en cualquier momento de la etapa investigativa que se requiera para adoptar una resolución.

En *resumen*, es una herramienta que complementa las facultades del juez de garantías, porque le permite, por un lado administrar las medidas cautelares, a base de las nuevas circunstancias, y por otra sacar a relucir actitudes poco nobles de las

partes; en este sentido es la herramienta que viene a complementar las posibilidades de actuación de los jueces de garantía, en materia de medidas cautelares.

VÍAS ALTERNATIVAS AL JUICIO ORAL

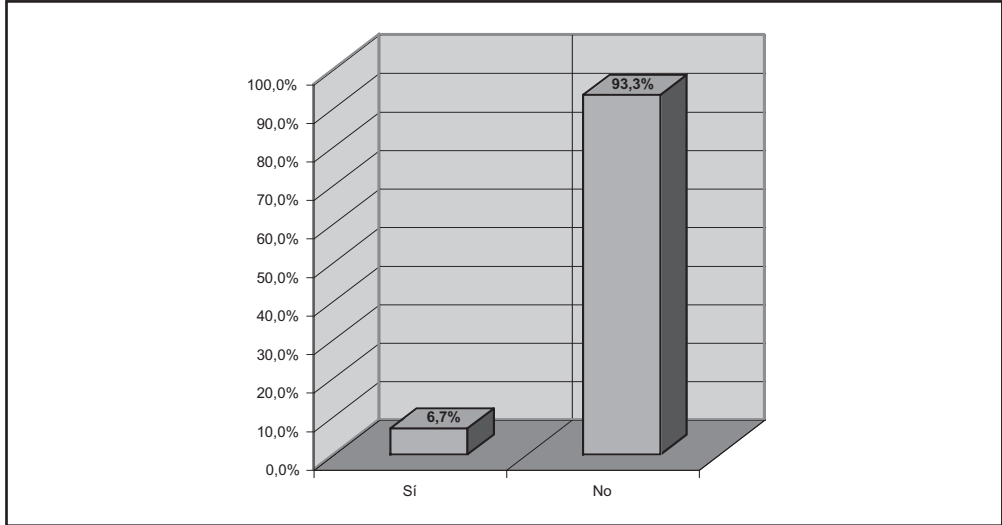
El presente apartado se ocupa de una arista diversa, dentro del perfil del juez de garantías, ya no como garante en la aplicación de la legalidad de la detención o de la aplicación de medidas cautelares, sino como juzgador del caso concreto. La facultad de administrar una serie de vías alternativas al juicio oral, las mismas que en términos generales permiten: otorgar respuestas más adecuadas a cada caso, en tiempos que quedan fuera de los márgenes que el trámite tradicional puede conseguir y en esferas que de manera frecuente quedan en la impunidad si se intentan tramitar con el procedimiento tipo.

En la ciudad de Cuenca, la aplicación de estas herramientas procesales se inicia con una segunda etapa, en los primeros meses del año 2007, a raíz de que la Fundación Esquel consigue reestablecer un espacio de diálogo entre los actores. En concreto, el esfuerzo se centra en la aplicación del *procedimiento abreviado*. (Ver cuadros en la siguiente página)

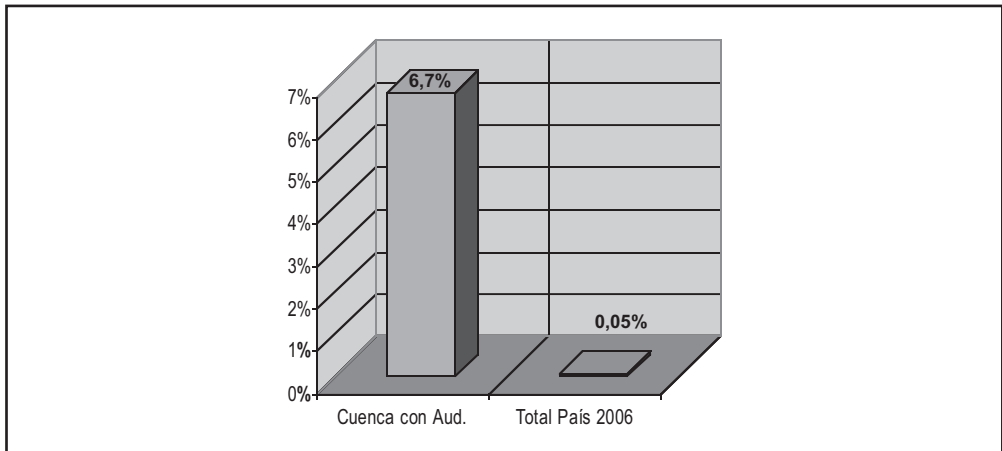
El primer cuadro deja en evidencia que esta vía alternativa al juicio oral, ha adquirido una presencia estadística, es más, alcanza el doble de incidencia que la aplicación de otras herramientas procesales, cuya aplicación comenzó desde hace años como las medidas alternativas a la prisión preventiva. De manera lamentable, el poco seguimiento empírico del real funcionamiento de la administración de justicia ha impedido, que buena parte de la comunidad jurídica de esta ciudad y de la gran mayoría, a nivel nacional, se hayan enterado de un logro cualitativo por demás significativo, el que la reforma procesal penal ha conseguido ya que se alcancen las primeras sentencias condenatorias en menos de 24 horas, es un dato que de seguro no pasa inadvertido. El segundo cuadro refleja una clara ruptura, marcada por esta experiencia, frente al esquema funcional tradicional; en términos cuantitativos su incidencia es 134 veces superior. Se debe anotar que esta diferencia se alcanza a pesar de que la audiencia tiene lugar en menos de 24 horas.

La filosofía con que se instauró el modelo en el distritito de Cañar, ha permitido en este tema también conseguir avances adicionales. La regla ha sido que cualquier salida puede ser discutida en audiencias, este acuerdo entre los actores abre la puerta para que las conversiones y desestimaciones sean ya discutidas en audiencia. En la primera quinena ya se ha aplicado, por ejemplo, se ha dado el primer caso donde se analiza y resuelve una *desestimación* en la propia audiencia; el caso se produjo en materia de tránsito en un accidente sin daños a terceros, donde el autor a su vez era la única víctima.

PROCEDIMIENTOS ABREVIADOS CON AUDIENCIAS FRENTE AL TOTAL DENUNCIAS



APLICACIÓN CON MODELO DE AUDIENCIAS FRENTE AL TOTAL NACIONAL



Hoy en día existe una conciencia clara de que el atasco funcional que sufre el sistema penal y, que en gran medida se debe a los límites en extremo restrictivos establecidos por el sistema procesal penal y a la poca aplicación que con las prácticas tradicionales los actores han hecho de las vías alternativas al juicio: el problema en este

momento alcanza tal magnitud, que el 90% de los casos que han ingresado al sistema penal, desde que entró en vigencia el nuevo sistema se hallan rezagados.¹⁸ En tal virtud, la aplicación de la oralidad parece ser una herramienta fundamental para ampliar su cobertura y conseguir erigir un puntal para que el sistema penal pueda comenzar a revertir esta tendencia.

Por este motivo, estas facultades del juez de garantías, con el paso del tiempo, parece que serán un punto clave para el futuro del sistema penal, debido a que los países que con el sistema oral han logrado manejar su carga de trabajo, la regla es que los casos reciban una respuesta por esta vía y solo los casos minoritarios lleguen a juicio.¹⁹ En este sentido, es de esperar que el Juez de garantía, a medida que se profundice el esquema legal se convierta en el juzgador por excelencia. Desde luego para ello se requiere medidas como: legislar nuevas vías alternativas como la suspensión condicional, los acuerdos reparatorios y el principio de oportunidad; ampliar los márgenes legales de las opciones existentes y, una revisión de los actores de sus prácticas.

NUEVAS ÁREAS DE APLICACIÓN

Los resultados que ha obtenido esta experiencia y el creciente prestigio que las audiencias en la etapa investigativa han alcanzado, ha permitido que la metodología oral se difunda a otras áreas. En general han existido dos ampliaciones relevantes que han cambiado el panorama de manera radical frente a la experiencia original de la ciudad de Cuenca: la primera, es la aplicación de la metodología oral para el trámite de *delitos no flagrantés*; esta opción que de manera original no se instauró en la ciudad de Cuenca y que luego de algunos meses se cayó; en el distrito de Cañar los actores han decidido ponerla en vigencia. En el distrito del Cañar se aplica ya en las materias de *tránsito y adolescentes infractores* con un alcance que incluye todas las opciones procesales descritas. Incluso, dado que en estas áreas la esfera regulada para las vías alternativas al juicio oral sean más amplias, ya se ha conseguido pasar algunas audiencias, donde en tránsito se aplican acuerdos reparatorios y se aprueban en sentencia en la propia audiencia.

Con el objeto de graficar el desarrollo sufrido con la aplicación del sistema oral con la nueva filosofía adoptada en Cañar se incluyen los siguientes cuadros.

18. Diego Zalamea, "Unidad de depuración de denuncias", en *Reformas procesales en América latina: experiencias de innovación*, pp. 75-101, y Diego Zalamea, "Unidad de depuración de denuncias", en *Reformas procesales en América Latina: discusiones locales*, pp. 595-615.

19. Lo normal es que estas vías se apliquen en etapas tempranas ante el juez de garantías y solo de manera excepcional ante los tribunales.

**AUDIENCIAS EN LA ETAPA INVESTIGATIVA:
ALCANCE EXPERIENCIA DE CUENCA**

	Penal		Tránsito		Adolescentes	
	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante
Control de detención	(-)	-	-	-	-	-
Instrucción fiscal	X	-	-	-	-	-
Medidas cautelares	x	-	-	-	-	-
Revisión medida cautelar	-	-	-	-	-	-
Control cierre investigación	-	-	-	-	-	-
Desestimaciones	-	-	-	-	-	-
Conversiones	-	-	-	-	-	-
Procedimientos abreviados	x	-	-	-	-	-
Otras vías alternativas*	No prevé ley No prevé ley		-	-	-	-

* En materia de tránsito se prevé acuerdos preparatorios; y, en adolescentes infractores, se prevén otras como conciliación, suspensión del proceso a prueba, remisión a un programa de orientación.

**AUDIENCIAS EN LA ETAPA INVESTIGATIVA:
ALCANCE EXPERIENCIA DE AZOGUES**

	Penal		Tránsito		Adolescentes	
	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante
Control de detención	X	X	X	X	X	X
Instrucción fiscal	X	X	X	X	X	X
Medidas cautelares	X	X	X	X	X	X
Revisión medida cautelar	X	X	X	X	X	X
Control cierre investigación	X	X	X	X	X	X
Desestimaciones	X	X	X	X	X	X
Conversiones	X	X	X	X	X	X
Procedimientos abreviados	X	X	X	X	X	X
Otras vías alternativas	No prevé ley No prevé ley		X	X	X	X

A manera de resumen, se puede anotar que la experiencia de Azogues consiguió hacer realidad la introducción del sistema oral, en casi la totalidad de decisiones que se toma en la etapa investigativa. En este momento, bastaron con revisar algunos procedimientos en la audiencia preliminar y la de juicio y, por primera vez se ha conseguido instaurar un modelo de administración de justicia, que calza en el concepto de oralidad.

EL JUEZ DE GARANTÍAS Y LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO

Es conocido que uno de los ejes centrales de la Constitución de 1998 y del Código de procedimiento penal de 2000, fue el garantizar que las resoluciones judiciales se tomaran con irrestricto respeto al debido proceso. Lamentablemente, al momento de establecer los procedimientos en la etapa investigativa, no se regularon trámites que garantizaran un funcionamiento sometido a los principios procesales, a pesar de que, frecuentemente estaba en juego resoluciones cuyo efecto era similar a la sentencia –privación de libertad–.

En un escenario normativo ambiguo sumado a la ausencia de un proceso fuerte de implementación de la reforma, se impuso el peso de la tradición y los usos en la etapa investigativa quedaron en la práctica inalterados. Así en la mayor parte del país, se puede constatar que, por ejemplo, las medidas cautelares se tomaron sin respetar los principios de: oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, equilibrio entre las partes y derecho a la defensa; de manera paralela, existen otros principios que si bien es cierto la naturaleza del procedimiento no los excluye, pero, la experiencia demuestra que su realización al menos se ve limitada, tales como: celeridad y efectividad. Un sistema procesal, donde se irrespeta la totalidad de principios que conforman el debido proceso, genera un escenario pobre, para que un juez de garantía pueda cumplir su misión. Esta hipótesis levantada a base del análisis conceptual, coincide con las tendencias funcionales detectadas en las muestras estadísticas.

Es interesante constatar cómo una intervención en materia de procesos funcionales y prácticas de los actores, permite de golpe, generar un escenario donde todos los principios consiguen su realización. Parece no haber un mecanismo más efectivo para alcanzar calidad en la información y realización del debido proceso, que reunir a todos los intervinientes en un solo espacio y de manera pública establecer un debate y resolución del punto en controversia.

Queda un último punto pendiente, cómo en estas ciudades pudieron establecer un trámite que no estaba recogido en la ley. Desde la perspectiva de los principios procesales, es sencillo comprender la alternativa adoptada. La ley no establece ningún

procedimiento expreso para este tipo de resoluciones²⁰ y al haber de por medio normas supralegales, resulta obvio que jurídicamente tiene más sustento el modelo oral.

CONCLUSIÓN

Existen datos relevantes para sostener que la etapa más crítica del proceso penal en materia de derechos fundamentales, es la investigación. De manera lamentable una falta de claridad de su relevancia llevó a que el marco legal no regulara con claridad sus funciones y el proceso de implementación tuvo un nivel tan deficiente que nunca llegó a cuestionar las prácticas tradicionales.

A medida que un sector de actores llega a acuerdos interinstitucionales y decide experimentar con el modelo oral, se evidencia cómo esta metodología forja un nuevo protagonista del sistema penal, capaz de cumplir labores tan relevantes como: garantizar la legalidad de la detención y los plazos judiciales, instaurar un efectivo control de mérito para el otorgamiento y mantención de la prisión preventiva, hacer realidad la aplicación de las vías alternativas y sustitutivas a la prisión preventiva, resolver en tiempos extremadamente bajos un sector significativo de casos, mediante la aplicación de vías alternativas al juicio oral y hacer efectivos los principios del debido proceso en una resolución donde la libertad de la persona de manera frecuente está en juego. Desde luego se trata de un proceso en construcción, pero, en un momento de profunda desesperanza, generado por una administración de justicia divorciada de las demandas sociales, hoy en día, parece ser una de las pocas alternativas reales para avanzar hacia el servicio público que el Ecuador demanda.

20. Por ejemplo, para la prisión preventiva lo único que prescribe es que el fiscal “pedirá” y el juez “resolverá”. Desde este punto de vista el mantener los usos, no es una opción que pueda ser calificada de “legalista”, sino de “tradicionalista”.

Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones

*Carlos Poveda Moreno**

La Constitución Política del Ecuador, al igual que instrumentos internacionales sobre derechos de los indígenas, ha reconocido la potestad de las autoridades indígenas para ejercer jurisdicción en sus conflictos y que puedan resolverlos de conformidad con sus propias normas. Lamentablemente estos principios constitucionales no han sido desarrollados por una ley y tampoco han merecido un trato serio, salvo contadas excepciones, por parte de la Función Judicial y el Ministerio Público. En este ensayo se reflexiona sobre las tensiones entre la jurisdicción indígena y los derechos humanos, entre la jurisdicción indígena y ordinaria, se establecen algunos parámetros para determinar la validez del sistema ancestral de solución de conflictos y las obligaciones que tienen los operadores de justicia frente al derecho consuetudinario indígena. Finalmente, se insiste en la necesidad de reconocer, con todas sus implicancias, el pluralismo jurídico.

FORO

LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

En el año 2002, se expidió la resolución interlocutoria del denominado “Caso La Cocha”. La resolución inicialmente sembró temores, desdenes y hasta represalias,¹ pero también generó un espacio de debate constitucional, sociológico y hasta antropológico del alcance de esta decisión. Sin embargo, el Estado ecuatoriano no ha sido capaz de crear la ley sobre jurisdicción indígena, hasta la presente fecha, pese a

* Ex Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi; Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar; Miembro del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal del Ecuador.

1. Oficio No. 274-MP-2002 de 8 de octubre de 2002, suscrito por el ex Presidente de la Corte Superior de Justicia de Latacunga, José Córdova Robert, dirigido al ex Delegado del Consejo Nacional de la Judicatura: “Anexo se dignará encontrar en 4 copias fotostáticas simples, el auto de nulidad pronunciado por el doctor Carlos Poveda Moreno, Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi en cargo del Tercero. Del estudio de dicha pieza procesal Ud., señor Delegado, advertirá serias connotaciones que preocupan jurídicamente... En atención a lo expuesto, me permito hacerle conocer que la Honorable Corte Superior de Justicia del Distrito, en forma unánime, decidió que en pleno uso de sus facultades constitucionales y legales, se digne proceder a una prolija como exhaustiva inves-

los intentos del Congreso Nacional, que fueron obstaculizados por el Ejecutivo,² aun cuando los derechos humanos pueden ser aplicados inmediatamente sin la existencia de ley para su ejercicio.³

La Carta Magna del Ecuador reconoce la potestad de las autoridades indígenas para ejercer jurisdicción en los conflictos internos, independientemente de la materia que trate.⁴ De igual modo, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) permite ejercer jurisdicción inclusive en materia penal, y hasta establece que, en el caso de que los miembros de los pueblos indígenas sean sometidos a la jurisdicción ordinaria, se les aplicarán sanciones alternativas a la privación de libertad.⁵

Las facultades jurisdiccionales reconocidas a las comunidades indígenas no son nuevas en el Ecuador. En 1976, el Estatuto de las Comunas Campesinas permitía a los Cabildos conocer sobre conflictos de linderos o semovientes.

Más allá del reconocimiento estatal, en la práctica comunitaria, los sistemas jurídicos ancestrales⁶ han solucionado conflictos internos, desde una óptica diferente a

tigación sobre la actuación del servidor judicial en referencia, sobre los particulares anotados, con cuyo informe se procederá conforme a Derecho...”. Oficio No. 293-MP-2002, de 31 de octubre de 2002, suscrito por el mismo funcionario pero dirigido en esta ocasión al señor Doctor Armando Bermeo Castillo, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador: “...Somos jueces de mente y espíritu abierto a todas las innovaciones que garanticen los derechos de los seres humanos en general, no solo de la clase indígena. El avance y las grandes transformaciones de la humanidad han sido obra de espíritus selectos, de mentes brillantes y no de oportunistas, protagonistas y vanidosos. Los pueblos de la tierra desde los albores de la humanidad han venido luchando para que los principios y las normas de convivencia entre los hombres se vayan perfeccionando, abandonando, poco a poco, aquellas prácticas salvajes de hacer justicia, hasta llegar a través de mucho esfuerzo y no pocas vicisitudes, a la justicia que hoy por hoy aplica todo pueblo civilizado. Mas aquí en la Función Judicial están apareciendo fermentos innovadores, pseudos modernistas que preconizan y defienden la justicia indígena, es decir, aquella justicia en que se castiga al hombre con penas salvajes como el linchamiento, el baño en agua helada, el ortigamiento, los latigazos y en muchos casos la muerte y el ostracismo, penas infamantes que son una afrenta a la dignidad humana, retornando, en esta forma, al primitivismo que creíamos superado. El sustento de que el fallo del “compañero Poveda”, ha merecido el respaldo de organizaciones y observadores jurídicos a nivel nacional e internacional; que su decisión ha recibido el apoyo de América Latina, Europa y Norteamérica, no puede ser otra cosa que el producto de una mente afiebrada...”.

2. Oficio No. T-2473-DAJ-2003-6711, de fecha 8 de enero de 2003 dirigido por el ex Presidente de la República Dr. Gustavo Noboa Bejarano al entonces Presidente del Congreso Nacional del Ecuador, señor economista Guillermo Landázuri, entre otros fundamentos manifiesta: “No cabe duda de la importancia de reconocer la posibilidad de que los ciudadanos ecuatorianos se rijan de conformidad con sus propias reglas ancestrales y culturales pero no es conveniente, ni tiene fundamento que la mayoría de ciudadanos se deba someter a dichas reglas culturales o consuetudinarias, ajenas a u propia tradición”. El veto fue total lo que impidió discutir nuevamente el proyecto en la Comisión de lo Civil y Penal.
3. Constitución Política del Ecuador, art. 18.
4. *Ibid.*, art. 191 (4).
5. Convenio 169 OIT, art. 8, 9 y 10. En particular el art. 10 (2) que establece que “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.
6. Nota de Raquel Irigoyen citada por Gina Chávez y Fernando García, *El derecho a ser: diversidad, identidad y*

la occidental, y desde hace mucho tiempo atrás a la vigencia de la normativa constitucional.

Todos los abogados y abogadas conocemos que el ejercicio de la jurisdicción nace de la ley y que determinados actos procesales encuentran su sustento en la Constitución. Por ejemplo, la persecución y la sanción en ausencia cabe excepcionalmente para delitos como los de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; la consideración como bien jurídico al medio ambiente y al patrimonio cultural, y la consideración como sujetos activos de los delitos a las personas jurídicas; el reconocimiento de la inmunidad parlamentaria y el trámite para su levantamiento. La Constitución, entonces, no solo es un conjunto de normas que tienen una parte orgánica y otra dogmática, también contiene normas de derecho penal sustantivo y adjetivo.

Las facultades de las comunidades indígenas contenidas en la Constitución, permiten caracterizar su jurisdicción, aun cuando legislativamente no se haya desarrollado su contenido:

- a) La jurisdicción indígena es un medio alternativo de solución de conflictos.
- b) Los indígenas resuelven litigios internos, que no pueden restringirse exclusivamente al territorio, sino que su alcance debe determinarse con criterios antropológicos. Los intereses comunitarios traspasan una zona circunscrita y pueden presentarse conflictos inclusive fuera de un espacio físico nacional o internacional.
- c) Las autoridades de pueblos indígenas lo determinan las propias comunidades según sus reglas. La autoridad no puede restringirse a las exigencias establecidas en el Estatuto de Comunas Campesinas, que se limita a la existencia de un Cabildo debidamente inscrito o también a una organización mínima jerárquica.
- d) La competencia por la materia no es determinada. Las autoridades competentes indígenas pueden resolver todos los problemas planteados dentro de su comunidad, indistintamente de su materia.

Las resoluciones judiciales que se adapten a estos principios constitucionales no deben merecer rechazo u oposición de la misma Función Judicial y del Ministerio Público, bajo la falsa premisa de promover una actitud cesionista. Al contrario, los

cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana, Quito, FLACSO Sede Ecuador, 2004, p. 17. Este trabajo examina diversos ejemplos de sistema de derecho indígena y afro-ecuatoriano definidos como “una instancia social y política que tiene poder reconocido para administrar justicia, que posee las normas y los medios para crearlas o cambiarlas, autoridades y mecanismos para escogerlas, procedimientos para arreglar disputas, y un conjunto de sanciones para corregirlas”.

jueces tienen el imperativo constitucional de garantizar los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas o minorías étnicas. El contenido de los derechos colectivos debe ser analizado legislativa y judicialmente para diferenciarlos y especificarlos de forma correcta; más aún, cuando se reconoce constitucionalmente el pluralismo jurídico que incide notablemente en el sistema procesal penal ecuatoriano.

Las posiciones contrarias al ejercicio plural del derecho coinciden con quienes demandan la imperiosa necesidad de crear una Ley de Administración de Justicia Indígena. Recordamos que, siendo importante la ley, la Constitución tiene principios suficientes para que los jueces los apliquen en la administración de justicia.

¿EXISTE CONFLICTIVIDAD ENTRE LA APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA Y LOS DERECHOS HUMANOS?

Los castigos comunitarios, como la flagelación, el uso del azote, el baño en agua fría, la ortiga, la caminata entre piedras dentro de una plaza pública, a veces el uso de insectos o plantas en el cuerpo humano, el fuate, genera en la mayor parte de la población mestiza un rechazo a la sanción comunitaria. El argumento más común es que estos castigos, *prima facie*, son incompatibles con algunos Derechos Humanos. Se puede considerar, por ejemplo, que la flagelación es un acto cruel e inhumano y que el azote es una forma de tortura.⁷ De este modo, incluso se ha calificado a los castigos indígenas como la manifestación de una justicia incivilizada, cruel y deshumanizante.

7. Sentencia número T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia: "...La sanción del fuate, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena Páez. En el primero, se castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado...El fuate consiste en la flagelación con "perrero de arriar ganado", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como una pena degradante que 'humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno', porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al 'escarmiento' público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara la sanción...".

Efectivamente, desde una cosmovisión eurocéntrica de garantismo puede ser que estos niveles punitivos sean observados y calificados de esa manera; y, al contrario, la privación de libertad en cárceles inhumanas y hacinadas se aprecia como una justicia racional y normal.

El desconocimiento de los valores propios del sistema jurídico ancestral, permite catalogar de forma errada a ésta y considerar al sistema ordinario como una justicia más humana.

La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano (1789) protegió exclusivamente a quienes tenían el estatus de ciudadanos. De este modo se consagraron categorías de seres humanos; por ejemplo, no existían salvaguardas para los migrantes o extranjeros. La conocida como Escuela de Salamanca denunció los abusos continuos en contra de los indios latinoamericanos, para sensibilizar al antiguo mundo sobre la necesidad de instaurar el respeto a la dignidad humana de las personas menos favorecidas y en estado de indefensión.

La mirada desde los derechos humanos y su discurso pueden ser retrógrados, xenofóbicos y hasta pueden ser una expresión de poder. Por ejemplo, en relación a la aprobación de la última Declaración de Principios de Pueblos Indígenas en la Organización de Naciones Unidas, países como Colombia, que tienen población indígena, se negaron a suscribir dicho documento a pesar de que en materia Constitucional ha sido Estado adalid en el establecimiento de un verdadero Estado Social de Derecho. Es decir, podemos apreciar dos discursos diferentes en el mismo Estado sobre derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos sometidos a su conocimiento, al igual que Tribunales y Cortes Constitucionales, aplican criterios técnicos para examinar y resolver de forma justa. Por ejemplo, el conflicto ético que atraviesa México con la discusión del derecho al aborto, en el que el Tribunal Supremo de Justicia ha recurrido a criterios científicos que expliquen la época de formación de la corteza cerebral humana para tomar una decisión fundamentada.

Nuestra mirada hacia los derechos humanos será por lo general eurocéntrica y universalizante, mas no relativista y ancestral; prejuicio que eclosionará en una visión imperante de una cultura que minimiza a la indígena, convirtiéndola en salvaje, aborigen e incivilizada.

De ahí que la conflictividad no opera en el atropello a la dignidad humana, sino a una visión de poder monopólico, por lo que será necesario para interpretar su atentado desde una ponderación concreta a la luz de informes antropológicos culturales que auxiliarán al Derecho a ser el medio de justicia y no una herramienta de superposición.

¿POR QUÉ EN EL ECUADOR NO SE CONOCE NI APLICA EL PLURALISMO JURÍDICO?

La cultura jurídica ecuatoriana ha demostrado un desastroso atraso en materia de justicia. Se ha pensado que esta delicada actividad es exclusiva de abogados, que tienen que resolver única y exclusivamente a base de criterios legalistas (sin considerar como norma vigente la Constitución). La concepción del derecho es tan simple que aún no se ha configurado hasta la presente fecha un bloque de constitucionalidad. La ayuda de otras ramas sociales, como es el caso de la Antropología o Sociología, deben ser auxiliares fundamentales en casos complejos, para asimilar que las culturas de otras etnias o grupos humanos fundamentan la diversidad, y que el pluralismo jurídico engrandece y no infama a un verdadero Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Los abogados y abogadas hemos tenido insensibilidad e ignorancia, e incluso tenemos rezagos racistas originados por una educación monista que no ha conciliado con nuestra realidad diversa.

El Congreso Nacional se encuentra conociendo un proyecto de Ley que plantea reformar el Código Penal⁸ y el Código de Procedimiento Penal,⁹ en cuanto a la obligatoriedad de contar con peritajes antropológicos culturales, para decidir en los casos donde confluyan la jurisdicción indígena y la ordinaria. Al parecer los jueces, fiscales y abogados no aplican disposiciones constitucionales o internacionales, sino cuando expresamente se encuentran aquellas disposiciones en una ley secundaria.

La educación y formación en el respeto hacia otras formas de coexistencia y de resolución de conflictos, serán las que generen un nuevo rol y discurso sobre los Derechos Humanos y su relación con la jurisdicción indígena. De lo contrario, se seguirá aplicando el derecho formal que atenta contra una forma racional de convivencia.

Comparto el criterio de establecer reglas mínimas, que son precisamente el punto medio entre un exacerbado relativismo cultural y una posición universalizante, para conciliar posiciones que en el campo práctico se han presentado.

En mi actividad como ex Juez Penal implementamos el principio del agotamiento de soluciones internas en un conflicto indígena, que se había judicializado a través de acciones penales privadas. El mecanismo utilizado para hacerlo efectivo fue el de las audiencias de conciliación, donde previamente acordábamos cumplir las resolu-

8. Proyecto presentado por el diputado doctor Raúl Ilaquiche Licta, el 19 de abril de 2007. Código 28-061.

9. *Ibíd.*

ciones comunitarias emitidas por los cabildos para llegar a una transacción. De este modo se respetaba la jurisdicción indígena y se ponía fin a la disputa presentada ante la justicia ordinaria. También, cuando se trataba de antecedentes procesales que involucraban investigaciones sobre perjuicios a la propiedad privada o comunitaria, recurríamos a acuerdos internos con la intervención del representante del Ministerio Público para efectuar la conversión de acciones; es decir, se procuraba la utilización de la denominada tercera vía, para finiquitar un conflicto donde confluían las dos jurisdicciones.

Las alternativas al derecho penal ordinario, que se caracteriza por un uso excesivo de la punición tradicional, deben respetar y defender el derecho a la vida en lo que sea posible. En culturas como las amazónicas,¹⁰ piénsese por ejemplo en el conflicto Tagaeri-Taromenane, desde una perspectiva antropológica se concluyó que el conflicto obedecía a una venganza, donde los intereses de los madereros eran preponderantes. Insistimos, en los casos de jurisdicción indígena, antes de asumir cualquier medida, el operador de justicia deberá asesorarse y contar con criterios técnicos. La perspectiva tradicional de los profesionales del Derecho, jueces y fiscales no basta.

¿LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO SON COMPATIBLES CON EL SISTEMA ANCESTRAL DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INDÍGENAS?

Los procedimientos consuetudinarios tienen al menos ocho características: a) *Willachina*. Formulación de la petición; b) *Tapuykuna*. Investigación del problema; c) *Chimbapurana*. Denominado careo o entrevista cara a cara; d) *Killpichirina*. Imposición de la sanción; e) *Allichina*. Arrepentimiento del agresor; f) *Kunana*. Consejo al agresor; g) *Paktachina*. Ejecución de la sanción; y, h) *Chisqui Yahsca*. Limpia o purificación al agresor; similares con el sistema acusatorio formal vigente en el derecho positivo ecuatoriano como: los principios generales de intermediación, publicidad, dispositivo, contradicción, oficiosidad para descubrir una verdad histórica, excepcionalidad de la privación de libertad, motivación. En cuanto a las diferencias, el sistema ordinario tiene mucho que aprender de las bondades del sistema ancestral; por mencionar algunas características: el sistema indígena tiene particula-

10. Gina Chávez, Fernando García, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, Quito, FLACSO Sede Ecuador, 2004. “La muerte por adulterio ocurre, por lo general, exclusivamente entre los indígenas debido a las peculiares formas de relación familiar, algunas de las cuales las identificamos en la etnografía. Entre los shuar y achuar las reglas son más estrictas que entre los Kichwas, por lo que los hechos de adulterio, son generalmente vengados con la muerte de la pareja adúltera, sin que les sean con- vincentes medidas alternativas como la separación de la pareja”, p. 175.

ridades educativas, reivindicatorias, purificadoras y resocializadoras, todo esto, dentro del contexto, para lograr un equilibrio comunitario.

En relación a otro principio, fundamental en el derecho positivo, el de legalidad, no tiene parangón en el derecho indígena. Sin embargo, no cabe duda que los dos sistemas tienen que convivir. El derecho positivo no debe limitarse a ser considerado como un catálogo preestablecido, sino que debe dar respuesta a exigencias sociales. De alguna manera, el derecho ancestral tiene rasgos de derecho positivo en cuanto las comunidades indígenas, a través de los Cabildos, llevan consigo libros de actas de juzgamiento.¹¹

Por lo tanto, los sistemas indígenas y ordinarios no son incompatibles. Las diferencias existentes son más el reflejo del desconocimiento del Derecho. En el fondo, lo importante es la paz social con justicia, que es una aspiración de una realidad que es diversa, y los mecanismos existentes no son más que medios para lograr este objetivo.

El enfrentamiento de estas dos jurisdicciones en el campo práctico fue puesto en debate ante el Tribunal Constitucional del Ecuador en el año 2004, cuando se presentó una demanda de competencia¹² entre la jurisdicción ordinaria y la indígena por el caso “La Cocha”, que lastimosamente por requisitos formales fue inadmitida, pero adicionalmente se presentó un proyecto de Ley¹³ que reformaría la Ley Orgánica de Control Constitucional otorgando competencias al organismo constitucional para *dirimir la competencia en conflictos que se produjere entre la jurisdiccional nacional ordinaria y la jurisdicción especial de los pueblos indígenas, aplicando el principio de interpretación intercultural y de la diversidad cultural*.

OBLIGACIONES DE LOS TITULARES DE LA JURISDICCIÓN EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

El ejercicio jurisdicción, en la tramitación de causas donde se involucra intereses particulares, implica la expedición de resoluciones y el cumplimiento de obligaciones, frente a una sociedad que tiene el derecho de demandar un servicio de justicia

-
11. Hans Jürgen Brandt, Rocío Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El Tratamiento de conflictos. Un estudio de actas en 133 comunidades*, Lima, Instituto de Defensa Legal, IDL, 2006.
 12. Art. 276 num. 6 de la Constitución Política del Ecuador: “Competerá al Tribunal Constitucional: Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución”.
 13. Proyecto de Ley número 25-472 presentado por el ex Diputado de la provincia de Cotopaxi señor Jorge Guamán Coronel con fecha 22 de septiembre de 2004. Este proyecto no ha sido discutido hasta la presente fecha.

eficiente y óptima. Ningún funcionario público se encuentra exento de responsabilidades por el incumplimiento de sus funciones.¹⁴

Ahora nos preguntamos: ¿quién responde por un ejercicio jurisdiccional ancestral que yerre en sus resoluciones o a su vez que menoscabe derechos o reglas mínimas que señalamos en el acápite anterior, o que exista abuso de las facultades y extralimitación de su ejercicio?

Estos interrogantes se presentan cotidianamente. Es necesario que exista, en primer lugar, un mecanismo de salvaguarda que permita establecer los límites de la jurisdicción indígena, que tienen ya un marco constitucional,¹⁵ compatibilizarlos con los instrumentos internacionales y las prácticas consuetudinarias; además, que proteja la visión indígena de la asimilación eurocéntrica de concepción del derecho, y que procure un equilibrio comunitario y social. De igual modo, este organismo, al reconocer la visión pluricultural, debe procurar un equilibrio entre los derechos, las obligaciones y las responsabilidades.

La horizontalidad de los derechos humanos exige su respeto entre particulares y no necesariamente en la relación de estos con el Estado, de ahí que inclusive aunque no se reconozca la calidad de las autoridades indígenas, éstas deben someterse al principio de responsabilidad por sus acciones y omisiones; al respecto Félix Ermacora manifiesta textualmente: “desde hace mucho ha dejado de tener vigencia el principio según el cual exclusivamente del Estado es obligado por los derechos fundamentales y los derechos humanos. Incluso en las primeras declaraciones de derechos ya se conminaba al individuo a la tolerancia con respecto a sus congéneres. No solo personas naturales, sino también asociaciones de personas naturales, que no son portadoras de poder público, por ejemplo, los partidos políticos, están obligados por los derechos fundamentales”.¹⁶

En una ocasión, algunos miembros de la comunidad Tigua, en la provincia de Cotopaxi, solicitaron una especie de veeduría del Juez Primero de lo Penal de Cotopaxi a la administración de justicia indígena, bajo el argumento de que la comunidad no confiaba en las autoridades del cabildo que habían sido acusadas de persecución partidista. En ese *sui generis* pedido, el juez se vio limitado por la jurisdicción ordinaria, que se caracteriza por ser imparcial e independiente; si intervenía, el juez se involucraba en un conflicto que podía tener visos de investigación penal.

14. Constitución Política del Ecuador, art. 20 y art. 120.

15. *Ibid.*, art. 24 y 191.

16. Luis Villar Borda, *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosófica del Derecho, No. 9, 1998, 1a. ed., pp. 43-44.

Los lineamientos para determinar las obligaciones del juez penal y las relaciones entre jurisdicción indígena y ordinaria, pueden ser:

- a) La homologación del nombramiento de las autoridades indígenas con el de los jueces ordinarios. Hay que considerar que el nombramiento de autoridades indígenas se lo hace de acuerdo a sus normas y costumbres y es totalmente distinto de las autoridades ordinarias, en donde interviene el Consejo Nacional de la Judicatura y las Cortes Superiores.
- b) La responsabilidad civil por daños y perjuicios, que contiene el Código de Procedimiento Civil, debe evitarse en relación a los jueces indígenas, puesto que, además de ser un procedimiento tedioso y oprobioso, puede servir de chantaje.
- c) La responsabilidad de los indígenas con competencias jurisdiccionales puede derivarse de la Constitución, cuando se demande un servicio deficiente.¹⁷ La apertura de un juicio administrativo, que tenga por finalidad establecer la responsabilidad comunitaria, no debe tener como consecuencia la sanción con indemnizaciones pecuniarias, como las que tenemos en nuestro contexto occidental. Las sanciones deben ser alternativas, considerando el entorno; por ejemplo, pueden ser la reivindicación del honor mancillado, la restitución de los bienes perdidos, la devolución de lo entregado y una pública disculpa en el interior de la comunidad indígena.
- d) La justicia ordinaria debe integrar, en casos especiales donde se trate el tema indígena, a peritos antropólogos culturales que determinen si la sanción impuesta o procedimiento considerado, no son compatibles con las costumbres acatadas al interior de la comunidad indígena.
- e) Las garantías constitucionales, tales como el amparo constitucional y el hábeas corpus (este último que debe ser judicializado, quitando la competencia a la esfera administrativa municipal, y que comprenda, además, el conocido como recurso de amparo de libertad), se debe aplicar también para controlar la constitucionalidad de la justicia indígena, y deben contar con la asistencia de peritos antropólogos culturales.
- f) Las reconocidas facultades de la jurisdicción indígena no pueden ser abusadas ni contrarias a un Estado Constitucional Democrático de Derecho. No sería tolerable, por ejemplo, la desaparición de personas en manos de autoridades indígenas o la tortura despiadada sin respeto a las costumbres ancestrales; en estos casos no es admisible el argumento de aplicación de las normas propias

17. Constitución Política del Ecuador, art. 20.

de las comunidades. Por citar un caso. En la provincia de Tungurahua, en la comunidad de Pilahuín, desaparecieron personas. A éstas, según se conoce, se les acusa de un presunto delito contra la propiedad. Ante este tipo de sucesos nadie debe cruzarse de brazos y tampoco tolerarse la indiferencia de las autoridades ordinarias, argumentando que no pueden hacer nada por tratarse de jurisdicción indígena.

- g) El sistema ordinario no puede, por peligroso y dañino, ser utilizado como un recurso de venganza por parte de quien obtuvo una resolución desfavorable en el sistema indígena. Por ejemplo, utilizar la figura del plagio para solucionar conflictos internos. Lo único que se logra es agravar las situaciones.
- h) No conviene criminalizar a las personas a través del conflicto penal. Quienes hemos ejercido la judicatura conocemos que mientras más contienda generemos a través del uso de la justicia penal, menos armonía en la comunidad logramos. Se debe utilizar medios reparatorios que devuelvan tranquilidad y armonía al interior de una comunidad.

Me parece que con estos principios podemos dar respuesta, en términos genéricos, a la comprensión del Derecho indígena, y queda pendiente el aprender de su sistema, que curiosamente se puede vislumbrar en las etnias europeas, asiáticas o latinoamericanas: diálogo, consejo, reparación, educación, resocialización, armonía, equilibrio y paz interna.

No hay que perder de vista que en estos enfoques va enraizado una responsabilidad del Estado ecuatoriano, que debe empeñarse en garantizar la seguridad jurídica de todos los ecuatorianos, ya indígenas, ya mestizos, ya negros, ya amazónicos. Si el Estado opta por ser intervencionista en las actividades económicas y regulador monopolizador en los servicios, debe responder por sus falencias e inoperancias.

El verdadero diálogo intercultural parte del reconocimiento, en toda su magnitud, del pluralismo jurídico, y de las consecuencias en cuanto a derechos y responsabilidades.

Estudio de los aspectos teórico-prácticos del delito de trata de personas con fines de explotación sexual y su prueba en el proceso penal acusatorio

*Bolívar Augusto Espinoza Astudillo**

El delito de trata de personas es considerado como un tema de interés actual para la sociedad, en vista de que se encuentra catalogado como la nueva forma de esclavitud moderna; el entender que el término “trata” el término oficial utilizado por Naciones Unidas para hacer referencia al comercio de seres humanos y a la explotación por parte de terceros a estos, especialmente en los ámbitos: sexual, laboral, militar, religioso e incluso familiar, ha permitido que nuestro país, debido a los compromisos adquiridos con la comunidad internacional, adopte el principio de la *debida diligencia* para implementar políticas destinadas a la prevención, persecución y protección en esta clase de delito; y que cada vez su estudio y conocimiento general se debe incrementar para evitar que existan más víctimas de un delito de lesa humanidad, como está considerado la trata de personas.

FORO

La trata de personas está considerada por la Corte Penal Internacional, como delito de lesa humanidad, es una figura jurídica novísima en la legislación interna del país; su estudio es de vital importancia, por cuanto la persecución penal permitirá lograr una efectiva sanción contra el crimen organizado, reflejado a través de las redes que reclutan a menores de edad en el país para ser explotados. La perspectiva de este delito como tal, se refleja en los orígenes del término “trata”, el mismo que se empleaba en la época medieval, dentro del contexto de la lucha entre los reinos cristianos y musulmanes, en la que las personas adquirirían una categoría de mercancía y eran llevadas de un lugar a otro para su compraventa; actualmente y pese a las

* Secretario Titular de la Unidad de Delitos Sexuales y Trata de Personas, Ministerio Público de Pichincha.

confusiones de la comunidad internacional a través del Protocolo de Palermo precisa una definición de lo que es trata de personas, entendiéndose como:

La trata de personas significará el reclutamiento, transporte, transferencia, albergue o recepción de personas, mediante amenazas o el uso de la fuerza u otras formas de coerción, abducción, fraude, decepción, abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad o de la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que tiene el control sobre otra persona, con el propósito de explotación. La explotación deberá incluir, como mínimo, la explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas afines a ella, servidumbre o la extracción de órganos.¹

El *nomen juris* “trata” es utilizado oficialmente por parte de las Naciones Unidas; y, por ende por los países que forman parte de ésta en sus legislaciones internas. La trata de personas en general se presenta de dos maneras: a) La interna: que consiste en el momento que la víctima es trasladada desde su lugar de origen hasta otro lugar, dentro de su país, es decir no cruza las fronteras; y, b) La externa: cuando la víctima sale de su país con destino a otro, con el fin de ser explotada.

La trata de personas no presenta como único el mecanismo de explotación sexual, sino, otros más; así lo sostiene la Alianza Global contra la Trata de Mujeres, que en sus siglas en el idioma inglés se precisa GATA.; entre estos tenemos: a) El laboral: que sus sectores de explotaciones encuentran en las fábricas, minas, trabajos agrícolas, pesca, bananeras. b) El sexual: que dentro del más común, la prostitución forzada, prostitución infantil; turismo sexual, matrimonios serviles; c) militar: que se refleja a través de los soldados cautivos, niños soldados, mensajeros; d) servidumbre: mendicidad, de la práctica religiosa, y el trabajo doméstico; y, e) la práctica esclavista: reflejada a través del embarazo forzoso; vientres de alquiler y la adopción ilegal.

Si bien es cierto el elemento tipo penal, como tal, se encuentra previsto en la legislación de manera que permite una correcta aplicación del principio de legalidad. El art. 528.11 del Código Penal tipifica, dentro del título de explotación sexual, lo que es la *trata de personas* con estos fines (explotación sexual), lo sanciona de la siguiente manera:

El que promueva, induzca, participe, facilite o favorezca la captación, traslado, acogida, recepción o entrega de personas recurriendo a la amenaza, violencia, engaño o cualquier otra forma fraudulenta con fines de explotación sexual, será reprimido con reclusión

1. Elaine Pearson, “Manual de Derechos Humanos y Trata de Personas”, G.A.A.T.W., 2003, p. 38.

mayor ordinaria de ocho a doce años. Si la víctima fuere una persona menor de dieciocho años de edad, se aplicará el máximo de la pena.²

Dentro de los medios de ejecución del delito se determina que en la mayoría de los casos las víctimas son atraídas por las promesas de dinero, de trabajos bien remunerados y en alguna de las veces por educación, sin saber que al acceder a estos, incursionan en la tercera mafia más grande, después del tráfico de drogas y del comercio de armas. La víctima inocentemente es reclutada por agencias de empleos, las que tienen listo todo el papeleo posteriormente, tras que la víctima es insertada en el “empleo”; se da la intimidación, el temor por parte del tratante para con ésta, a fin de explotarla. Los medios utilizados para la reclutación y captación, son: la prensa escrita, rótulos, avisos publicitarios; y, el más efectivo medio de publicidad que lo hace el tratante por su propia cuenta dando a conocer su mal llamado “éxito” en determinados tipos de trabajo –me refiero a la captación que se hace a las menores ingenuas, a través de sus mejores amigas.

La trata de personas opera especialmente en los niños, niñas y adolescentes; por cuanto factores determinantes como: la pobreza que eleva la vulnerabilidad del menor, incita a éste a buscar “fuentes de ingresos” para solventar a su familia; la inequidad hacia las mujeres niñas, por la sociedad machista en que vive el mundo actual, las reducen a ser objetos o bienes, que alcanza la categoría de mercancía; la baja tasa de inscripción escolar que permite al tratante convencer a los menores con vidas mejores, se aprovechan estos del analfabetismo en vista de que la víctima no sabe lo que está pasando y piensa que el ser explotada es normal. La falta de registro de nacimiento, permite evadir a las autoridades, y crear sistemas de identificación falsos lo que beneficia rotundamente al tratante al momento de explotar a la víctima.

Dentro del estudio, se determina quién es el sujeto activo de la infracción que en la mayoría de las ocasiones no es uno, sino varios, que cooperan dentro del *iter criminis*. Frecuentemente son unos los encargados de reclutar, otros encargados de trasladarlos y acogerlos; y, otro el de explotarlas, denominado “tratante”. Las víctimas de este delito, personas menores de edad, que en su mayor proporción son mujeres, según datos de las denuncias en el Ministerio Público contabilizadas en el año 2006.

Es necesario determinar los elementos constitutivos del delito para su persecución, así como los normativos; por esta razón el traslado, reclutamiento, privación de la libertad de la víctima; recepción, y la explotación permitirá una idea clara de cómo perseguirlo.

2. Corporación de Estudios y Publicaciones, *Código Penal, Legislación Conexa y Concordancias*, 2006, p. 101.

La normativa interna, sanciona con una pena de reclusión ordinaria de seis a nueve años y el comiso de los bienes, en caso de explotación sexual a las víctimas menores de edad, por este delito; en caso de que la víctima sea menor de catorce años se sanciona con la reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años.

Como elementos adicionales, existen circunstancias agravantes que no modifican la pena previstas en el art. 30.1 del Código Penal; y, las modificatorias a la pena en el art. 528.14 *ibíd.*

La doctrina ha determinado que el bien jurídico protegido en esta clase de delitos, no es únicamente la libertad sexual como tal, sino la libertad que tiene la víctima para realizar su trabajo, es decir, que al realizar cualquier actividad laboral sin que ésta sufra explotación alguna por parte del sujeto activo de la misma, de allí la importancia de enfocar una correcta investigación, a fin de determinar claramente cómo el agente fiscal, en calidad de operador de justicia, fundamentará su acusación.

La Constitución Política del Estado prevé la jerarquía que presenta el “Protocolo de Palermo”; y, demás instrumentos internacionales, ratificados por el país sobre sus normas; el mantener claro aquellos instrumentos internacionales que abordan esta temática, permitirá al profesional del Derecho comprender la magnitud de este delito; entre estos tenemos: A) La Convención de la ONU contra la Delincuencia Organizada Transnacional; B) Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena; C) Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores; D) Convención sobre los Derechos del Niño; E) Estatuto de Roma de la Corte Penal; F) Convenio No. 182 de la OIT; sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil; G) Convención de la Haya sobre aspectos civiles del secuestro Internacional de Niños; H) Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores; I) Convención Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos; J) Convenio Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1990; K) Convención contra la Tortura y demás Tratamiento o castigo cruel, inhumano o degradante; L) Convención sobre la Esclavitud; M) Convención Complementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, Comercio de Esclavos y las Instituciones y Prácticas análogas a la Esclavitud.

Dentro de los Protocolos Facultativos tenemos tres que son los principales: 1. El Protocolo Opcional para la Convención de los Derechos del Niño, sobre venta de menores, prostitución infantil y pornografía infantil; 2. Protocolo de Palermo; y, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía.

El ejercicio de la acción penal de instancia oficial, le corresponde únicamente al Ministerio Público; y, por cuanto este delito es de acción pública, su conocimiento y persecución le corresponde a éste; diversas formas son por las que se puede iniciar

un proceso penal como tal a través de una denuncia, de un parte informativo; y, de oficio.

Las etapas procesales por las cuales tiene que seguir un proceso son: que si bien es cierto la indagación previa no es considerada como etapa, pero sí como un trámite pre-procesal, donde el agente fiscal en coordinación con la Policía Judicial recoge todos los elementos de convicción necesarios para justificar materialmente el delito; posteriormente sigue la primera etapa del proceso que es la instrucción fiscal, que tiene una duración de noventa días; tras ésta la etapa intermedia, en la que se determina si el imputado es llamado a juicio o sobreseído; la etapa de juicio en la que el agente fiscal, así como los sujetos de la relación procesal presentan la prueba; y, la etapa de impugnación donde a través de los recursos que determina la ley, las partes pueden interponer a la sentencia emitida por el Tribunal.

Dentro de esta investigación se han precisado las diversas diligencias que practicadas se ajustan a la realidad procesal, para justificar el delito de trata de personas con fines de explotación sexual, así se acredita la materialidad como la responsabilidad de la infracción, cuya correcta y adecuada práctica permitirá lograr una sentencia en un Tribunal Penal.

De la asistencia a la víctima del delito de trata de personas; así como de la acogida que se le brinde, dependerá el éxito para el agente fiscal en la etapa de juicio, cuando aquella rinda su testimonio.

Uno de los principales deberes del Estado es la protección de la integridad de los ciudadanos; y, una de las formas de protegerlos es mediante el establecimiento de sistemas penales, que permita lograr una protección integral, que consiste en utilizar un conjunto de políticas a cargo del Estado para las víctimas, que no solo se limitan en la protección y atención mientras dura el proceso, sino también su reinserción como un sujeto productivo en la sociedad, mediante la implementación de modelos de intervención interdisciplinarios y fundamentados en la cooperación interinstitucional de diversos organismos e instituciones responsables.

El gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, para obtener efectivos resultados en la persecución penal del delito de trata de personas, ha utilizado la denuncia en esta clase de delito, para brindar protección a la víctima o testigo bajo la premisa: “Si no hay denuncia, no hay protección”.³

Tal es así que se publicó en el año 2000, la ley (Trafficking Victims Protection Act of 2000 T.V.P.A.), que al español significa: *Ley de Protección a Víctimas y Testigos de la Trata de Personas*, la misma que dentro de su normativa precisa que solo si la

3. Organización Internacional para las Migraciones, *Protección a Víctimas y Testigos de la Trata de Personas: Conceptos, debates y lecciones aprendida*, p. 21.

víctima denuncia ante las autoridades este delito, es elegible para recibir distintos beneficios del Estado, tales como vivienda, asistencia legal, apoyo psicológico, enseñanza del idioma inglés y planeación de la carrera profesional de la víctima, entre otros beneficios, es más prevé la creación de la visa “T”, en el que se otorga la posibilidad de que la víctima pueda permanecer en Estados Unidos por tres años con permiso de trabajo y acceso directo a los servicios estatales como cualquier residente dentro del país.

Con este antecedente, es necesario determinar, de qué manera funciona esta garantía constitucional que le corresponde al Estado en nuestro país, en lo que respecta a la protección de las víctimas, testigos y demás participantes dentro del proceso penal. Al respecto la Carta Magna en su art. 219 inc. Cuarto dispone: “velará por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal”;⁴ el art. 118 del Código de procedimiento penal ecuatoriano, dispone: “Los testigos tendrán derecho a la protección del Ministerio Público para que se garantice su integridad personal, su comparecencia a juicio y la fidelidad de su testimonio”.⁵

El Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y demás Participantes en el Proceso Penal, publicado mediante Registro Oficial No. 671 de 26 de septiembre de 2002, determina en el art. 3, numeral tres, la definición para la aplicación de esta normativa de lo que se entiende por víctima: “Es el sujeto pasivo del delito o la persona que sufre de manera directa los efectos”.⁶

Éste es el único instrumento que en materia de protección existe en el país, Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Demás Participantes en el Proceso Penal, sobre el cual se deciden y se resuelven distintos requerimientos propuestos a través del formato único de requerimiento de protección, el cual consiste en una narración sucinta del hecho materia de la investigación, generales de ley, requerimientos por parte del solicitante, así como un detalle de la amenaza que éste está siendo víctima.

El Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y demás participantes en el Proceso Penal, prevé en el Capítulo Primero que: “Serán objeto del Programa de Protección y Asistencia a las víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal, así como sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, cuando requieran protección y asistencia”.⁷

4 . Corporación de Estudios y Publicaciones, *Constitución Política de la República del Ecuador*, p. 50.

5 . Corporación de Estudios y Publicaciones, *Código de Procedimiento Penal*, p. 22.

6 . Registro Oficial No. 671, *Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y demás participantes en el Proceso Penal* de 26 de septiembre de 2002, art. 3.

7 . *Ibíd.*, art. 1.

En el Capítulo IV del referido instrumento legal, se dispone la estructura orgánica del programa, para lo cual se determina:

Art. 4. Para el desarrollo y aplicación del programa se establece la siguiente estructura organizacional:

- El Consejo Superior,
- El Departamento de Protección y Asistencia; y,
- Las Unidades regionales del programa.⁸

Art. 5. El Consejo Superior estará conformado de la siguiente manera:

- a) El Ministro o la Ministra Fiscal General; quien lo presidirá;
- b) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia o su delegado;
- c) El Ministro de Gobierno o su delegado;
- d) El Ministro de Economía y Finanzas o su delegado; y,
- e) El Procurador General del Estado o su delegado.

Actuará como Secretario del Consejo Superior, el Director Nacional de Política Penal del Ministerio Público.⁹

Dentro de las funciones del Consejo, se prevé:

- a) Proponer y aprobar las políticas generales de protección y asistencia;
- b) Preparar proyectos, planes y programas de atención a quienes lo requieran;
- c) Dar asistencia técnico-científica a los organismos operativos del programa;
- d) Formular las políticas generales del programa;
- e) Crear las unidades administrativas;
- f) Resolver sobre las solicitudes de incorporación, reincorporación y de exclusión del programa de los protegidos.¹⁰

A continuación; y, con sujeción a lo dispuesto en el Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a víctimas, Testigos y demás Participantes en el Proceso Penal; precisaremos el procedimiento a seguir para requerir protección dentro de este programa.

Para acceder a ser beneficiario de la protección, se debe cumplimentar determinados requisitos como:

8. *Ibid.*, art. 4.

9. *Ibid.*, art. 5.

10. *Ibid.*, art. 6.

1. Llenar el formato único de requerimiento de protección diseñado y divulgado por el Departamento de Protección y Asistencia del Ministerio Público.
2. Evaluación por el Departamento de Protección y Asistencia, dentro del término máximo de quince días.
3. Someter a conocimiento del Consejo Nacional de su decisión de incorporación al programa.

Dentro de los tipos de protección de los cuales puede ser beneficiado una víctima son:

Art. 16: Son dos tipos de protección:

La Regular: respecto de la cual se debe cumplir el procedimiento establecido en los artículos precedentes; y,

La Inmediata: que en atención a la circunstancia inminente de riesgo será provisional y sin procedimiento alguno, debiendo convalidarse con posterioridad a su otorgamiento.¹¹

La Protección a Víctimas y Testigos de la Trata de Personas, específicamente establece:

El principio de la debida diligencia, dispone que los estados que asumieron el compromiso contra la lucha de la trata de personas, como lo es Ecuador; y, mucho más suscriptores del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la trata de Personas, especialmente Mujeres y Niñez, denominado el “Protocolo de Palermo”, dispone importantes deberes y obligaciones del Estado suscriptor, con la relación especialmente en la protección a las víctimas de la trata de personas.

Un estudio realizado por la Organización Internacional para las Migraciones, (OIM), determina este tipo de información a fin de que sea incorporada dentro de los procesos judiciales; y, se obliga a los Estados partes adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad de las víctimas especialmente en esta clase de delito, que está considerado por la Corte Penal Internacional, como uno de lesa humanidad.

Medidas Relativas a la Protección: artículo 6 del Protocolo para Prevenir, Reprimir, y Sancionar la trata de personas, especialmente Mujeres y Niños, de 2000

Asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas:

1. Cuando proceda y en [la] medida que lo permita su derecho interno, cada Estado Parte protegerá la privacidad y la identidad de las víctimas de la trata de personas, en particular, entre otras cosas, previendo la confidencialidad de las actuaciones judiciales relativas a dicha trata.

11. *Ibid.*, art. 16.

2. Cada Estado Parte velará porque su ordenamiento jurídico o administrativo interno prevea medidas con miras a proporcionar a las víctimas de la trata de personas, cuando proceda:

- a) Información sobre procedimientos judiciales y administrativos pertinentes.
- b) Asistencia encaminada a permitir que sus opiniones y preocupaciones se presenten y examinen en las etapas apropiadas de las actuaciones penales contra los delinquentes sin que ello menoscabe los derechos de la defensa.

3. Cada Estado parte considerará la posibilidad de aplicar medidas destinadas a prevenir la recuperación física, psicológica y social de las víctimas de la trata de personas, incluso cuando proceda, en cooperación con ONGs, otras organizaciones pertinentes y demás sectores de la sociedad civil; y, en particular mediante el suministro de:

- a) Alojamiento adecuado.
- b) Asesoramiento e información, en particular con respecto a sus derechos jurídicos, en un idioma que las víctimas de la trata de personas puedan comprender.
- c) Asistencia médica, psicológica y material.
- d) Oportunidades de empleo, educación y capacitación.

4. Cada Estado parte tendrá en cuenta, el aplicar las disposiciones del presente artículo, la edad, el sexo y las necesidades especiales de las víctimas de la trata de personas, en particular las necesidades especiales de los niños, incluidos el alojamiento, la educación y el cuidado adecuados. Cada Estado parte se esforzará por prevenir la seguridad física de las víctimas de la trata de personas mientras se encuentren en su territorio.

5. Cada Estado parte velará porque su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.¹²

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos humanos de las Naciones Unidas, OACDH, estableció los Principios y directrices recomendados sobre los derechos humanos y trata de personas. En dicho documento se recomienda a los Estados evitar de cualquier forma que las víctimas de trata de personas sean procesadas o detenidas por encontrarse en el país de destino de forma ilegal. Otra recomendación fundamental que busca superar el dilema respecto a la protección supeditada a la denuncia, plantea lo siguiente: la protección no estará subordinada a que las víctimas de la trata de personas puedan o quieran cooperar en un procedimiento judicial.¹³

De esta manera, se determina que la trata de personas, a través de sus diversos mecanismos de explotación es una actividad, resultado del crimen organizado, que tiene consecuencias graves en nuestra sociedad; y, que es la nueva forma de esclavi-

12. Organización Internacional para las Migraciones, *Protección a Víctimas y Testigos de la Trata de Personas: Conceptos, debates y lecciones aprendidas*, Bogotá, OIM, p. 18.

13. *Ibíd.*, p. 19.

tud del siglo XXI; la rentabilidad financiera que percibe el tratante de la explotación de la prostitución ajena, permite que empiecen a aparecer complejas formas de blanqueo de dinero en algunos casos interno y en la mayoría de estos externo.

Los operadores de justicia en su accionar deberán comprender que la víctima de este delito no muchas veces aparece como denunciante o testigo, es muchas veces a quien le corresponde el papel de investigador ir tras de ella.

BIBLIOGRAFÍA

Código penal, legislación conexas y concordancias, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

Espinoza, Bolívar, “Estudio de los aspectos teórico-prácticos sobre la persecución penal del delito de trata de personas con fines de explotación sexual, en la ciudad de Quito, desde la reforma al Código penal; y, su prueba en el proceso penal acusatorio”, Quito, 2006.

Organización Internacional para las Migraciones, “Protección a víctimas y testigos de la trata de personas: conceptos, debates y lecciones aprendidas”, Bogotá, OIM.

Pearson, Elaine, *Manual de derechos humanos y trata de personas*, Bogotá, Ed. G.A.A.T.W., 2003.

Registro Oficial No. 671, Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Demás Participantes en el Proceso Penal. Reglamento del Programa de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Demás Participantes en el Proceso Penal, de 26 de septiembre de 2002.

Ramiro Ávila Santamaría
(coord.), *LOS DERECHOS
SOCIALES. DEL ACCESO A LA
INFORMACIÓN A LA JUSTICIA-
BILIDAD*, Quito, Centro de
Derechos Humanos de la
PUCE, 2007, 168 pp.

por Juan Pablo Aguilar
Andrade*

En los años veinte del siglo pasado, cuenta Arthur Koestler en sus memorias, muchos jóvenes ansiosos de participar en lo que parecía la construcción del futuro, viajaban desde toda Europa hacia la Unión Soviética. Eran tiempos de euforia y utopía, dice Koestler, y para dejar en claro el optimismo que nacía de creer que una nueva sociedad, justa y solidaria, se encontraba a la vuelta de la esquina, cuenta que cuando accedió a prestarle una cantidad de dinero a una chica que conoció en el tren, ésta le dijo con toda seriedad: te advierto que solo podré devolverte el

dinero cuando triunfe la revolución mundial, o sea dentro de uno o dos años.

Casi un siglo después ya nadie espera la revolución mundial, y al doblar la esquina no encontramos el mundo nuevo; nos estrellamos con trágicas dictaduras burocráticas y sistemas de opresión, tanto o más refinados que los que pretendíamos dejar en el pasado. Acumular derrotas y ver morir los proyectos, sin embargo, no mata la utopía. Algo hay que la mantiene viva; tal vez esta certidumbre de vivir en medio de lo irracional, en una sociedad que condena a sus niños al abandono, la mendicidad o la muerte; que rinde culto a la productividad y a la eficiencia, pero sacrifica en su nombre nuestras relaciones personales; que pretende vivir mejor a costa de agotar cualquier posibilidad de vida futura; que recluye a los viejos por improductivos y ve con recelo a los diferentes; que considera lo femenino como sinónimo de subordinado y convierte a ocultar quiénes somos en el único camino para evitar el rechazo; que, en fin, reduce todo a mercancía y no reconoce más valores que los que pueden registrarse en las contabilidades.

Hay quienes prefieren no verlo y se sumergen mansamente en el absurdo cotidiano: “una cosa rara es que el horror pierde su espanto cuando se repite mucho”, dice Michael Ende en la *Historia Interminable*. Pero el horror existe y, por primera vez, lo que está en juego no es un modelo distinto de organización social, sino la vida o la muerte de nuestros hijos y de nuestros nietos. Ya no nos toca escoger entre lo nuevo y lo viejo, sino entre la supervivencia o la extinción de la especie.

* Docente de Derecho Administrativo, PUCE y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Pero la gravedad del asunto no se compadece con el limitado espectro de nuestras posibilidades. Ese destruir la injusticia y sobre sus escombros construir la nueva sociedad, resultó ser más complicado que lo que anunciaban los discursos.

Si algo nos enseñó el siglo XX es que el tema no pasa por un cambio de gobierno, por leyes diferentes o por la utilización del aparato del estado para otros fines. El poder puede cambiar de manos, pero no de naturaleza, y esa naturaleza le empuja inevitablemente a imponerse, reproducirse y consolidarse; y mientras más concentrado esté más peligro existe de que viva por sí y para sí, que excluya y segregue, que no vea a la sociedad como un conjunto de personas libres, sino como una masa obediente.

Un mundo nuevo, tolerante y sin exclusiones, no puede basarse en el poder sino en los lazos de comunidad, en una vida verdaderamente democrática, que permita la participación activa de todos en aquello que a todos interesa. No es desde arriba, por mandato de los vencedores, cómo se construye la nueva sociedad, sino desde el convencimiento y la libre aceptación de cada uno de nosotros. Así como el árbol está ya en la semilla, una sociedad libre y democrática no puede surgir de la imposición y el autoritarismo; tiene que construirse con libertad y democracia, desde aquí y desde ahora, en el ser diferentes y en el hacer las cosas de manera distinta; en el vivir ya, pese a las limitaciones que el presente nos impone, nuestros proyectos alternativos.

Por eso el mundo solo cambia trabajosamente y en los hechos, nunca por decreto. Por eso un nuevo ordenamiento jurídico, por innovador que sea, puede darnos instrumentos, pero nunca modificar mágicamente la terca realidad; los textos legales no son fórmulas mágicas sino elementos que permiten construir una argumentación; su realidad depende, no de lo que pensó el legislador al momento de redactarlos, sino de la forma en que son interpretados, entendidos, cumplidos y aplicados... o ignorados.

Las normas y los principios no se juegan en el papel que los contiene, sino en eso que Tarello llamaba batallas prácticas. La aplicación del derecho no es un problema técnico de entendimiento de las normas, sino un campo de batallas prácticas en el que se expresan intereses contradictorios y se juegan derechos y libertades, proyectos sociales que pueden contribuir a la emancipación humana o consolidar el dominio de unos sobre otros.

A partir de estas ideas puede entenderse la importancia de textos como los que, reunidos en un volumen, nos presenta el Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad, libro que viene acompañado por un manual de uso del derecho de acceso a la información

contribuye al mejor conocimiento del tema que analiza, porque tiene un enfoque contrario al común en los textos jurídicos: no se concentra en disquisiciones teóricas, ni elabora proyectos de normas, ni mundos perfectos incapaces de salir del cielo de las ideas, sino que da testimonio de una práctica y de la construcción, a partir de ella, de realidades distintas.

En una sociedad acostumbrada a la palabra fácil y al decir bonito, a las promesas vacías y a las revoluciones de papel, este libro se juega por el hacer como forma privilegiada de decir y como posibilidad única de cambiar. El resultado: poco ruido y muchas nueces.

Creo que el principal mérito del texto o, mejor, de los textos que se reúnen en “Los derechos sociales, del acceso a la información a la justiciabilidad”, es que no son lo que tradicionalmente se concibe, al menos en nuestro medio, como académico. En nada se parecen a ese fácil juzgar el mundo desde afuera, imparcial y fríamente, disparando críticas o recetando soluciones desde la comodidad de un escritorio.

Este libro surge de la práctica, del tomar partido, del mancharse en el lodo de la realidad, del entender que el mundo no está hecho de negros y blancos sino de una multitud de grises; no inventa doctrinas sino que trata de responder preguntas concretas, de plantear posibles soluciones a problemas reales, de teorizar a partir de una práctica y de corregir lo pensado sobre la base de lo vivido.

Es un libro metido en la vida y, por eso, hecho con sus mismos materiales, con logros cotidianos y derrotas constantes, con grandes callejones sin salida y pequeñas luces al final del túnel, con la sencillez del que deja que el camino le enseñe sus verdades y no pretende entregarnos las conclusiones definitivas de los sabios pomposos.

Decía que el problema no está en los textos legales sino en el uso que podamos hacer de ellos en las batallas prácticas. La publicación que comentamos es un testimonio de eso. De ella pueden extraerse, sin duda, propuestas posibles para mejorar la forma en que nuestro ordenamiento jurídico regula el acceso a la información y la justiciabilidad de los derechos sociales; pero esas posibles reformas, que son el centro de atención de muchos, pasan a un segundo plano frente a lo que, a lo largo de casi doscientas páginas, se convierte en esencial: cómo luchar por esos derechos y hacerlos efectivos aquí y ahora, con las posibilidades y las limitaciones que tenemos, sin postergar las cosas hasta el imposible día en que un sabio legislador nos regale el texto perfecto.

El prólogo con el que Pablo Ortiz García abre el libro es una buena muestra de la forma en que sus autores pueden contagiarnos con su implícito reclamo de participación democrática y con su invitación a emprender necesarias batallas prácticas

contra el poder. El prólogo, además, introduce en el libro una nueva sensibilidad: la de quienes podemos ver, valorar y entender los derechos humanos desde la experiencia de una generación, formada entre el velasquismo y los regímenes militares. No dudo que esta experiencia vital es la culpable de muchas de nuestras limitaciones, pero la vida bajo el autoritarismo nos ha enseñado también a valorar cualquier espacio de libertad, por limitado que sea, y hacer lo imposible por mantenerlo; a entender que la concentración de poderes no es sinónimo de eficiencia ni construye mundos nuevos, es, simplemente, dictadura.

Si una sociedad verdaderamente humana requiere la participación activa de todos, son claras las razones por las que el poder empieza, precisamente, por limitar esa participación y, para ello, cierra las puertas a la información. El coordinador de la obra, Ramiro Ávila Santamaría, expone cómo los derechos sociales se convierten en simple declaración si no se cuenta con la información necesaria para reclamar por ellos. “El secreto es una forma de ejercer y mantener el poder”, dice, “cuando las sociedades son altamente inequitativas, hay muchos datos que ocultar, en particular la circulación de bienes y servicios, de privilegios y oportunidades sociales, los montos de recaudación y las formas de decidir las prioridades”.

Fidel Jaramillo Paz y Miño acumula experiencias para mostrarnos, con casos concretos, cómo opera esto en la práctica. Un ejemplo kafkiano: “Nunca nos llegó la información que solicitamos ... averiguamos varias veces directamente en la Presidencia. Ambas peticiones habían sido ingresadas correctamente, tenían número de trámite y una persona responsable. Incluso intentamos comunicarnos telefónicamente con esta persona: fue inútil. Extraoficialmente, una secretaria nos dijo que con los cambios de gobierno ‘se suelen traspapelar los papeles’ ”.

Lo grave es que sin información no puede armarse un caso sólido. Esto queda claro en el estudio de Javier Dávalos sobre el amparo. La falta de datos impide cumplir requisitos que los tribunales exigen para tramitar este recurso y convierte al derecho en inexistente. Es la información, dice, la que permite ampliar la posibilidad de que se atiendan, por la vía judicial, las exigencias de cumplimiento de los derechos sociales.

La información, entonces, desnuda al poder, pone en evidencia hechos que contradicen su retórica. Las declaraciones legales no tienen, necesariamente, que corresponderse con la realidad, pero son imprescindibles para dar buena imagen al sistema, para mostrarlo como algo diferente a lo que realmente es. La solución no es renegar de la ley ni rendirse ante su ineficacia. Todo lo contrario, es precisamente en ese terreno en el que hay que dar la pelea, aplicando ese procedimiento que Václav Havel llama, “tomar al pie de la letra”: “El sistema no puede renunciar a la ley, dice, y al estar desesperadamente ligado a la necesidad de simular su validez...

está obligado al menos a reaccionar de alguna manera ante este ‘tomar al pie de la letra’. La apelación a la ley es... un acto de ‘vida en la verdad’ que amenaza potencialmente a todo el mentiroso andamiaje, precisamente en su falsedad”.

Este tomar al pie de la letra es lo que hace Carolina Silva en su estudio sobre el presupuesto para la educación. Sabemos que hasta ahora el texto constitucional, el famoso treinta por ciento mínimo, es parte de la retórica del poder. Pero lo es, también, del discurso de quienes se oponen a él, porque tampoco ellos pasan de la simple palabrería y renuncia a la comprobación de los hechos, a los datos concretos y a las posibles soluciones. Es eso lo que aporta Carolina Silva Portero, información que permite entender el problema y propuestas serias porque se basan, precisamente, en ese entendimiento.

Pero a más de tomar al pie de la letra, se necesita explorar caminos y posibilidades nuevas, tantear el campo de las batallas futuras. María-Helena Carbonell Yáñez enfrenta ese reto con el espinoso tema del derecho al agua y otra vez es un caso concreto, el de la Central Hidroeléctrica Abanico, el que le permite interrogarse sobre la existencia de este derecho, sobre sus alcances y condiciones. No es, tampoco, un mero ejercicio teórico, sino un estudio basado en datos obtenidos, precisamente, ejerciendo el derecho de acceso a la información. El propósito inicial del trabajo es modesto: mostrar cómo el acceso a la información es esencial a la hora de luchar por los derechos; su resultado, sin embargo, va mucho más allá y nos deja en la puerta de un debate necesario y fundamental.

Pablo Ortiz habla, en su prólogo, de esa libertad que se está perdiendo, pero conviene ir más allá y hablar de las libertades que nunca tuvimos, de las que siempre está en peligro, de la constante necesidad de luchar por obtenerlas o preservarlas. Y eso, no hay que cansarse en repetirlo, no se logra con leyes nuevas, constituciones innovadoras o textos mejor redactados; se logra con el ejercicio cotidiano de la crítica; con el hacer diferente, que es la mejor forma de criticar; con la tediosa tarea cotidiana, que no sale en los periódicos, pero que imperceptiblemente, sin que lo notemos, construye realidades diferentes.

Para todo eso este libro es un aporte enriquecedor, no solo desde el mundo de la práctica jurídica y de la reflexión sobre el derecho sino, sobre todo y fundamentalmente, desde la lucha diaria por un mundo distinto, desde el compromiso por mostrar en los hechos que hay otras formas de vivir la vida, que esas formas son infinitamente más humanas y, sobre todo, que son posibles.

VV.AA., *TESTIMONIO
COMUNITARIO, DOCTRINA,
LEGISLACIÓN, JURISPRU-
DENCIA*, Quito, Tribunal
de Justicia de la
Comunidad Andina,
2004, 570 pp.

por Macarena Vega
Cevallos*

El libro *Testimonio Comunitario* es un referente importante de los últimos quince años del proceso de la integración andina; los diferentes artículos que lo conforman dilucidan los criterios, doctrinas y argumentos que impulsan y en ocasiones fortalecen el desarrollo de la jurisprudencia andina en particular y la integración en general.

Si duda, un derecho supranacional sienta su base en el ejercicio de las atribuciones y deberes de un Tribunal de Justicia que actúa como el garante del respeto a los ordenamientos jurídicos

de la Comunidad Andina.

En el modelo andino, el Tribunal de Justicia, según el ex Magistrado Walter Kaune, se sustenta en principios sólidos, como: la aplicación inmediata; el efecto directo, la primacía del ordenamiento jurídico comunitario y la soberanía compartida. Este sistema comunitario convierte a los jueces nacionales en jueces comunitarios y a los habitantes de los países miembros en ciudadanos de la Comunidad Andina.

La aplicación de los principios citados, han facilitado el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal, la misma que se fundamenta en la sustanciación de los recursos interpuestos ante este Organismo, para que mediante sus sentencias, el Tribunal se pronuncie e imponga el cumplimiento del ordenamiento jurídico andino.

De los análisis realizados por expertos en temas de integración, se resaltan los argumentos que explican la necesidad de extender las fronteras y ser parte de una comunidad o unión de estados que converjan en metas comunes con el propósito de generar condiciones para un desarrollo equilibrado, armónico y sostenible; y, en ese afán se describen cómo se estructuran las condiciones de integración, cuántas clases de integración existen, por qué se la concibe como un proceso con etapas definidas en las que se armonizan las políticas para avanzar a una etapa de verdadera unión basada en principios del derecho comunitario.

En este sentido se relacionan los criterios de soberanía y organismos supranacionales y estos con el proceso de integración. Todo dentro del contexto de las cla-

* Asesora parlamentaria andina. Consultora en Derecho comunitario.

ses de competencias y transferencias de éstas, como un preámbulo para analizar la naturaleza jurídica de los sistemas de integración supranacionales y con mayor énfasis el de la Unión Europea, Comunidad Andina y el MERCOSUR.

Siguiendo el criterio del ex Magistrado Kaune, respecto al orden y ordenamiento jurídico comunitario como al derecho comunitario, se hacen precisiones que resaltan al orden, como “el sistema normativo debidamente estructurado e institucionalizado que contiene poderes y competencias propios derivados de las cesiones del ejercicio de la soberanía sobre determinadas materias hechas por los Países Miembros”; mientras que el ordenamiento jurídico comunitario es una emanación del Derecho Comunitario y de los principios comunitarios de aplicación inmediata, efecto directo y primacía; y el derecho comunitario constituye “el conjunto de normas jurídicas comunitarias, principios e instituciones de carácter supranacional, autónomos, uniformes de aplicación inmediata, efecto directo y primacía sobre el ordenamiento jurídico de los países miembros...”

En este contexto se explica cómo se forma un proceso de integración, las particularidades y matices que presenta cada región, sus fundamentos constitucionales y los mecanismos que consolidan un mercado común o una integración económica.

Aspecto importante resulta la preeminencia del Derecho constitucional de cada país miembro que es parte de una comunidad supranacional, por cuanto, es la Carta Magna de cada país, la que consagra las declaraciones de derechos y obligaciones para sus ciudadanos y del Estado para con ellos; sin embargo, para el Derecho comunitario es irrelevante que las constituciones de los países que forman la Comunidad Andina establezcan la primacía del derecho comunitario para el cumplimiento del ordenamiento jurídico supranacional, situación, que de manera detallada lo explica el ex Magistrado Guillermo Chahín.

La Cooperación entre los Órganos Jurisdiccionales Nacionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, así como la importancia de la consulta prejudicial, la analiza el Magistrado Ricardo Vigil, quien refiere el criterio del profesor Ricardo Alonso García, para resaltar el hecho de que “la piedra angular de la Comunidad no es sin más una misma norma común sino *una norma interpretada y aplicada de la misma manera en toda la extensión de un mismo territorio por los Tribunales de todos los Estados Miembros*”. A lo cual suma la jurisprudencia del Tribunal Andino y Europeo, en lo relacionado a la interpretación prejudicial; primacía y efecto directo, con el objetivo de explicar la interpretación de las normas, con referencias de sentencias dictadas por ambos tribunales.

Complementariamente, el ex Magistrado Moisés Troconis, realiza una exhaustiva explicación de la integración y jurisdicción en la Comunidad Andina. Diferencia las acepciones del término comunidad e integración y resalta que “el vínculo de

permanencia a la Comunidad, a causa del proceso de integración que se desarrolla en su interior, es constitutivo de un haz de relaciones y de situaciones jurídicas disciplinadas por un orden jurídico común, fundado en el Acuerdo de Integración Subregional”; describe también las debilidades, fortalezas y avances del proceso de integración andino, así como las funciones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, refiriéndose a este organismo como el órgano al que le corresponde la tutela jurisdiccional del interés comunitario.

En este sentido, da cuentas de los ámbitos de competencia del Tribunal a través de cada uno de los recursos: interpretación prejudicial, acción por incumplimiento, acción de nulidad, recurso por omisión o inactividad, acción laboral y, potestad arbitral.

Adicionalmente, el magistrado Troconis incorpora determinada jurisprudencia del Tribunal y ponencias de su autoría, con el propósito de brindar al lector instrumentos jurídicos que faciliten la comprensión del derecho comunitario, así como la investigación profunda de los casos prácticos que da origen al ejercicio del derecho comunitario.

Finalmente, el ex Magistrado Rubén Herdoíza, analiza la importancia actual y futura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina para el proceso de integración.

En este contexto, el Dr. Herdoíza resalta al cumplimiento del ordenamiento jurídico andino por parte de los Estados Miembros, como el comportamiento necesario para el fortalecimiento de la CAN y explica que “cuando se irrespeta una sentencia que dirime una controversia en última y definitiva instancia, no se causa un daño simplemente que pueda ser superado con una medida compensatoria a favor del afectado, sino que se agravia de manera superlativa a todo el orden jurídico comunitario”.

De lo señalado, “Testimonio Comunitario” constituye una plausible iniciativa que documenta la evolución del Derecho comunitario, los criterios doctrinales y jurisprudenciales de magistrados y profesores del derecho comunitario, con el propósito de difundir una compilación de datos y argumentos para profesionales y estudiantes, para que a través de sus lecturas incidan en la generación de una cultura de seguridad jurídica que fortalezca el proceso de integración andina.

Juan Carlos Benalcázar
Guerrón, *DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO ECUATORIANO. JURISPRUDENCIA, DOGMÁTICA Y DOCTRINA*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2007, 400 pp.

por César Montaña Galarza*

Soy testigo del carácter y gran nivel que el amigo y colega Juan Carlos Benalcázar Guerrón suele imprimir a sus emprendimientos intelectuales. Esto porque allá por el año 1997 cuando coincidimos como alumnos en el posgrado de tributación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, en múltiples ocasiones, al calor de la discusión y estudio de álgidos asuntos de Derecho tributario, siempre animados a altas horas de la noche por una buena taza con café, percibí la agudeza de criterio del autor así como su deseo de conocer a fondo la

materia de su gusto. Ahora, diez años después, celebro que esa constante tarea no se ha detenido y más bien ha llevado a que hoy tengamos entre nosotros una obra de muchos quilates y bien estructurada sobre el Derecho procesal administrativo de nuestro país.

En mi criterio, esta producción científica se debate entre ser un muy completo y actual manual de derecho procesal administrativo ecuatoriano y un manual de derecho administrativo, pues todos los temas abordados cuentan con una valiosa aproximación –y a veces actualización– teórica, que permite al lector receptor con claridad el contundente bagaje de conocimientos, análisis crítico y propuestas que hace el autor sobre aspectos concretos que enfoca. Las entradas que también hace el autor –en la justa medida– desde el Derecho constitucional y desde el Derecho tributario, son a todas luces apreciables.

Las líneas de trabajo más notorias vertidas en el libro por Juan Carlos Benalcázar giran en torno a: defender irrestrictamente la Constitución como el más importante reducto de la libertad; fundamentar que el juzgamiento a la Administración permite hacer realidad los principios sobre los que se construye el denominado Estado de Derecho y la vida democrática, lo que contribuye a administrar mejor; postular insistentemente que la Administración pública en su funcionamiento está sometida indefectiblemente al derecho, y que éste se explica obviamente en sentido dinámico por relaciones de alteridad cuyo caldo de cultivo es la sociedad (pp. 335, 358); que la Administración en su accionar debe someterse antes que

* Docente-investigador y coordinador del programa internacional de maestría en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

a la ley al conjunto de derechos humanos y fundamentales de la carta política; demostrar que el régimen jurídico que sustenta y ordena el proceso contencioso administrativo ecuatoriano como instrumento para el control de la Administración está en crisis, es obsoleto y merece ser remozado en varios puntos; evidenciar que la técnica legislativa en el país y la producción del “imprudente” legislador deja mucho que desear, sea por la falta de creatividad expuesta en las leyes para solventar los problemas jurídicos que nos aquejan (p. 243), sea porque el sistema jurídico está plagado de dispersión, incongruencia, errores de concepto y anarquía, que pugnan contra derechos fundamentales como el de la tutela judicial efectiva; fundamentar la necesaria hermenéutica sistemática de la que debe echar mano la Administración y el juez para exigir la impronta de la legalidad en el accionar público, para así cuidar los derechos de los administrados; cuestionar figuras jurídicas y regulaciones específicas que están sustentadas en salidas o soluciones tenidas tradicionalmente como únicas, acabadas y excluyentes, por encima de otras alternativas muchas de las veces de simple lógica; dejar ver que en la materia que aborda juega un papel trascendente la especialización de los operadores jurídicos llamados a hacer la Administración y a aplicar el derecho (pp. 175-179).

Se puede decir que el objetivo central de esta obra es evidenciar los elementos centrales y las carencias del sistema procesal administrativo ecuatoriano, objetivo por demás logrado al menos desde mi perspectiva, toda vez que el autor ha trabajado a lo largo de toda su creación asistido de doctrina nacional y extranjera, jurisprudencia y, legislación relevantes y pertinentes.

El libro contiene ocho capítulos. El primero se titula: “Estado de Derecho y control jurisdiccional de la actividad administrativa”; el segundo: “Fundamentos constitucionales del proceso contencioso administrativo”; el tercero: “El proceso contencioso administrativo en cuanto proceso”; el cuarto: “La materia del proceso contencioso administrativo”; el quinto: “El sistema jurisdiccional ecuatoriano”; el sexto: “Clases de procesos contencioso administrativos”; el séptimo: “Partes procesales y legitimación procesal”; y el octavo: “Desarrollo del proceso”, capítulo este último que en virtud de su contenido promueve sugerir al autor que aborde en entregas posteriores una tarea pendiente, consistente en referir y analizar las implicaciones que tiene para el proceso contencioso administrativo en general y, tributario en particular, la competencia de “interpretación prejudicial” del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, según su tratado de creación (arts. 32-36).

Cada parte de la obra aporta fundamentalmente a esclarecer problemas álgidos, relacionados con el control judicial a los actos de la Administración, entre ellos los siguientes: las afectaciones legales al Derecho constitucional de la tutela judicial efectiva (p. 86); el discernimiento de los actos de la Administración viciados por inconstitucionalidades e ilegalidades (p. 107); los actos discrecionales y el

actuar con desviación de poder (p. 116); el régimen jurídico aplicable a los contratos civiles y a los contratos administrativos (p. 133); la prescindencia del agotamiento de la vía administrativa para acudir a la sede jurisdiccional (p. 155); los temas inherentes a los llamados recursos de plena jurisdicción o subjetivos y los objetivos o de anulación (p. 195); la naturaleza de los actos administrativos y de los reglamentos (p. 201); la consideración de los derechos colectivos en el proceso contencioso administrativo (p. 213); la confrontación del principio de seguridad jurídica, entendido como las exigencias de certeza en el ordenamiento e interdicción de la arbitrariedad y, el proceso contencioso administrativo de lesividad (p. 216); el proceso de ejecución de los efectos del silencio administrativo y la connotación de los principios de eficacia y eficiencia como guías para una recta y buena Administración pública (p. 228); la desigualdad de las partes procesales en el contencioso administrativo, habida cuenta de las injustificadas prerrogativas que adornan la Administración (p. 270); las aclaraciones en torno a lo que debe entenderse por “derecho subjetivo” y sus aspectos relevantes (p. 299), así como sobre los llamados “intereses legítimos” (p. 304); la nota de “alteridad” como requisito indispensable para constatar y valorar los efectos de los actos de la Administración hacia los particulares (p. 338); la posibilidad de la revisión de constitucionalidad de las sentencias mediante el recurso extraordinario de casación, frente al mandato constitucional del inciso final del art. 276 de la Constitución Política de la República, que dice: “Las providencia de la Función Judicial no serán susceptibles de control por parte del Tribunal Constitucional” (p. 375).

Lo referido es solo un abreboca del rico aporte de pensamiento que hace con su reciente obra Juan Carlos Benalcázar Guerrón, quien abiertamente confronta el inmovilismo intelectual de nuestro medio en tan trascendente campo de estudio.

De los ámbitos resaltados interesa detenerme por ahora solo en uno que deja ver la agudeza con que el autor enfoca los tópicos abordados en su *Derecho procesal administrativo ecuatoriano*, recorriendo con éxito los vericuetos y trampas del sistema jurídico ecuatoriano. Se trata del recurso de casación, que a decir del autor: “permite al tribunal de máxima jerarquía controlar la correcta aplicación de la ley por parte de los jueces inferiores, para corregir o anular las sentencias o autos definitivos, que sean contrarios al derecho sustancial o al de procedimiento (errores *in judicando* o *in procedendo*)”.

Las sentencias que arroja el proceso contencioso administrativo son susceptibles de revisión por la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala correspondiente, siendo ésta –según el autor– una ocasión idónea: “para examinar la constitucionalidad de las sentencias que se dicten en materia pública”, además porque: “el artículo 273 de la CPR obliga a todos los organismos jurisdiccionales a aplicar las pertinen-

tes normas fundamentales, aunque la parte interesada no las invoque expresamente”.

Esas ideas vertidas –con las cuales comulgo plenamente– desembocan en el razonamiento siguiente: “Dicha posibilidad de revisión de la constitucionalidad de las sentencias mediante el recurso extraordinario de casación, viene a colmar el *aparente* vacío que existe en nuestra legislación respecto de las resoluciones judiciales adoptadas en un proceso. En efecto, el inciso final del artículo 276 de la CPR dispone (...)”.

Con ese desarrollo en el texto comentado, Juan Carlos Benalcázar Guerrón demuestra que la Corte Suprema de Justicia como tribunal de casación tiene la competencia para corregir los errores de derecho y de procedimiento, originados en la violación de normas constitucionales, a instancia de sentencias proferidas por los jueces de los tribunales contencioso administrativos y tributarios del país. Por lo tanto, la prohibición encarnada en el art. 276 de la Constitución no impide que el recurso extraordinario de casación sirva para juzgar la violación de derechos fundamentales, producidos en sentencias o autos del juez *a quo*.

Estos últimos párrafos escritos en relación a una parte de la obra de Benalcázar Guerrón permiten presentar una dimensión de la casación aplicada a la jurisdicción administrativa, de pronto pocas veces percibida y menos explotada por diversos operadores jurídicos. Esto como ejemplo del valor intrínseco del libro que gustosamente ahora reseño y destaco.

No dudo en que esta obra que se ocupa de una materia esencialmente pública, por lo tanto, que interesa colectivamente, tendrá la recepción que merece con sobra de méritos.

Susan George, *PONGAMOS A LA OMC EN SU SITIO*, Barcelona, Editorial Icaria, 2002, 118 pp.

por Gustavo García Brito*, José Gustavo Prieto M.**, Ximena Velasteguí Ayala***

El 30 de noviembre de 1999, toda la atención del mundo se centraba en el Estado de Washington, Estados Unidos, concretamente en la ciudad de Seattle, lugar donde debía llevarse a cabo la denominada “conferencia del milenio”, que era la reunión de la Conferencia Ministerial de la OMC, de la que se esperaba que surgiera un sinnúmero de compromisos multilaterales que se tradujeran en el fortalecimiento de la normativa supranacional comercial.

Sin embargo, a pesar de las expectativas que se generaron alrededor de esta Conferencia Ministerial de la OMC, lo que aquel día pasó a la historia fue la convergencia, nunca antes vista, de personas con creencias diferentes como sindicatos, estudiantes, movimientos ambientalistas y sociales que protagonizaron una verdadera batalla en las calles de Seattle, en contra de los prejuicios que percibían de la denominada globalización.

Este fue el nacimiento de una oposición real contra el sistema económico predominante, desde la implosión de la Unión Soviética y contra el proceso de globalización que se le atribuye a dicho sistema. Pero dentro de esta corriente se desprendieron de la simplicidad de las masas en protesta, varios intelectuales que realizaron a través de las letras un sinnúmero de críticas a la concepción misma de organismos internacionales como la OMC.

Una de las personas más sobresalientes y más críticas fue precisamente Susan George, mujer cuyo país de origen es curiosamente los Estados Unidos, pero que desde 1994 posee la nacionalidad francesa y que ha sido miembro de organizaciones como Greenpeace y del movimiento ATTAC (*Association pour la taxation des transactions financières pour l'aide aux citoyens*), caracterizado por su crítica al sistema financiero mundial y que entre sus miembros destacados cuenta con reconocidas personalidades como Noam Chomsky.

* Máster en Derecho, mención Derecho internacional económico, (c) Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, pasante de la magistratura de Bolivia a cargo del Dr. Walter Kaune, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

** Abogado en libre ejercicio y consultor en Derecho comercial, diploma en Derecho internacional económico (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

*** Máster en Derecho, mención Derecho internacional económico (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Susan George tiene una extensa lista de publicaciones y artículos relacionados al accionar de la Organización Mundial de Comercio, siendo uno de los más importantes el libro *Pongamos a la OMC en su sitio (Remette l'OMC á sa place)*. La obra contiene varios títulos, en total 41, incluido uno relativo a notas y otro al glosario. Bajo cada uno de estos títulos, la autora realiza un estudio de la OMC desde sus orígenes hasta la Ronda Doha únicamente, puesto que la primera edición del libro en análisis se realizó en el año 2002.

La autora expone las principales razones por las cuales la OMC es poco analizada y mucho menos comprendida en los países en desarrollo. Es precisamente la complejidad que entraña su estructura jurídica, que constituye una verdadera “telaraña legal”, en todo el sentido de la expresión que le atribuye Luis Hidalgo en su libro sobre el enredado sistema jurídico ecuatoriano y, que como la misma George transcribe la frase de un embajador de un país del sur “La OMC es como un cine multisalas. Uno tiene que saber qué película desea realmente ver porque no podrá verlas todas”.

El libro de George constituye un recorrido rápido, muchas veces demasiado, por cada una de estas “salas”, efectuando un breve análisis de los temas principales que conforman la masa denominada OMC. A continuación un breve comentario de los temas más sobresalientes:

Principio de precaución y aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias.

A la conclusión de la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT por sus siglas en inglés, el 15 de abril de 1994 se suscribió el acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, que se constituye como la norma marco en virtud de la cual se incluyen una serie de acuerdos en forma de anexos, referidos a mercancías, servicios, propiedad intelectual, solución de diferencias, entre otros. Dentro del primer anexo se encuentra el acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, que se constituye en una reglamentación referida a la inocuidad de los alimentos y a la salud de los animales y las plantas. El acuerdo reconoce el derecho y la facultad que tienen los estados miembros para tomar medidas sanitarias y fitosanitarias, en la medida necesaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, evitando la existencia de discriminación en la aplicación de estas normas o que se constituyan en una forma encubierta de restringir el comercio internacional.

George señala que estos acuerdos hacen muy difícil la aplicación del principio de precaución, sin embargo, este planteamiento es incompleto puesto que no considera el numeral 7 del artículo 5 del propio acuerdo, el cual aunque de una forma limitada incluye en la propia normativa de la OMC, el principio de precaución, al

cual los estados miembros pueden recurrir con el fin de proteger su territorio contra el ingreso de alimentos o productos que afecten la vida o salud de las personas y los animales o amenacen a las especies vegetales.

Si bien el acuerdo sobre aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias de la OMC, no contiene expresamente los términos “principio de precaución”, a partir de una adecuada interpretación y correcta aplicación del num. 7 de su art. 5, los estados miembros tienen no solo la facultad, sino la base jurídica para poner en vigencia las MSF; de igual forma, es necesario tomar en cuenta la jurisprudencia emanada del Órgano de Apelación, referida a las hormonas y a los productos agrícolas, a través de la cual, el Principio de Precaución queda prácticamente consolidado en el tema sanitario y fitosanitario.

Acuerdo General sobre Comercio de Servicios AGCS

Los avances tecnológicos que se desarrollaron desde los años noventa, en el campo de las tecnologías de la información y las comunicaciones y el empleo comercial de la fibra óptica para potenciarlas, crearon verdaderas autopistas de información para la interconexión de sociedades como nunca antes en la historia, lo que fue aprovechado por las potencias mundiales que vieron la oportunidad única de exportar servicios a todo el mundo, pero también se tradujo en el nacimiento de ciudades proveedoras de servicios mundiales como por ejemplo Bangalore en la India o Dalian en China.

La necesidad de regular esta realidad se tradujo en la creación del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, AGCS, que cabe señalar es el primero y se puede decir el único acuerdo en materia del comercio internacional de servicios, sector que en la actualidad ha experimentado un rápido crecimiento y consecuentemente ha tenido un gran impacto en la economía mundial, ya que prácticamente abarca todas –o la mayoría–, de las actividades humanas. Se apunta a 11 grandes sectores y 160 subsectores; escapa únicamente al AGCS los bancos centrales, la justicia, la policía y la defensa nacional.

Susan George dedica gran parte de su libro a criticar muchos aspectos del AGCS, acuerdo que puede ser cuestionable y merece un profundo análisis en varios de sus artículos, para determinar el grado de liberalización que puedan tener ciertos servicios proveídos por estados pequeños y, que lleguen a ser considerados monopolios en aplicación del artículo I, 3 y VIII, del AGCS.

También es necesario un análisis objetivo del artículo VI del AGCS, que por su parte establece un régimen de reglamentación nacional, a través del cual se reconoce el derecho de los estados miembros de establecer niveles de calidad, seguridad o

precio, o de promulgar ciertos reglamentos que tengan como principal finalidad el logro o ejecución de cualquier objetivo de política pública que consideren oportuno; ahora bien, estas actividades deben enmarcarse en lo previsto por las disciplinas elaboradas por el Consejo del Comercio de Servicios. Por otra parte, el compromiso de trato nacional solo significa que se aplicarán a los proveedores extranjeros las mismas reglamentaciones que se apliquen a los nacionales. Los gobiernos conservan, naturalmente, su derecho de establecer prescripciones en materia de títulos de aptitud con respecto a los profesionales y de adoptar normas encaminadas a la protección de la salud y la seguridad de los consumidores. De esta forma los gobiernos pueden o están facultados a regular las actividades que desempeñan las personas naturales o jurídicas al momento de prestar servicios en un país miembro de la OMC, de esta manera garantizan a sus habitantes altos niveles de calidad y seguridad de los servicios, así como adecuados estándares de precios.

Cuestiones de agricultura

George en su libro desarrolla brevemente otros sectores sensibles y polémicos en el marco de la OMC, como lo es el acuerdo sobre la Agricultura, (AOA), tema sensible para todos los países. La autora destaca en él la presencia de dos grupos, el uno conformado por los Estados Unidos de Norteamérica y el grupo Cairns, y el otro grupo la Unión Europea con algunos países; sus características totalmente distintas, o más bien, los objetivos que persigue cada grupo son diferentes entre sí, el primero representa a los denominados agrobusiness y a los grandes productores; el segundo partidario de la multifuncionalidad de la agricultura. En definitiva, entre los acuerdos alcanzados en el Acuerdo sobre Agricultura constan: reducir las barreras a la importación, prohibir la protección directa o indirecta sobre la producción y reducir las exportaciones subvencionadas.

Aunque muchos de estos objetivos se ven positivos a la larga, no surten los efectos deseados, puesto que en la práctica al reducir el porcentaje de subvenciones varios países decidieron aumentar las ayudas a las exportaciones, y por otro lado, la imposición de importar un determinado porcentaje favorece a los grandes exportadores, pero empobrece a los productores internos. Sin embargo, hay que destacar un avance significativo puesto que en el GATT las reglas sobre agricultura permitían la práctica de medidas perjudiciales. Con el Acuerdo se propende a un orden en temas fundamentales como la competencia leal y un comercio sin distorsiones.

Propiedad intelectual y medicamentos

George también realiza un análisis del Acuerdo que protege los derechos de propiedad intelectual, relacionados con el comercio (ADPIC), en especial sobre patentes de medicamentos de las compañías farmacéuticas, que prohíbe a los países del Sur fabricar o distribuir copias, ni siquiera en caso de una pandemia, lo cual resulta reprochable, pues justamente en los países en vías de desarrollo son recurrentes este tipo de problemas con la salud, adicionalmente, denota un interés particular de algunas empresas farmacéuticas por mantener un monopolio en la fabricación y posterior venta de dichos medicamentos.

Uno de los grupos que presentó serias modificaciones a este Acuerdo es precisamente el Grupo Africano, caso similar al ocurrido en Ecuador con los negociadores del TLC, en materia de propiedad intelectual, pues lo que se trata de proteger es la patentabilidad de las plantas, animales, etc., así como las prácticas ancestrales de los grupos o comunidades indígenas. Afortunadamente, en la Ronda Doha se reafirmó el derecho de los países en vías de desarrollo a producir medicamentos genéricos en caso de crisis sanitaria, decisión que es felicitada por la Organización Mundial de la Salud, pues permitirá reducir drásticamente el precio de ciertos medicamentos genéricos.

Futuro de la OMC

La obra finalmente aporta una visión de lo que deben ser los objetivos de la OMC, ante un futuro incierto ya que han pasado varias conferencias ministeriales, con muchos temas por resolver, lo que ha generado que los países busquen en los acuerdos bilaterales o regionales la salida a sus problemas económicos y la satisfacción de sus intereses.

Entre las propuestas ofrecidas por George, se encuentra el fijar una moratoria para las negociaciones de la OMC, el Derecho de los gobiernos a regular todos los servicios públicos en su territorio, la Subordinación del OSD al Derecho internacional, la supresión del art. VI, 4 del AGCS, el desarrollo del derecho de los países a una seguridad alimentaria, entre otras.

En general, se debe afirmar que estas preocupaciones de la autora frente a la OMC son legítimas y compartidas en muchos aspectos, por ejemplo en las referencias al Órgano de Solución de Diferencias o el absoluto interés de ciertas empresas transnacionales de convertir todos los recursos y las actividades humanas en una simple mercancía de libre circulación.

Lo que no se comparte es la calificación que se realiza de las transnacionales y el comercio globalizado en general, que convierten a palabras como “neoliberal” o “transnacional”, en el equivalente de la palabra “bruja” de los peregrinos del año 1962, en lo que hoy es el Estado de Massachussets, o lo que es más curioso, comparable al empleo de la palabra “comunista” dentro los Estados Unidos durante las décadas de la guerra fría.

Es totalmente legítimo el interés de un Estado en proteger y abogar por sus compañías en los acuerdos multilaterales, ya que por simple lógica, los ingresos de éstas tienen una importancia macroeconómica al influir considerablemente en la balanza comercial de las cuentas nacionales y generan obligaciones tributarias individuales, que deben servir para financiar los presupuestos de los estados, solo que dichos intereses no pueden derivar en intentos de hegemonía mundial que afecten a los países en vías de desarrollo.

Los retos que devienen en un futuro muy cercano a la OMC y en general a sus países miembros son grandes, pues con el avance científico y tecnológico, los campos de acción se incrementan, ahora mismo se habla sobre los organismos genéticamente modificados, y las biotecnologías.

Estos retos generan la necesidad de retomar el proceso de integración andino e iniciar un proceso de negociación y de consolidación de un sistema serio de integración, partiendo del análisis y diagnóstico de fortalezas, oportunidades, debilidades y amenazas, para luego diseñar la estrategia comunitaria a través de la cual podamos en principio, fortalecernos como estados y luego negociar en bloque, buscando alcanzar un espacio protagónico en el comercio internacional.

El futuro es incierto, lo que hace que la misma OMC y hasta la globalización sean inciertas; por lo que el presente trabajo aporta varias ideas que deben ser tomadas en cuenta, sobre todo por los países en desarrollo; de igual forma brinda una visión general de la problemática de los acuerdos multilaterales a aquellos lectores que buscan familiarizarse con estos temas.

Jurisprudencia de las cortes penales internacionales sobre el delito de violación

*Fidel Jaramillo Paz y Miño**

Inicialmente, el delito de violación no fue tomado en cuenta como un delito de lesa humanidad en los instrumentos legales de los tribunales penales internacionales. La gravedad de este acto no era aún asumida, y el tratamiento penal que se le daba era por sobre todo doméstico. En otras palabras, no era analizada aún la posibilidad del cometimiento de este delito como un ataque con aquiescencia del Estado y dirigido a personas por su pertenencia a un grupo específico, sea éste religioso, étnico, racial, político o de género. La historia reciente y los atroces hechos de la realidad actual han obligado a los tribunales penales internacionales a renovar enérgicamente sus conceptos. En este artículo analizaré brevemente esta evolución, así como sus causas.

FORO

Como punto de partida en este análisis, mencionaré el primer instrumento legal del primer tribunal penal internacional: en el Acuerdo de Londres para el Tribunal Militar Internacional de Nüremberg (TMIN), que tipificó el delito de lesa humanidad, proporcionando una lista de actos que lo constituían, pero sin mencionar la violación, así como tampoco detallar otros actos antijurídicos que en la actualidad son conocidos como *delitos de género*. Esta norma exigía además que la comisión de cualquiera de esos actos guardara un vínculo con alguno de los otros delitos para los cuales el TMIN era también competente, es decir, Crímenes de Guerra o Crímenes contra la Paz.¹ Dicha exigencia, en la práctica, impidió que se juzgaran delitos de lesa humanidad que no estuvieran directamente relacionados con la Segunda Guerra Mundial. Fue el Consejo de Control Aliado para Alemania, quien, en su Ley No. 10,

* Asesor de la Comisión de la Verdad para investigar violaciones a los derechos humanos (Ecuador); Asesor del Comité Ecuatoriano No Impunidad (CENIMPU); Miembro cofundador de la organización Litigio e Investigación en Derechos Humanos (LIDH); Instructor acreditado por la Cruz Roja Ecuatoriana en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos.

1. Cfr. *Principios del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg*, principio 6(c). Consultado en www.geocities.com/mifisico/ el 19 de noviembre de 2007.

mencionó por primera vez a la violación como delito de lesa humanidad, pero aún sin puntualizarla.²

Entre los primeros casos en los que un tribunal *ad hoc* definió a este delito como uno de lesa humanidad, sobresale el llevado a cabo por el Tribunal Penal Internacional de Ruanda (TPIR) en contra de Akayesu. En la sentencia correspondiente, se dictó la acepción más progresista en la materia, inclusive más de avanzada que la actualmente vigente. El TPIR consideró que el delito de violación es una forma de agresión cuyos elementos centrales no pueden ser encapsulados en una descripción mecánica de objetos y partes anatómicas. Definió a la violación como una invasión física de naturaleza sexual, cometida en contra de una persona que se encuentra en circunstancias coercitivas.³ Otras sentencias dictadas por el Tribunal Penal Internacional de la ex Yugoslavia (TPIY) se fundamentan en esta definición para sancionar a las personas culpables.⁴

Sin embargo, en posteriores resoluciones del TPIY, se denota la preocupación por el quebranto del principio pilar del Derecho Penal *nullum crimen sine lege*. Se pasó entonces a una definición más rígida y positivista que la dictada en la resolución de Akayesu, encuadrando al delito de violación como aquel en el que existe penetración sexual, por más leve que ésta sea: a) de la vagina o ano de la víctima por el pene del autor, o por cualquier otro objeto o instrumento utilizado por éste; b) de la boca de la víctima por el pene del autor; y/o c) a causa de coerción, fuerza o amenaza de utilización de fuerza en contra de la víctima o de una tercera persona.⁵ Esta definición fue adoptada en 2002 por la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional en los *Elementos de los Crímenes*, cambiando el término “penetración” por el de “invasión”, con la finalidad de que el acto resulte neutro en cuanto al sexo.⁶ De ahí en adelante se ha mantenido esta acepción, tanto en el TPIY como en el TPIR.⁷

2. Cfr. *Control Council Law No. 10, Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes Against Peace and Against Humanity*, December 20, 1945. Consultado en www1.umn.edu/humanrts/ el 19 de noviembre de 2007.

3. Cfr. *Akayesu (ICTR-96-4-T), Judgement, 2 September 1998*, párr. 687 y 688. Consultado en 69.94.11.53/ENGLISH/cases/Akayesu/ el 19 de noviembre de 2007.

4. Cfr. *Delalic et al. (IT-96-21-T), Judgement, 16 November 1998*, párr. 478. Consultado en www.un.org/icty/ el 19 de noviembre de 2007. Cfr. también *Kovcka et al. (IT-98-30/1-T), Judgement, 2 November 2001*, párr. 175 y 180. Consultado en www.un.org/icty/ el 19 de noviembre de 2007.

5. Cfr. *Furundzija (IT-95-17/1-T), Judgement, 10 December 1998*. Párr. 185. Consultado en www.un.org/icty/ el 19 de noviembre de 2007.

6. *Elementos de los Crímenes*, art. 7 1) g) 1. Consultado en Herencia Carrasco, Salvador Martín, *La Implementación del Estatuto de Roma en la Región Andina*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2005, p. 295.

7. Cfr. *Kvočka et al. (IT-98-30/1-A), Judgement, 28 February 2005*. Párr. 395. Consultado en www.un.org/icty/ el 19 de noviembre de 2007. Cfr. también *Semanza (ICTR-97-20-T), Judgement and Sentence, 15 mayo 2003*, párr. 344 y 345, consultado en 69.94.11.53/ENGLISH/cases/Semanza/ el 19 de noviembre de 2007.

Esta puntualización en la definición es un retroceso. Con la conceptualización amplia del caso Akayesu, se abrió la posibilidad de juzgar a personas que *agredieron* sexualmente a sus víctimas, sin necesidad de haberlas penetrado. Si bien la preocupación del TPIY y su restricción en posteriores sentencias relacionadas con el tema son explicables, la nueva definición exige un nivel innecesario de agresión de parte de quien perpetra el acto, y de humillación de parte de la víctima. No se toma en cuenta la realidad de las mujeres, como grupo específico en un conflicto armado, y que frecuentemente la violencia sexual, sin implicar penetración vaginal, anal o bucal, es utilizada como tortura especialmente en contra de ellas.

En cuanto a la evidencia requerida por una corte penal internacional para probar la comisión del delito de violación, sí ha existido progreso. En las *Reglas de Procedimiento y Evidencia* adoptadas por el TPIY, TPIR y por la Corte Especial de Sierra Leona (CESL), se dictan varias especiales para lo que son “casos de agresión sexual”. Entre éstas, se declara innecesaria la corroboración del testimonio de una víctima. También se descarta al consentimiento como posibilidad de defensa de la persona acusada, si la víctima ha sido o ha estado amenazada con ser maltratada, detenida, oprimida psicológicamente, o si tiene razones fundadas para temer que una tercera persona lo sea. La conducta sexual previa de la víctima es irrelevante.⁸

Los tribunales penales internacionales, que aquí cito, aciertan en su razonamiento, ya que asimilan la cruda realidad de las situaciones en que ocurren las violaciones y no exigen requisitos que entorpecerían el proceso, resultando en impunidad. No se puede pedir corroboración testimonial de que hubo contacto sexual sin consentimiento, cuando muchas veces las únicas personas presentes son la víctima y quien la agrede, o a lo mucho demás personas agredidas y con temor, o cómplices y coautores del delito. Importante también es la evolución que han tenido los tribunales en cuanto al *consentimiento* de la víctima, en contraposición a su *resistencia* al acto sexual imputado. En el caso *Kunarac et al.*, el TPIY resolvió que no es necesario demostrar la resistencia de la víctima. La evidencia del uso de la fuerza o su amenaza de uso, no es considerado elemento fundamental del delito de violación, pero constituye un indicio claro de la ausencia de consentimiento. El tribunal argumentó que focalizarse demasiado estrictamente en el uso de la fuerza o la amenaza de uso, puede provocar que los perpetradores evadan su responsabilidad penal por el delito de violación, al haber obligado sexualmente a sus víctimas más bien por otros medios, como aprovecharse de las circunstancias coercitivas. Concluye que el con-

8. Cfr. TPIR, *Reglas de Procedimiento y Evidencia*, Regla 96. Cfr. también TPIY, *Reglas de Procedimiento y Evidencia*, Regla 96; CESL, *Reglas de Procedimiento y Evidencia*, Regla 96.

sentimiento para el acto sexual tiene que ser completamente voluntario, como resultado del libre albedrío, valorado en el contexto de las circunstancias.⁹

En las subsecuentes resoluciones del TPIY y del TPIR se han mantenido estos conceptos. Es más, en uno de los fallos recientes de la TPIY, en el caso Zelenovic, se da un importante paso hacia adelante al equiparar la gravedad del delito de violación con el de tortura, basándose en el detrimento de la integridad física y moral de las víctimas. Considera a la violación como intrínsecamente humillante, y recalca que es importante tomar en cuenta el grado de humillación de la víctima, al valorar la gravedad de un delito.¹⁰

¿Por qué la tendencia de los distintos tribunales penales internacionales y de la Corte Penal Internacional (CPI) es migrar hacia una mayor apertura y progresividad en la conceptualización de la violación como delito de lesa humanidad, permitiendo así su más efectiva persecución? La evolución de la jurisprudencia y demás instrumentos legales en torno a este tema, se debe a que un acto de tal naturaleza afecta gravemente a la comunidad internacional entera, y por lo tanto debe ser juzgado internacionalmente. Los delitos de lesa humanidad son aquellos actos atroces que conmocionan la “conciencia pública” o que conculcan las “leyes de la humanidad”, mencionadas en la Cláusula Martens.¹¹ Deben ser cometidos por agentes del Estado (o con su aquiescencia), contra población civil, de manera sistemática o generalizada.¹² Cuando se toma al delito de violación como uno de lesa humanidad, es justamente porque no se lo aborda como una perpetración individualizada. Éste tipo de delitos es analizado en cuanto al cometimiento continuo del mismo y su gran número de víctimas (ataque generalizado), o a la existencia de un objetivo político basado en la violación, y a la implicación de altas autoridades en la definición de este objetivo (ataque sistemático). Cuando el delito de violación ocurre a gran escala o con participación directa o indirecta del Estado, estamos frente a un acto que afecta a la humanidad toda, sin importar el lugar preciso donde acaecieron los hechos prohibidos. Es quizá ésta última, la razón de la progresividad y evolución en los conceptos de la CPI, así como de los otros tribunales internacionales. Cuando la perpetración de un delito tiene estas características, tiene que ser juzgado internacionalmente; para esto se crearon estos órganos. La perpetración del delito de violación como uno de

9. Cfr. *Kumarac et al.*, (IT-96-23/1-A), *Judgement*, 12 June 2002, párr 127-132. Consultado en www.un.org/icty/ el 19 de noviembre de 2007.

10. Cfr. *Zelenovic*. (IT-96-23/2-S), *Judgement*, 4 April 2007, párr 36. Consultado en www.un.org/icty/ el 22 de noviembre de 2007.

11. Cfr. (II) *Convenio de la Haya 1899*, preámbulo, Consultado en www.icrc.org el 22 de noviembre de 2007.

12. Cfr. CPI, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, art. 7. U.N.DOC.A/CONF.183/9. En vigor desde julio de 2002.

lesa humanidad, no puede quedar impune, dada su profunda afectación a la comunidad mundial. Los avances en jurisprudencia y en los instrumentos legales de los tribunales internacionales, abren la puerta para su juzgamiento, reconociendo así que la humanidad tiene ciertos intereses, siendo uno de los principales el bienestar de todos y todas sus miembros. Según el autor Cherif Bassiouni, la única manera en que las normas *jus cogens* hacen sentido, es reconociendo que algunos delitos afectan los intereses de la comunidad mundial en su conjunto, dado que amenazan la paz y la seguridad de la humanidad, así como sacuden su conciencia.¹³ Es quizá este criterio el que debe mantenerse para no retroceder en el reconocimiento de tipos penales que permitan que delitos que afectan a la humanidad, sean juzgados y sancionados por los distintos estamentos internacionales.

13. Cfr. May Larry, citando a Bassiouni en *Crimes Against Humanity*, Cambridge University Press, 2006, p. 83.

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Zambrano-Vélez y otros”

Implicaciones para el Ecuador

*Carolina Silva Portero**

El artículo analiza la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, abstrayendo las principales consecuencias jurídicas para el Estado ecuatoriano derivadas de dicha sentencia. Concretamente, se estudian las obligaciones que el Estado debe cumplir respecto a la regulación de estados de emergencia, reformas a la Ley de Seguridad Nacional, y el uso legítimo de la fuerza.

FORO

INTRODUCCIÓN: EL ECUADOR EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue creado por los Estados miembros de la OEA¹ y su valor radica fundamentalmente en que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos² poseen un carácter obligatorio y vinculante para los estados que ratificaron la Convención Americana de

* Asesora jurídica de la Junta Metropolitana de Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia.

1. El 30 de abril de 1948, el Ecuador conjuntamente con otros veinte países de la región reunidos en Bogotá, Colombia, adoptaron la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la cual consagraron principios de cooperación regional y afirmaron el compromiso de proteger los Derechos Humanos. Así, el 2 de mayo del mismo año, se promulgó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, primera expresión internacional de principios de Derechos Humanos.
2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos son los órganos competentes para conocer las violaciones a la Convención Americana, y fueron creadas con el fin de establecer un mecanismo de protección de los derechos consagrados en la Convención Americana. Véase Convención Americana de Derechos Humanos, Capítulo VI, art. 33 y ss.

Derechos Humanos³ y ratificaron la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana.

Sin embargo, la Comisión y la Corte Interamericana carecen de instrumentos de coerción para forzar a un estado a implementar una recomendación de la Comisión o una sentencia de la Corte. No obstante, ningún Estado puede ignorar estos pronunciamientos jurídicos sin incurrir en un costo político potencialmente alto.⁴

El Ecuador como Estado Miembro de la OEA, es parte de la Convención Americana desde el 28 de diciembre de 1977 y reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el 24 de julio de 1984. Desde entonces, la Corte Interamericana ha fallado en contra del Ecuador por ocho ocasiones,⁵ siendo el caso más reciente “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador” (en adelante “caso Zambrano Vélez”), cuya sentencia fue expedida el 4 de julio de 2007.

Este proceso giró en torno a la ejecución extrajudicial de los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, cometida en Guayaquil, el 6 de marzo de 1993, por miembros de las Fuerzas Armadas, y la ulterior falta de investigación de estos hechos por parte del Estado.

A continuación, se realizará un breve análisis sobre el pronunciamiento de la Corte en relación a estos hechos y las principales consecuencias para el Estado ecuatoriano.

LOS HECHOS DEL CASO ZAMBRANO VÉLEZ

En el año 1992, ciudades como Quito y Guayaquil se vieron afectadas por graves hechos de delincuencia, que conllevaron a un clima de inseguridad. El entonces presidente de la República, Sixto Durán Ballén, emitió el Decreto No. 86, en el que calificó a esta situación como de “grave conmoción interna” y declaró estado de emergencia al disponer “la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional”.⁶

3. La Convención Americana de Derechos Humanos, denominada también “Pacto de San José”, fue redactada en 1969 por los delegados de los Estados Miembros de la OEA, en San José de Costa Rica, durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

4. En este sentido, véase, Héctor Faúndez Ledesma, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, Aspectos Institucionales y Procesales*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, 3a. ed., pp. 995 y ss.

5. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, 1997; Caso Benavides Cevallos vs. Ecuador, 1998; Caso Tibi vs. Ecuador; 2004; Caso Acosta Calderón vs. Ecuador; 2005; Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador; 2007.

6. El Decreto Ejecutivo No. 86 fue publicado en el Registro Oficial el 3 de septiembre de 1992 y fue suscrito por el ex presidente Sixto Durán Ballén y el ex Ministro de Defensa Nacional, José Gallardo Román.

En este contexto, el 6 de marzo de 1993, las tres ramas de las Fuerzas Armadas del Ecuador, conjuntamente con la Policía Nacional, realizaron un operativo conjunto en una zona suburbana de Guayaquil denominada “Barrio Batallón”. En este operativo, planificado con tres meses de anticipación, participaron alrededor de 1.200 agentes, quienes contaron con camiones del ejército, lanchas y un helicóptero.⁷

Durante el operativo, miembros de las Fuerzas Armadas utilizaron explosivos para abrir las puertas de las casas e ingresar a los domicilios de las víctimas. Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña fueron asesinados por disparos de agentes estatales. Trece años después de ocurridos los hechos, el Estado no identificó ni sancionó a los responsables materiales e intelectuales de las ejecuciones y los delitos aún se encuentran impunes.

PROCEDIMIENTO ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO

El 8 de noviembre de 1994 la Comisión Ecuménica de Derechos Humanos (CEDHU) presentó ante la Secretaría de la Comisión una denuncia por los hechos. El 28 de febrero de 2006 la Comisión aprobó el Informe de admisibilidad y fondo No. 8/06,⁸ en el que se realizaron recomendaciones al Estado. En julio de 2006 la Comisión decidió someter el presente caso a la jurisdicción de la Corte, ante la falta de respuesta del Estado.

El 24 de julio de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte Interamericana una demanda contra el Estado ecuatoriano⁹ en la que solicitó se declarara la responsabilidad internacional por la violación de los artículos 27 (suspensión de garantías), 4 (derecho a la vida), 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno). Además, la Comisión Interamericana también solicitó a la Corte que ordenara determinadas medidas de reparación.

El 15 de diciembre de 2006, el Estado presentó la contestación de la demanda, en la cual alegó que no era responsable por las violaciones alegadas y que no se le podía atribuir responsabilidad internacional por un acto cometido “por un agente del Estado haciendo uso de su legítima defensa”.¹⁰ El Estado alegó que la muerte de esas per-

7. Véase Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 2007, párrs. 44 y 73.

8. Véase Convención Americana de Derechos Humanos, art. 50.

9. *Ibid.*, art. 50 y 61.

10. Véase Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 2007, párr. 5.

sonas ocurrió en un enfrentamiento con miembros de la fuerza pública durante dicho operativo, llevado a cabo como una medida legal y necesaria, en el marco de un estado de emergencia debidamente declarado, en una época de alta delincuencia y de conformación de grupos terroristas.

Posteriormente, en audiencia pública convocada por la Corte Interamericana y en su escrito de alegatos finales, el Estado efectuó un allanamiento parcial, “reconociendo la responsabilidad internacional derivada de las violaciones a los artículos 8, 25 y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.¹¹ Sin embargo, el Estado hizo salvedad del artículo 4, relativo al derecho a la vida, considerando “que es un caso que se encuentra aún en conocimiento judicial y que, si bien en el ámbito de la judicatura ecuatoriana nos hemos encontrado con una relativa falta de celeridad en la investigación, sin embargo, no se ha llegado a establecer con claridad responsabilidades. Ese es el motivo por el cual exceptuamos el artículo 4 de la Convención”.¹²

La Corte consideró que en virtud del reconocimiento parcial de responsabilidad internacional por parte del Estado, cesó la controversia respecto del incumplimiento de las obligaciones consagradas los artículos 8, 25 y 27 de la Convención Americana,¹³ pero asimismo puntualizó, que se mantenía la controversia respecto de la alegada violación del artículo 4 y el alegado incumplimiento de los artículos 1.1 y 2 de la Convención y de los hechos correspondientes.

Pese a que cesó la controversia respecto de la violación a los artículos 8, 25 y 27 de la Convención Americana, la Corte realizó el respectivo análisis de dichas violaciones.

11. *Ibíd.*, párr. 8.

12. *Ibíd.*, párr. 8.

13. Para determinar si el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por un Estado demandado ofrece una base suficiente, en los términos de la Convención Americana, para continuar o no con el conocimiento del fondo y la determinación de las eventuales reparaciones y costas, la Corte Interamericana analiza cada caso en concreto. Véase Caso Myrna Mack Chang, 2003, párr. 105. Ver también Caso de la Masacre de La Rochela, 2007, párr. 9.

PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA RESPECTO DE LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 27 (SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS):¹⁴ ESTADO DE EMERGENCIA Y LA LEY DE SEGURIDAD NACIONAL

El Decreto No. 86, mediante el cual se declaraba estado de emergencia, no fijaba un límite espacial definido pues disponía la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional. Asimismo, tampoco determinaba un límite temporal a la duración de la intervención militar, ni disponía el alcance material de la suspensión, es decir, qué derechos serían suspendidos.

La Corte determinó que disponer una intervención militar con tan amplios alcances y en función de objetivos a su vez tan amplios y difusos como los dispuestos mediante el Decreto No. 86, atentaba contra lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención Americana. Estableció, que la suspensión de garantías debe operar como una medida estrictamente excepcional, para enfrentar reales situaciones de emergencia, “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”, y principalmente, no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común.¹⁵

Por otro lado, la Corte observó que los hechos delictuosos ocurridos durante un estado de excepción, declarado a base de los artículos 145 y 147 de la Ley de Seguridad Nacional ecuatoriana vigente,¹⁶ quedaban bajo jurisdicción penal militar.¹⁷ Es decir, amparadas en la declaración de un estado de excepción; esas regulaciones conferían a la jurisdicción militar competencias de la jurisdicción ordinaria.

La Corte estableció que dichas normas afectan el derecho al juez natural de personas que cometan algún hecho delictuoso sancionable, con reclusión ocurrido durante un estado de excepción, o de quienes se vean afectados por ese hecho o de

14. El art. 27 (1) establece que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

15. Véase Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 2007, párr. 52.

16. Los arts. 145 y 147 de aquella Ley establecen que durante el estado de emergencia los hechos que causen las contravenciones indicadas en dicha Ley y las penas con reclusión deberán ser juzgadas con arreglo al Código Penal Militar. De tal manera, independientemente de quién cometiera el delito, el fuero militar quedaba automáticamente facultado para conocer de esos hechos, es decir, para eventualmente juzgar y sancionar a civiles y a miembros de las fuerzas armadas que hayan cometido delitos contra civiles.

17. Véase Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 2007, párr. 64.

sus familiares, pues impiden un adecuado e independiente control de la compatibilidad de una suspensión de garantías con la Convención Americana e implican la imposibilidad para esas personas o sus familiares de participar en el proceso.

El Estado, dentro de su allanamiento, señaló que se encontraba “frente a un proceso de democratizar el régimen de excepción [el cual] va a ser debidamente regulado y estrictamente monitoreado en la próxima Asamblea Constituyente que está por conformarse en el Ecuador [...para que se] restrinja el uso indiscriminado que en ciertas ocasiones se puede dar del estado de excepción, de esa facultad que tiene el Poder Ejecutivo para decretar un estado de emergencia”.¹⁸

PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA RESPECTO DE LA VIOLACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 8 Y 25 (DERECHO A LAS GARANTÍAS JUDICIALES Y A LA PROTECCIÓN JUDICIAL): LA COMISIÓN DE LA VERDAD

Cuando el uso de fuerza ocasiona lesiones o muerte, el Estado tiene la obligación internacional de determinar, a través de órganos judiciales independientes e imparciales, si la fuerza utilizada fue excesiva y, de ser el caso, sancionar a los responsables e indemnizar a las víctimas o sus familiares. Además, el Estado no puede transferir a los familiares o sus representantes la carga de investigación y enjuiciamiento de los que resulten responsables.¹⁹

En este punto, la Comisión alegó que no se puso en marcha el aparato jurisdiccional del Estado, demostrando de manera evidente que los familiares de las víctimas no contaron con un recurso efectivo que les garantizara la posibilidad de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto para el esclarecimiento de los hechos y el castigo de los responsables, como para buscar una debida reparación: “el lapso de más de trece años sin que se haya iniciado un proceso rebasa con exceso los límites y criterios del plazo razonable [...]. Se configura así un marco de impunidad total atribuible al Estado”.²⁰

La Corte finalmente determinó que el tiempo transcurrido desde el momento de los hechos sobrepasa excesivamente un plazo que pueda considerarse razonable para que el Estado realizara las correspondientes diligencias investigativas, Esta falta de investigación durante tan largo período configura una flagrante denegación de justi-

18. *Ibíd.*, párr. 52.

19. *Ibíd.*, párr. 382.

20. *Ibíd.*, párr. 112.

cia y una violación al derecho de acceso a la justicia de los familiares de las víctimas.²¹

Al respecto, el Estado manifestó que “demuestra su interés de tutelar estos derechos toda vez que el Presidente de la República creó la Comisión de la Verdad, entidad encargada de investigar, esclarecer e impedir la impunidad respecto de los hechos violentos y violatorios de los derechos humanos, ocurridos entre los años 1984 y 1988 y otros períodos y que así mismo investigará a cabalidad los hechos y recabará la prueba documental, pericial y testimonial que haga mérito para que se inicie un [proceso penal] a nivel interno, con el respeto a las debidas garantías judiciales”.²²

El Estado también expresó que las muertes que generaron este caso merecen ser esclarecidas, mediante la Comisión de la Verdad y consecuentemente, la justicia interna.

PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA RESPECTO DE LA VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 4 (DERECHO A LA VIDA): EL USO LEGÍTIMO DE LA FUERZA Y LA LEGÍTIMA DEFENSA

En este caso los señores Zambrano Vélez, Caicedo Cobeña y Caicedo Cobeña fueron privados de su vida por agentes estatales que hicieron uso letal de la fuerza, en el marco de un operativo de seguridad y en ejercicio de sus funciones. El Estado alegó que la muerte de las tres víctimas se dio “irrefutablemente en legítima defensa” por parte de los agentes estatales, puesto que en este caso “se aprehendió en la casa de los fallecidos armamento sofisticado, material para el tráfico de estupefacientes, motivo por el cual iban a ser detenidos para las correspondientes investigaciones, sin embargo al desacatar la autoridad y en legítima defensa resultaron heridos de muerte”.²³

En primer lugar respecto del uso legítimo de la fuerza, tal como lo sostuvo la Comisión, el uso de la fuerza por parte de los agentes estatales en el operativo en el que ocurrieron los hechos de este caso, no fue razonable, restringido ni controlado, sino excesivo, considerando la supuesta planificación del operativo militar, la cantidad de personal involucrado y las características del mismo.²⁴

21. *Ibíd.*, párr. 126.

22. *Ibíd.*, párr. 127.

23. *Ibíd.*, 2007, párr. 99.

24. Además, la Comisión señaló que la participación de las Fuerzas Armadas requería de cuidado y atención especiales en la etapa de planificación, para evitar daños a particulares, lo cual contrasta con el hecho de que se infrin-

En este sentido, la Corte ha manifestado que el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 4 de la Convención Americana, no solo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere, a la luz de su obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos humanos, que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva) de quienes se encuentren bajo su jurisdicción.²⁵

Por tales razones, la Corte consideró que el Estado falló en su deber de prevenir las muertes de las víctimas, al emplear desproporcionadamente la fuerza y con ello incurrió en la privación arbitraria de la vida, configurándose una ejecución extrajudicial.²⁶

Respecto de la invocación que hizo el Estado alegando “legítima defensa”, la Corte aclaró que el concepto de “legítima defensa” se refiere a una facultad de alcance restringido y reconocida por el Derecho Internacional a los Estados como una excepción a la prohibición general de la guerra y al uso de la fuerza, para mantener la paz y seguridad internacionales. La Corte manifestó que esta concepción de “legítima defensa” no tendría aplicación alguna en la determinación de la responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención Americana por la acción u omisión de un agente del Estado en un operativo de seguridad.²⁷

CONCLUSIONES

Una vez analizados los puntos más importantes resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Zambrano Vélez, sobra decir que esta sentencia arremete contra prácticas consumadas en nuestro país, en lo que concierne al uso de la fuerza a la hora de “luchar contra la delincuencia”.

En primer lugar, respecto a los “estados de emergencia”, resulta claro que ha existido una tendencia a usar esta figura jurídica de manera *impertinente*, así por ejem-

gieran daños a la propiedad e integridad de particulares y no consta que se hayan llevado a cabo los procesos judiciales correspondientes, ni reparado los daños. A su vez, indicó que si se compara la cantidad de militares que intervinieron con la cantidad de armas decomisadas, y dado que no se informó durante el operativo sobre actos de resistencia, no es posible demostrar la urgencia requerida, ni justificar el volumen de fuerza empleado.

25. Véase Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), párr. 144.

26. En este sentido, la Corte manifestó que el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad del Estado, debe cumplir con cuatro principios: a) Excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y humanidad; b) existencia de un marco normativo que regule el uso de la fuerza; c) Planificación del uso de la fuerza; d) control adecuado y verificación de la legitimidad del uso de la fuerza

27. Véase Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 2007, párr. 102.

plo constan desde los decretos de emergencia petrolera hasta los recientes decretos de emergencia para los sectores de la “salud” y “educación”.

Resultó interesante, que fuera el mismo Estado quien aceptara “el uso indiscriminado” de esta figura para conseguir sus fines, y aún más interesante, que asegurara que “los regímenes de excepción serán regulados y monitoreados en la próxima Asamblea Constituyente”. Esperamos que la Asamblea tome los criterios de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para regular este tema.

Asimismo, en relación a la Ley de Seguridad Nacional, tal como lo manifiesta Ramiro Ávila al analizar las disposiciones de dicha Ley a la luz del Derecho Internacional Humanitario, aquella “no incluye referencias a los derechos humanos [...] en un evento de conmoción interna se ha demostrado históricamente que es menester regular y limitar la acción de la fuerza pública a fin de evitar excesos en sus actuaciones. La aplicación de leyes similares a la ecuatoriana en otros países del Continente [...] fue uno de los factores determinantes para la comisión de graves violaciones a los derechos humanos e incluso de crímenes contra la humanidad”.²⁸

La Ley de Seguridad Nacional es flagrantemente acusada por la Corte de contravenir lo dispuesto en la Convención Interamericana, de ahí que disponga: “el Estado debe adecuar su legislación interna en materia de estados de emergencia y suspensión de garantías, en particular las disposiciones de la Ley de Seguridad Nacional, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.²⁹ Otro tema prioritario para la Asamblea Constituyente.

Además, la Asamblea Constituyente tendrá un reto más derivado de esta sentencia, puesto que el Estado manifestó que el Congreso Nacional se encuentra debatiendo una ley de repetición de responsabilidades, que se pretende convertir en un proyecto de ejecución de sentencias del Sistema Interamericano y de repetición por parte del Estado contra los agentes responsables.³⁰ ¿Tendrá la Asamblea Constituyente a las obligaciones internacionales del Ecuador, asumidas en el marco de la protección de los Derechos Humanos, como un asunto prioritario?

Finalmente, el Estado realizó una última promesa para demostrar su buena fe ante la Corte Interamericana: la Comisión de la Verdad. Sin embargo, la Corte enfatizó que en un caso de denegación de justicia como el de este caso, la obligación estatal de garantizar el acceso a la justicia no debe entenderse condicionada a la eventual conformación y resultados de la Comisión de la Verdad. Por ello, ordenó al Estado

28. Ramiro Ávila Santamaría y José Valencia Amores, *Ecuador y el Derecho Internacional Humanitario*, Quito, CICR, 2006, p. 59.

29. Véase Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador, 2007, puntos resolutivos, párr. 9.

30. *Ibid.*, párr. 127.

cumplir con su obligación de investigar y sancionar, por los medios judiciales pertinentes, todos los hechos constitutivos de las violaciones a los derechos humanos declaradas en la sentencia.

Queda demostrado, que existen varios temas pendientes de Derechos Humanos como asuntos prioritarios en las próximas reformas jurídicas e institucionales que el país asumirá. Los cambios que se hagan, no deberán tomar en cuenta criterios de mayorías coyunturales cargados de apasionamiento político o peor aún, criterios evidentemente desinformados y poco sustentados en la doctrina y la jurisprudencia de los sistemas internacionales de protección de Derechos Humanos.

Queda entonces esperar, que las reformas jurídicas que urgen hacerse en nuestro país, incorporen los criterios de la Corte Interamericana, las que han sido desdibujadas en el presente artículo.

Colaboradores

Ernesto Albán Gómez, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Presidente del Consejo Superior, Universidad Andina Simón Bolívar; ex magistrado, Corte Suprema de Justicia del Ecuador. *ealban@corpmyl.com*

Juan Pablo Aguilar Andrade, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Máster en Ciencias Políticas (c), Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) Sede Ecuador, docente de Derecho Administrativo, PUCE y Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *jpaguilar@acces-sinter.net*

Ramiro Ávila Santamaría, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Máster en Derecho, Columbia Law School, Nueva York. *ravila@uasb.edu.ec*

Alberto Bovino, argentino, abogado, Universidad de Buenos Aires; Master in Laws, Columbia University School of Law; Doctorando, Universidad de Buenos Aires; Profesor de derecho penal y procesal penal, Universidad de Buenos Aires; Abogado Consultor del Centro de Estudios Legales y Sociales. *bovino@mac.com*

Bolívar Augusto Espinoza, ecuatoriano, abogado, Universidad Central del Ecuador; Secretario titular de la Unidad de Delitos Sexuales y Trata de Personas del Ministerio Público de Pichincha; Maestría en Relaciones Internacionales (c), Universidad Complutense de Madrid. *espinozab@minpec.gov.ec*

Gustavo García Brito, boliviano, Licenciado en Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Abogado, Universidad Mayor Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca; Diplomado en Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, Universidad Mayor de San Andrés La Paz-Bolivia; Máster en Derecho, mención Derecho Internacional Económico (c); Pasante en el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Magistratura de Bolivia. *gus_garciab@hotmail.com*

Iván Granda Molina, ecuatoriano, abogado, Universidad del Azuay; Especialista Superior en Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar; Máster en Derecho Penal (c), Universidad del Azuay. *grandai78@yahoo.com*

César Montaña Galarza, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia Universidad Nacional de Loja; Especialista Superior en Tributación y Magíster en Derecho Económico, mención Relaciones Económicas Internacionales, doctor en Derecho (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *cesarmontano@uasb.edu.ec*

Fidel Jaramillo Paz y Miño, ecuatoriano, licenciado en Ciencias Jurídicas (c), Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Asesor de la Comisión de la Verdad para investigar violaciones a los derechos humanos (Ecuador); Asesor del Comité Ecuatoriano No Impunidad (CENIMPU); Miembro cofundador de la organización Litigio e Investigación en Derechos Humanos (LIDH); Instructor acreditado por la Cruz Roja Ecuatoriana en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos. *fideljaramillo@gmail.com*

José Gustavo Prieto M., ecuatoriano, abogado y doctor en Jurisprudencia Universidad de las Américas, UDLA; Diploma Superior en Derecho Internacional Económico (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *gprieto@gpmabogados.com*

Carlos Poveda Moreno, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; Especialista en Derecho Procesal, profesor de la Especialización Superior en Derecho Procesal, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; estudios de Criminología realizados en Chile y Argentina, ex Becario de la Escuela Judicial de España con sede en Barcelona. *capomo60@hotmail.com*

Carolina Silva Portero, ecuatoriana, abogada, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (c); Finalista del III Concurso Iberoamericano de Derechos Humanos Francisco Suárez S.J., Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá; semifinalista en el XII Concurso Interamericano de Derechos Humanos, American University, Washington DC; ex becaria del Centro de Derechos Humanos de la PUCE; miembro-cofundadora de la Organización Litigio e Investigación en Derechos Humanos (LIDH). *carolasilvap@gmail.com*

Lola Marisol Valladares, ecuatoriana, licenciada en Ciencias Públicas y doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; Magíster en Ciencias Sociales, especialización en Género, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, FLACSO Ecuador. *lolypato@punto.net.ec*

Macarena Vega Cevallos, ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, Universidad del Azuay; Máster en Derecho Comunitario, Universidad Complutense de Madrid; Diplomado Superior en Gerencia de Gobiernos Seccionales, Red de Universidades: Azuay, Casa Grande, Católica Santiago de Guayaquil; y, Universidad Tecnológica Equinoccial; Curso de posgrado en Regulación y Solución de

Diferendos en Comercio Internacional e Inversiones, Universidad de Buenos Aires. *macarenavega@hotmail.com*

Ximena del Rocío Velasteguí Ayala, doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; Máster en Derecho, mención Derecho Internacional Económico (c), Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. *alegriavelastegui24@hotmail.com*

Mariana Yépez Andrade, ecuatoriana, doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; Máster en Derecho Penal y Criminología (c), Universidad Externado de Colombia; Diplomado en docencia universitaria, Universidad Politécnica Salesiana; Diploma en técnicas de oralidad de procesos penales, Centro de Justicia de las Américas, Santiago; ex ministra fiscal general de la Nación. *marianay@uio.satnet.net*

Diego Zalamea León, ecuatoriano, doctor en Jurisprudencia, Universidad del Azuay, Máster en Criminología, Jefe del Programa de Protección a Víctimas y Testigos y Director Nacional de Política Penal (e) del Ministerio Público, consultor de proyectos financiados por el Banco Mundial y USAID; coordinador de la Asociación de Facultades de Jurisprudencia. *diegoz2@yahoo.com*

Normas para colaboradores

1. *Foro: revista de derecho* del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar procurará publicar únicamente trabajos inéditos, que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar. El autor que presente el mismo artículo a otra revista, que ya hubiese sido publicado o se fundamente en una versión ya publicada, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en un original impreso y en un disquete a la siguiente dirección:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Área de Derecho.

Av. Toledo N22-80

Quito - Ecuador

Fax (593-2) 322 8426

Teléfonos: (593-2) 322 8031, 322 8436

Dirección electrónica: dmartinez@uasb.edu.ec

4. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7,0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, en una sola cara a espacio simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado. La extensión máxima será de 20 páginas Inen A4, equivalentes a 55.000 caracteres aproximadamente.
Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha.
Se solicita que cada trabajo esté acompañado de un resumen o síntesis en castellano (no más de 10 líneas).
Cuando se quiera llamar la atención sobre alguna palabra se usarán las cursivas, sin subrayar ni usar negritas. Se evitará también, en lo posible, el uso de abreviaturas. No se usarán cursivas en los títulos de los artículos.
Las notas bibliográficas se realizarán al pie de cada página de la siguiente manera:
Nombre y apellido del autor, título de la obra (en *cursivas*), ciudad, editorial, año y número de página o páginas de donde se tomó la referencia. Por ejemplo:

Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 206.

En caso de citas posteriores de la misma obra, se señalará únicamente el nombre y apellido del autor, título de la obra y número de página, así: Javier Viciano, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, p. 206.

Se deberá ser consistente con esta forma de citar a lo largo del texto.

Para las citas de revistas o publicaciones periódicas se solicita realizarlas de la siguiente manera: Nombre del autor, título (entre comillas “ ”), nombre de la revista (en *cursiva*), tomo o volumen, número del ejemplar, ciudad de edición, año de publicación y página o páginas citadas. Ej.: Xavier Gómez, “Los derechos de propiedad intelectual”, en *Foro: revista de derecho*, No. 1, Quito, 2003, pp. 85-121.

Las referencias bibliográficas deben presentarse al final del artículo bajo el nombre de “Bibliografía” y contendrá los siguientes datos: apellido y nombre del autor, título de la obra, tomo o volumen, lugar, casa editorial, año de publicación, número de edición. De preferencia no irán numerados y se relacionarán por orden alfabético, y por año de publicación; por ejemplo: Viciano, Javier, *Libre competencia e intervención pública en la economía*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

Las citas textuales de hasta cuatro renglones deben escribirse entre comillas y seguido al texto; cuando excedan este número de líneas deben escribirse en párrafo aparte, en un tamaño de letra inferior al resto del texto, con una sangría diferente y con un renglón blanco antes y otro después; si el autor añade algo al texto transcrito deberá ponerlo entre corchetes.

Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados.

Cualquier otro aspecto sobre el formato debe resolverse por el autor observando uniformidad y consistencia.

5. Los autores adjuntarán a su trabajo un resumen no superior a cinco líneas de su hoja de vida.
6. Se debe consignar la dirección y demás datos de ubicación del autor, con el propósito de notificar la recepción de los artículos, así como cualquier decisión del Comité Editorial.
7. La evaluación de los trabajos la realizará el Comité Editorial de la revista, los académicos especializados o consultores externos (se conservará el anonimato del autor) quienes resolverán su publicación. Independientemente de esta decisión los trabajos no serán devueltos al autor.
8. Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que crean necesarias.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador

RECTOR

Enrique Ayala Mora

DIRECTOR DEL ÁREA DE DERECHO

José Vicente Troya Jaramillo

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 322 8031, 322 8436 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: ealban@corpmyl.com, dmartinez@uasb.edu.ec

www.uasb.edu.ec



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 255 4658, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: cen@cenlibrosecuador.org

www.cenlibrosecuador.org

SUSCRIPCIONES

Valor de la suscripción bianual:

Ecuador: \$ 29.00

América: \$ 60.00

Europa: \$ 77.00

Resto del mundo: \$ 87.00

Dirigirse a:

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador

Teléfonos: (593 2) 255 4358, 256 6340 • Fax: ext. 12

Correo electrónico: ventas@cenlibrosecuador.org

CANJES

Se acepta canje con otras publicaciones periódicas.

Dirigirse a:

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR,
Centro de Información**

Toledo N22-80 • Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426

Correo electrónico: biblioteca@uasb.edu.ec

Carlos Quintana Orsini, *La capitalización boliviana (1994-2005)*, Serie Magíster, vol. 75, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala / Corporación Editora Nacional, 2008.

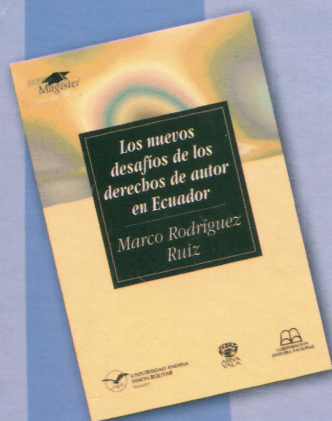
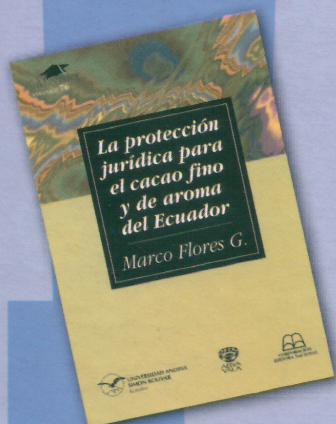
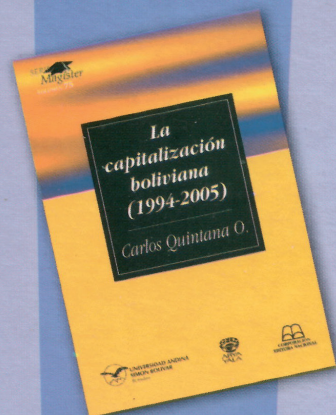
Analiza la capitalización de cinco empresas públicas bolivianas en el período 1994-2005, para lo cual se revisa como antecedente, la crisis del capitalismo de Estado que provocó el proceso hiperinflacionario de los años ochenta y las medidas de reforma estructural aplicadas en Bolivia a partir de 1985. Estudia también el proceso capitalizador y sus efectos en el derecho y la economía bolivianos, como la creación del derecho regulatorio, cuyo sistema de solución de controversias está asentado en procesos administrativos, o la transformación de la economía por la que el Estado dejó de actuar como ente productivo y pasó a ejecutar labores de control y regulación.

Marco Flores González, *La protección jurídica para el cacao fino y de aroma del Ecuador*, Serie Magíster, vol. 76, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala / Corporación Editora Nacional, 2008.

El propósito central del presente estudio es determinar si existen posibilidades de lograr una protección jurídica, primero nacional y luego internacional, para el cacao fino y de aroma de Ecuador, utilizando un subrégimen del régimen internacional de propiedad intelectual como son las “denominaciones de origen”. El autor plantea la construcción de una ventaja competitiva partiendo del escogitamiento de un producto diferenciado y reconocido a nivel internacional, utilizando la protección de la figura jurídica de “denominación de origen” para beneficio, principalmente, de los pequeños productores.

Marco Rodríguez Ruiz, *Los nuevos desafíos de los derechos de autor en Ecuador*, Quito, Serie Magíster, vol. 78, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador / Abya-Yala / Corporación Editora Nacional, 2008.

Este libro aborda, en primer término, algunos antecedentes históricos que, en materia de derechos de autor, se suscitaron hasta la firma del Convenio de Berna de 1886, instrumento internacional que es analizado junto a la Convención Universal de 1952. Más adelante se puntualizan aspectos teóricos acerca de la propiedad intelectual y de los derechos de autor, y se analizan varios convenios y tratados internacionales sobre el tema, y la influencia que éstos han tenido en nuestro andamiaje jurídico. Se realiza un análisis comparativo entre la Ley de Derechos de Autor de 1976 y las normas interna y comunitaria en vigencia. Finalmente, se trata de establecer que esta legislación no genera un verdadero equilibrio entre los intereses del creador, del empresario y del usuario.



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR
Ecuador



CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL

