

TEMAS ACTUALES

DERECHO PENAL ECUADOR

DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO
COORDINADOR



- Dr. Mauricio Enrique Pacheco
- Dr. Merck Benavides Benalcázar
- Dr. Oswaldo Salgado Espinoza
- Dra. Janetsy Gutiérrez Proenza
- Dra. Brenda Guerrero Vela
- Dr. Patricio Sánchez Viteri

Quito, D.M. 2019

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR



AUTORES:



- **Dr. Mauricio Enrique Pacheco**

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador UCE. Doctor PhD en Derecho por la Universidad de Salamanca, República de España.



- **Dr. Merck Benavides Benalcázar**

Catedrático de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Doctor PhD en Derecho por la Universidad de Salamanca, España.



- **Dr. Oswaldo Salgado Espinoza**

Catedrático de la Universidad Central del Ecuador. Master en Derecho Administrativo, Universidad del Azuay.

Con afecto para
un gran luchador por la
nueva universidad: Fernando
Sempértegui, con quien compartimos
estas propuestas de colegas de Quito.



Quito, septiembre/2019.

345.866

T278

BFI

TEMAS ACTUALES
DERECHO PENAL ECUADOR

COORDINADOR
DR. MANUEL ENRIQUE PACHECO

TEMAS ACTUALES
DERECHO PENAL ECUADOR



SIB - UCE

2019



cc. 125412

TÍTULO ORIGINAL:

TEMAS ACTUALES DERECHO PENAL ECUADOR

ISBN: 978-9942-36-072-4

AUTORES:

- * **Dr. Mauricio Enrique Pacheco**
 - * **Dr. Merck Benavides Benalcázar**
 - * **Dr. Oswaldo Salgado Espinoza**
 - * **Dra. Janetsy Gutiérrez Proenza**
 - * **Dra. Brenda Guerrero Vela**
 - * **Dr. Patricio Sánchez Viteri**
-

IMPRESIÓN: Gráficas Iberia
ediberia@gmail.com

Quito - Ecuador, 2019

TEMAS ACTUALES

DERECHO PENAL ECUADOR

COORDINADOR
DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO

AUTORES

- **Dr. Mauricio Enrique Pacheco**

Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador UCE.
Doctor PhD en Derecho por la Universidad de Salamanca, República de España.

- **Dr. Merck Benavides Benalcázar**

Catedrático de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Doctor PhD en Derecho por la Universidad de Salamanca – España.

- **Dr. Oswaldo Salgado Espinoza**

Catedrático de la Universidad Central del Ecuador
Master en Derecho Administrativo - Universidad del Azuay

- **Dra. Janetsy Gutiérrez Proenza**

Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Maestría en la Universidad de la Habana - Cuba.

- **Dra. Brenda Guerrero Vela**

Catedrática de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Maestrías en Derecho Penal y Procesal Penal.

- **Dr. Patricio Sánchez Viteri**

Catedrático de Derecho Internacional Público, Privado, Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la U.C.E. Maestrías en Educación Superior, Ciencias Internacionales. Especialista en Gestión de Procesos Educativos.

Quito, D.M. 2019

TEMAS ACTUALES

DERECHO PENAL ECUADOR

COORDINADOR
DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO

AUTORES:

- Dr. Mauricio Enrique Pacheco**
Dr. Merck Benavides Benalcázar
Dr. Oswaldo Salgado Espinoza
Dra. Janetsy Gutiérrez Proenza
Dr. Brenda Guerrero Vela.
Dr. Patricio Sánchez Viteri
-

Quito, D.M. 2019

ÍNDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	13
 LA AUTORÍA MEDIATA MEDIANTE EL DOMINIO DE LOS APARATOS DE PODER EN LA ARQUITECTURA DE LA CORRUPCIÓN EN EL ECUADOR	
AUTOR: DR. MAURICIO ENRIQUE PACHECO	17
 1.- Introducción.....	18
2.- Breve reseña histórica de la autoría mediata.....	20
3.- La autoría mediata en el código orgánico integral penal	24
4.- La autoría mediata mediante el dominio de los aparatos de poder.....	26
5.- La autoría mediata: fundamentos.....	29
5.1.- La existencia de un aparato organizado de poder y el poder de mando sobre la organización	32
5.2.- El apartamiento del derecho del aparato de poder.....	39
5.3.- La fungibilidad de los ejecutores directos.....	44
5.4.- La predisposición del autor directo a la realización del hecho criminal.....	46
6.- Hoja de ruta para la aplicación concreta de la autoría por dominio de aparatos organizados de poder en Ecuador.....	47
7.- Conclusiones.....	52
8.- Bibliografía	53

LA IGUALDAD DE ARMAS DE LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO ORAL

AUTOR: DR. MERCK BENAVIDES BENALCÁZAR..... 55

1.- Introducción.....	56
2.- Partes en el sistema adversarial acusatorio.....	57
3.- Igualdad de armas y debido proceso	72
4.- Igualdad de armas y derecho de defensa.....	78
5.- La defensa técnica y la igualdad de armas.....	83
6.- Rol del juez para garantizar la igualdad de armas a los sujetos procesales.....	86
7.- Derecho a recurrir para equilibrar la igualdad de armas	93
8.- Conclusiones.....	95
9.- Bibliografía	96
Fuentes Constitucionales Legales e Instrumentos Internacionales	99

PROPUESTA DE UN ESQUEMA DE GESTIÓN (PEG) PARA LA COOPERACIÓN PENAL SURAMERICANA (COPEPUR) CON EL FIN DE COMBATIR LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (DOT) [PEG PARA LA COPEPUR CON EL FIN DE COMBATIR LA DOT] EL SURCO DEL CONSEJO SECTORIAL DE UNASUR

AUTOR: OSWALDO SALGADO ESPINOZA..... 101

Resumen	101
Introducción	102
CAPÍTULO UNO.....	106
Marco teórico	
CAPÍTULO DOS.....	115
Metodología	

CAPÍTULO TRES	117
Resultados y discusión de la investigación de campo.	
CAPÍTULO CUATRO	129
Propuesta de un esquema para la Cooperación Penal Suramericana con el fin de combatir la delincuencia organizada transnacional	
CAPÍTULO CINCO	
Conclusiones	134
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	136
CAPÍTULO SEIS	
Anexos:	142
ANEXO 1: Entrevista a la Dra. Thania Moreno Romero	143
ANEXO 2: Entrevista al COM. PPAL. D. M. Javier Peña Echeverría.....	150
ANEXO 3: Entrevista al Dr. Andrés Villegas Pico	153
ANEXO 4: Entrevista al Dr. Mauricio Pacheco	157
ANEXO 5: Preguntas que fueron realizadas a los expertos encuestados de los países miembros de la Unión de Naciones Suramericanas UNASUR.....	162
LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO APLICADA A LOS CONVENIOS INTERNACIONALES Y AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO. SU INFLUENCIA EN LA PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN.	
AUTORA: DRA. JANETSY GUTIÉRREZ PROENZA	167
Resumen	167
1.- Introducción	168
2.- Los convenios y tratados internacionales y su aplicación	172
3.- Los convenios y tratados internacionales en materia deviolencia intrafamiliar y de género	178

4.- Conclusiones	186
5.- Bibliografía	187

EL ACOSO SEXUAL DE MENORES EN EL SISTEMA EDUCATIVO DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.

AUTOR: BRENDA GUERRERO VELA	189
Resumen	189
1.- los delitos sexuales en el sistema educativo distrito metropolitano de Quito	190
1.1.- Introducción	190
1.2.- Los delitos sexuales en los menores de edad	191
2.- El acoso sexual	193
2.1.- El consentimiento	194
2.2.- El prevalimiento	194
2.3.- El engaño	195
2.4.- Las relaciones de poder	196
2.5.- Subordinación de la víctima	196
2.6.- Amenaza	196
2.7.- Bien jurídico protegido en el acoso sexual a menores de edad	196
2.8.- La intangibilidad o la indemnidad sexual	197
3.- El acoso sexual	198
3.1.- Tipicidad objetiva	199
3.2.- Tipicidad subjetiva	200
3.3.- Sujeto activo	201
3.4.- Sujeto pasivo	201
3.5.- Antijuridicidad	201
3.6.- Autoría y participación	202
3.7.- Circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal	202
4.- Las autoridades del sistema educativo	203
4.1.- La protección constitucional de los derechos de los niños niña y adolescente Ecuador	203

4.2.- Derechos fundamentales que se vulnera a los niños, niñas y adolescentes frente a los delitos sexuales	204
4.3.- El derecho a la integridad personal	206
4.4.- Orientación legal sistema víctimas de acos sexual.....	207
4.5.- Responsabilidad individual	210
4.6.- Ley Orgánica de Educación Intercultural.....	211
5.- Derecho de las víctimas	212
5.1.- Víctima.....	212
5.2.- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para los víctimas de delitos y del abuso del poder	213
5.3.- Acceso a la justicia y trato justo.....	213
5.4.- Normativa de la víctima en el coip.....	213
6.- La declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder	215
7.- La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la conceptualización del derecho a la verdad en el sistema de derechos humanos	217
8.- La no revictimización.....	218
9.- Derecho a ser escuchado	220
10.- Verdad	220
11.- Justicia.....	221
12.- Reparación.....	221
13.- El plazo razonable.....	221
14.- El derecho fundamental a la educación	224
14.1.- Delitos sexuales en el sistema educativo	225
14.2.- Acoso sexual.....	226
14.3.- Abuso sexual COIP.....	226
14.4.- La violación.....	227
14.5.- El deber de denunciar autoridades del sistema educativo.....	228
15.- Código de la niñez y la adolescencia	229
16.- Deberes del estado. Art.3 CRE	230
16.1.- Medidas de protección para las víctimas.....	230

16.2.- Atención a grupos vulnerables.....	232
16.3.- El endurecimiento de las penas.....	233
16.4.- Tutela judicial efectiva.....	234
16.5.- Factores de riesgo en niños niñas y adolescentes por acoso sexual	234
16.6.- Riesgo en las víctimas.....	235
17.- Conclusiones.....	237
18.- Recomendaciones.....	239
19.- Bibliografía	240
Anexo1	241
Anexo 2	
INFORME NO. 76/08.....	242
I. RESUMEN.....	242
II. TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN	243
III. POSICIÓN DE LAS PARTES	244
A. Posición de los peticionarios	244
B. Posición del estado	251
IV. ANÁLISIS SOBRE COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD	254
A. Competencia <i>ratione personae</i> , <i>ratione</i> <i>materiae</i> , <i>ratione temporis</i> y <i>ratione loci</i>	254
B. Otros requisitos para la admisibilidad de la petición	255
V. CONCLUSIONES.....	260
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	
PRINCIPIO Y APARICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO	
AUTOR: DR. PATRICIO SÁNCHEZ VITERI	267
Resumen	267
1.- Definición del Derecho Internacional Humanitario.....	268
1.1.- ¿Por qué se origina el surgimiento del Derecho Internacional Humanitario?	268
1.2.- La Batalla de Las Termópilas (480 A.c.)	269

1.3.- El Derecho Internacional Humanitario se ha	
convertido en un derecho universal.....	271
2.- El entorno del Derecho Internacional	
Humanitario "Ius ad bellum e ius in bello".....	274
2.1.- Los Códigos de La Haya estipulan los	
Derechos y Obligaciones, en el tiempo que	
duren las hostilidades.....	275
2.2.- Socorro Humanitario, antecedentes	
históricos.....	276
2.3.- Reglamento Jurídico.....	278
2.4.- Convención de Viena sobre el Derecho de	
los Tratados.....	278
2.5.- Convenio de Ginebra de 1864.....	279
2.6.- Tratados de Convenios Primordiales.....	280
2.7.- Las fuentes del Derecho Internacional	
Humanitario.....	282
2.8.- Tratados.....	285
2.9.- La Costumbre.....	285
3.- Los principios generales del Derecho.....	286
3.1.- Las decisiones Judiciales y la Doctrina de los	
Publicistas.....	286
3.2.- Otros criterios – fuentes.....	287
3.3.- Derecho Internacional Humanitario y los	
Derechos Humanos ¿significa lo mismo?.....	288
3.4.- Equivalencias – diferencias.....	289
3.5.- ¿Cuáles son los principales Instrumentos	
del Derecho Internacional Humanitario?.....	291
Citas Bibliográficas.....	292



INTRODUCCIÓN

El análisis dogmático jurídico ha sido el déficit más sentido en la comunidad científica universitaria en relación con el ordenamiento jurídico penal como objeto epistemológico. La Universidad Central del Ecuador y concretamente la Facultad de Jurisprudencia a través del Instituto de Posgrado ha venido impulsado una política de aporte en la que un grupo de juristas y catedráticos del Área de Derecho penal de la Facultad ha realizado bajo la visión futurista de construir una corriente de pensamiento penal que muy difícilmente se puede realizar sin que exista el auspicio institucional que concrete estos esfuerzos analíticos de interpretación y sistematización de las prescripciones positivas. Los diversos campos que abordan los catedráticos invaden espacios que no han sido analizados por otros centros de investigación jurídica y que sin lugar a dudas constituyen temas que sobrepasan la dimensión y trascendencia nacional.

En este sentido, el Dr. Mauricio Pacheco ensaya una interpretación nacional de las normas sobre la teoría del dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder propuesta inicialmente por Roxín y pretende explicar las actuaciones al margen de la ley de quienes dirigen una organización que está a su entera disposición, cuyos miembros ejecutores directos del delito se caracterizan por su fungibilidad o por su naturaleza cambiante. Como aplicar esta teoría en el Ecuador y que parámetros se debe tener en cuenta especialmente en el juzgamiento de los actos de corrupción sucedidos en la década anterior. Se pregunta hasta qué punto las instituciones dogmáticas aplicables en otras circunstancias históricas y sociales pueden calar en nuestro ordenamiento jurídico penal para facilitar las relaciones de imputación a nivel de autor mediato.

El Dr. Merck Benavides trata el tema relacionado con el sistema acusatorio oral que se materializa mediante las diversas audiencias en las etapas del proceso penal, así como en la impugnación, donde los sujetos procesales que son el fiscal, la

víctima, el procesado y su defensor técnico, intervienen bajo la dirección del juzgador, el cual tiene la obligación de darles un tratamiento a cada uno de ellos en franco cumplimiento de la institución jurídica de igualdad de armas. Es importante mencionar que para lograr la igualdad de armas en beneficio de todos los sujetos procesales y en particular respecto del procesado que es la parte débil de la relación jurídico-penal, es ineludible que el juzgador actúe con total imparcialidad en cada una de las etapas del proceso penal, en la impugnación a través de los recursos que en forma expresa determina la ley, así como en la ejecución de la sentencia, respetando y haciendo respetar los derechos fundamentales, sus garantías y todo lo concerniente al debido proceso, evitando ejecutar actos discriminatorios y que por ende afectan a los derechos humanos que en la ejecución de una sentencia pueden ser afectados tanto al procesado como a la víctima.

El Dr. Oswaldo Salgado Espinoza propone un esquema de gestión para la cooperación penal suramericana con el fin de combatir la delincuencia organizada transnacional para contribuir con la seguridad ciudadana en la Unión de Naciones Suramericanas, que analiza y evalúa la opinión de los actores claves en los sistemas de justicia. Se estudian y comparan: la teoría con la práctica existente y las herramientas tradicionales con las del Siglo XXI, para sugerir los más eficientes mecanismos que permitan una efectiva cooperación que contribuya a combatir la delincuencia, que cuenta con el Consejo Suramericano en materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Se plantea un esquema de gestión con herramientas adecuadas como las tecnologías de la información y comunicación, plataformas y otras opciones virtuales, que podrían contribuir con una gestión efectiva y evitar la impunidad. Finalmente se sugiere algunas acciones para iniciar el nuevo esquema de cooperación, que otorguen mayor seguridad ciudadana a la región.

La Dra. Janetsy Gutiérrez Proenza aborda la problemática

de la violencia intrafamiliar y de género desde una aproximación de análisis en la aplicación y eficacia de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y la incorporación de los mismos al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Destacar los retos que implica la erradicación de la violencia intrafamiliar y de género, no sólo corresponde a una concepción jurídica del tema, sino social y así lo destacan numerosos estudios, sin embargo; el primer frente a estos problemas sociales en muchas ocasiones se encuentra en la administración de justicia, pues la misma constituye una de las facetas fundamentales para hacer respetar y proteger los derechos violados. La correcta aplicación de los convenios y tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno ecuatoriano, permite -unido a otras acciones- mitigar y disminuir la violación de los derechos de las mujeres históricamente invisibilizados. La proposición de los argumentos jurídicos, que consoliden la necesaria solidez en la solución y resolución jurídica de casos de violencia de género, debe hacerse desde los convenios y tratados internacionales, debe fomentarse en el derecho internacional de derechos humanos y en armonía con la ley interna.

La Dra. Brenda Guerrero Vela analiza, la gravedad del problema, a fin de concientizar sobre la responsabilidad social, individual y colectiva de “proteger y prevenir” en el conocimiento de la normativa legal y de los protocolos de protección a las víctimas niños, niñas y adolescentes (grupos vulnerables) a fin de que se minimice el riesgo de la población infantil y efectivice el compromiso de los poderes públicos en la protección de derechos de los niños en el sistema educativo víctimas de este tipo de delitos sexuales; propendiendo a informar a los involucrados dentro del cuidado del menor, sobre el sistema legal y medidas de protección a autoridades, docentes, padres de familia, cuerpos colegiados, que tengan relación directa con la comunidad educativa en virtud de la defensa de los derechos fundamentales de los niños víctimas violentados a consecuencia de esto delitos. La educación como eje transversal transformador de la sociedad ante este problema evidentemente debe mejorar y con

ello la calidad de la educación y la sociedad. La educación como derecho fundamental en beneficio de, niñas y adolescentes principalmente debe impartirse no solo bajo estándares académicos sino también debe profundizar en valores, que se evidencia se han debilitado en algunas Personas que se encuentran como docentes y al cuidado de los menores dentro del sistema educativo en razón de las denuncias a nivel nacional que causan alarma social.

El Dr. Patricio Sánchez Viteri considera que Derecho Internacional Humanitario se ha convertido en un Derecho Universal admitido por los diferentes Estados el entorno del derecho internacional humanitario vinculado a reglas jurídicas adaptables al fenómeno de la conflagración, se fragmenta en *ius ad Bellum* e *ius in Bellum*, que posee dos inclinaciones: los Códigos de Ginebra y los de La Haya. El Derecho Internacional Humanitario se inicia con la cruenta Batalla de Solferino de 1859 donde Dunant observo que miles de soldados que quedaban heridos morían por falta de asistencia médica; hasta ese momento no existía ninguna organización internacional que preste ayuda humanitaria en tiempos de guerra. Hoy el Derecho Internacional Humanitario tiene sus convenios y protocolos que son acatados por la Comunidad Internacional en conflictos Armados.

Estamos seguros que el presente libro “Temas actuales de Derecho Penal Ecuador” constituye un valioso aporte al estudio y desarrollo del Derecho Penal en el Ecuador y una contribución para los estudiantes y miembros de la comunidad científica que ha sido canalizado a través del respaldo institucional del Instituto de Posgrado y de la Asociación de Profesores de la Facultad de Jurisprudencia.

DR. PATRICIO SANCHEZ VITERI
DIRECTOR DEL INSTITUTO DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

LA AUTORIA MEDIATA MEDIANTE EL DOMINIO DE LOS APARATOS DE PODER EN LA ARQUITECTURA DE LA CORRUPCIÓN EN EL ECUADOR

AUTOR: *Dr. Mauricio Enrique Pacheco¹*

RESUMEN

La teoría del dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder propuesta inicialmente por Roxín en 1963 sobre la base de los trabajos de Schroeder y pretende explicar las actuaciones al margen de la ley de quienes dirigen una organización que está a su entera disposición, cuyos miembros ejecutores directos del delito se caracterizan por su fungibilidad o por su naturaleza cambiante. Como aplicar esta teoría en el Ecuador y que parámetros se debe tener en cuenta especialmente en el juzgamiento de los actos de corrupción sucedidos en la década anterior. Siempre nos preguntamos hasta qué punto las instituciones dogmáticas aplicables en otras circunstancias históricas y sociales pueden calar en nuestro ordenamiento jurídico penal para facilitar las relaciones de imputación a nivel de autor mediato.

PALABRAS CLAVES: Autor, coautor, autoría mediata, aparatos organizados de poder, fungible, autor inmediato, autor material, cúpula de poder.

1.- Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador UCE. Doctor PhD en Derecho por la Universidad de Salamanca, República de España.

1.- INTRODUCCIÓN

Los hechos políticos suscitado en los últimos diez años de gobierno, revestidos de una virulenta irrupción de una organización política que hizo del poder un ejercicio muy planificado técnica, financiera, política y jurídica para apropiarse copiosamente de recursos del Estado a través de un entramado administrativo que fusionó, como jamás ha ocurrido en la historia de nuestro país y creo de Latinoamérica, la política y la mafia hacia niveles camaleónicos indistinguibles.

El proceso de fiscalización en proceso evidencia de forma todavía tibia solo la punta del iceberg que nos detalla los múltiples y variados mecanismos de apropiación de los recursos del Estado que, hoy por hoy, desborda la capacidad de los entes fiscalizadores y de persecución del delito para construir acusaciones en un escenario en el que muchos de aquellos autores todavía siguen incrustados en la maquinaria estatal de la corrupción y sobre los que penosamente carecemos de claridad en la aplicación de figuras jurídicas que nos facilite el abordaje eficaz en la investigación de crímenes mediante la utilización de los aparatos organizados de poder.

Contrataciones directas de bienes y servicios públicos; la construcción de mega obras con megas sobrepagos; procedimientos de contratación dirigidos para el beneficio de ciertas constructoras y de determinadas empresas; evidencias del pago de escalofriantes sumas de dinero en calidad sobornos con la participación de decenas de altos dirigentes políticos con funciones públicas importantes; el diseño de una política de vigilancia, persecución, hostigamiento jurídico a personajes que se atrevieron a exigir transparencia frente a graves casos de corrupción; la utilización de la administración de justicia como un aparato de manipulación y control social total; las sospechosas negociaciones para flexibilizar y anular totalmente los controles antidrogas en la frontera con Colombia en beneficio de grupos que en su momento aparecieron como financistas de la campaña política del partido en el poder; las concesiones mineras directas y las negociaciones de contratos petroleros fraudulentos de entrega

anticipada y directa de petrolero y los sobrepagos en la construcción de refinerías, carreteras, obras de infraestructura y hasta en la ejecución de los proyectos hidroeléctricos; compras de armas inútiles, radares que no funcionaron, naves aéreas que no sirvieron, negociaciones frustradas de deuda internacional y sospechosas muertes y secuestros con claros tintes políticos y delincuenciales. Muchos de estos acontecimientos ocurrieron dentro de un escenario adornado de una arquitectura jurídica de diseño de la corrupción casi perfecta que, si no hubiese sido por las inconformidades de algunos personajes del mismo partido político que asumieron el poder, no se las hubiera conocido.

Lo lamentable es contemplar que la actividad persecutoria del Estado en este entramado de corrupción no ha podido ser judicializada de manera efectiva, en parte porque las mismas autoridades encargadas de la fiscalización, investigación y persecución penal no tuvieron interés en ello. Era evidente que formaron parte de esta organización y la legislación penal, los medios de comunicación y ciertos personajes políticos que quieren aprovechar esta coyuntura, matizan los procesos penales abiertos como una cuestión de carácter individual insertada en la lógica del autor individual que abusa de la confianza depositada por sus superiores. No tienen una perspectiva mucho más amplia que supere al autor individual material para llegar al develamiento de una estructura organizacional y sistémica orientada a la apropiación ilegal de los recursos del erario nacional y de la comisión de otros delitos no necesariamente patrimoniales. Es decir, al develamiento de los verdaderos autores enquistados en una reducida cúpula de poder que utilizó el Estado para la comisión de múltiples delitos.

La importancia del propósito de este trabajo tiene que ver con el combate a la corrupción así como también impulsar la reducción a niveles mínimos y tolerables de los índices de impunidad y al derecho irrenunciable que tienen la sociedad y las víctimas de saber la verdad, para garantizar que la actuación del Estado y de los aparatos de la administración de justicia asegure que hechos como los denunciados no se vuelvan a repetir.

La sofisticación técnica financiera, tributaria, empresarial y societal que caracteriza las transacciones jurídicas en la actualidad, y que son propias de un proceso de globalización tecnológica acelerada, no debe desnudar una legislación penal obsoleta o una administración de justicia que no entiende con suficiencia las instituciones penales desde esa perspectiva y desde los avances dogmáticos desarrollados en otros ordenamientos jurídicos.

En este contexto pretendo introducir el estudio de la autoría mediata por el control de la voluntad mediante la utilización de los aparatos organizados de poder en el Ecuador, sin que esta intención pueda traducirse en clave de flexibilización de los derechos individuales y de las garantías procesales a quienes eventualmente caigan en estos preceptos y hayan cometido infracciones penales mediante la utilización de un aparato organizado y sistemáticos de poder, con el uso de la fuerza, de la coacción, de la ley y de la legitimidad que acompañaban al hecho delictivo. Es decir, el objetivo propuesto en este artículo es precisar las exigencias de una dogmática penal garantista orientada a trazar un campo mínimo de legitimación para la aplicación del Art. 42, numeral 2) literal d) del COIP y de esta forma intentar explorar, en líneas generales, la posibilidad de su aplicación en estructuras de poder enquistadas en las altas esferas del Estado, a propósito de una realidad política que va revelando una década de construcción y funcionamiento de estructuras de corrupción muy evidenciadas por una serie de sucesos que, como jamás en la historia del país, la planificación organizacional y sistematizada ha sido determinante. Para ello abordaremos los antecedentes históricos y la evolución de la teoría de la autoría mediata, las diversas concepciones de la autoría mediata y los elementos que la componen en los aparatos organizados de poder y la incidencia de la misma por dominio de organización.

2.- BREVE RESEÑA HISTÓRICA DE LA AUTORÍA MEDIATA

Esta teoría tienen referentes ineludibles que se relacionan con la metodología para establecer y determinar las formas de

participación en un resultado. En las teorías causales, el punto de referencia del concepto de autoría mediata es el Código Penal alemán de 1871 expedido en el contexto del predominio del positivismo naturalista en el que la autoría y la participación dependían de la aportación causal en la producción del resultado. La doctrina de la causalidad era la base científica para precisar la participación en el resultado de tal forma que, con la aplicación de la doctrina de la equivalencia de las condiciones a la teoría de la autoría, no existían diferencias entre autores, cómplices e inductores.

Según la Teoría unitaria adoptada es autor todo aquel que con sus actos realiza un aporte (condición causal) a la realización del hecho antijurídico sin que sea importante las acciones del resto de participantes. Se difuminaba cualquier distinción entre los diferentes participantes, especialmente desde el plano objetivo, por lo que tuvo que migrar hacia una teoría subjetiva en la que el autor es aquel que desea el hecho como propio y tiene interés en la producción del resultado. El partícipe es aquel que participa voluntariamente pero no quiere el resultado como propio, reconoce interés ajeno. Esta teoría está superada porque a criterio de Roxín "...es ciega al sentido y a los valores..."².

Es sabido que la metodología para la determinación del autor y partícipe no es suficiente ni asegura eficacia en este empeño. La teoría causalista lastimosamente no diferenciaba el grado de intensidad y empeño en la consecución del resultado, ni la diferencia de los intereses directos y determinantes de unos con respecto de otros, pero aun gravedad social de la conducta de cada uno de ellos. Por esta razón ya por los años treinta empieza a desarrollarse otra metodología normativa-teleológica que considera inidónea la causalidad.

En esta línea Eberhard Schmith considera que autor es aquel que realiza el tipo penal en forma antijurídica y culpable le-

2.- ROXIN, CLAUDIUS (2000: pg.3). "Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal". Barcelona: Marcial Pons.

sionando un bien jurídico protegido. El cómplice es aquel que realiza la conducta con escasa peligrosidad para el bien jurídico afectado por la conducta del autor. Roxín advierte que este método puede generar abusos en la interpretación teleológica puesto que puede sobrepasar la literalidad del tipo penal hasta aspectos a los que el legislador no quería llegar. Al no existir indicativos certeros sobre qué criterios de valoración se considera al autor, cómplice o inductor, se corre el peligro de ser llenados con criterios de carácter subjetivo y personal de quien lo interprete.

En relación con las teorías ontológicas de la autoría, cuyo representante principal es Welzel y la teoría de la acción final, autor final "... es señor de su decisión y de la ejecución de ésta y así señor de su hecho que configura, consciente del fin, en su existencia y forma de ser concreta..."³. En estas condiciones el hecho está bajo dominio de la voluntad del autor y el partícipe lo es solamente de un hecho ajeno, y el instigador solo instiga un hecho ajeno. La autoría no depende del lenguaje utilizado por el legislador ni de consideraciones de carácter teleológico sino que obedecen a estructuras fácticas que se encuentran en el mundo real y que no se pueden modificar porque el hecho ya está configurado. Solo falta que la ley aprehenda la esencia de la realidad del hecho y la plasme en la ley positiva para configurar al autor, al partícipe y al inductor. Lastimosamente la crítica a esta concepción tiene que ver que las ciencias culturales, como el Derecho, se alimentan y estructuran sobre significados que los hombres ponen a las cosas, no al revés. Los hechos significantes de la vida cotidiana configuran la materia prima que el Derecho debe regular (estructuras lógico objetivas) y de las que el legislador debe valorar y escoger para hacerla ley (contraria a la idea en la materia, dualismo metodológico).

Lastimosamente, a criterio de Roxín, las ideas causalistas, valorativas y teleológicas que no pueden explicar con claridad ciertas configuraciones de autor han devenido en criterios ar-

3.- ROXIN, CLAUDIUS (2000: pg.34). Ob.cit.

bitrarios de determinación de la autoría y participación sin sustento alguno, como la idea de concebirla por cuestiones de merecimiento sin tener en cuenta el comportamiento exterior, sin permitir que las cuestiones ontológicas marquen los límites y definan comportamientos penalmente relevantes. Es innegable que varias legislaciones, incluida la nuestra, conciben al autor directo como el que comete la infracción de manera directa, al autor mediato como aquel que instiga o aconseja, a quien ordena, a quien obliga y a quien ejerza un poder mando en una organización delictiva. Son coautores quienes coadyuvan de modo principal. Es decir, para determinar autoría y participación siempre ponen como punto central de referencia a lo que hace que autor, los otros partícipes son figuras marginales.

Por otra parte las teorías diferenciadoras irrumpen pensando en la dotación de mayor seguridad jurídica a las resoluciones judiciales en función de la real participación de cada uno de los involucrados en el hecho delictivo. Aparecen las teorías objetivas formales para las cuales el autor es quien realiza el tipo penal siendo inimputables aquellos que ejecutaban la misma determinados por el error y la coacción. Las teorías objetivo materiales en cambio consideraban al autor como aquel que aporta la contribución más eficiente, generalmente quien inyectaba más peligrosidad al hecho.

Finalmente aparece la teoría del dominio del hecho propuesta por Roxín para quien autor es la figura central que juega el papel decisivo y de control del suceso. La ejecución y la consumación del delito depende de las actividades de control que el agente tenga sobre toda la actividad. Es decir, autor es quien ejecuta todos y cada uno de los elementos del tipo penal (dominio de la acción); quien ejecuta todos los elementos del tipo penal valiéndose de otro utilizado como instrumento (dominio de la voluntad). Igual, es autor quien ejecuta una fracción importante y necesaria del plan aunque no constituya un acto típico strictu sensu (dominio funcional del hecho).

3.- LA AUTORIA MEDIATA EN EL CODIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Es una forma de autoría, conjuntamente con la autoría directa y la coautoría, de acuerdo al Art. 42 del COIP. Se manifiesta cuando el autor no interviene directamente en la realización del tipo y prefiere hacerlo utilizando a otra persona de quien se vale como un instrumento para la realización del tipo penal.

En los casos en que la voluntad del instrumento o ejecutor es anulada completamente existe responsabilidad inmediata de que convirtió en su instrumento de realización al autor material porque aquella tuvo no solo el conocimiento y la determinación de realizar el hecho antijurídico sino que también pudo controlar el curso causal de tal forma que estaba en posibilidades plenas de evitar su realización. Tales son los casos de personas que por error comete un delito sin que lo supiera y solo por el afán de cumplir una orden legítima de su patrono. Por ejemplo, la de quien embarca mercadería por órdenes de su patrono sin saber que ésta no le pertenece a su empleador. Es un caso de autoría directa e inmediata.

La instigación determinante que realiza una persona sobre otra para que cometa un delito; la de quien ordena la ejecución de una infracción a otra por precio, dádiva, promesa, ofrecimiento u orden fraudulenta (error); la de quienes por violencia física, abuso de autoridad, amenaza, coerción obliga a otro a cometer un delito podrían ser considerados como autores mediatos, según el Art. 42, num2, literales a, b, c, del COIP, porque realiza actos de intimidación, convencimiento, reconocimiento pecuniario, que anulan parcial o completamente la capacidad de conocer y de realizar el acto de quien es el ejecutor material. Entre el autor mediato y el autor material, que le sirve de instrumento, existe una estrecha relación personal y de identificación que es la base sobre la que se ejecuta el delito.

No sucede lo mismo con la autoría mediata de quienes ejercen un poder de mando en la organización delictiva (literal d))

porque esa relación y ese contacto personal entre quien se encuentran al mando y el ejecutor material, no existe o se encuentra muy difuminado de tal manera que quienes materialmente cometen del delito saben el carácter antijurídico de su acto y saben que si no ejecutan ellos lo harán otros porque la condición de personas fungibles no los hace imprescindibles⁴.

Este tipo de autoría mediata mediante el dominio de los aparatos de poder fue introducida en el COIP por primera vez en la forma establecida en el Art. 42, numeral 2, literal d) que términos generales es la única novedad que lo diferencia del antiguo Artículo 42 del derogado Código Penal.

En resumen, generalmente los tipos penales describen en forma abstracta, hipotética y despersonalizada las conductas humanas que potencialmente podrían ser realizadas por una persona en forma directa. El Art. 144 cuando dice "...el que matare a otra persona..." se refiere a que quien realice la conducta descrita en el tipo es a quien podríamos considerar autor, al agente activo. Pero el crimen al igual que todas las actividades humanas también se lo ejecuta en equipo, con la participación de otras personas, aspecto y característica social que no ha pa-

4.- MÁRQUEZ CÁRDENAS, ALVARO (2010:3). "Autoría mediata en Derecho penal formas de instrumentalización". Recuperado del sitio https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_24.pdf. Dice este autor en relación con este punto que "...Se empieza a considerar la posibilidad de admitir autoría mediata cuando se da un mínimo de voluntad en el sujeto de delante. Mínimo de voluntad que permite afirmar que el de detrás controla el curso causal de la misma forma que lo haría de propia mano que permite atribuirle el dominio del hecho, ya sea de forma exclusiva (autoría mediata en sentido estricto), ya sea de forma compartida (autor detrás el autor). La realización de un hecho a través de otro, en concreto la relación entre hombre de detrás y ejecutor material, queda gráficamente representada bajo la expresión "instrumentalización..."

Álvaro Enrique Márquez Cárdenas Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid-España

Especialista en Criminología. Instituto de Criminología de la U. Complutense. Secretario General del Colegio de Abogados de Bogotá y Cundinamarca Profesor de Derecho penal

sado desapercibido por el Derecho penal. De tal forma que siendo el delito un cometido que puede ser ejecutado y organizado por varias personas habría que analizarse la autoría dentro de un marco de división de trabajo y de funciones. Nuestro Código Orgánico Integral Penal determina que autor es quien realiza directamente la ejecución y autor mediato es aquel a quien comina a la comisión del hecho delictivo, sin que quede en claro el tipo de vinculación de identidad que existiría entre el autor mediato y el agente que actúa como instrumento.

La redacción del Art. 42 COIP, literal d), que define, en una de sus modalidades, como autor mediato a quien ejerce un poder de mando en la organización delictiva no deja establecidos los presupuestos necesarios que delimitarían esta forma de autoría mediata dejando a que sea la doctrina y los límites formales impuestos en cada tipo penal de la parte especial los que deban tomarse en cuenta.

4.- LA AUTORIA MEDIATA MEDIANTE EL DOMINIO DE LOS APARATOS DE PODER

En la autoría mediata tradicional el autor no realiza o comete el delito por sí mismo sino que lo hace valiéndose de otra persona a quien la convierte en instrumento de su voluntad a través del error o del engaño. Por ello el castigo debe estar dirigido a quien se aprovechó de la otra persona aunque no haya realizado la infracción personalmente. La persona instrumentalizada no es responsable porque fue utilizada a base del engaño por el autor mediato quien en definitiva mantiene el dominio del hecho mediante el dominio de la voluntad del ejecutor directo, quien ni siquiera sabe que comete un delito.

Pero esta teoría mediata basada en el error y en la coacción, se acuerdo con Roxín, no es la única por lo que plantea otras posibilidades que no agotan la autoría mediata como aquella que se constituye por el dominio de la voluntad en virtud de maquinarias de poder estructuradas en las que el hombre de detrás

tiene bajo su poder y dominio una estructura de poder que la utiliza en la comisión de infracciones sin dejar que esta decisión dependa del sujeto ejecutor. Casos como el genocidio alemán en la Segunda Guerra mundial y otros casos complicados por las complejas dinámicas grupales, globales y organizacionales no pueden ser resueltos a la luz de la autoría individual.

La teoría del dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder fue propuesta inicialmente por Roxín en 1963 sobre la base de los trabajos de Schroeder y pretende explicar las actuaciones al margen de la ley de quienes dirigen una organización que está a su entera disposición, cuyos miembros ejecutores directos del delito se caracterizan por su fungibilidad o por su naturaleza cambiante.⁵ Este tipo de organizaciones tienen la particularidad de funcionar casi de forma automática en la ejecución de ciertas acciones ordenadas por los hombres de atrás, ubicados en la cúpula de la organización. La doctrina del “autor detrás del autor” inicialmente reticente a ser aplicada por los tribunales europeos fue ganando espacios de legitimidad hasta que se constituyó en un instrumento de indudable ayuda para develar las actuaciones delictivas de quienes dirigían organizaciones legítimas o de fachada pero que simulaban ser estructuras idóneas desde las cuales se cometieron delitos graves sobre cuyas consecuencias no era posible generar procesos de imputación directa a los “hombres de detrás”⁶.

5.- AMBOS KAI (1998: pg.11). “Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

6.- GIL, ALICIA. (2008: pg. 66). “La autoría mediata por aparatos jerarquizados”. Recuperado del sitio https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2008-10005300088_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_La_autor%EDa_meditada_por_aparatos_jerarquizados_de_poder_

de poder en la jurisprudencia española Sin embargo en España por ejemplo, la teoría del autor mediato en estructuras organizadas de poder no es la doctrina dominante en parte porque, a criterio de esta autora, no sirve para organizaciones pequeñas relativamente. Dice “...Aunque en los casos analizados no está claro que se den todos los requisitos para aplicar la construcción de

Fue utilizada por el Tribunal Supremo Alemán para condenar a los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la ex República Democrática Alemana, como autores mediatos de la muerte de decenas de ciudadanos alemanes a consecuencia de los disparos realizados por los guardias que protegían el Muro de Berlín, cuando aquellos pretendía huir de Berlín oriental. También se aplicó en el proceso en contra de Adolf Eichmann y en los procesos de Nuremberg. No hace mucho tiempo también la utilizó la Corte Penal Internacional en el caso Katanga-Ngudjolo Chui. La aplicación más reciente tuvo lugar para juzgar los crímenes cometidos por el ex - Presidente Fujimori en la vecina República del Perú acusado de asesinar a más de 27 personas a través de las fuerzas de seguridad a su mando y en el caso de Abimael Guzmán jefe del grupo terrorista de Sendero Luminoso en el Perú. Es decir, más allá de los casos típicos de autoría mediata reconocidos y aceptados por la dogmática penal, como son el dominio de la voluntad por coacción y por error, en los aparatos organizados de poder, podría identificarse una nueva forma de dominio de la voluntad que conduce al establecimiento de la responsabilidad mediata a los que detentan el poder en la organización.

Esta teoría ha sido objeto de ciertas modificaciones complementarias muy importantes⁷.

la autoría mediata por aparatos de poder jerarquizados, en particular porque los comandos de ETA están formados por grupos pequeños de personas y probablemente su relación con el dirigente que ordena un concreto atentado se basan en relaciones personales y de confianza y no constituyen un supuesto de fungibilidad del ejecutor, y por lo tanto estas sentencias no demuestran una opción de la jurisprudencia por esta solución frente a la de la autoría mediata, lo cierto es que la solución de la inducción también es propuesta por una parte de la doctrina española que rechaza la construcción de Roxín. En España rechazan la autoría mediata por aparatos de poder y proponen castigar al dirigente como inductor por ejemplo Gimbernat(42), Díaz y García Conlledo (43), López Peregrín (44), Olmedo (45), Gutiérrez Rodríguez (46), Cobo y Vives (47), Pérez Cepeda (48), Rodríguez Devesa (49), o Rodríguez Mourullo (50). ...”.

7.- AMBOS, KAI (1998:pg.11). Ob.cit. Dice el autor “...En la actualidad –ms de treinta años después- esta doctrina si bien ha sido aceptada por la jurisprudencia, aún no ha experimentado un ulterior desarrollo que pudiera considerarse

La idea del autor mediato asocia la representación de una organización en la que, por un lado existen cúpulas que la dirigen y, por otro, la presencia de sujetos que estando situados en la cola de la organización se encargan de la ejecución de los hechos delictivos. El dilema es como establecer la culpabilidad de quienes ordenaron la comisión del delito encontrándose en la cúspide de la organización de poder en forma separada de quienes ejecutaron materialmente dichas directivas. La cabeza de la organización en última instancia planifica, ordena y dispone su comisión, dentro de corporaciones legítimas y en organizaciones criminales particulares, así como en aparatos organizados de poder estatal que tienen ciertas características particulares.

Atribuir la calidad de autores mediatos al hombre o a los hombres de detrás de la organización necesariamente implica realizar un ejercicio de imputación penal que se mantenga alejado de sistematizaciones dogmáticas autoritarias y contradictorias con los principios de un Derecho penal tradicional, siempre vigilante de las extralimitaciones del poder punitivo del Estado.

5.- LA AUTORIA MEDIATA: FUNDAMENTOS

Roxín fundamenta la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, diferenciándola de la coautoría, autoría inmediata y de la complicidad. Considera al aparato organizado de poder como un instrumento para la comisión del hecho delictivo por dos razones fundamentales: por ser una estructura compuesta de varias personas, organizadas de tal forma que garantiza la comisión del delito con tal probabilidad que el hilo de la voluntad del hombre de atrás no se rompe en razón de la distancia que tenga con el brazo ejecutor de quien materialmente comete el hecho. La voluntad de quien ostenta el poder y domina la organización tiene todas las probabilidades de verse efectivizada por quien, perteneciendo a los estratos inferiores, se encarga de la ejecución del delito.

satisfactorio. LA doctrina científica ha realizado una intensa actividad de nuevos elementos terminológicos, sometiendo al modelo de Roxín a una crítica que en parte se halla plenamente justificada. Sin embargo no se han presentado propuestas de solución convincentes..."

Algo muy importante, Roxín sustenta la no necesidad únicamente del error y la coacción como los únicos medios adecuados para la autoría mediata porque interviene de manera decisiva el funcionamiento de un aparato de poder caracterizado por ser independiente de los miembros que la componen. Es decir, funciona casi en forma automática sin que importe ni la relación de la cúpula, o de los hombres de detrás, con los sujetos ejecutores del hecho puesto que basta una decisión tomada en las altas esferas como para que tenga todas las posibilidades de que se cumplan sin que necesariamente exista una relación interpersonal o directa con el individuo que la va a ejecutar. Por ello, dice Roxin, no es necesaria ni la coacción ni el engaño porque quienes la realizan saben de la ilegalidad de la orden y que si no quieren ejecutarla habrá otras personas que puedan hacerlo, sin que resulte afectada la orden emitida por la cúpula⁸. La fungibilidad del ejecutor es el fundamento de este tercer tipo de autoría mediata. El ejecutor, en esta circunstancia, no deja de ser responsable ni carece de libertad para realizar el delito y ha de responder por ello como autor directo, ejerce dominio sobre la acción sin embargo de ello es al mismo tiempo y concomitantemente un engranaje de la maquinaria de poder manejada por los hombres de atrás, por los personajes de la cúpula⁹.

8.- ROXIN, CLAUS (2.000: pg.272). Roxín dice al respecto: "... Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esta situación) por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir si que tenga que conocer al ejecutor. Tampoco es necesario que recurra a medios coactivos o engañosos, puesto que sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirlo, no resultando afectada la ejecución del plan global..."

9.- ROXIN, CLAUS (2.000: pg.273). Ob. Cit. Dice Roxin "...Que si uno se para a reflexionar por ejemplo, sobre cómo es posible guiar un proceso llevado a cabo por otro sin intervenir directamente, cabe pensar, a mi juicio, únicamente en tres formas: puede forzarse al agente; puede utilizársele como factor causal ciego con respecto a la circunstancia decisiva para la autoría, o el ejecutor tienen que ser, si no está coaccionado ni engañado, cambiabile a voluntad. En

Roxín reconoce que tanto la predisposición del autor directo para la ejecución de las órdenes como el poder de imposición de los mismos son aspectos que tienen su origen en las teorías desarrolladas por Schroeder. En efecto, asegura que la interrelación de las categorías de la autoría mediata como son la existencia de un aparato de poder organizado, el apartamiento del derecho de esta organización, la fungibilidad y la predisposición para la ejecución de parte de los ejecutores de las ordenes de la cúpula o de los hombres de atrás, constituyen el fundamento del dominio del hecho de los hombres de detrás.

Y cuando habla de fundamentos se refiere a que sin alguno de ellos no se podría configurar una autoría mediata por dominio de los aparatos de poder. Lo determinante es el poder de imposición de la voluntad de los hombres de detrás para dominar la realización del resultado aunque no implique el dominio del curso causal. Algo que naturalmente nos conduce a identificar a varios tipos de autores como son aquellos que ejecutan el hecho típico y los autores que están detrás del escritorio, aunque entre estos extremos ni siquiera exista a veces una relación personal o cercana entre los hombres de detrás y el ejecutor inmediato.

Roxín establece cuatro presupuestos que fundamentan la teoría de la autoría mediata:

- a.- Poder de mando sobre la organización. Basta que ocupe cualquier puesto siempre que posea el poder de dictar órdenes a sus inferiores como manifiesto de su poder para dirigir aunque sea una parte de la organización.
- b.- El aparato de poder se encuentre desvinculado del ordenamiento jurídico o que actúe al margen de la legalidad.

este tercer grupo de casos, que es el que aquí nos interesa, no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano...”

c.- La fungibilidad del ejecutor. Es decir, que puede ser intercambiable o fácilmente reemplazado por otro ejecutor.

d.- La alta disposición al hecho del ejecutor.

5.1.- La existencia de un aparato organizado de poder y el poder de mando sobre la organización.

El agente activo o el hombre de detrás deben tener y ejercer una capacidad de mando en la organización de tal forma que sus órdenes sean obedecidas y ejecutadas sin dilaciones. El ámbito de su dominio puede ser total o tener solamente una capacidad parcial o sectorial sobre el grupo. Este dominio debe "...ser intermediado no a través de una sola persona aislada, sino a través de la forma de funcionamiento de todo un aparato. Entonces el dominio sobre el resultado radica en que el hombre de detrás dador de la orden, a través del aparato a su alcance, produce el resultado con mucha mayor seguridad que alguien que se esfuerce por inducir..."¹⁰

Es característica de la organización el que la orden de quien tiene el poder se ejecuta en forma inmediata y con suprema posibilidad de llegar al resultado deseado por aquel. Puede incluso que no exista materialmente de por medio la orden del dominador o no se verifique una situación de intermediación con el ejecutante final para que se verifique el resultado. Roxín la denomina como el fenómeno del automatismo del curso causal y que viene a constituir un elemento identificador del tipo de organización. Sin embargo sigue la duda sobre si esta versión no atenta contra la teoría del autor utilizada generalmente por la dogmática penal para la cual el autor es quien ejecuta por sí mismo el hecho típico, por inducción o participación, definidos en los términos de uso generalizado.

Varios autores identifican además un elemento característico

10.- ROXIN, CLAUS (2014: pg. 524). "La teoría del delito en la discusión actual". Lima: Editorial Jurídica Grijley.

del aparato organizado de poder que es la asignación de roles que permite asignar funciones a cada uno de los participantes de la cadena de mando verticalmente organizada. Las ordenes de la comisión de delitos es acatada por toda la organización en función de los roles a ellos asignado para asegurar la efectividad del cumplimiento y obtención de los resultados provenientes de la voluntad del detentador del poder. Finalmente estas órdenes llegan a los ejecutores del hecho que son los autores directos del mismo.

El poder dentro de la organización se configura de tal manera que el instrumento con el cual el sujeto de detrás se asegura el resultado típico no es la persona que ejecuta la acción sino la estructura organizativa compuesta de varios, cientos o miles de personas que tienen sus funciones definidas dentro de este sistema dominado por alguien que de esta manera asegura el cumplimiento de su voluntad en la conducta de sus brazos ejecutores obedientes sin que tenga que ejecutarlo con su propia mano. El ejecutor tiene el dominio del hecho y el hombre de detrás tiene el dominio de la organización configurada de forma que la influencia sobre el ejecutor sea absoluta precisamente para asegurarse la producción del resultado por el dominio sobre la voluntad del autor directo.

Debido a esta circunstancia es indispensable tener en cuenta que la autonomía de la organización en relación con sus miembros, dado que el nivel de confianza en la estructura de la misma, hace que no importe mucho la identidad de los ejecutores directos de las ordenes ni que tampoco sea determinante que éstos sepan de donde o de quien proviene esa voluntad de realización del delito.

Según Roxin, "...solo puede ser autor mediato quien, dentro de una organización dirigida rigurosamente, tiene poder de impartir órdenes y utiliza este poder para la realización del tipo. Entonces el comandante de un campo de concentración nazi era autor mediato de los asesinatos que él ordenó, aun cuando

el mismo actuó por órdenes de jerarquías superiores. Es por eso que, en los diferentes niveles de jerarquía de mandos, puede haber muchos autores mediatos uno detrás de otro..."¹¹.

En resumen, para la determinación de la autoría mediata debe previamente existir un aparato organizado de poder en el cual las órdenes emanadas de una cúpula o tomadas por un jefe máximo se decanten a través de estamentos jerárquicamente inferiores encargados de ejecutar las órdenes de forma inmediata (cadena de mando) y casi automática, con altísima probabilidad de alcanzar el resultado a través de la actuación de última instancia del brazo ejecutor de la misma. Desde esta perspectiva, autor mediato no necesariamente será aquel que está ubicado en la cúspide la organización sino que, formando parte de la cadena de mando, ejecute la voluntad superior con independencia y autonomía, de acuerdo al rol que le han asignado, en procura de asegurar la obtención del resultado ilícito. En tal virtud, no es solo la conducta realizada el objeto de la responsabilidad penal sino en relación a su competencia funcional dentro de la organización, como autor de escritorio, impulsador, emisor, facilitador para el cumplimiento de las órdenes emanadas de los estamentos superiores del aparato organizado de poder, según Caro Coria.¹²

11.- ROXIN CLAUS (2010: pg.50) "Dirección de la organización como autoría mediata, en cuestiones de Derecho Penal, proceso penal y política criminal". Lima: ARA Editores.

12.- CARO CORIA DINO, "Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal, en La autoría mediata", Kai Ambos e Iván Meni Editores, Lima, 2010, pg.151.

Igualmente ROXIN, CLAUS (2.000: pg.274) Ob. cit. precisa la situación de los eslabones intermedios que no intervienen ni desde la cúpula del poder ni desde el último eslabón de ejecutores. Dice al respecto "... Cabe afirmar, pues, en general, que quien es empleado en una maquina organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir órdenes a subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo haga por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a ordenes suyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito...cada instancia sigue dirigiendo

En los procesos y en los casos no judicializados en los que se conoce de los casos de corrupción, el ciudadano mandatario ostentaba la calidad de Presidente de la República del Ecuador Presidente, cargo que lo ubica en el máximo escalón de la estructura administrativa y política del Estado, con capacidad no solo de ejercer poder, mando y capacidad sobre todos sus inferiores sino con la capacidad y el poder de nombrar directamente como ministros, directores, jefes, delegados, autoridades militares, policiales, aduanas, entre muchas otras, con quienes estructuró y configuró la estructura material de un Estado cooptado por su poder. De tal forma que estaba en posición de ordenar la ejecución de procesos contractuales directos e indirectos que la misma ley de contratación pública lo permitía, para lo cual todo el aparato de poder se alineaba en función de sus intereses. La ejecución en los procedimientos contractuales sobre obras, bienes y servicios, la contratación de deuda externa en términos desventajosos y fraudulentos, las licitaciones petroleras con precios inferiores al mercado fácilmente verificables, los contratos de facilitación petrolera, las contrataciones de refinerías, carreteras, hospitales, la administración de justicia, las obras de infraestructura, las persecuciones judiciales a los opositores, periodistas, estudiantes y políticos. La evidencia son decenas de procesos penales por delitos en contra de la eficiente administración pública, hablamos de peculados, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito) y en los delitos de tráfico de influencias o lavado de activos. Las evidencias sobre la existencia y funcionamiento de un aparato estatal organizado de poder son abrumadoras. Veamos:

a.- La existencia de una estructura rígida y jerárquica en donde las órdenes impartidas desde la cúpula han sido cumplidas por las estructuras intermedias y bajas ubicadas en puestos claves de la administración pública para asegurar la consecución del

gradualmente la parte de la cadena que surge de ella, aun cuando visto desde el punto de observación del superior el respectivo dirigente es a su vez un eslabón de una cadena total que se prolonga hacia arriba, concluyendo en el primero que imparte las ordenes..."

resultado. Para este ejercicio es necesario individualizar el acto de corrupción en la contratación pública y verificar la forma cómo los funcionarios públicos fueron designados por una voluntad superior para que ocupen sus roles administrativos de ejecución de ciertos actos concatenados de acuerdo a la ubicación en esta cadena de mando. El líder que ostenta la posición de mando en la organización, el Ejecutivo, emite sus órdenes a los mandos medios, como ministros, directores, coordinadores, Corte Constitucional, Corte Nacional de Justicia, Jueces y fiscales inferiores, Contralor, Procurador, Fiscal General, Consejo de la Judicatura, Director del SERCOP, Presidentes de la Asamblea Nacional, quienes a su vez instruyen para el cumplimiento cabal de las ordenes a los funcionarios de menor jerarquía como engranajes del entramado organizativo que se encargarán a su vez de retransmitir a los directores departamentales, a los jueces de las Cortes y juzgados, a los mandos de la seguridad pública, gobernadores, intendentes, comisiones técnicas, que de acuerdo con el caso concreto garanticen la ejecución del mismo utilizando cualquiera de los mecanismos legales o extrajurídicos que tengan a su disposición.

La automaticidad en la ejecución era tal que no era necesaria una disposición directa del hombre de detrás para que el aparato funcionara de acuerdo a la voluntad del mismo. Tampoco era necesario que el juez penal de primera instancia sepa quien emitió la orden por la que se le ordena dicte una resolución a favor o en contra de un determinado actor para asegurar de esta forma la emisión de sentencias que faciliten la comisión o el encubrimiento de los ilícitos ordenados desde la cúspide. De manera idéntica funcionó la cúpula cuando se trataba de los procesos de adjudicación de contratos perjudiciales en beneficio de determinados oferentes, así como en los procesos de fiscalización de las obras sin previsiones en precios, calidad ni cumplimiento de los contratos, porque desde la cúpula fueron emitidas las disposiciones del detentador de poder y de los que lo rodeaban. Es decir funcionaba una verdadera e impresionante organización de poder estatal que dominaba la voluntad de los diferentes estamentos

de la administración estatal, todos alineados a las directrices del Presidente de la República y con suma capacidad de control de los cursos causales de los procedimientos de contratación, adjudicación, ejecución, fiscalización de obras, bienes y servicios.

De tal forma actuó la cúpula de la organización de poder que podría verificarse el aseguramiento de sus órdenes con las respuestas represivas de carácter administrativo y por medio de la destitución de jueces y funcionarios potenciales ejecutores directos que renegaron las órdenes del jefe de la organización de poder estatal o de sus estamentos inferiores, sin que por estas destituciones las ordenes se hubieran dejado de realizar, cumpliéndose con una de las características de la autoría mediata en aparatos organizados, como es, el carácter fungible de los brazos ejecutores ubicados al final de la cadena causal.

¿Que existió un aparato organizado de poder en el Ecuador? Bastaría evidenciar, según el caso particular del delito que se analice. No necesariamente el dominio de la organización estatal se refiere a un sistema organizativo único, sino que pueden constituirse en el dominio de una múltiple organización de aparatos de poder instituidas de acuerdo al área del negocio contractual que la voluntad del detentador de poder pretenda influenciar, por ejemplo la venta de petróleo o los negocios con las telefónicas o la construcción de una nueva refinería, o simplemente secuestrar a alguien. Para cada una de ellas aparentemente se utilizó el aparato organizado de poder con individuos que servían como engranajes ubicados en las diferentes esferas administrativas de poder que actuaba bajo las directivas de la cúpula.

Es decir, los autores mediatos que ejercen dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados, como el Estado, no instrumentalizan, para la comisión de los hechos antijurídicos, a las personas individuales que las ejecutan, sino que el mismo aparato de poder estatal es el instrumento con el cual se materializan las ordenes emanadas de la cúpula desde donde se

planifican y ordenan la ejecución de delitos. Roxín advierte sobre este particular al afirmar que el hombre de detrás "...sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que funciona como una maquina perfecta desde la cúpula, donde se diseña, planifica y se dan ordenes criminales, hasta los ejecutores materiales de las mismas, no sin antes pasar tales ordenes por las personas intermedias que organizan y controlan su cumplimiento...el instrumento que posibilita al hombre de detrás la ejecución de sus órdenes no es solo y ni siquiera mayoritariamente aquel que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Está compuesto por una pluralidad de personas que están integradas en estructuras preestablecidas que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de detrás el dominio sobre el resultado..."¹³

Es evidente la existencia de un aparato organizado de poder completo y total compuesto de una multiplicidad de personas, cuyas características es la verticalidad de las decisiones y el carácter triangular del funcionamiento de las decisiones que conforme escala los estratos de la estructura se van reduciendo hasta terminar en la Presidencia de la República, órgano supremo desde el cual se emanaban todas las decisiones, de las cuales las delictivas fueron muchas y variadas. Basta verificar el sinnúmero de disposiciones administrativas, memorándums, decretos, resoluciones, disposiciones ministeriales, derogatorias, acuerdos ministeriales, decretos presidenciales, decretos ejecutivos, resoluciones de confidencialidad, órdenes directas, que en cascada y en forma descendente fueron ejecutadas por los estratos inferiores de la Presidencia de la Republica y orientadas hacia la consagración de la comisión de una variedad sui generis de delitos.

13.- ROXIN, CLAUS (2.006: pg.11 a 30). "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata". Revista de estudios sobre justicia N.7, Santiago de Chile, centro de Estudios de Justicia. Universidad de Chile.

Fernando Velázquez, en Los aparatos criminales organizados de poder, cree que la frase aparato criminal organizado de poder tiene significancia propia y dice que "...Las expresiones utilizadas para designar la figura así lo indican: "aparato" proveniente del latín apparatus, esto es un conjunto de piezas que cumplen una función determinada: lo de "criminal" obedece a que se trata de operaciones delictuales; "organizados", a su vez, vienen del verbo organizar, esto es, disponer y preparar un conjunto de personas, con los medios adecuados, para lograr un fin determinado; y, poder es, como dice el Diccionario, "tener expedita la facultad o potencia de hacer algo" o "tener la facilidad, tiempo o lugar de hacer algo", o en fin, es el dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar ejecutar una cosa. En síntesis: ¡un aparato criminal organizado de poder no se arma en dos días!..."¹⁴

5.2.- El apartamiento del derecho del aparato de poder

La marginación jurídica del aparato organizado de poder atiende a una característica de la estructura de la organización y no la de la idoneidad de sus integrantes. En este sentido, el apartamiento del derecho de la organización no implica un alejamiento considerable del mismo sino únicamente en la realización de determinados delitos, pero a criterio de Roxín, siempre será un presupuesto indispensable para configurar el dominio de la organización.

El apartamiento del derecho del aparato de poder significa que las instrucciones para la comisión de los hechos punibles emitidos por la cúpula del aparato se encuentran entremezcladas con las instrucciones y órdenes o mandatos legítimos tomados dentro del contexto legal que rige el ordenamiento jurídico nacional. Por ejemplo la realización de delitos contra la adminis-

14.- VELAZQUEZ, FERNANDO (2010: págs. 179-180). Los aparatos criminales organizados de poder. En cuadernos de derecho penal N.4. Recuperado de la red del sitio file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/384-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1400-2-10-20150908%20(1).pdf

tración pública en el ámbito de la contratación pública en materia petrolera no implica que todos los actos del Ejecutivo hayan estado por fuera de la ley sino únicamente en los casos en los cuales la organización del aparato de poder dispuso la contratación fraudulenta, a uno de los brazos ejecutores del sistema de contratación pública, a favor de quien la cúpula quiere la adjudicación. En paralelo los órganos de la administración y los gobiernos autónomos descentralizados adjudicaban legalmente miles de contratos legítimos, al igual que los órganos de justicia y administrativos sancionaban con justa razón a contratistas morosos e incumplidores.

Pero la directiva que ordenaba la adjudicación fraudulenta de una obra o servicio determinada, inobservando la ley, estaba apartada del derecho incluso dentro de una evaluación ex post del hecho. El control férreo de la organización de poder que asegura que la voluntad de las cúpulas se ejecute con la mayor seguridad, independientemente de si el brazo ejecutor de la misma quiera o no quiera cometer el hecho punible constituye el fundamento de la autoría mediata. La estructura rígida, vertical y jerárquica de cohesión y de obediencia a las disposiciones de la cúpula de la organización de poder asegura un resultado que no depende del ejecutor o autor directo del delito en razón de que éste, en caso de desistir o negarse a realizar, es inmediatamente sustituido por otro sujeto que lo ejecutará. El éxito de la ejecución de las ordenes de los hombres de detrás es que la organización actué al margen del derecho, caso contrario sus deseos o voluntades estaría sujetas a la predisposición de los funcionarios para ejecutar lo que dice la ley. Si la voluntad del hombre de detrás se cumple bajo un sistema de observancia de la ley, donde el ejecutor lo hace observando la ley o dentro de un margen de amplia discrecionalidad, no estaríamos hablando de autoría mediata ni de alguna forma de participación porque el hecho no sería ni punible ni antijurídico.

Opinión contraria tiene Kai Ambos en relación a que este no es un requisito indispensable del dominio de la organización y

el autor diferencia las situaciones en las cuales la cúpula del poder de la organización decide ejecutar actos punitivos que no contempla la ley ni el ordenamiento jurídico interno, en cuyo caso podríamos estar ante un típico apartamiento del derecho del aparato de poder. Pero cuando la misma ley y la Constitución permiten dentro del derecho positivo la comisión de los hechos punitivos estaríamos frente a un aparato de poder no apartado sino cumplidor de la ley positiva, aspecto que negaría la calidad de autores mediatos a quienes organizaron desde el poder la tortura, desaparición y muerte de ciudadanos, por ejemplo, o cuando la propia ley penal impide el inicio de un proceso penal si no existe informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado en caso de corrupción en la contratación pública.

Es decir, no habría un aparato organizado paralelo dentro del Estado sino que sería el Estado mismo una estructura de poder que se apartaría del derecho y sobre cuya cúpula no habría posibilidad de establecer la autoría mediata, pese a tener un verdadero dominio total sobre la organización. Textualmente dice Kai Ambos que "...Solo hay un ordenamiento jurídico y éste ordena también la realización de "hechos abominables" y ello en forma y sobre la base de una Ley emitida de modo correcto (en el marco del orden estatal predado). Este dominio del hecho, por lo tanto es más completo ("más total") que en el caso de ordenamientos jurídicos paralelos. Puesto que el ordenamiento jurídico "vivido" y el fin "injusto" del Estado son una misma cosa, existe una estructura de instrucción y de mando vertical que no se ve perturbado por dudas jurídicas..."¹⁵.

De tal modo que es aceptable y provocadora la tesis de Kai Ambos sobre el hecho de que no necesariamente debe existir un apartamiento del derecho del aparato de poder para que exista dominio en la organización porque la misma estructura del Estado puede constituirse en ilegítima y no sería justo enervarle

15.- AMBOS KAI (1998: pg. 55). Ob.cit.

de la posibilidad del ejercicio del dominio del aparato de poder como requisito de la autoría mediata.

El adjudicar contratos lesivos al Estado, simulando cumplimientos y procedimientos legales y administrativos previstos, pactando sobrepuestos, exigiendo y recibiendo coimas por favores a cambio, simulando emergencias y controles de la avallados por instituciones decisivas como la Procuraduría y de la Contraloría, en general, violentando el marco constitucional que de acuerdo a su normativa igualmente responde como parte de un sistema internacional de lucha contra la corrupción, como es la Convención Interamericana de lucha contra la corrupción y los convenios internacionales auspiciados por la ONU, evidencia que aquel aparato de organización estuvo por fuera de la ley y las normas constitucionales al crear un pretendido marco virtual de favorabilidad a determinadas empresas.

Según la tesis de Kai Ambos no solo estos hechos formarían parte del entramado antijurídico del poder de dominio de la organización estatal sino además la estructura jurídica que se implementó durante la última década para anular las posibilidades de éxito en el control de la corrupción en la contratación pública en el Ecuador. Hablamos de la normativa del SERCOP que impide la intervención y el control de las contrataciones de obras, bienes y servicios; de la normativa simuladora de control de parte del SERCOP en relación con la contratación directa realizada por el Presidente de la República y de los Ministerios facultada por el Art. 2 de la misma ley; de la simulación controladora del SERCOP en la contratación entre empresas públicas interestatales, hablamos sobre la falta de control sobre las adjudicaciones que no toman en cuenta los trabajos complementarios, las ordenes de trabajo que terminaron con el otorgamiento de evidentes y groseros sobrepuestos.

La contratación en materia petrolera, en la adjudicación de contratos de venta de petróleo realizada por acuerdos ministeriales y decretos ejecutivos sin control de ninguna autoridad, hablamos de licitaciones con normativa realizada expresamente

por el Ejecutivo; de la estructura del COIP en relación con los delitos de tráfico de influencias tipo en el que depositaron conductas típicas de peculado y con penas irrisorias; hablamos de una estructura de los organismos de control en la contratación pública que fueron estructurados bajo normativas permisivas al Presidente de la República para cooptar todos los poderes de control y fiscalización del estado; hablamos de un Consejo Nacional de la Judicatura y de una medida de mano directa por parte del Presidente de la República que aseguraron la fungibilidad de cientos de jueces que fueron elegidos directamente con concursos públicos bajo el mando y el control del poder ejecutivo; hablamos de una función fiscalizadora totalmente nula por parte de la Asamblea Nacional; hablamos de un control sobre la opinión pública y la libertad de expresión ejercida por la Superintendencia de Comunicaciones que se encargó de acallar las voces denunciantes de los medios de comunicación y del periodismo de investigación, entre algunos aspectos. Hablamos de una estructura de poder y de un dominio de una organización estatal que controló la misma desde reducidas cúpulas de poder encargadas de emitir instrucciones y directivas para la comisión de hechos punibles que fueron consumadas al pie de la letra por los brazos ejecutores y que, dentro de este esbozo dogmático deben entrar en lo que Roxin denomina organizaciones apartadas del Derecho como condición necesaria aunque no imprescindible de la autoría mediata por dominio de aparatos de poder.

Algo importante que se debe destacar es que los casos aislados de comisión de hechos punibles por parte de la organización, estatal o paraestatal, debe ser estructural y no debe remitirse a una actividad muy ocasional que denote actos aislados de corrupción pública, por ejemplo. Basta que una parte del aparato estatal de poder funcione como una estructura organizada y jerárquica orientada a la consecución ilegal de los contratos públicos más significativos y puesta en funcionamiento por una decisión de la cúpula del poder de actuar por fuera de la ley y/o mediante la desintegración de las instituciones democráticas de

control y vigilancia. La autoría mediata tiene un grado de culpabilidad más intenso, dice Kai Ambos¹⁶, mientras más se haya utilizado las estructuras legítimas y legales del poder otorgados constitucionalmente y cuando más esfuerzos se hayan realizado para invisibilizar este aparato de poder en un marco de funcionamiento propio de un estado de derecho.

5.3.- La fungibilidad de los ejecutores directos.

Roxín establece a que la ejecución de las órdenes e instrucciones de la cúpula del aparato de poder está asegurada por la existencia de sujetos que en última instancia ejecutan tales instrucciones. Estos sujetos tienen la característica de ser fungibles o intercambiables de tal modo que si no aceptan ejecutar el hecho punible simplemente será sustituido por otro que sí lo ejecute, de los muchos candidatos potenciales a realizarlo. De tal forma que la existencia de la autoría mediata de los hombres de detrás se configura con la realización del último acto del tipo penal realizado por los autores directos del delito.

Es importante reconocer en este punto que precisamente la existencia de muchos ejecutores tiende a garantizar la realización del resultado querido por los hombres de la cúpula de la organización. Aunque tiene mucha importancia la fungibilidad, Roxín aconseja no fundamentar la autoría mediata ni tenerla como presupuesto imprescindible de la misma porque puede variar la medida dada la multiplicidad de cursos causales que pueden darse en el último sujeto executor de la orden¹⁷. Sin embargo no debe dejarse de tener en cuenta que la cúpula de la organización puede decidir escoger a un grupo selecto de eje-

16.- AMBOS KAI (2010:82). "Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori, en autoría Mediata". Lima: Editores Kai ambos y Iván Meini.

17.- ROXÍN CLAUS (2010:pg.54), "Dirección de la organización como autoría mediata, en cuestiones de Derecho Penal, proceso penal y política criminal,". Lima: ARA Editores.

cutores, especializados para la correcta realización del hecho punible, con pocas posibilidades de desacierto en el resultado criminal, sin embargo de lo cual no dejan de ser fungibles porque igualmente pueden ser reemplazados por otros actores y ejecutores que decida la organización.

En este punto debe precisarse que la fungibilidad asegura el control de la comisión del hecho criminal por parte de la cúpula de la organización para poder fundamentar la autoría mediata que no debe apreciarse desde lo netamente empírico y causal, de tal forma que si el ejecutor no ejecuta y se arrepiente, no debe por ello considerarse como inexistente el dominio de la organización del hombre de detrás. El fundamento debe ser normativo porque si el Estado y sus aparatos de poder tienen la misión de asegurar el respeto a la dignidad de todas las personas, la orden de atentar contra los bienes jurídicos de otros, emanada de quien forma parte de la cúpula de un aparato de poder, es una instrucción antijurídica que lesiona el deber de protección ciudadana de la cual el Estado es garante.

En un Estado democrático de derechos el Estado se constituye en el ente protector de los ciudadanos a través de un despliegue de conductas abstentivas o conducentes a proteger a los ciudadanos de los peligros, riesgos y lesiones a sus derechos desde el mismo Estado y desde la sociedad. El Presidente de la República, frente a los casos de corrupción, no puede ser imputado por alguna forma de omisión porque en el desempeño de sus funciones gestionó y concreto la creación de múltiples organismos estatales y de la expedición de una frondosa legislación administrativa (y también puntualmente la legal), que se encargaron de diluir el control sobre la contratación directa o sobre la adjudicación de contratos en organismos seccionales de la administración o en el campo de la contratación petrolera, así como la instrucción expresa del diseño del marco de privacidad y confidencialidad de la información pública para evitar acciones de fiscalización, como la orden expresa dada a la (Asamblea Nacional de no tramitar la entrega de información solicitada por los

asambleístas a quienes la ley les faculta solicitar y obtener información sobre la contratación pública para el legítimo ejercicio de sus funciones). Para Kai Ambos lo factico y lo empírico en la fungibilidad de los brazos ejecutores es perfectamente aplicable a las organizaciones estatales, aunque no para las organizaciones privadas¹⁸.

5.4.- La predisposición del autor directo a la realización del hecho criminal.

El ejecutor del último acto de cumplimiento del tipo penal, el agente fungible y sustituible de ser necesario en caso de que quiera desistir de lo ordenado por la cúpula del aparato organizado y apartado del derecho, como diría Roxín, tiene una particularidad que lo hace distinto de quien no pertenece a una organización vertical y jerárquica. Es su capacidad de adaptación y vinculación subjetiva con los propósitos del aparato de poder. Existe en ellos una tendencia hacia el cumplimiento de los objetivos casi de manera automática aun en ausencia de órdenes expresa porque sabe cuál es su misión. El cumplimiento fiel de las disposiciones de quienes dirigen la organización lo hacen en respuesta a una tendencia natural de identificación de los fines, por identificación política e ideológica (Como en el caso de Abimael Guzmán en el Perú y los terroristas que asesinaron a cientos de miembros de una comunidad indígena), por promoción hacia puestos de mayor importancia dentro del sistema interno, por asegurar su empleo, o porque simplemente les complace cumplir con los actos de ejecución que les encargan pensando siempre en la posibilidad amplia de que esos delitos no se los descubra dada la estructura de la organización de poder y evidenciando su disponibilidad inmediata para el cumplimiento de los actos ilícitos ordenados por la cúpula.

En palabras de Roxín la presencia de los fungibles y su natural inclinación "... Llevan a una disponibilidad hacia el hecho, condicionada por la organización, de los miembros, constituye

18.- AMBOS KAI (2010: pg. 86). Ob.cit.

para los hombres de detrás un elementos esencial de la seguridad con la cual ellos pueden contar para el cumplimiento de sus órdenes..."¹⁹

6.- HOJA DE RUTA PARA LA APLICACIÓN CONCRETA DE LA AUTORIA POR DOMINIO DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER EN ECUADOR.

Es importante reconocer que la teoría del dominio del hecho no es una teoría de imputación de la responsabilidad penal de quien dirige un aparato organizado de poder. Su aplicación presupone la existencia de un delito cometido por uno o por varios procesados dentro de un proceso penal garantizado por la aplicación de todas las prerrogativas constitucionales y legales a que tienen derecho quienes se encuentran inmersos en una investigación fiscal.

Generalmente los delitos cometidos por miembros de ciertas organizaciones o grupos organizados de poder raras veces dejan pruebas directas de las órdenes dadas especialmente por quienes se encuentran en las cúpulas del poder de la estructura organizada. Tarea poco menos que imposible es encontrar huellas o vestigios que de manera unívoca y directa relacionen hechos y personas especialmente en contextos en donde los documentos y las evidencias digitales, la prueba material, se encuentra o se encontró administrada por los mismos procesados. Por ésta razón consideramos tres circunstancias que se deben tener en cuenta al momento de emplear la teoría del dominio del hecho en aparatos organizados de poder.

a.- Insuficiencia de prueba directa. Las evidencias y la prueba material directa que es necesaria en un proceso penal para determinar la verdad procesal y la misma responsabilidad penal son insuficientes para la aplicación de la teoría, porque se requiere del auxilio de la prueba indiciaria como complemento

19.- ROXIN CLAUS (2010: pg. 531). Ob.cit.

pleno que, en los términos en que se la define, constituye un importante aliado procedimental. El indicio probatorio no es sino el proceso de inferencia o deducción lógica que los jueces hacen para que desde un hecho cierto conocido y probado suficientemente comprobar la existencia de otro hecho que si es constitutivo de la infracción que se investiga. En otras palabras, el hecho objeto del proceso penal que no se puede probar por falta de pruebas directas se lo puede hacer mediante pruebas indiciarias. La participación del ex Presidente de la Republica en la negociación fraudulenta y con sobre precio de la refinería del Pacifico puede comprobarse mediante prueba indiciaria, que sin ser una prueba directa, puede llegar al nivel de certeza que exige el COIP. La prueba indiciaria son un conjunto de presunciones que nos permiten, sin lugar a dudas, demostrar otro hecho o determinar la culpabilidad de alguien. Este mecanismo de inferencia esta santificado por la CIDH en el caso de Velázquez Rodríguez vs Honduras. En resumen, es valida la utilización de la prueba directa y la prueba indiciaria para la determinación de la relación existente entre la infracción cometida y quienes manejan la estructura de la organización.

b.- Se debe tener muy en cuenta los hechos, las versiones, las argumentaciones de los miembros o de quien se encuentra en la cúpula del poder en los que niega los hechos que se le imputan y que son objeto de la acusación fiscal porque ese material es el referente sobre el cual se diseña la construcción de la prueba indiciaria, resaltando sus contradicciones y sus incompatibilidades.

c.- Igual de importante es la consideración de que muchos elementos de la prueba material fueron eliminados por quienes manejaban el aparato organizado de poder. Aunque existen probados indicios de que muchos de los vestigios materiales de la prueba, como la documentación material y digital, desaparecieron de los archivos institucionales, una gran cantidad de ellos se encuentran todavía en la dependencias públicas y pueden servir de base para la configuración de la prueba directa y la prueba indiciaria que relacione los delitos con la cúpula del poder estatal.

Sin embargo existen suficientes evidencias para vislumbrar el plan de apropiación de los fondos públicos que implementó la cúpula que gobernó el país. Existen muchas cabezas visibles de órganos jerárquicos, de dependencias organizacionales dependientes directamente de la Presidencia de la República, que ocultaron información relevante sobre contrataciones directas y que igualmente desplegaron una serie de medidas orientadas a eliminar, borrar, restringir o evitar el acceso legítimo de otras autoridades a documentación oficial que debía permanecer oculta. Se desplegó una política pública acompañada de un aparato legal-administrativo-jurisdiccional que tuvo el claro propósito de eliminar/desviar/ evitar/ obstaculizar procesos investigativos relacionados con la contratación pública de la Refinería, por ejemplo, acompañados con evidentes medidas de retaliación, amedrentamiento, cierre de medios de comunicación, enjuiciamientos civiles y penales a muchos ciudadanos que pretendían realizar visibilizar las actuaciones del ex Presidente y sus dependientes. Los esfuerzos por ocultar la verdad de los procesos licitatorios alcanzaron la emisión de normas administrativas, legales, jurídicas, cláusulas de confidencialidad, cláusulas de reserva y negación de la existencia de documentos.

El asunto no para allí, el plan de dominio del aparato de poder para la comisión de este delito en particular y de los otros en general, llega incluso a planificar eventualidades de juzgamiento como procesos de planificación posterior y que estaban orientados a buscar permisibilidades legales, procesales y punitivas que les permitiese evadir la justicia, ser procesados por delitos menores, cerrar los presupuestos de procedimiento en cuanto a la actuación de la Fiscalía como es el caso del informe previo de la contraloría para el juzgamiento penal de los funcionarios con indicios de la comisión de delitos en contra de la administración del Estado. No se puede obviar el desmantelamiento de las potestades de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría, y la potestad reducida a cero que tenía el SERCOP y el sistema de contratación pública para revisar las contrataciones directas y secretas en manos del Presidente de la República. También es evidenciable la configuración de un sistema punitivo

para estos delitos sancionados con penas bajas, ínfimas, con posibilidades de sustitución de medidas cautelares, penalizados con multas y casi despenalizados con la tipificación de delitos como el tráfico de influencias a donde fue a parar algunos presupuestos que antes eran propios del delito de peculado. Todas estas afirmaciones están evidenciadas en múltiples documentos, leyes, decretos, acuerdos, resoluciones, memorándums, informes que no se han perdido. Esta ampliamente documentado y sirve precisamente para la prueba indiciaria de participación en calidad de autor del ex Presidente de la Republica.

d.- Puede argumentarse desde la defensa que los procesos de contratación directa (Refinería del Pacifico, la preventa de petróleo, los préstamos a China, las hidroeléctricas, etc.) nace de la necesidad de cumplir con una política pública orientada a ganar tiempo dejando a un lado procesos muy demorados de contratación que obstaculizaban la construcción de obras necesarias para el desarrollo del país. Por lo que se vio en la imperiosa necesidad de reformar y estructurar leyes y procesos para evitar la corrupción y la perdida innecesaria de tiempo en las contrataciones públicas. El hecho cierto es que el ex Presidente al contratar esas obras directamente (no interesa si lo hizo por delegación a otro subalterno) permitió los sobreprecios y el perjuicio enorme de los recursos del Estado con conciencia de la antijuridicidad de sus actos. Utilizó una completa estructura normativa - administrativa - jurídica-política que el mismo la diseñó e implemento y que con sus propios esfuerzos impidió la realización procesos de fiscalización y control que eran demandados por ciertos estamentos del Estado y de la misma ciudadanía. Es decir, elaboró un plan estructural completo para impedir todo tipo de control ciudadano y político en beneficio propio y de la cúpula que gobernaba el país.

e.- Los medios probatorios esenciales para evidenciar la estructura de un plan de apropiación de recursos del Estado y de la existencia del dominio del aparato de poder son todas aquellas evidencias que se encuentran inmersas en los medios de comunicación, en las revistas, en los periódicos, en las grabaciones de los ciudadanos, en los editoriales, en los juzgados de la República, en la misma Fiscalía, Defensoría Pública y del

Pueblo. Los informes de la Contraloría y Procuraduría General del Estado solo pueden ayudar a configurar la existencia de un aparato de poder porque sus informes no pueden llegar a ello.

Por eso es preciso develar la estructura legal idónea como los decretos, acuerdos, reglamentos, derogatorias, disposiciones legales, constitucionales, de los que se pueda inferir que el ex Presidente abarcó un conjunto de actividades centralizadas de la contratación pública que no deje dudas sobre su participación en los sobreprecios y otras defraudaciones al Estado, particularmente en relación con la excepción del supuesto desconocimiento de lo que hacían sus subalternos. Esas evidencias conducen a que la convicción y certeza de que el ex Presidente estaba plenamente informado de todos los actos de la contratación y que por lo tanto era su persona la que los autorizaba.

La prueba indiciaria nos podría decir que el ex Presidente firmaba y autorizaba la firma de los actos oficiales como documentos de contratación, adjudicación con enormes sobreprecios en las obras públicas; que emitía disposiciones no oficiales a través de memorándums, órdenes directas para la adjudicación a determinadas empresas y la exclusión de otras; ordenes de control a sus ministros, secretarios y subsecretarios, ordenes de vigilancia a través del Servicio de inteligencia SENAIN al mismo vicepresidente y otros de sus colaboradores. Ordenaba a la Contraloría y a la Procuraduría General del Estado la emisión o no de controles sobre la contratación pública; ordenaba a su dependiente en el SERCOP la no injerencia en las observaciones que podrían hacerse a los procesos de contratación y la facilitación del fraude mediante una serie de directivas reformativas de leyes y reglamentos; ordenaba a su ex secretario particular puesto en el Consejo de la Judicatura para que controle a jueces y fiscales que coadyuven a la no publicidad de los contratos perjudiciales para el Estado y a quienes podía sacarlos y sustituirlos por cualquier funcionario dispuesto a cumplir sus designios a través de la estructura de poder; mantuvo alejadas a las Fuerzas Armadas y a la Policía de los asuntos inherentes a la administración del Estado en materia de contratación.

Si existen evidencias de todo lo anterior entonces estaríamos probablemente, como nunca en la historia, frente a un probable autor mediato del delito de peculado (por ejemplo) por dominio de la voluntad mediante la utilización del aparato organizado de poder. Este proceso argumentativo de la autoría mediata podría aplicarse para cualquier otra infracción porque la estructura del aparato de dominio sirvió para la comisión de muchos delitos.

7.- CONCLUSIONES

Algo que debemos destacar es que el Código Orgánico Integral Penal (Art. 42, numeral 2, literal d) no ha sido indiferente al desarrollo dogmático de la autoría mediata que en muchos países ya se aplicó exitosamente para juzgar actos que el Derecho penal individualizado no podía concretar eficazmente, sin descuidar una estructura de proceso que no implique la violación de derechos justificada por mas necesidad de justicia y verdad, o merecimientos suficientes para impulsar una condena. La teoría de la autoría mediata a través del control de la voluntad por el dominio de los aparatos estatales de poder constituye un modelo instrumental para definir la calidad de autor mediato a aquellos que utilizando un dominio sobre el aparato de poder tengan la prerrogativa de emitir ordenes de forma autónoma a los miembros de una organización piramidal con finalidades delictivas.

Este marco dogmático de la autoría mediata es perfectamente aplicable a las acciones develadas en los procesos judiciales sobre la corrupción organizada desplegada en la última década en el Ecuador y que demanda una actuación mucho más técnica tanto de la Fiscalía General del Estado como de la misma administración de justicia para procesar las actuaciones de una cúpula en el marco del entramado estatal.

La aplicación de la autoría mediata busca erradicar la impunidad en la comisión de delitos especialmente en contra de la correcta administración del estado, así como la reparación de las víctimas empezando por la verificación de los hechos y el co-

nocimiento de la verdad, y la garantía de no repetición y protección de los derechos humanos, dentro del contexto de nuestra realidad.

8.- BIBLIOGRAFÍA

AMBOS KAI (1998: pg.11). "Dominio del hecho por dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder". Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

AMBOS KAI (2010:82). "Trasfondos políticos y jurídicos de la sentencia contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori, en autoría Mediata". Lima: Editores Kai ambos y Iván Meini.

CARO CORIA DINO, "Sobre la punición del ex presidente Alberto Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal, en La autoría mediata", Kai Ambos e Iván Meni Editores, Lima, 2010, pg.151.

GIL, ALICIA. (2008: pg. 66). "La autoría mediata por aparatos jerarquizados". Recuperado del sitio https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-2008-10005300088_ANUARIO_DE_DERECHO_PENAL_Y_CIENCIAS_PENALES_La_autor%EDa_meditada_por_aparatos_jerarquizados_de_poder

MÁRQUEZ CÁRDENAS, ALVARO (2010:3). "Autoría mediata en Derecho penal formas de instrumentalización". Recuperado del sitio https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_24.pdf

ROXIN, CLAUS (2.000: pg.3). "Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal". Barcelona: Marcial Pons

ROXIN, CLAUS (2.006: pg.11 a 30). "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata". Revista de estudios sobre justicia N.7, Santiago de Chile, centro de Estudios de Justicia. Universidad de Chile.

ROXIN CLAUS (2010: pg.50) "Dirección de la organización como autoría mediata, en cuestiones de Derecho Penal, proceso penal y política criminal". Lima: ARA Editores.

ROXIN, CLAUS (2014: pg. 524). "La teoría del delito en la discusión actual". Lima: Editorial Jurídica Grijley.

VELAZQUEZ, FERNANDO (2010: págs. 179-180). Los aparatos criminales organizados de poder. En cuadernos de derecho penal N.4. Recuperado de la red del sitio file:///C:/Users/Mauricio/Downloads/384-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1400-2-10-20150908%20(1).pdf



LA IGUALDAD DE ARMAS DE LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO ORAL

AUTOR: *Dr. Merck Benavides Benalcázar*¹

RESUMEN

El sistema acusatorio oral, se materializa mediante las diversas audiencias que se desarrollan en las etapas del proceso penal, así como en la impugnación, donde los sujetos procesales que son el fiscal, la víctima, el procesado y su defensor técnico, intervienen bajo la dirección del juzgador, el cual tiene la obligación de darles un tratamiento a cada uno de ellos en franco cumplimiento de la institución jurídica de igualdad de armas. Por todo lo anteriormente expuesto, es importante mencionar que para lograr la igualdad de armas en beneficio de todos los sujetos procesales y en particular respecto del procesado que es la parte débil de la relación jurídico-penal, es ineludible que el juzgador actúe con total imparcialidad en cada una de las etapas del proceso penal, en la impugnación a través de los recursos que en forma expresa determina la ley, así como en la ejecución de la sentencia, respetando y haciendo respetar los derechos fundamentales, sus garantías y todo lo concerniente al debido proceso, evitando ejecutar actos discriminatorios y que por ende afectan a los derechos humanos que en la ejecución de una sentencia pueden ser afectados tanto al procesado como a la víctima

1.- Catedrático de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

1.- INTRODUCCIÓN.

El sistema jurídico que se encuentra vigente en materia penal en el país, es el acusatorio oral, el cual se fundamenta en una administración de justicia basado en audiencias, las cuales se llevan a cabo en cada una de las etapas del proceso penal, así en la primera etapa del proceso penal ordinario que es la instrucción, el fiscal solicita al juez de garantías penales, señale día y hora a fin de que se lleve a cabo la audiencia en la que se formulará cargos por parte de la Fiscalía General del Estado y además el titular del ejercicio público de la acción pide que el juzgador ordene medidas cautelares, ya sean éstas personales y reales, considerando cada caso en particular.

En este mismo orden de ideas, se desarrollan una serie de audiencias luego de iniciado el proceso penal, referentes a la revocatoria, suspensión, sustitución de la prisión preventiva y de reformulación de cargos; luego las audiencias relevantes en el proceso penal, tales como la de evaluación y preparatoria de juicio, la de juicio, las que se convocan para conocer y resolver los recursos de apelación, casación y revisión, las cuales tienen sus fundamentaciones específicas por parte de los recurrentes y las respectivas contradicciones de los otros sujetos intervinientes en el proceso penal.

Por lo expuesta, los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal, tienen la garantía del derecho de defensa, esto es que pueden presentar sus pruebas y alegatos verbales en Derecho, pero para cumplir dicho propósito es fundamental que el juzgador de un tratamiento igualitario, en cumplimiento con lo que se denomina la igualdad de armas y en especial en estricto cumplimiento del debido proceso, donde a más de la garantía antes referida se debe cumplir con los principios, procedimientos legales previamente establecidos por la ley, así como el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y procesado y demás intervinientes en el proceso penal.

En consecuencia, la igualdad de armas tiene una relación directa con el derecho a la defensa, la cual es de dos clases, la técnica que la ejercen los abogados y la material que pueden ejercerla tanto el sujeto activo como el sujeto pasivo de la infracción, pero que lo es esencial en esta relación jurídico-penal, es que el juzgador deben dirigir las audiencias, en cumplimiento de las normas nacionales y supranacionales, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y el trato igualitario a los intervinientes en el proceso penal, es decir, sin ningún tipo de discriminación ni violación de sus derechos y garantías constitucionales.

Por lo expresado anteriormente, es de suma importancia el rol que cumple el juez en el proceso penal, por cuanto al estar vigente en el país un Estado constitucional de derechos y justicia, tiene una misión de gran relevancia, ya que es quien tiene la obligación de garantizar la igualdad de armas de los intervinientes en el proceso penal y no solo en las diferentes etapas, sino en la impugnación, donde el sujeto procesal que no está de acuerdo con la decisión judicial, tiene derecho a recurrir ante los jueces de apelación o los de casación y revisión, donde el tratamiento que se les proporcione a los justiciables, es apegado siempre a Derecho y en franco cumplimiento de la igualdad de armas, para evitar la indefensión de cualquiera de ellos, lo cual produce como consecuencia la nulidad procesal irremediable y en consecuencia se debe evitar esta clase de situaciones jurídicas.

2.- PARTES EN EL SISTEMA ADVERSARIAL ACUSATORIO

De conformidad con lo que dispone el artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador, el país vive en un Estado constitucional de derechos y justicia, en consecuencia el Derecho Penal debe estar acorde con la referida norma constitucional, siendo su finalidad garantizar la seguridad ciudadana y la paz social; y en caso de afectarse un bien jurídico protegido en contra de la víctima, los operadores de justicia tienen la obligación de investigar de manera objetiva y luego de desarrollar el

respectivo juicio de reproche imponerle una pena al infractor, en estricta aplicación del Derecho Penal.

Mir Puig al referirse al Derecho Penal, afirma que: “En cuanto Derecho Penal de un Estado social, deberá legitimarse como sistema de protección efectiva de los ciudadanos, lo que le atribuye la misión de prevención en la medida –y sólo en la medida– de lo necesario para aquella protección. Ello ya constituye un límite de la prevención. Pero en cuanto al Derecho Penal de un Estado democrático de Derecho, deberá someter la prevención penal a otra serie de límites, en parte herederos de la tradición liberar del Estado de Derecho y en parte reforzados por la necesidad de llenar de contenido democrático el Derecho Penal” (Mir Puig, 2014, p.95)

Es necesario recalcar que, en el Estado constitucional de derechos y justicia, efectivamente el Derecho Penal, se encuentra legitimado siempre que se respeten los derechos humanos de los justiciables, pero en ese orden de ideas tiene la finalidad de proteger a los ciudadanos a fin de que no sean afectados en la violación de sus bienes jurídicos protegidos, y de iniciarse un proceso penal se deben respetar y garantizar todos y cada uno de los derechos fundamentales de la víctima y victimario, los cuales son los principales protagonistas del proceso penal, sin olvidar de las facultades que tiene el fiscal en los delitos del ejercicio público de la acción y las competencias de los juzgadores los cuales son los que realizan actividades netamente jurisdiccionales, considerando que son los llamados a dar una respuesta justa a los sujetos procesales y a la sociedad en general. Los sujetos procesales ejercerán el derecho de defensa, el cual en ninguna etapa del proceso penal puede ser violentado, sino más bien garantizado por el juzgador en base a la figura jurídica denominada “*igualdad de armas*”.

El sistema acusatorio oral, se basa en que el proceso penal se desarrolla mediante audiencias, las cuales se las realiza desde la primera etapa procesal, es decir, desde la instrucción,

la cual se da inicio mediante una audiencia de formulación de cargos tanto en delitos flagrantes (el juzgador debe aceptar la calificación de flagrancia) y no flagrantes, con dicha diligencia efectivamente se inicia el proceso penal, siendo posible realizar otro tipo de audiencias, entre otras respecto de nuevas vinculaciones, reformulación de cargos, sustitución, revocatoria, sustitución y suspensión de la prisión preventiva, diligencias judiciales que permiten cumplirse los principios de publicidad, oralidad, inmediación, contradicción, concentración y celeridad.

En la mismo sentido, la segunda etapa del proceso penal se lleva a cabo una audiencia denominada de evaluación y preparatoria de juicio, la cual concluye con la resolución del juzgador el cual dicta sobreseimiento o auto de llamamiento a juicio, de dictarse este último el proceso pasa a la tercera etapa del proceso penal, que es la de juicio, donde los sujetos procesales presentan las teorías del caso, se solicitan, ordenan, practican e incorporan las pruebas y los juzgadores dictan la sentencia que corresponda, siendo por lo tanto esta audiencia la más significativa en el sistema adversarial acusatorio.

Sobre la intervención de los sujetos procesales en el sistema acusatorio oral, Carofiglio afirma que: “Este esquema clasifica los tipos de intervención a partir de la función que predomina en cada una de las fases; ahora bien, su utilidad es eminentemente clasificatoria, luego su uso no debe hacernos perder de vista que, durante el desarrollo concreto de las diferentes partes del proceso, se cruzan entre si momento cognoscitivos, explicativos y argumentativos. Especialmente las funciones explicativa y persuasiva están presentes en el entero desarrollo del juicio oral; primero en la exposición introductoria, luego en la fase de la discusión y, por fin, en la fase donde más predomina la función persuasiva es decir, en la argumentación de las conclusiones” (Garofiglio, 2010, p.174)

Considerando que en el sistema acusatorio oral, los sujeto procesales tienen derecho a intervenir, en cada una de las eta-

pas del proceso penal y la impugnación, en igualdad de condiciones, es decir, materializando el principio de igualdad de armas, fundamentalmente en la etapa de juicio donde se presentan las teorías del caso, se solicitan, ordenan, practican e incorporan las pruebas por parte de los intervinientes en el proceso penal, para finalmente presentar sus alegatos con fundamentación jurídico-penal correspondientes, donde efectivamente, cada uno de los sujetos procesales presentan sus argumentos cognoscitivos, argumentativos y explicativos con la finalidad de convencer al juzgador con sus aseveraciones.

Vega sobre la práctica de la prueba testifical en el sistema acusatorio, afirma que: "...en el sistema acusatorio, en general, la prueba testifical: es decretada por solicitud de parte –acusadora, defensora o excepcionalmente por el Ministerio Fiscal–; se práctica ante el juez de conocimiento dentro del juicio oral y público, excepto el testimonio anticipado; se trata de una declaración de una persona natural, donde la víctima y el acusado también pueden ser testigos; y el testigo es sometido a interrogatorio y contrainterrogatorio, de forma horizontal, donde excepcionalmente intervienen un miembro del Ministerio Fiscal y el juez" (Vega, 2016, p.127)

En relación con la práctica e incorporación de la prueba, en el sistema acusatorio oral, se la desarrolla en la etapa de juicio ante el tribunal de garantías penales, cumpliéndose los principios de concentración, inmediación y contradicción, considerando que las pruebas son de tres clases a saber: pericial, testimonial y documental o instrumental, las cuales para que tengan plena validez jurídica deben ser anunciadas en el momento procesal oportuno y luego practicadas en franco respeto de los derechos fundamentales y la normativa jurídica vigente en relación a la víctima y victimario y de los demás sujetos procesales, ya que de no ser así carecerá de eficacia probatoria como dispone el artículo 76.4 de la Constitución de la República del Ecuador.

Carofiglio hace un análisis sobre el contrainterrogatorio al

testigo y su finalidad y expresa que: "Téngase bien presente que cuando el interrogatorio se practica sin un objetivo preciso, para cuya consecución no se ha planificado adecuadamente los medios necesarios, se corren un riesgo elevadísimo de que la posición de la parte contraria sale incluso más reforzada respecto a los resultados que consiguió con el examen directo. Si el contraexamen se hace a la ligera, en realidad al testigo se le da ocasión de reiterar lo que declaró ya antes y de reafirmarlo aún más a base de proporcionar nuevos detalles y de rellenar los vacíos que pudiera haber quedado." (Carofiglio, 2010, p.40)

Acerca de el examen y contraexamen que realizan los sujetos procesales a los testigos y peritos que intervienen en la etapa de juicio, en el sistema acusatorio oral, es preciso afirmar que a la parte que presenta su testigo le corresponde interrogarle con preguntas abiertas y no sugestivas, mientras que a los otros sujetos procesales, en cumplimiento del principio de contradicción, les corresponde realizar el contraexamen con preguntas cerradas e incluso sugestivas, con la finalidad de cuestionar la declaración del testigo o perito, hacerle caer en contradicción o hacerle dudar al juzgador sobre la autenticidad de los hechos afirmados en el examen efectuado por quien lo presentó.

En este orden de ideas, es preciso manifestar que concluidas las etapas del proceso penal, los sujetos procesales pueden impugnar la sentencia a través de los recursos que se encuentran reglados por la ley, siendo éstos los horizontales tales como el de aclaración y ampliación, los verticales el de apelación y el de casación (permite corregir errores de derecho) y luego de ejecutoriada la sentencia condenatoria existe la posibilidad jurídica de proponer el recurso extraordinario de revisión (permite corregir errores de hecho), impugnaciones que se llevan a cabo ante los juzgadores competentes mediante las respectivas audiencias públicas (excepto los casos que determina la ley donde las audiencias son reservadas) y contradictorias, materializándose así el sistema procesal penal vigente en Ecuador.

Muñoz Conde al referirse a la proporcionalidad de la pena que

los jueces imponen al procesado en una sentencia, afirma que: "El principio de proporcionalidad es sin, embargo, un principio constitucional a la idea de Justicia, que es uno de los principios cardinales sobre los que descansa la Constitución española; con él se expresa que a cada uno debe dársele según sus merecimientos y que los desiguales deben ser tratados desigualmente. Trasladado al campo del Derecho Penal, este principio quiere decir que las penas deben ser proporcionadas a la gravedad del delito y a la del daño causado por el mismo. Y esto se debe tener en cuenta a la hora de la tipificación del hecho punible en la ley en la gravedad de la condenación penal que al mismo se le asigne en esa misma ley. Pero también en la determinación de la pena en el caso concreto por el Juez o Tribunal sentenciador, que según las reglas más aceptadas universalmente deben tener en cuenta la gravedad del delito y las circunstancias personales del delincuente" (Muñoz Conde, 2013, p. 4).

Con respecto a la administración de justicia penal, en el sistema acusatorio oral, los juzgadores deben imponer una pena al infractor, siempre que en la audiencia de juicio se haya solicitado, ordenado, practicado e incorporado, las pruebas pertinentes, tendientes a justificar el delito y la responsabilidad del procesado, en cuyo caso, la sanción debe ser regulada en base al principio de proporcionalidad, en relación con el principio de legalidad como dispone el artículo 76.6 de la Constitución de la República del Ecuador, donde se analizará el bien jurídico violentado en contra de la víctima, la lesividad y las circunstancias que rodean a la infracción, de lo cual se concluirá en la imposición de una pena justa, que garantice la seguridad jurídica y la paz social.

La tratadista Armenta Deu, al referirse al sistema acusatorio oral afirma que: "...el sistema acusatorio supone salvaguardar: el principio de igualdad; el principio de audiencia y contradicción; el derecho de defensa y sus garantías (a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo y a la asistencia letrada o a la autodefensa); el principio acusatorio y sus epígonos (necesidad de existencia de una acción, exigencia de correlación entre acusación y sentencia, y prohibición de reformatio in peius); la

presunción de inocencia; la doble instancia penal; la oralidad; la inmediación y publicidad.” (Armenta Deu, 2014, p.34).

En consecuencia el sistema acusatorio oral, tiene como fundamento jurídico el cumplimiento de principios del debido proceso, así como las garantías fundamentales de los justiciables, donde los sujetos procesales son considerados por el juzgador en igualdad de condiciones en las diferentes audiencias públicas y contradictorias que se llevan a cabo para resolver situaciones planteadas por los intervinientes, pero siempre tomando en cuenta que el procesado ejerce el derecho de defensa tanto técnica como material, se le trate como inocente mientras no exista una sentencia condenatoria en su contra, así como también evitando que se viole el principio de no incriminación del procesado, de conformidad con los que disponen 76.2 y 77.7.c de la Constitución de la República del Ecuador.

Pérez asegura que la defensa penal, por su parte es un “Conjunto de argumentos y probanzas que se oponen a las imputaciones y con las que se trata de refutar estas últimas, tendremos que convenir que tales argumentos pueden ser tanto de hecho como de derecho y que las pruebas de acreditación o descrédito de ciertos hechos, están sometidas, en lo que al proceso se refiere, al rasero del derecho (oportunidad de promoción, admisión, práctica, valoración, etc.). (Pérez, 2012, p. 16).

El autor de esta investigación guarda conformidad con el criterio de Pérez, considerando que efectivamente el derecho de defensa tiene una amplitud en el proceso penal y que puede ser ejercido por cada uno de los sujetos procesales, ya sea presentando pruebas de cargo y descargo, formulando exámenes y contra exámenes a testigos y peritos, así como realizando argumentaciones jurídicas de manera verbal en cada una de las audiencias que se desarrollan en cada caso concreto, las cuales estarán bajo la dirección del juzgador, el cual debe materializar el activismo judicial para garantizar los derechos fundamentales de las partes y todo lo que tiene relación con el debido proceso.

Ávila, al referirse al garantismo penal dentro del sistema acusatorio oral asevera que: "El garantismo penal se basa en algunos postulados: el Derecho Penal debe respetar los derechos de las personas de forma cuidadosa y seria; las limitaciones a los derechos deben ser discutidos en juicio y en procedimientos contradictorios, en los que se garantice el derecho a la defensa técnica; las autoridades judiciales y no judiciales (policía, fiscalía, administración penitenciaria) que intervienen en las distintas instancias penales, deben tener la mínima posibilidad de discrecionalidad, tienen que justificar sus acciones y son responsables de las mismas; todo acto que restrinja derechos es controlable judicialmente; y el Derecho Penal es el mínimo necesario para garantizar la eficiencia, evitar la impunidad, y proteger a la persona inocente" (Ávila, 2013, p. 218)

Como se ha dicho, los operadores de la justicia penal, tienen una responsabilidad muy significativa, respecto de sus actuaciones, durante todo el proceso penal, considerando que los justiciables gozan de derechos y garantías fundamentales, consagrados en los convenios internacionales de derechos humanos y la Constitución de la República, razón por la cual siempre deben pensar en el garantismo penal a fin de no violentar los referidos derechos y garantías, correspondiéndole al juzgador ser el protagonista de este respeto, en franco cumplimiento del debido proceso y del proceso debido, ya que los derechos y garantías establecidos en los cuerpos jurídicos anteriormente referidos los cuales son de directa e inmediata aplicación por parte de los operadores de justicia penal y en caso de existir duda se interpretará la norma en el sentido que más favorezca a su vigencia, como dispone el artículo 11.3.5 de la Constitución de la República del Ecuador.

Dentro de este sistema acusatorio oral, ostentan un papel de mayor relevancia, la acusación hecha a través del fiscal, la defensa técnica del procesado, el acusador particular de existir en cada caso concreto, donde cada uno de los referidos sujetos procesales, cumple un rol específico en el proceso penal, lo cual

permite que se cumpla la igualdad de armas, siendo el que tiene mayor protagonismo el juzgador, a quien le corresponde dirigir las audiencias, escuchar a las partes y decidir de manera verbal en un primer momento y en los casos que expresamente determina la ley por escrito, a través de providencias debidamente motivadas.

Gimeno Sendra al referirse a las partes intervinientes en el proceso penal expresa que: "Son partes penales... quienes deducen la pretensión y quienes se oponen a ella. A las partes activas se las denomina «partes acusadoras» y a la pasiva, el investigado o «parte acusada» (...) Los acusadores particulares son quienes, por ostentar la titularidad del bien penal bien jurídicamente protegido por la norma penal y ser sujetos pasivos del delito, pueden acceder al proceso en su cualidad de «ofendidos» por el delito. En ellos, junto al presupuesto de la capacidad, ha de concurrir el de la legitimación activa que viene determinada precisamente por ostentar la titularidad de dicho bien jurídico (...) La parte acusada es el investigado, quien recibe la denominación de «encausado», cuando ha sido imputado judicialmente (a través de un auto de procesamiento o de transformación del proceso penal abreviado) y la de «acusado», cuando ha ejercitado, contra él, la pretensión penal mediante el escrito de acusación o de calificación provisional, presentado por las partes acusadoras (...)" (Gimeno Sendra, 2015, pp. 220, 221, 222).

Consecuentemente, la víctima y el victimario, son los involucrados directamente en el litigio jurídico-penal. El sujeto pasivo de la infracción que es quien sufre el gravamen como consecuencia de la comisión del delito, es decir, que ha sido afectada en un bien jurídico protegido y por lo tanto tiene derecho a intervenir en el proceso penal, de manera directa si presenta la respectiva acusación particular, donde la ley le faculta pedir la práctica de diligencias al fiscal, aportar elementos de convicción tendientes a justificar el delito y la participación del procesado y en la etapa de juicio a practicar e incorporar las pruebas que le benefician, todo ello con el apoyo del fiscal, el cual constituye el

titular del ejercicio público de la acción, con amplias facultades para acusar o abstenerse de hacerlo al procesado en el momento procesal oportuno.

De igual forma, el sujeto activo de la infracción, que es la persona que ha cometido el delito en calidad de autor o cómplice, en los delitos del ejercicio público de la acción tiene el derecho de defenderse de las acusaciones hechas por el fiscal y la acusación particular, con el fin de desvirtuar las mismas mediante la impugnación de pruebas y la presentación de otras que le liberen de la responsabilidad penal.

Por otra parte, es necesario hacer referencia a la participación de la víctima y victimario en el proceso penal, respecto de los delitos del ejercicio privado de la acción, donde el sujeto pasivo del delito es el único que puede ejercitar la acción penal, mediante la presentación de una querrela ante el juez competente y una vez iniciada la misma le corresponde al querrellado ejercer el derecho de defensa, con la finalidad de que se desarrolle un proceso justo, donde se cumpla el proceso debido y de manera esencial se cumpla el presupuesto jurídico de la igualdad de armas.

En este orden de ideas, Ferreiro al referirse a las funciones del fiscal dice: "...el Fiscal deberá procurar la recogida de materiales que permitan sostener la acusación-y la defensa- en el juicio oral para lo que deberá solicitar las diligencias de investigación que considere necesarias(...), asistir a los actos de inspección ocular (...), solicitar las diligencias necesarias para la identificación del imputado (...), será fundamental su participación ya que la adopción de prisión preventiva requerirá necesariamente la previa petición del Fiscal o de alguna de las partes acusadoras (...)." (Ferreiro, 2014, p. 136)

Por supuesto, le corresponde al fiscal dirigir la investigación preprocesal y procesal (en franco cumplimiento del principio de objetividad), respecto de los delitos del ejercicio público de la ac-

ción donde puede intervenir de manera directa o delegando algunas diligencias a otros operadores de justicia, pero de manera general debe participar en cada uno de los actos que forman parte de la investigación, a fin de actuar con conocimiento de causa y de manera especial considerando el principio de objetividad con el fin de alcanzar una verdad material o procesal del hecho delictivo cometido en contra de la víctima, por parte del victimario, es decir, que el fiscal tiene una gran responsabilidad, porque de este sujeto procesal depende que prospere o no un caso concreto que ha llegado a su conocimiento y que deberá llevarlo ante los juzgadores competentes, por lo que para conseguir tal propósito es indispensable que realice una investigación integral, buscando elementos de convicción de cargo y descargo respecto del sospechoso o procesado.

Al mismo tiempo, es necesario hacer referencia a la intervención de la víctima en el proceso penal, ya que su aporte que es determinante en la investigación y que por lo tanto, es de trascendental importancia que participe en calidad de acusador particular, desde el momento en que se inicia la instrucción, no solo para aportar con elementos de convicción, sino para, vigilar las actuaciones del fiscal. Ferreiro al referirse al acusador particular afirma que: "Acusador particular sería, por lo tanto, todo ciudadano que comparece en un proceso penal por delitos públicos, al margen de la actividad oficial, para mantener la acción penal, diferenciándose entre acusador particular en sentido estricto y acusador popular, según sea o no ofendido por el delito, respectivamente (...)" (Ferreiro, 2014, p. 139)

Roxin al referirse al procesado o imputado que es aquel que cometió el delito con dolo o culpa afirma que: "El imputado es objeto de la coacción estatal en tanto debe soportar el procedimiento penal y, dado el caso, también debe tolerar intervenciones enérgicas, contra su voluntad, en su libertad personal o en su integridad personal (...). En este sentido, él es también medio de prueba (...)" (Roxin, 2003, p.124)

Por lo expresado anteriormente, es el procesado quien se encuentra sometido al juicio de reproche, por decisión del fiscal que interviene en la causa y que lo ha puesto a órdenes del juzgador competente, para que luego de desarrollarse la audiencia de juicio y haberse practicado e incorporado las pruebas correspondientes, tendientes a establecer la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, el juzgador con criterio jurídico y con justicia decide el caso conforme a derecho. Sobre este tema Ferreiro afirma: “El imputado o parte acusada es aquella contra la cual se deduce la pretensión penal en el juicio. Se le puede considerar la parte principal del proceso penal, en el sentido de que este se dirige a enjuiciar su conducta, y a discernir si procede su codena o absolución.” (Ferreiro, 2014, p.155).

En este contexto, corresponde al fiscal el derecho de proceder, no así de obtener una resolución que condene al procesado, pues aunque es quien invoca la actuación jurisdiccional es al juzgador a quien corresponde –en representación del Estado- el ius puniendi, es decir, la facultad de imponer una sanción. De manera que el fiscal es el titular del ejercicio público de la acción, mientras que el juzgador es quien decide cada una de las causas puestas a su conocimiento y resolución y de haberse probado la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, le corresponde al juzgador competente dictar la sentencia condenatoria de manera verbal en la misma audiencia de juicio y luego de manera motivada emanar la sentencia escrita, en la cual se declare la culpabilidad del infractor y consecuentemente se le imponga las sanciones privativas de la libertad, no privativas de la libertad y las que afectan al patrimonio, según correspondan en cada caso concreto.

Pero si el juzgador en el momento de deliberar, llega a la firma convicción de que no se ha probado la existencia de la infracción ni la responsabilidad del procesado o en el caso de que exista duda razonable de este último, en la respectiva audiencia de manera verbal ratificará su estado de inocencia y dejará de inmediato sin efecto todas las medidas cautelares personales y

reales que pesen en contra del sujeto activo del delito, teniendo la obligación además si la denuncia y/o acusación particular son maliciosas y/o temerarias, para finalmente dictar la sentencia por escrito la cual debe ser notificada de manera legal a los intervinientes en el proceso penal, a partir del cual tiene la facultad de impugnar dicha decisión judicial a través de los recursos que franquea la ley.

En este orden de ideas Gimeno Sendra afirma: “Una vez ejercitado el derecho de acción y comparecidas ambas partes, acusación y defensa, en el proceso penal, se hace preciso que su postulación se efectúe en condiciones de igualdad procesal, pues una de las garantías esenciales del derecho fundamental que nos ocupa es el principio de «igualdad de armas», que ha de estimarse cumplido cuando en la actuación procesal, tanto acusador como el investigado gozan de los mismo medios de ataque y de defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación” (Gimeno Sendra, 2015, p.118).

Lo dicho hasta aquí, los sujetos procesales tienen el derecho de actuar durante todo el proceso penal, en cada una de las diligencias ordenadas por el fiscal o los juzgadores competentes, teniendo como base fundamental la igualdad procesal que se materializa a través del principio denominado desde el punto de vista de la doctrina como igualdad de armas, para de esta manera garantizar a los intervinientes una participación justa en las diligencias judiciales, donde se apliquen los convenios internacionales de derechos humanos de los cuales el Ecuador es parte, la Constitución de la República y las demás leyes que forman parte del marco jurídico vigente en el país, y que son aplicables en cada caso sub lite.

De lo expresado anteriormente se concluye que, es imperante la existencia de un equilibrio entre la parte acusadora y la defensa del procesado, pues para que una prueba tenga validez jurídica, es indispensable que sea sometida a la refutación de la contraparte, alcanzando así un grado de veracidad. El pro-

cesado debe tener el total acceso procesal, para poder aportar contrapruebas que tiendan a desvirtuar a las presentadas por la Fiscalía General del Estado y si es el caso de la acusación particular, las cuales serán analizadas y valoradas en su conjunto por el juzgador, quien tiene la obligación de garantizar que se cumpla el principio de contradicción en todas las diligencias procesales, considerando el principio de igualdad de armas, como así lo exige el sistema acusatorio oral.

En consecuencia, tanto los fiscales, como los juzgadores tienen que actuar cumpliendo el principio de imparcialidad, en relación con los sujetos procesales que intervienen en un caso concreto a fin de garantizar una correcta administración de justicia, dándoles a los intervinientes el tiempo suficiente para que se haga efectivo el derecho de defensa en igualdad de condiciones, sin realizar actos que menoscaben esta garantía constitucional.

Sobre este tema el tratadista Cabezudo Rodríguez manifiesta que: "...la imparcialidad sería predicable tanto de los jueces como de los fiscales o incluso de cualquier otro funcionario público, y difícilmente sería comprometida salvo que entendiéramos que la previa intervención en el procedimiento condicionaría per se la aparición de un interés subjetivo, y por lo tanto inadmisibles (...). La administración de Justicia ni debe ni puede someterse a un interés parcial, aunque fuera público general, sino tan solo a la ley, siendo su mayor garantía la actuación jurisdiccional" (Cabezudo, 2008, p. 197-198).

Por tanto la administración de justicia penal, debe tutelar y garantizar, un trato equitativo entre los intervinientes del proceso penal, considerando que se encuentra vigente el sistema acusatorio oral, por lo que el juzgador debe ser más garantista brindando mayores oportunidades para la debida defensa del procesado por constituir la parte más vulnerable de la relación jurídico-penal, así como de los otros sujetos procesales, quienes deben intervenir en el proceso penal en igualdad de condiciones, sin que en ningún caso ninguno sean tratados por el juzgador de manera discriminatoria y peor más aun limitándole

el derecho de defensa, sino por el contrario materializando una verdadera igualdad de armas en beneficio de todos los participantes en el proceso penal.

Ferrajoli al referirse a la igualdad de las partes en el proceso penal afirma que: "La paridad de las partes, sobre la que volveré a propósito de la garantía procesal de contradicción, requiere a su vez dos específicas condiciones orgánicas, relativas a su configuración y colocación institucional. La primera condición se refiere a su acusación. Si es indispensable que el juez no tenga funciones acusatorias, también es esencial que la acusación pública no tenga funciones judiciales. (...). La segunda condición afecta a la defensa, que debe estar dotada de la misma dignidad y tener los mismos poderes de investigación que el ministerio público. Esta equiparación sólo es posible si junto al defensor de confianza se constituye un defensor público, esto es, un magistrado destinado a desempeñar el ministerio público de defensa, antagonista y paralelo al ministerio público de acusación." (Ferrajoli, 1995, p. 583)

El autor de esta investigación, comparte el criterio del tratadista Ferrajoli, por cuanto efectivamente cada uno de los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal cumplen roles específicos, así el fiscal y la acusación particular, son los acusadores en los delitos del ejercicio público de la acción, razón por la cual deben sustentar sus alegatos verbales, así como las pruebas practicadas e incorporadas en la etapa de juicio, siendo la finalidad obtener una sentencia condenatoria contra el procesado; mientras que la defensa técnica del procesado lo que busca es desvirtuar las pruebas presentadas por la acusación, con el objetivo de convencer a los juzgadores para que ratifiquen el estado de inocencia de su defendido, ya sea por falta de pruebas o por haber generado dentro del proceso penal la duda razonable respecto de la responsabilidad del procesado; en tanto que, el juzgador debe cumplir las funciones de director de las audiencias, dando el derecho de defensa de manera igualitaria a los participantes en el proceso penal, evitando que se genere

indefensión, lo cual genera nulidad procesal, aspecto este último que debe ser evitado en base a la intervención del juez en pleno ejercicio jurisdiccional.

Es preciso comprender, que para estar en igualdad de armas con el fiscal, la defensa del procesado debe ser técnica y especializada (defensor técnico con conocimientos jurídico científicos en materia penal, experiencia y gran capacidad de razonamiento jurídico), a fin de que pueda garantizar la tutela de sus derechos, convirtiéndose en un verdadero custodio de éstos, con probidad profesional, lealtad procesal y dominio del sistema oral; además es necesario considerar sus conocimientos y capacidad intelectual, para poder contradecir las pruebas y alegatos realizados por los acusadores (fiscal y acusador particular), sin olvidar que su actuación debe ética, conservando el llamado secreto profesional, pero siempre dirigiendo su participación jurídica a la consecución de la justicia, en beneficio del sujeto activo de la infracción.

3.- IGUALDAD DE ARMAS Y DEBIDO PROCESO.

El debido proceso, contiene garantías básicas, derechos, principios y procedimientos que deben ser respetadas dentro de todo proceso penal, en el que se determinen derechos y obligaciones de los justiciables; en el país ciertos derechos y garantías se encuentran regulados en los artículos 75, 76 y 77 de la Constitución de la República, las cuales tienen la finalidad de proteger a los ciudadanos que se encuentren procesados penalmente, y controlan las arbitrariedades que puedan proceder de los sujetos procesales o de los juzgadores, es decir, por parte de las instituciones del Estado que ejercen el ius puniendi en los delitos del ejercicio público de la acción y si se trata de delitos del ejercicio privado de la acción, la afectación al debido proceso puede provenir de las partes que son el querellante y querellado o por los juzgadores que intervienen en primera, segunda instancias o en los recursos extraordinarios de casación o de revisión del ser el caso.

En consecuencia, la vigencia del proceso garantiza una correcta y adecuada administración de justicia penal, donde se respetan los derechos fundamentales de los justiciables en igualdad de condiciones, correspondiéndole al juzgador dar un tratamiento igualitario a cada uno de los sujetos procesales a fin de evitar el menoscabo de las garantías básicas y de sus derechos humanos.

Así el artículo 76 de la Constitución de la República expresamente dispone: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas”:

1.- “Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”. Es decir, que tanto en procedimientos administrativos como judiciales es prioritario que se cumplan las normas jurídicas aplicables a cada caso concreto, tanto sustantivas como adjetivas y las demás normas jurídicas de carácter constitucional y las supranacionales que regulan los derechos humanos de las personas.

2.- “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”. La presunción de inocencia es una garantía fundamental de toda persona procesada penalmente, ya que el simple hecho de iniciarle una instrucción en su contra y que se ordene por parte del juzgador medidas cautelares personales y reales, a petición del fiscal que interviene en la causa, o se haya dictado en su contra llamamiento a juicio, eso no significa jurídicamente que se afecte a su presunción de inocencia e incluso cuando se dicta sentencia condenatoria en primera y segunda instancias, no se afecta esta garantía, pues para que pierda este estatus, es necesario que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada.

3.- “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley

como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”.

La norma constitucional anterior, tiene relación con el principio de legalidad, esto es que ninguna persona puede ser sancionada por un acto humano que no se encuentra previamente tipificado y sancionado en la ley penal, para que tenga fundamento el inicio de una investigación previa o un proceso penal mediante una instrucción, es necesario que exista una infracción de carácter penal, donde se describa la conducta y de manera expresa se fije la sanción, normas jurídicas que deben estar vigentes al momento de la comisión del hecho y lo que es mas deben existir las normas jurídicas procesales previas para su juzgamiento, como dispone el artículo 5.1 del Código Orgánico Integral Penal.

4.- “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”. En un proceso penal les corresponde a los sujetos procesales anunciar las pruebas en la segunda etapa del proceso penal, esto es en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, acervo probatorio que únicamente se puede solicitar, ordenar, practicar e incorporar en la etapa de juicio, cumpliéndose los principios del debido proceso, es especial el de inmediación, contradicción, publicidad, concentración, oralidad, eficiencia, eficacia, entre otros que son de mucha trascendencia en la etapa de juicio, excepto los testimonios anticipados que son receptados en la primera etapa del proceso penal y que es una atribución del fiscal solicitarle al juzgador la receptación de testimonios anticipados, como disponme el artículo 444.7 del Código Orgánico Integral Penal. Además las pruebas deben ser obtenidas y actuadas en estricto cumplimiento de las normas legales y constitucionales relacionadas con las pruebas, caso contrario no tendrán ningún valor jurídico y los juzgadores no podrán valorarlas, sino más bien excluirlas por carecer de eficacia probatoria.

5.- “En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractor”. Efectivamente cuando existan dos normas de carácter penal, que regulen penas diferentes para una misma conducta delictiva, le corresponde al juzgador aplicar la que le sea menos lesiva al infractor, en franca aplicación del principio de favorabilidad, así la norma legal haya sido puesta en vigencia con posterioridad a la infracción, como dispone la norma constitucional anteriormente referida, en concordancia con lo que regula el artículo 5.2 del Código Orgánico Integral Penal.

6. “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. Esta norma constitucional regula el principio de proporcionalidad de la pena en relación con las infracciones cometidas por el procesado, considerando que la sanción tiene que nacer del análisis que realiza el juzgador del hecho delictivo, las circunstancias en las que se lo cometió, la lesividad a la víctima, la trascendencia que tiene esa infracción en la sociedad y otros factores que nacen de la jurisprudencia y la doctrina, y que los jueces deben tomar en cuenta en el momento de modular la pena, para cada caso concreto puesto a su conocimiento y resolución, en las diferentes etapas del proceso penal, así como en la impugnación a través de los recursos horizontales, ordinarios y extraordinarios regulados por la ley en materia penal.

Pero la garantía más significativa de los participantes en un proceso penal es el derecho de defensa, lo cual significa que en ninguna circunstancia preprocesal o procesal de la investigación de un hecho delictivo, puede afectarse esta garantía a los sujetos procesales, por cuanto eso genera indefensión siendo la consecuencia la nulidad del proceso, por lo que los juzgadores deben ser muy cuidadosos del cumplimiento de esta norma constitucional, para evitar asuntos controvertidos que pueden

generar impunidad, por lo que a los intervinientes se les otorgará un tiempo prudencial para preparar su defensa, se les deberá escuchar en los momentos procesales que establezca la ley sin discriminación alguna, a contar con un abogado defensor de su confianza o a falta de éste por un defensor público, a presentar sus alegatos en las diferentes audiencias, a ser juzgado el procesado por jueces independientes, imparciales y competentes a que las resoluciones dictadas en un proceso penal sean debidamente motivadas y en el caso de no estar de acuerdo con las mismas, a presentar los recursos establecidos en la ley y todas las demás garantías reguladas por el artículo 76.7 de la Constitución de la República y los convenios internacionales de derechos humanos que han sido aceptados, aprobados y ratificados por el Ecuador.

En este orden de ideas, la norma constitucional anteriormente citada, regula sobre el debido proceso, el cual se refiere a una serie de garantías básicas que deben ser respetadas por los operadores de justicia, estando orientadas algunas de ellas al procesado, tales como la presunción de inocencia a no ser juzgado por un acto humano que no se encuentra tipificado y sancionado en la ley penal, que se le imponga una pena proporcional en relación con la lesividad ocasionada a la víctima, el derecho de defensa regulado de manera integral, aclarando que la misma puede ser técnica y material, la primera que es ejercida por el abogado defensor y la segunda por el propio procesado, garantías que deben ser respetadas y cumplidas a cabalidad, considerando son básicas respecto del procesado, y que tienen relación con los derechos humanos de toda persona.

El debido proceso, permite que los intervinientes en el proceso penal se encuentren rodeados de derechos y garantías mínimos, en particular del real ejercicio del derecho a la defensa, de la presunción de inocencia, de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, siendo por lo tanto el eje fundamental del acceso a la administración de justicia, donde sobre todas las cosas el juzgador garantizará la "igualdad de armas", en base a lo cual se

logra desarrollar el proceso penal en igualdad de condiciones de cada uno de los sujetos procesales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-16/99 del 01-10-99, Serie A, No.16, ha dicho: que para que exista debido proceso es necesario que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables, tomando en consideración que el proceso es un medio para asegurar en la mayor medida posible la solución justa de una controversia; afirma también que en el proceso se deben resolver posibles desigualdades que son puestas para conocimiento y resolución de la justicia. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal- Opinión Consultiva OC-16/99 del 01-10-99, Serie A, No.16.)

A través del debido proceso, se debe garantizar la igualdad de armas, corrigiendo cualquier desventaja existente en uno de los intervinientes en el proceso, específicamente el proceso penal que es materia de este estudio, aspecto que tiene como responsables a todos los operadores de justicia, pero de manera particular y especial a los juzgadores, que son quienes conocen y resuelven los casos penales, dictando las sentencias que corresponden en cada caso concreto, lo cual jurídicamente significa la materialización de la justicia penal, donde lo que impera es el respeto de los derechos y garantías de los justiciables.

CALAMANDREI, al referirse al debido proceso y a la igualdad de armas menciona: "las partes en cuanto piden justicia, deben ser puestas en el proceso en absoluta paridad de condiciones" (Calamandrei, 1973, p. 418). Es decir, dentro de las mismas posibilidades de defensa, y acción, equilibrándose sus posiciones, cabe mencionar que esta labor le corresponde garantizar al juzgador, pues efectivamente los sujetos procesales que intervienen en un proceso penal, que al hablar del sistema acusatorio oral, donde se privilegia el principio de oralidad, el

cual se hace efectivo en todas y cada una de las audiencias que jurídicamente son posibles en un causa, pero en especial en la etapa de juicio, donde se solicita, ordena, practica e incorpora la prueba por parte de los intervinientes, así como presentan sus alegatos de manera verbal, es donde le corresponde al juzgador darles un tratamiento en igualdad de condiciones, sin privilegios ni discriminaciones para ninguno de ellos, lo cual permite materializarse la figura jurídica denominada " igualdad de armas", la cual tiene una relación directa con el respeto y cumplimiento del debido proceso.

En lo que respecta, a que existen ciertos obstáculos, que pueden afectar la paridad entre los intervinientes en el proceso penal, por ejemplo cuando se presentan barreras y dificultades para obtener las pruebas a través de medios técnicos, periciales, logísticos, ya sea por los requisitos para obtenerlas, diferencia en el tiempo, costo, o disponibilidad, es preciso que el juzgador a petición de parte y de manera excepcional de oficio, de las facilidades para que los sujetos procesales puedan practicar e incorporar sus pruebas con la colaboración de los organismos públicos o privados pertinentes, a fin de evitar que la no realización de ciertos actos indispensables para la obtención de la prueba, genere indefensión para alguno de los sujetos procesales, lo cual daría lugar a una nulidad procesa.

4.- IGUALDAD DE ARMAS Y DERECHO DE DEFENSA

La igualdad de armas constituye un elemento esencial del derecho de defensa, de contradicción y en general, componente esencial del derecho a un juicio justo, que busca equiparar la participación de las partes en el proceso penal, pudiendo cada una controvertir contra la otra, en las mismas condiciones, sobre el presupuesto fáctico, los alegatos presentados en las distintas audiencias, la solicitud, práctica e incorporación de pruebas y de manera general el respeto de las garantías, derechos y principios del debido proceso, para cada uno de los sujetos procesales que buscan una justicia apegada a Derecho, en beneficio

del que tenga la razón, con lo cual brindar a la colectividad un alto grado de credibilidad de la justicia penal, lo cual en un futuro próximo garantizará una paz social duradera.

GIMENO SENDRA, con respecto al derecho de defensa afirma: "El derecho de defensa es un derecho fundamental de todo investigado a acceder al proceso penal, tan pronto como se le atribuya la comisión de un hecho punible, y a designar, en él, a un Abogado de su confianza o a reclamar la intervención de uno de oficio para efectuar ambos, defensor y patrocinado, los actos de alegación, prueba e impugnación, que estimen necesarios en punto a hacer valer, con eficacia, el derecho fundamental a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente." (Gimeno Sendra, 2015, p. 277).

El autor de esta investigación, concuerda con el criterio del tratadista referida en el párrafo anterior, respecto del derecho de defensa el cual es tan amplio que abarca desde el mismo momento en que a una persona se convierte en sospechosa, es decir que si un agente de policía le aprehende en delito flagrante, es desde ese momento que el derecho de defensa se debe efectivizar en su beneficio, defensa que puede asumirla un abogado de su confianza o un defensor público, durante todo el proceso penal, es decir en la etapa preprocesal, etapas del proceso ordinario o cualquier otro procedimiento judicial y la impugnación a través de los recursos horizontales, ordinarios y extraordinarios que se encuentran regulados en la ley; pues, entonces en ninguna etapa o grado del procedimiento judicial puede quedarse sin la defensa técnica, como dispone el artículo 76.7.a de la Constitución de la República del Ecuador.

Por su parte PICÓ al hacer referencia al derecho de defensa afirma que: "La vigencia del derecho a la defensa asegura a las partes la posibilidad de sostener argumentalmente sus respectivas pretensiones y rebatir los fundamentos que la parte contraria haya podido formular en apoyo de las suyas, pero sin que sea necesario que de facto tenga lugar una efectiva controversia

argumental entre los litigantes, que, por unas u otras razones, puede no producirse.” (Picó, 2008, p.102).

Por lo expresado anteriormente, no puede existir un debido proceso, sin igualdad de armas, pues constituye una característica fundamental del sistema penal acusatorio y adversarial, ya que su estructura difiere con los modelos de corte inquisitivo, lo que significa que en el proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante los juzgadores los cuales siempre deben ser imparciales, independientes y competentes en un litigio, en el que los litigantes deben entrar con las mismas herramientas de ataque y defensa, esto es en igualdad de condiciones, con el fin de obtener una litigación justa, bajo el amparo de una verdadera igualdad de armas.

En este contexto, ESPARZA al hacer referencia a la igualdad de las partes que intervienen en un proceso penal sostiene: “Principio de igualdad de las partes: cuya existencia garantizará que todas las partes dispongan de igualdad de medios para la defensa de sus respectivas posiciones; lo que debemos entender en este lugar no es que las partes son iguales pues no lo son (especialmente si consideramos al Estado u otra administración pública en su actuación como parte procesal, también es el caso del MF en relación con el acusado en el proceso penal, pero también existen desigualdades por circunstancias de hecho, económicas, culturales, etc.) sino que en virtud de la igualdad quedarán automáticamente proscritas las posibilidades de existencia de privilegios para alguna de ellas”. (Esparza, 1995, p.30).

De acuerdo al criterio del tratadista Esparza, no siempre es posible la igualdad de armas en el proceso penal, aspecto que es real, por cuanto mientras el órgano de persecución penal, (la Fiscalía General del Estado, como titular del ejercicio público de la acción), tiene una estructura inmensa a su favor , ya que cuenta con los miembros de la Policía Nacional, peritos en todas las materias y otros servicios adicionales que forman parte de

la investigación penal, con respaldo estatal enorme, en aspecto de estructura física, recursos, y más facilidades en su accionar, en tanto que el imputado solo cuenta con su defensa técnica, mientras que el fiscal empieza a accionar desde que tiene conocimiento de la noticia del delito, por su parte el sujeto activo de la infracción, solamente puede defenderse, una vez que la fiscal le imputa el delito en la audiencia de formulación de cargos. En tal circunstancia, son los policías, los fiscales y los juzgadores los llamados a garantizar la igualdad de armas, de cada uno de los sujetos procesales, ya sea en una investigación previa, como en un proceso penal.

En este mismo orden de ideas, CABRERA refiere: "Principio de igualdad de las partes: cuya existencia garantizará que todas las partes dispongan de igualdad de medios para la defensa de sus respectivas posiciones; lo que debemos entender en este lugar no es que las partes son iguales pues no lo son (especialmente si consideramos al Estado u otra administración pública en su actuación como parte procesal, también es el caso del MF en relación con el acusado en el proceso penal, pero también existen desigualdades por circunstancias de hecho, económicas, culturales, etc.) sino que en virtud de la igualdad quedarán automáticamente proscritas las posibilidades de existencia de privilegios para alguna de ellas". (Cabrera, 1982, p.65).

Se puede entonces comentar que la igualdad de armas, sobre todo cuando se trata de Fiscalía – investigado, imputado o procesado, es un mito, ante la realidad estructural del proceso penal y sus intervinientes, pues una persona debería estar en total igualdad con la Fiscalía que lo acusa, lo cual, no es posible, entonces se podría decir que la fiscal tiene más oportunidad de desvirtuar la presunción de inocencia del procesado para pedir condena, que la defensa técnica, que lucha por mantener dicho estatus de presunción.

En este contexto, el fiscal tiene una seria de ventajas tanto

administrativas como judiciales, ya que al ser el titular del ejercicio público de la acción, es el encargado de actuar directamente y bajo su responsabilidad en la investigación previa y en la instrucción que es la primera etapa del proceso penal, donde la investigación debe realizarla en base al principio de objetividad, es decir buscando elementos de convicción de cargo y de descargo respecto del procesado, de incumplirse con el principio antes referido, se profundiza más aún la diferencia del fiscal en relación con el procesado.

Es por esto que los operadores de justicia deben tener presente siempre la figura jurídica de igualdad de armas, y que para su real vigencia el juzgador en cada una de las audiencias debe darles un tratamiento igual, lo cual permite una justicia transparente y con la intervención de los sujetos procesales en franco respeto de los derechos y garantías fundamentales.

En este mismo orden de ideas, la tratadista VEGA al referirse a la igualdad de armas afirma: "La figura del conjunto vulnera los principios y derechos fundamentales del proceso. Se ha afirmado que la figura del coimputado crea conflicto con varios principios procesales, principalmente con el principio de igualdad, el principio de proporcionalidad y el principio de igualdad de armas... En tercer lugar, finalmente, el principio de igualdad de armas se puede ver transgredido debido a que las partes no cuentan con las mismas posibilidades para su defensa, ya que la acusación puede premiar a ciertos sujetos y la defensa no tiene esa alternativa..." (Vega, 2016, pp. 244,245).

Del análisis jurídico constante en los párrafos anteriores, queda evidenciado que en la práctica jurídica, existe un desbalance en contra del procesado y su defensa técnica y a favor de la Fiscalía y acusadores particulares, por lo que, como señala PÉREZ SARMIENTO se debe enfatizar en los efectos prácticos del contenido del derecho a la defensa en el proceso penal, quien al respecto menciona: "-El derecho del imputado a conocer los hechos imputados y la evidencia que los calza. - El derecho del imputado a tener asistencia jurídica inmediata. - El derecho del

abogado designado de acceder libremente a su defendido. – El derecho del imputado a elegir libremente si declara o no en su propia causa y a usar su declaración exclusivamente como un medio de defensa. – El derecho del imputado y su defensor de disponer de oportunidades suficientes para preparar los argumentos de defensa. – El derecho del imputado y su defensor de promover diligencias de investigación y pruebas para sustentar sus tesis de defensa. – El derecho al alegato oportuno y a los recursos establecidos por la ley. – El derecho a un juzgamiento sin dilaciones indebidas. – El derecho a un tribunal imparcial, constituido y dotado de competencia con anterioridad al hecho que debe juzgar. El derecho del imputado a ser juzgado con pruebas obtenidas de manera lícita; y – El derecho a la motivación racional del fallo condenatorio, en los casos de juzgamiento por tribunales de derecho y en las sentencias de alzada...” (Pérez, 2012, pp. 72,73).

Por una parte, el procesado debe hacer uso de una adecuada defensa, mientras que por otro lado este derecho de defensa debe ser garantizado por el Estado, quien tiene el ius puniendi, para castigar, pero ante las garantías del debido proceso, debe limitarlo, garantizando el derecho de defensa. Las garantías fundamentales que deben respetarse en todo proceso penal, son ineludibles por parte de los operadores de justicia penal, en especial el derecho a la defensa del procesado, la presunción de inocencia, a ser juzgado en plazo razonable por jueces independientes e imparciales, a ser tratado en igualdad de condiciones por los juzgadores y como una garantía esencial de toda resolución judicial, a que ésta se encuentre debidamente motivada teniendo como premisa el hecho, para luego valorar las pruebas, aplicar las normas jurídicas relacionadas con el caso concreto y la decisión que tiene que ser concluyente y coherente con las dos primeras partes de la sentencia.

5.- LA DEFENSA TÉCNICA Y LA IGUALDAD DE ARMAS

La defensa técnica es una garantía básica del debido proceso, pues el procesado tiene el derecho a ser asistido o asesora-

do por un profesional del derecho escogido a su libre elección y únicamente cuando no lo haga, el Estado le designará uno gratuito con experiencia en materia penal, para no dejarlo en la indefensión, lo cual se encuentra garantizado en la Constitución de la República del Ecuador ²⁰, derecho que se hace efectivo a través de la Defensoría Pública que es la institución pública que tiene como obligación dar el patrocinio especializado a cada uno de los procesados que no tienen un defensor técnico de su elección.²¹

“El derecho de defensa que asiste al imputado impone que goce de un defensor técnico de confianza o público u oficioso, disponiendo de las mismas atribuciones de éste, aunque de mediar conflicto entre uno y otro prevalece la defensa técnica (...)” (Espitia, 2010, p.157).

En este contexto, el derecho de defensa, es una garantía muy amplia, porque abarca una serie de aspectos que se encuentran regulados en los convenios internacionales de derechos humanos, en la Constitución de la República y en la ley, por lo que es una figura jurídica de carácter universal, aplicable en todo trámite administrativo y judicial. En materia penal el defen-

20.- Art. 76.7,g): “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:... En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor...”.

21.- Art. 191 CRE: “La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos. La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias. La Defensoría Pública es indivisible y funcionará de forma desconcentrada con autonomía administrativa, económica y financiera; estará representada por la Defensora Pública o el Defensor Público General y contará con recursos humanos, materiales y condiciones laborales equivalentes a las de la Fiscalía General del Estado.”

sor técnico del procesado, no comprende únicamente que sea de su libre elección, sino a más de ello el juzgador debe cuidar que tenga un conocimiento científico-jurídico en materia penal, caso de no tener estos conocimientos, el juez debe separarle de la defensa técnica y reemplazarle con un defensor público, que cumpla las condiciones antes referidas. Pues, en ningún caso se le puede dejar en indefensión al procesado, por ser la parte más débil de la relación jurídico penal.

Siguiendo la misma línea anteriormente referida, LUZÓN CUESTA, haciendo referencia a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos menciona que el “el derecho a defenderse adecuadamente, está reforzado por la obligación del Estado de proveer, en ciertos casos, de asistencia judicial gratuita, la cual no se satisface por el simple nombramiento de un Abogado de turno de oficio...el acusado tiene derecho a gozar de una asistencia técnica efectiva...” (Luzón, 2015, p. 287, 288).

El derecho a la asistencia técnica, no es solamente un derecho del procesado, sino una garantía del debido proceso, por lo que, el mismo organismo jurisdiccional, debe velar por su efectivo cumplimiento, vigilando, no solamente que esté presente al abogado, sino que ejerza una defensa que tutele los derechos de su defendido, es decir que actúe con conocimiento, habilidad, profesionalismo, durante cada etapa del proceso penal, sancionando a aquellos abogados que no cumplan con su deber, en especial las actuaciones en cada una de las audiencias que forman parte del proceso penal, en cada una de sus etapas y con mayor razón en la impugnación donde los recursos son ordinarios y extraordinarios, y éstos últimos son eminentemente técnicos y limitados, por lo que requieren de defensores técnicos especializados en cada uno de los referidos recursos.

Cabe señalar, que aunque el procesado puede hacer uso de la autodefensa, resulta imprescindible la presencia y asistencia del abogado defensor en el curso del procedimiento, sin que el accionar de la defensa pueda colisionar con la voluntad de su

defendido. La única forma de garantizar la defensa técnica es el conocimiento de las leyes y el Derecho Penal concebido como ciencia, por lo que, resulta insuficiente la autodefensa, siendo imperante la asistencia de un letrado en leyes y en el Derecho como ciencia que pueda desenvolverse con solvencia, haciendo reales las garantías contenidas en instrumentos internacionales de derechos humanos, Constitución de la República y las leyes.

GIMENO SENDRA, al referirse a la defensa técnica expresa: “La defensa privada o autodefensa consiste en la intervención directa y personal del investigado en el proceso, realizando actividades encaminadas a preservar o restablecer su libertad: impedir la condena u obtener la mínima sanción penal posible” (Gimeno Sendra, 2015, p. 285).

La intervención del defensor técnico, debe estar presente desde que el sospechoso es aprehendido o detenido por la Policía Nacional, cuando va a ser interrogado directamente el sospechoso o procesado, a presentar los testigos o peritos que crea conveniente, a recurrir a un perito de parte para que practique una experticia y cualquier otra diligencia probatoria que crea serle útil en el proceso penal, es decir, que debe participar en todas las diligencias de la investigación, aportar y controvertir pruebas, presentar los escritos correspondientes, tener acceso a los expedientes, ingresar a centros de rehabilitación social para entrevistarse con su patrocinado, expresarse con libertad en el curso de la defensa, sea oralmente o por escrito, garantizando una debida defensa técnica a su patrocinado, cristalizado de esta manera el derechos de defensa técnica y con la intervención directa del procesado se materializa la defensa material, la cual es complementaria en todo litigio judicial.

6.- ROL DEL JUEZ PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE ARMAS A LOS SUJETOS PROCESALES

La única forma de que el juez pueda garantizar igualdad de armas a los sujetos procesales es siendo imparcial, caracteris-

tica principal que debe tener todo juzgador, considerando que es un principio que está garantizado por el artículo 76.7.k de la Constitución de la República, consecuentemente tiene la obligación de darles un tratamiento en igualdad de condiciones a los participantes en el proceso penal, haciendo prevalecer su probidad y su imparcialidad, dando lugar a una efectiva tutela de la igualdad de armas a cada uno de los justiciables.

En este mismo orden de ideas, GOZAINI, al referirse al principio de imparcialidad expresamente manifiesta: "...la imparcialidad que apuntamos en esta perspectiva, supone que el juez aplique el derecho, pero que al imponer el orden y la legalidad no se desprenda del tiempo que transita, con sus adaptaciones y las angustias que lo inciden, porque "hacer justicia" es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende." (Gozáini, 2004, pp. 253,254).

El autor de esta investigación, comparte el criterio jurídico que sostiene Gozáini, por lo que el juez o magistrado debe actuar con imparcialidad cuando observa a los litigantes en cada una de las audiencias que están desarrollándose bajo su dirección, sin privilegio alguno sino en igualdad de condiciones en estricto cumplimiento a los que disponen las normas jurídicas vigentes y que son aplicables a cada caso concreto puesto a su conocimiento y resolución, dando como resultado una justicia transparente, creíble y de manera específica que garantice la seguridad jurídica determinada en el Art. 82 de la Constitución de la República.

La igualdad de armas en el proceso penal, indubitadamente debe ser garantizada por la autoridad jurisdiccional (juez o tribunal de garantías penales), siempre considerando que los sujetos procesales tienen una serie de derechos y garantías, y que deben ser respetadas en todo procedimiento judicial, en especial referente a la solicitud, práctica e incorporación de las pruebas, sus alegatos verbales realizados por los defensores técnicos en cada una de las diligencias judiciales. Sobre esta temática.

GIMENO SENDRA manifiesta: "El encuadramiento, por otra parte, del principio de igualdad de armas en el derecho a un «proceso con todas las garantías» ha de obligar al órgano jurisdiccional a ser absolutamente respetuoso con el cumplimiento del referido principio sobre todo en la administración de la prueba" (Gimeno Sendra, 2015, p. 120).

Para garantizar la igualdad de armas de los intervinientes en el proceso penal, el juzgador debe ser imparcial, alejando de su función todo aspecto subjetivo que pueda alterar su sana crítica, siempre actuando con serenidad, con conocimiento de causa, dirigiendo las audiencias con probidad, considerando que bajo su responsabilidad está la decisión del litigio existente entre la víctima y el procesado y que la sociedad está vigilante de lo que hace o deja de hacer, ya que en cada sentencia que se dicte en materia penal por parte de los juzgadores se envía un mensaje a la sociedad, en el sentido de que la comisión de un delito por parte de una persona debe sufrir el juicio de reproche y como consecuencia de ello una sanción que en la mayoría de casos consiste en una pena privativa de la libertad, modulada en base al principio de proporcionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al referirse a la imparcialidad ha dicho:

"La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia"²². Es claro que la imparcialidad es inherente a la función jurisdiccional, al respetar la imparcialidad se vigila el más alto grado de objetividad, pues se verificará que el juez estará siempre pendiente de garantizar la igualdad procesal entre los litigantes, permitiéndoles desenvolverse en "igualdad de

22.- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palmera Iribarne Vs. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

armas", tener las mismas posibilidades de alegación, prueba, impugnación; una forma de garantizar la imparcialidad de los jueces es a través de la excusa y la recusación, cuyas causas se encuentran debidamente reguladas en nuestra legislación, concretamente en el artículo 572 del Código Orgánico Integral Penal.²³

Todo juzgador debe ser imparcial, esta debe ser su principal característica, solamente de esta manera podrá garantizar los derechos de los sujetos procesales, entre estos la "igualdad de

23.- Artículo 572 COIP: Causas de excusa y recusación.- Son causas de excusa y recusación de las o los juzgadores, las siguientes: 1. Ser cónyuge, pareja en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, de su representante legal, de su mandatario o de sus defensores. 2. Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo cuando sea de las entidades del sector público, de las instituciones del sistema financiero o cooperativas. Da lugar a la excusa o recusación establecida en este numeral solo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio. 3. Tener juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes si el juicio es civil y cinco años si el juicio es penal. La misma regla se aplicará en el caso de que el juicio sea con su cónyuge, pareja en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 4. Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios, de los de su cónyuge, pareja en unión de hecho o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 5. Ser asignatario, donatario, empleador o socio de alguna de las partes. 6. Fallar en otra instancia y en el mismo proceso la cuestión que se ventila u otra conexa con ella. 7. Intervenir en el proceso como parte, representante legal, apoderado, juzgador, defensor, fiscal, acusador, perito, testigo o intérprete. 8. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguno de los sujetos procesales. 9. Ser penado, multado o condenado en costas en la causa que conoce, en caso de que la sanción sea impuesta por otro juzgador. 10. Tener vínculo con las partes, la víctima o sus defensores por intereses económicos. 11. Dar consejos o manifestar su opinión sobre la causa. 12. No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley. En la medida en que sean aplicables, las y los fiscales deberán excusarse ante la o el fiscal superior o podrán ser separados del conocimiento del proceso por los mismos motivos determinados respecto de los juzgadores. Las o los juzgadores y fiscales presentarán sus excusas con juramento.

armas", debe abstenerse de realizar consideraciones subjetivas y alejado de opiniones políticas, religiosas o de otro tipo que puedan poner en duda su imparcialidad, no puede ceder a presiones de grupos de poder, sino actuar de acuerdo a su criterio jurídico, conocimiento y sana crítica, que permitan decisiones justas y sabias.

La igualdad de armas para las partes procesales debe dejar de ser un mito, y efectivizarse, con homogeneidad de acuerdo a los roles específicos de cada parte. El proceso debe ser transparente en todas sus actuaciones, promoviendo la transparencia e independencia de los juzgadores, a través del uso de procedimientos orales (juzgamiento por audiencias), en pro de la celeridad y el control ciudadano ante la actuación judicial, dando a conocer las leyes pertinentes, para que las causas sean resueltas con igualdad de los intervinientes y basadas en los méritos del proceso considerando que la oralidad privilegia al juzgador para que pueda observar la prueba directamente , así como escuchar los alegatos de los sujetos procesales personalmente, lo cual le garantiza mayor certeza en el momento de resolver una causa.

En este orden de ideas, Aguirre afirma que: "Es menester advertir que el aumento de los poderes de dirección del proceso no tiene incidencia, en inicio, en el contenido de la sentencia. Por otra parte, nunca debería ir en detrimento del derecho de defensa de las partes, o relacionarse con un entendimiento particular del derecho en discusión. El aumento de los poderes del juez es indispensable para controlar aspectos del proceso tales como la verificación de los obstáculos para llevar a cabo las resoluciones judiciales. V. gr., el principio dispositivo impide al juez iniciar un proceso o decretar pruebas sobre hechos no alegados por las partes. Aunque es difícil, finalmente, separar las aguas, porque a medida que transcurre el proceso, el juzgador tomará conciencia de las razones de las partes, lo que finalmente se verá reflejado en su decisión. En todo caso, determina a cargo del juez ciertas obligaciones que están relacionadas, en lo principal, con un pronto despacho e impulso del procedimiento." (Aguirre, 2012, p.48)

El juez o magistrado, tiene la obligación de resolver en Derecho y teniendo presente la justicia cada uno de los litigios puestos a su conocimiento y resolución, para dar a cada uno de los sujetos procesales lo que le corresponde, lo que esté probado procesalmente y establecido en las normas jurídicas pertinentes, en la jurisprudencia y en la doctrina que tenga pertinencia a la legislación vigente. Sin embargo, no debe ejercer únicamente una función pasiva, pues es el garante del proceso penal, debe tener sana crítica para sus apreciaciones, por ejemplo de las pruebas, por cuanto una vez recibidas las afirmaciones de los sujetos procesales, debe proceder a valorar toda la prueba en su conjunto, ya sea ésta de cargo de descargo, aplicando la recta razón, la inteligencia, la experiencia, es decir, las reglas de la sana crítica.

Por lo expresado anteriormente, se puede afirmar que el juzgador tiene la facultad de estudiar, analizar, valorar las pruebas y aplicar las normas jurídicas a cada caso concreto, siendo su finalidad la de garantizar la tutela judicial efectiva, la seguridad jurídica, la convivencia pacífica de todas las personas y sobre todo una verdadera justicia penal basada en Derecho, la cual constituye la orientación jurídica a toda la colectividad, en especial cuando la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar y Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia emana la jurisprudencia de triple reiteración, la cual es de estricto cumplimiento para todos los operadores de justicia en materia penal.

Una de las formas en las que la actuación del juzgador, garantiza la igualdad de armas, es cuando a petición del fiscal, ordena las medidas cautelares personales, de manera particular la prisión preventiva, que es la que afecta la libertad individual del procesado y que consecuentemente debe ser ordenada considerando el principio de proporcionalidad, es decir que debe realizar un análisis jurídico de los requisitos determinados en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, la excepcionalidad de la medida como dispone el artículo 77.1 de la Constitución de la República y de manera adicional el peligro de fuga

del procesado que nace de la jurisprudencia y de la doctrina jurídico-penal.

Sobre la prisión preventiva, que según la legislación penal del país, es una medida cautelar de carácter personal y que tienen vigencia mientras se tramita el proceso penal, deja de tener vigencia cuando el juzgador dicta auto de sobreseimiento o sentencia ratificando el estado de inocencia, en cuyos casos se deja sin efecto dicha medida, pero si se dicta sentencia condenatoria y esta se encuentra ejecutoriada, sobre el procesado ya no pesa dicha medida cautelar, sino que deberá cumplir la pena impuesta en la referida resolución.

Según los criterios de varios tratadistas, se debe limitar la orden de la prisión preventiva del procesado, ya que dicha medida cautelar supone una pena anticipada por cuanto se le priva de su libertad y en consecuencia no está en posibilidad de defenderse en pleno goce de este derecho, en este sentido se han pronunciado ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR, quienes aseveran que la prisión preventiva puede ser considerada una pena anticipada, que reproduce roles desviados, para evitar que el procesado fugue y no se le sancione²⁴, pues lejos de presumir la inocencia del imputado, se le prejuzga e impone una sanción que aunque provisional, es punitiva.

El autor de esta investigación, no comparte con los expertos referidos en el párrafo anterior, ya que la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, que permite en un proceso penal la presencia del procesado en el juicio, el derecho de la víctima a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y de dictarse sentencia condenatoria en su contra, asegurar que el sentenciado cumpla la pena privativa de la libertad y las demás sanciones que determina la ley, considerando además que la prisión preventiva puede ser sustituida, revocada o suspendida

24.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro, ALAGIA y Alejandro, SLOKAR, Manual de Derecho Penal. Parte General, 2ª edición, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2006, p. 14.

por el juzgador a petición de parte, tomando en cuenta los nuevos elementos de convicción que puedan aparecer en la investigación y que desvirtúen aquellos que sirvieron para ordenarla. Por ello, no se comparte el criterio de que dicha medida cautelar constituya una pena anticipada.

A tono con este análisis, MUÑOZ y GARCÍA consideran que la función del juzgador no consiste solamente en la subsunción de los hechos a la norma, sino también lo que rige en concreto la vida social²⁵; por lo que la aplicación de la norma penal corresponde al presupuesto fáctico y a todo lo que tiene relación con la vida social donde se comete la infracción, lo que significa que algunos elementos existen fuera de lo que de manera expresa determina la ley, la doctrina, la jurisprudencia y por la propia convicción del juzgador que nace de su propia inteligencia y consecuentemente tiene como misión velar por la igualdad de armas a que tienen derecho los sujetos procesales, dentro de una contienda judicial.

7.- DERECHO A RECURRIR PARA EQUILIBRAR LA IGUALDAD DE ARMAS

El derecho a recurrir, como posición de defensa, se sustenta en el agravio que ocasiona la decisión judicial y no en sus propios actos, según lo previsto en los convenios y tratados internacionales de derechos humanos y en la Constitución de la República del Ecuador.²⁶ En materia penal, la impugnación abarca una serie de recursos así: la aclaración y ampliación, como recursos horizontales; el recurso de apelación que es de carácter ordinario; el recurso de casación que es extraordinario y permite corregir los errores de derecho de la sentencia impugnada; y el

25.- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 132.

26.- Art. 76 CRE.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:....7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:....m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos."

recurso de revisión que doctrinariamente se lo puede considerar como super extraordinario, por permitir atacar una sentencia condenatoria ejecutoriada, siendo su finalidad la de realizar la corrección de los errores de hecho.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 2 de julio de 2004 del Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica dijo:

“164. La posibilidad de ‘recurrir del fallo’ debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.

165. Independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida.”

Si bien el derecho a impugnar, tiende a menguar o compensar la desigualdad de armas entre los intervinientes del proceso penal, otorgándole al procesado la oportunidad de revertir una decisión judicial que haya afectado sus derechos, no se debe restar la atención de los momentos procesales en los que la desigualdad se consolida, para evitar que solamente mediante los recursos de impugnación se pueda corregirla. Siendo el ejercicio pleno del derecho fundamental a la defensa uno de los deberes del Estado constitucional de derechos y justicia como dispone el artículo 1 de la Constitución de la República. Por todo ello, los diversos recursos que franquea la ley, permiten que otros jueces ya sean de segunda instancia o los de casación y revisión, enmendando los errores y en franco cumplimiento de la igualdad de armas, se cristalice una justicia penal transparente y en estricto apego al Derecho.

VITALE refiere que la posibilidad de recurrir de los fallos, garantiza un derecho a la defensa, que precautela la igualdad de armas entre los intervinientes del proceso penal, así afirma: “... la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, como un modo de contrarrestar la situación de inferioridad en la que se

encuentra cualquier imputado frente al Estado como titular del poder punitivo. Esta garantía procura asegurar que las persona imputadas de delito tengan posibilidad real de intervenir en el proceso penal que se inicie en su contra (para interponer recursos, etcétera) y de ser asesorados jurídicamente, en forma efectiva, desde el primer momento (especialmente antes de recibírseles cualquier declaración) y durante todo el proceso, aún hasta el agotamiento de la etapa de ejecución penal (...)” (Vitale, 2004, p.286).

Por todo lo anteriormente expuesto, es importante mencionar que para lograr la igualdad de armas en beneficio de todos los sujetos procesales y en particular respecto del procesado que es la parte débil de la relación jurídico- penal, es ineludible que el juzgador actúe con total imparcialidad en cada una de las etapas del proceso penal, en la impugnación a través de los recursos que en forma expresa determina la ley, así como en la ejecución de la sentencia, respetando y haciendo respetar los derechos fundamentales, sus garantías y todo lo concerniente al debido proceso, evitando ejecutar actos discriminatorios y que por ende afectan a los derechos humanos que en la ejecución de una sentencia pueden ser afectados tanto al procesado como a la víctima.

8.- CONCLUSIONES:

El sistema acusatorio oral, se materializa mediante las diversas audiencias que se desarrollan en las etapas del proceso penal, así como en la impugnación, donde los sujetos procesales que son el fiscal, la víctima, el procesado y su defensor técnico, intervienen bajo la dirección del juzgador, el cual tiene la obligación de darles un tratamiento a cada uno de ellos en franco cumplimiento de la institución jurídica de igualdad de armas.

En cada uno de los procesos judiciales, se debe cumplir el debido proceso, es decir los procedimientos legales, el respeto de los derechos y garantías de los justiciables y los principios del

debido proceso, en especial el juzgador cuidará que en ningún momento del desarrollo del proceso se viole el derecho de defensa de ninguno de los intervinientes, considerando que cuando se genera indefensión, la consecuencia es la nulidad procesal de oficio o a petición de parte que deberá declarar el juez en el auto respectivo.

El juzgador cumple un papel preponderante en el proceso penal, en el sistema acusatorio oral, por cuanto todas sus etapas, la impugnación y la ejecución de la sentencia, a más de cumplir con el debido proceso y garantizar la seguridad jurídica, debe tener una actuación en estricto cumplimiento del principio de imparcialidad, dándoles un trato en igualdad de condiciones a los sujetos procesales, para de esta forma cristalizar una verdadera igualdad de armas.

9.- BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES

AGUIRRE GUZMÁN, Vanessa, Tutela jurisdiccional del crédito en Ecuador, Ediciones Legales EDLE S.A. 2012, Quito, p. 48

ARMENTA DEU, Teresa Estudios de Justicia Penal, Estudios de Justicia Penal, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2014

ÁVILA SANTAMARIA, Ramiro, La justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal, Ediciones legales EDLE, S.A., Quito, 2013.

CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, Sobre la conveniencia de atribuir la instrucción penal al Ministerio Fiscal, Revista Jurídica de Castilla y León, N° 14, España, enero 2008, pp. 197 - 198.

CABRERA ACOSTA, Benigno Humberto, "Teoría General del Proceso y de la Prueba", Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 1982, 6ta. Edición, Bogotá, p. 65.

CALAMANDREI, Piero, "Instituciones del Derecho Procesal Civil", TRADUCCIÓN DE Santiago Sentís, Melendo, Bs. As., EJEa, volumen I, 1973, pag. 418; CSJN, Fallos 312-1998.

CAROFIGLIO, Gianrico. El Arte de la Duda, Traducción de Luisa Juanatey, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2010.

ESPARZA, Iñiqui Leibar, El principio del proceso debido, J.M. Bosch Editor S.A., 1995, Barcelona, p. 30.

ESPITIA GARZÓN, FABIO ESPITIA GRAZÓN, Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Penal, Séptima edición, Legis Editores S.A., Bogotá, 2010.

FERRAJOLI, Luigi Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. Trotta, 2004, Madrid, p. 583.

FERREIRO BAAMONDE, Xulio-Xosé, "Las Partes en el Proceso Penal", en AA.VV., Derecho Procesal Penal, Tercera edición, Aranzadi S.A., Pamplona, 2014.

GIMENO SENDRA, Vicente "Derecho Procesal Penal", 2da edición, Aranzadi S. A., Pamplona, 2015.

GOZAÍNI, Osvaldo, Derecho procesal constitucional. El debido proceso, Editores Rubinzai-Culzoni, 2004, Buenos Aires, pp. 253-254.

MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, Octava edición, Editorial Reppertor , Barcelona, 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN, Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Principios Constitucionales, Derecho Penal y Proceso Penal, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2013.

PÉREZ, Eric, Los Fundamentos de la Defensa, Temis, 2012, Bogotá, p. 16

PICÓ, Junoy, Joan, Las garantías constitucionales del proceso, José María Bosh Editor, 2008, Barcelona, p. 102.

ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, El Puerto, Buenos Aires, 2003.

VEGA DUEÑAS, Lorena Protección de Testigos, Víctimas y Colaboradores con la Justicia en la Criminalidad Organizada, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.

VITALE, Gustavo L., Suspensión del proceso penal a prueba, 2ª edición, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Alejandro, ALAGIA y Alejandro, SLOKAR, Manual de Derecho Penal. Parte General, 2ª edición, EDIAR Sociedad Anónima Editora, Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires, 2006.



FUENTES CONSTITUCIONALES LEGALES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES:

Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del R. O. No 180 de 10 de febrero de 2014.

Constitución de la República del Ecuador, publicada en el R.O. No. 449, de 20 de octubre de 2008.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal- Opinión Consultiva OC-16/99 del 01-10-99, Serie A, No.16.



**PROPUESTA DE UN ESQUEMA DE GESTIÓN (PEG) PARA LA
COOPERACIÓN PENAL SURAMERICANA (COPEPUR) CON EL FIN DE
COMBATIR LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL (DOT)
[PEG PARA LA COPEPUR CON EL FIN DE COMBATIR LA DOT]
EL SURCO DEL CONSEJO SECTORIAL DE UNASUR**

AUTOR: Oswaldo Salgado Espinoza²⁷

RESUMEN

Se propone un esquema de gestión para la cooperación penal suramericana con el fin de combatir la delincuencia organizada transnacional para contribuir con la seguridad ciudadana en la Unión de Naciones Suramericanas, que analiza y evalúa la opinión de los actores claves en los sistemas de justicia. Se estudian y comparan: la teoría con la práctica existente y las herramientas tradicionales con las del Siglo XXI, para sugerir los más eficientes mecanismos que permitan una efectiva cooperación que contribuya a combatir la delincuencia, que cuenta con el Consejo Suramericano en materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional, creado por la UNASUR en 2012 para el efecto. Se plantea un esquema de gestión con herramientas adecuadas como las tecnologías de la información y comunicación, plataformas y otras opciones virtuales, que podrían contribuir con una gestión efectiva y evitar la impunidad. Finalmente

27.- Catedrático de la Universidad Central del Ecuador.

se sugiere algunas acciones para iniciar el nuevo esquema de cooperación, que otorguen mayor seguridad ciudadana a la región.

INTRODUCCIÓN

A partir de la segunda mitad del siglo XX, con la denominada globalización se dieron cambios evidentes en el comportamiento social en los diferentes ámbitos del convivir y desarrollo social, lo que motivó nuevos senderos económicos, culturales, políticos y comerciales, entre otros; sin embargo, también se generó lamentablemente, la delincuencia organizada transnacional a gran escala.

Esta realidad, también estuvo presente en Suramérica, en donde el proceso de integración intergubernamental, denominado Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) [2008], tiene en su nivel operativo, el funcionamiento de los consejos sectoriales integrado por los titulares responsables de las carteras de Estado especializada de cada País Miembro, es decir el Ministro sectorial competente según la materia del consejo respectivo que se haya creado.

En la UNASUR se creó el Consejo Suramericano en materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2012), que debería aglutinar las políticas y acciones que conduzcan a la cooperación entre los Países miembros de la UNASUR en estos importantes temas que afectan a la región.

En los últimos meses Latinoamérica y la región suramericana, se han visto envueltas en una serie de escándalos de corrupción de manera particular porque se desataron los hechos de la empresa constructora Odebrecht, siendo un tema de delitos que afectan a la región, por lo que es importante se afronte los mismos, por medio del órgano integrador de la UNASUR.

Dentro de esta perspectiva hemos investigado la posibilidad de proponer un esquema o mecanismo de cooperación penal suramericano que facilite combatir la delincuencia organizada transnacional (DOT), en donde estarían los temas de tanta actualidad como los de la corrupción en la UNASUR.

Como antecedentes tenemos el proyecto fallido de la creación de la Corte Penal para Suramérica encaminada a juzgar delitos provenientes de la delincuencia organizada transnacional en una sociedad globalizada, por ello, consideramos que es oportuno realizar un estudio serio que proponga una alternativa como el sendero no sólo ideal desde la perspectiva académica, sino que sea factible dada la idiosincrasia suramericana.

La propuesta de creación de la mencionada Corte, cuyo mentor fue el Ex-Fiscal General del Ecuador, Dr. Galo Chiriboga Zambrano, no ha logrado calar con un criterio común dentro de la región; por ello, pretendemos con el presente trabajo investigativo, analizar los elementos y aspectos tendientes a encontrar posturas de aproximación de los diferentes Estados miembros de UNASUR y de esta manera proponer una salida factible para Suramérica que, como bloque de países puede hacer frente a la delincuencia organizada transnacional.

La modernización de la administración de justicia constituye un elemento importante para fortalecer la democracia, el Estado de derecho, afianzar el desarrollo económico y social; así como, proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante mecanismos que permitan un efectivo acceso al ejercicio del Jus Dicere que significa declarar el derecho o la decisión judicial de los conflictos, cada vez más crecientes y demandados; y desde luego, extirpar la impunidad especialmente de aquellos generados por la delincuencia organizada transnacional (DOT).

Sin embargo, el esquema de gestión tradicional de la administración de justicia y el combate a la delincuencia organizada transnacional actuales, no permiten cumplir con los objetivos an-

tes descritos, con la eficiencia y oportunidad, ya que es lento, formalista, burocrático, carente de transparencia, saturado de expedientes sin resolver, conflictos de armonización normativa en su tipología y graduación de las penas, entre otros aspectos, lo cual no permite dar adecuadas respuestas a los requerimientos de los usuarios del sistema de justicia y el combate a la delincuencia organizada transnacional, ni a las expectativas de la ciudadanía y los usuarios, porque lo mira con desconfianza.

El establecimiento de un nuevo esquema de cooperación penal en UNASUR que permita el uso de las herramientas adecuadas para conseguir la accesibilidad a la colaboración efectiva para el combate de la delincuencia organizada transnacional, es necesario para lograr el efectivo trabajo de las cortes, tribunales, fiscalías, policía judicial y más órganos facilitadores para combatir la delincuencia y evitar la impunidad. La necesidad de que los Países miembros, cualquiera sea su tendencia política y/o ubicación geográfica colaboren y cooperen con respecto a los delitos generados por la delincuencia organizada transnacional es la base esencial para construir la seguridad ciudadana y se pueda combatir efectivamente la DOT, respetando el debido proceso y los derechos humanos.

La UNASUR que está integrado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela, es una integración de carácter intergubernamental, que no posee aún un sistema independiente con órganos autónomos para la solución de controversias, tiene un mecanismo operativo de concertación conformado por los sujetos competentes de definir las políticas públicas de sus países miembros dado que los Consejos Sectoriales son los espacios para poder comprometerse en cada país a afinar la cooperación penal suramericana de manera especial cuando se trata de la delincuencia organizada transnacional.

Actualmente existe un tradicional esquema de cooperación penal suramericano, caracterizado entre otros por los siguientes aspectos:

1.- La demora en la tramitación de las solicitudes de las diligencias que requieren ser realizadas por el país a otros, siendo un problema interno que debe ser resuelto de forma autónoma y soberana para cada uno de sus Estados;

2.- Salvado el primer escollo que significa la solicitud o petición de asistencia o cooperación, está la respuesta por parte del país requerido, respecto de la diligencia, misma que tarda mucho y se la hace sin utilizar las facilidades que prestan las actuales tecnologías de la información y comunicación;

3.- Se sigue practicando el correo tradicional para el envío de la correspondencia, que debe ir por un medio de transporte aéreo, terrestre o marítimo, dejando al lado las opciones de comunicación online del que se dispone hoy en día, que en cambio sí es utilizado por las organizaciones delictivas;

4.- Cuando se pide la colaboración en la ejecución de diligencias prácticas, como inspecciones e incautaciones y embargos preventivos, es complicado encontrar una efectiva y rápida respuesta;

5.- El exceso formalismo pretendiendo por aquel demostrar la soberanía del país requerido, sin equilibrar la facilidad de actuación nada formal de la delincuencia organizada transnacional que dispone de la más alta tecnología y actúa sin ningún principio de formalidad; y,

6.- El querer aplicar de forma exagerada la norma propia a casos externos o de otros países que tienen otra normativa ya sea en los tipos penales, procedimiento o graduación, que hasta no darse una armonización de la normativa regional, se debe cooperar en las condiciones actuales, respetando y asistiendo con la cooperación penal transnacional.

Es necesario acceder y utilizar las modernas herramientas tecnológicas con las que cuenta el Siglo XXI, esto es las Tec-

nologías de la Información y Comunicación (TIC) y cooperar de forma eficaz para erradicar la impunidad.

Aquí cabe la reflexión: ¿Por qué no utilizamos para la justicia suramericana de la DOT los medios de acceso que nos brinda el sistema informático y las TIC?; ¿Por qué en el siglo XXI seguimos utilizando mecanismos del siglo pasado? Para contribuir con estas reflexiones, (Lillo, El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial: experiencias y precauciones, 2010), nos manifiesta que (...) “la implementación de TIC puede tener por objeto generar o mejorar el vínculo existente entre el sistema judicial, y las diversas instituciones que lo componen y la ciudadanía, mejorando el nivel de acceso a la justicia”.

En otras palabras, podemos decir que no existe un esquema de cooperación penal suramericano con herramientas tecnológicas que facilite la accesibilidad a la justicia efectiva, su formación y capacitación, la armonización normativa, entre otros, que dará la seguridad ciudadana a la región suramericana frente a la arremetida de la DOT.

CAPÍTULO 1

MARCO TEÓRICO

Esquema para (Ogalla, Sistema de Gestión, 2005), es el “Conjunto de procesos, comportamientos y herramientas que se emplea para garantizar que la organización realiza todas las tareas necesarias para alcanzar sus objetivos (visión)” (p. 26).

De estos tres elementos, debemos tener muy presente que son las herramientas y de éstas, las tecnológicas, que nos han permitido romper barreras y abrir el acceso a todo tipo de prestación de servicios desde un dispositivo móvil inclusive, por ello:

Una administración pública o privada moderna y efectiva,

debe apoyarse en uso y manejo de las tecnologías de la información y comunicación (TIC), las plataformas informáticas y más bondades que nos otorgan los programas virtuales que implican accesibilidad y consecución de servicios con procedimientos racionales online, mismos que pueden además caracterizarse por ser: poco costosos, transparentes, apropiados a las necesidades, ágiles y que pueden estar al servicio las 24 horas del día, todos los días del año.

Los servicios in situ sobre todo cuando existen distancias significativas, se vuelven inaccesibles y contribuyen además de la ineficiencia, en temas de justicia a dar paso a la impunidad, lo cual amenaza la seguridad jurídica y la paz social.

Por esta razón, (Thompson, Acceso a la Justicia y Equidad, 2000), considera que:

(...) para el sector rural es mucho más complejo este tema, ya que los juzgados y tribunales se encuentran situados en las cabeceras cantonales a nivel urbano, por lo que mantener un proceso legal implica añadir a los costos de representación legal, los costos de movilización y lo que se deja de percibir por el día de trabajo perdido. (p. 79)

Igual sucede con los mecanismos de seguimiento y cooperación para combatir la delincuencia transnacional en los espacios territoriales amplios y grandes como el caso de los que se dan en la región suramericana, cuyas distancias y conectividad tradicional, dificultan su accesibilidad y efectividad.

En algunos de los países suramericanos ya se han implementado el uso de las TIC, en los temas de justicia, como, por ejemplo:

En Colombia ya se están implementando los juicios virtuales (...) y en Perú Video conferencias y notificaciones. La Corte Superior de Lima Norte es la primera en el Perú que utilizó Internet en el desarrollo de audiencias en procesos judiciales; posteriormente han seguido con éxito, las Corte Superiores de Arequipa y Huara. (Aspis, 2010, p. 332)

En Ecuador, la implementación de videoconferencias para que las partes procesales accedan a la audiencia, constituye un camino viable de aplicación de la tecnología.

Incluso la propia Secretaría General de la Comunidad Andina, establece que:

Resulta urgente elaborar y poner en marcha una estrategia andina que articule las iniciativas de los sectores público y privado para un efectivo aprovechamiento de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), con el fin de lograr acceso a los beneficios de esta nueva frontera de la cultura, la producción y el comercio. (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2004)

Entonces, con el uso de las TIC es posible iniciar un proceso por parte de un ciudadano o interesado, sea persona natural o jurídica, desde un lugar diferente al de la sede y desde ese país miembro, hacia los diferentes organismos de integración, eliminando las brechas de las distancias.

En la Comunidad Andina:

(...) los particulares que residan fuera de la ciudad sede de Lima, podrán presentar sus escritos y peticiones por medio de los organismos nacionales de integración de los Países Miembros; o directamente a la Secretaría General por medio de correo o telefax. (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2008)

Respecto a la tramitación de causas, en Singapur existen varios ejemplos de utilización de las TIC en la materia. En primer lugar, el denominado EFS por sus siglas en inglés (Electronic Filing System), parte del sistema informático LawNet, fue implementado como parte de la estrategia de manejo de casos de la Corte Suprema de Singapur, y consiste en una red computacional a nivel nacional integrada, que ha sido diseñada para facilitar una conducción expedita y efectiva de la litigación civil en Singapur. En este sentido, con la introducción de este sistema

de tramitación electrónica, se ha liberado a los abogados del límite logístico de manejar sus archivos o carpetas de forma física (como el hecho de tener que rastrearlas, moverlas y archivarlas). El sistema provee varios servicios entre los cuales está la posibilidad de que los litigantes puedan ingresar escritos judiciales a través de un sistema web durante las 24 horas del día. (Lillo, 2010, p. 124).

Las TIC son una realidad insoslayable para nosotros para lograr eficiencia en cualquier área del saber humano, y la justicia no escapa a la misma. Y aunque los recursos para incorporar las TIC a la administración de justicia son muy escasos para las necesidades de los pueblos, en especial los llamados info-pobres¹, el nuevo paradigma de justicia esgrime que en el siglo XXI sin las TIC es prácticamente imposible lograr la eficiencia demandada en la administración de justicia. (Aspis, 2010, p. 35)

En conclusión, las TIC y plataformas digitales, pueden, de forma amplia y concreta utilizar varias opciones como: realizar sesiones de videoconferencia facilitando la toma de declaraciones, sin la necesidad de trasladarse a las dependencias judiciales; grabar y, posteriormente, transcribir o traducir las mismas o, incluso, presentar electrónicamente o telemáticamente las pruebas judiciales, testimonios, alegatos, etc., el límite está en nuestra mente tanto en su amplitud e imaginación.

Un ejemplo claro de lo que estamos mencionando es la situación de:

Singapur, en la que los abogados pueden participar en las audiencias ante los tribunales desde sus despachos profesionales a través de un sistema de videoconferencias por Internet. En España, en el 2002, el Ministerio de Justicia inició un plan con el objetivo de dotar a todas las grandes dependencias judiciales y fiscalías de un equipo de videoconferencia. (Cerrillo, 2007, p. 8)

De acuerdo a la CEPAL, (Comisión Económica para América Latina y el Caribe):

El concepto de sociedad de la información hace referencia a un paradigma que está produciendo profundos cambios en nuestro mundo al comienzo de este nuevo milenio. Esta transformación está impulsada principalmente por los nuevos medios disponibles para crear y divulgar información mediante tecnologías digitales. Los flujos de información, las comunicaciones y los mecanismos de coordinación se están digitalizando en muchos sectores de la sociedad, proceso que se traduce en la aparición progresiva de nuevas formas de organización social y productiva. (Ríos, 2016, p. 391)

La cooperación judicial transnacional o suramericana para el caso de nuestro estudio, no es ajena a la administración de justicia, es parte de ella, como lo refiere en su consecuencia (Cervini, La Cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección, en Curso de Cooperación Penal Internacional, 1994), cuando expresa de la cooperación que:

Definida en términos generales como una de las variedades de Entreaty Penal Internacional, la Cooperación Judicial Penal Internacional se concretiza cuando el aparato judicial de un Estado, que no tiene imperio sino dentro de la porción de territorio jurídico que le pertenece, recurre al auxilio, a la asistencia que le pueden prestar otros Estados a través de su actividad jurisdiccional. (p. 2)

Además, para (Cervini, Sistema Penal & Violência, 2013), la "Cooperación Judicial Penal Internacional se ha entendido como un instituto de solidaridad interetática y garantías, imprescindible para enfrentar la transnacionalidad del delito contemporáneo" (p. 61). De esta manera queda evidenciado que, la cooperación penal o judicial en general internacional y para nuestro caso de estudio suramericana, es parte esencial de la administración de justicia por ello, no debemos creer que, porque se manejan formalidades en base de la autonomía de los Estados y su libre determinación, signifique injerencia en la soberanía de otro País, sino por el contrario soberanamente se colabora para erradicar o al menos combatir la DOT.

Nos dice, (Prado Saldarriaga, 2017) que:

Por consiguiente, si nos referimos a la cooperación judicial internacional penal, esta podrá ser definida como un conjunto de actos de naturaleza jurisdiccional, diplomática o administrativa, que involucra a dos o más Estados, y que tienen por finalidad favorecer la criminalización secundaria de un hecho delictivo ocurrido en territorio, cuando menos, de uno de tales Estados. (p. 2)

Como es costumbre la relación diplomática se ha manejado por medios y protocolos que buscan evidencias de sus petitorios in situ, esto es que haya el documento que sustenta la solicitud y suscrito por el funcionario competente autorizado para dicho fin y hay la creencia que, si no existe ese mecanismo dado por la valija diplomática, no vale, cuando podría ser sustituida por un documento escaneado original y dado con firma electrónica su autenticidad.

Porqué hemos de observar que las actividades particulares se realizan de esta manera con mucha efectividad, cuando se transfieren online millones de dólares con claves y parámetros que dependen de un riguroso y muy seguro protocolo, cuando vemos que las transacciones se hacen por medios tecnológicos sin problema, queremos en el sector público empeñarnos a que no es posible; sin embargo, muchísimas entidades públicas van viendo que la tecnología y en concreto las TIC han contribuido para brindar servicios que antes se creían imposibles, como hacer declaraciones de impuestos online, pagar los servicios públicos, conseguir certificaciones, realizar solicitudes, etc. de manera online.

En consecuencia, se debería usar las herramientas que hay y se utilizan para una mejor efectividad de la justicia, por ello, podríamos imaginar a la región suramericana conectada las 24 horas del día, los 365 días del año, con una infraestructura de cámaras de video vigilancia, acopladas a plataformas digitales, listos y prestos a dar la seguridad ciudadana suramericana y

por supuesto, estar vigilantes para perseguir el crimen organizado, la corrupción, el terrorismo y cualquier manifestación delictiva transnacional, en donde estarían conectados los sujetos competentes de los países miembros involucrados, para atacar y enfrentar la organización delictiva y estarán obviamente, para darse soberanamente en línea los permisos y autorizaciones, dejando en el pasado las prácticas tradicionales de la tramitología engorrosa y nada efectiva.

Para quienes conocen como funciona en Ecuador el 911, pueden imaginar una infraestructura tecnológica que podría enfrentar con muchísimo mayor éxito la DOT en Suramérica, pues al estar conectados todos los actores involucrados “en línea” no se requiere de solicitudes escritas, sino verbales y habría hasta la posibilidad de visualizar si en el sector hay las cámaras de video vigilancia el hecho real que se quiere perseguir, en el caso de delitos o socorrer en el caso de auxilios.

Respecto del ámbito o materia de competencia de lo que sería la cooperación penal está en la voluntad de los Estados, siempre con el enfoque de respeto a los derechos humanos, por ejemplo (Lefebvre, 2016), nos dice:

Se entiende por cooperación jurídica o judicial internacional, y dentro de ella específicamente la penal (en adelante también indistintamente CJP), un concepto genérico que cubre todos aquellos diferentes mecanismos, instituciones, etc., cuyo funcionamiento depende de la adopción de acuerdos, convenciones, u otro elenco de instrumentos jurídicos de características variadas, a través de los que se pretende obtener desde el mero auxilio de otro estado para posibilitar la realización de simples y puntuales actos judiciales de ayuda o asistencia en los que exista algún elemento extranjero, a obtener otras formas mucho más complejas de auxilio por medio de actuaciones o procesos de auxilio por parte de las autoridades judiciales y policiales extranjeras, asumiendo incluso investigaciones completas por cuenta del estado solicitante, o incluso produciéndose la completa transmisión y asunción del procedimiento en cualquiera de sus fases, incluso

en la fase de ejecución o cumplimiento de condenas privativas de libertad o de otros tipo o medidas cautelares o de seguridad. (p. 12)

Si nosotros recordamos una parte muy recurrente de la asistencia judicial recíproca, al que se refiere el número tres, del artículo diez y ocho de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, veremos que son muy evidentes y básicas, en donde se desglosan las generalidades muy bien expresadas por (Lefebvre, 2016), serían, entre otras:

- a) Recibir testimonios o tomar declaración a personas;
- b) Presentar documentos judiciales;
- c) Efectuar inspecciones e incautaciones y embargos preventivos;
- d) Examinar objetos y lugares;
- e) Facilitar información, elementos de prueba y evaluaciones de peritos;
- f) Entregar originales o copias certificadas de los documentos y expedientes pertinentes, incluida la documentación pública, bancaria y financiera, así como la documentación social o comercial de sociedades mercantiles;
- g) Identificar o localizar el producto del delito, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios;
- h) Facilitar la comparecencia voluntaria de personas en el Estado Parte requirente;
- i) Cualquier otro tipo de asistencia autorizada por el derecho interno del Estado Parte requerido.

La persecución a los delitos cuando la esfera territorial ya no es de competencia de un País miembro, no puede quedar en la impunidad, por ello, los sistemas de cooperación cada vez deben ser más eficaces porque el ejemplo que le queda a la sociedad es que, los delincuentes cometen actos criminales y delictivos en un país, pero se van a otros a disfrutar de los productos de sus fechorías o ponerse a buen recaudo para evitar

les persigan, por ello, sólo con la concertación mancomunada de los funcionarios responsables que entendiendo cuando se coopera o asiste se está cumpliendo con el deber sagrado de construir la paz y la seguridad ciudadana, estaremos en el camino correcto de construir la patria de todos y la casa grande de paz y armonía, para que sea tan seguro vivir en un país u otro vecino, porque en coordinación se vela por ella.

No es admisible que los delincuentes organizados puedan libremente transitar los territorios y pasar las fronteras con la mayor facilidad y los Estados y sus órganos tengan limitaciones de hacerlo para perseguir el mal y la delincuencia, por ello, queremos alentar a la sociedad suramericana a trabajar para comprender que las fiscalías de cualquier país miembro de UNASUR que están trabajando por su País, deben colaborar y cooperar, o dicho de otra manera, deben también trabajar por los otros Países, porque sus conciudadanos no pueden ser perjudicados en sus derechos y violentados criminalmente por delincuentes organizados y queden en la impunidad los autores, cómplices, encubridores y más involucrados en la DOT.

Como entender que la DOT sin protocolos, ni permisos, ni formalidades, pero con el uso de la mejor tecnología, puedan esquivar y sortear los controles de los órganos estatales de los países para realizar los diversos crímenes organizados; en cambio, para controlar y responder a sus fechorías, tengan los órganos de justicia, que hacer trámites, solicitudes, cumplir protocolos pero engorrosos y del pasado, dando las espaldas al desarrollo tecnológico y querer ser ajenos a las herramientas computacionales que podrían contribuir para estar en condiciones semejantes a la DOT.

CAPÍTULO 2

METODOLOGÍA

Se aplicó un enfoque mixto de investigación, con pretensiones de complementación, visión holística y diversidad.

Utilizamos el diseño explicativo secuencial (DEXPLIS), que lo analizan Hernández, Fernández, & Baptista (2014, p. 554), por lo que en una primera etapa recabamos y analizamos los datos cuantitativos, para luego tomar los más importantes y proceder a recoger y evaluar los datos cualitativos, los que permitirán de ser el caso, complementar la información y el estudio.

La presente investigación es exploratoria, descriptiva y explicativa, basados en (Hernández, et al., 2014, pp. 88-99), pues es exploratoria, porque pretendemos indagar fenómenos, eventos, comportamientos, procesos, hechos y conceptos o variables de los esquemas de cooperación penal suramericanos; es descriptiva, puesto que deseamos delinear la realidad existente en la cooperación y justicia penal regional; y es explicativa, porque se busca establecer las causas de los sucesos o fenómenos de la cooperación penal suramericana objeto de nuestra investigación.

Se aplicaron los procesos de investigación: deductivo e inductivo, dado el carácter mixto de la investigación, el primero en razón del análisis cuantitativo, y el inductivo, por la parte cualitativa de la misma; así como, las técnicas de recolección de la información fueron: la encuesta, la entrevista y en pequeño grado la observación.

Para establecer la muestra de los encuestados se programó con un mínimo de trece (al menos uno más que el número de países miembros) y máximo de treinta y nueve (tres veces el mínimo), pero finalmente elegimos el máximo, esto es 39 expertos, que fueron definidos contando la participación exclusiva de expertos involucrados en la problemática, desde el punto de

vista de los sujetos intervinientes, como desde el punto de vista del ámbito de estudio, que son:

1. Sujetos intervinientes. - Integrado por tres partes fundamentales:
 - 1.1. Los jueces, fiscales y/u operadores de justicia;
 - 1.2. Los abogados, académicos o investigadores de justicia;
 - y,
 - 1.3. Usuarios, Países miembros, órganos facilitadores y ciudadanos en general.
2. Ámbito de estudio. - Serían los sistemas de cooperación y justicia penal de los doce países que integran la Unión de Naciones Suramericanas: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela.

No fue necesario para el cálculo de la muestra que apliquemos el software STATS que nos facilita en línea el texto de Hernández, et al., 2014, en el que se considera un error de 0,5 % y un 95 % de confiabilidad, para que la muestra quede definida correctamente, dado que utilizamos el total máximo de los expertos que nos propusimos, esto es de 39.

Los datos cuantitativos fueron debidamente tabulados por medio de una estadística descriptiva básica y con estas orientaciones y, de aquella información, se profundizó en las entrevistas con expertos en temas inherentes a la investigación, para indagar los aspectos que no fueron considerados por las encuestas ni los datos cuantitativos, para lo cual se seleccionó a cuatro expertos, luego de lo cual se hizo los procesos de tabulación de la información, buscando caracterizar y estandarizar dichos criterios en catálogos comunes, para tabular, analizar e interpretar la información recopilada por las entrevistas.

CAPÍTULO 3

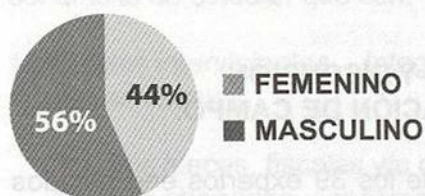
RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

Los principales resultados de los 39 expertos encuestados y los 4 entrevistados, los analizaremos unos con apoyo a las figuras y tablas. Las encuestas a los 39 expertos se realizaron entre el 18 y el 30 de agosto de 2017. A continuación, se analizará, tanto las cinco preguntas generales e informativas, como las cinco preguntas específicas.

Las preguntas generales realizadas a los expertos encuestados eran, respecto de: i) Sexo; ii) Edad; iii) Nacionalidad; iv) La realidad de que países miembros de UNASUR conoce o está vinculado; y, v) ¿A qué grupo de experticia pertenece, está vinculado y/o conoce?: a) Jueces, magistrados, fiscales, y/u operadores de justicia; b) Abogados, académicos y/o investigadores de justicia; c) Usuarios, países miembros, órganos facilitadores y ciudadanos en general.

Los resultados de estas preguntas generales, nos indican que fueron:

1.- De manera equitativa o paritaria en cuanto a: i) el sexo de los encuestados, con 22 (56.4%) de hombres y 17 (43.6%) de mujeres, como lo demuestra la figura y tabla 1; y, ii) a los tres grupos de experticia al cual pertenecen, están vinculados y/o conocen, los expertos (jueces, magistrados, fiscales y/u operadores de justicia; abogados, académicos y/o investigadores de justicia; y, usuarios, Países miembros, órganos facilitadores y ciudadanos en general), con 14, 14 y 11, respectivamente, como lo observamos de la figura y tabla 2; y,

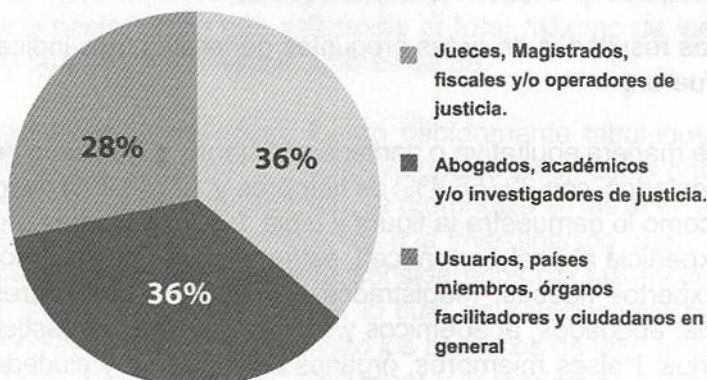
Figura 1: Sexo de los encuestados**Tabla 1:** Sexo de los encuestados

	SEXO	%
FEMENINO	17	44
MASCULINO	22	56

Figura y Tabla 2: ¿A qué grupo de experticia pertenece, está vinculado y/o conoce?

Figura 2: Grupo al que pertenecen los expertos encuestados

Jueces, magistrados, fiscales y/u operadores de justicia.	14
Abogados, académicos y/o investigadores de justicia.	14
Usuarios, países miembros, órganos facilitadores y ciudadanos en general.	11



2.- De forma muy amplia y variada en cuanto a: i) la edad de las personas, pues tenemos desde los 28 a 62 años de edad, siendo la más numerosa de 45 años con 7 personas, como lo

podemos observar de la figura 3; ii) la nacionalidad de los expertos, intervinieron de diez nacionalidades, como se aprecia de la tabla 3, sabiendo que están todas las que pertenecen a la UNASUR y sólo faltaron de Guyana y Suriname, lo que representa una participación del 83.33% del total de nacionalidades de los doce países miembros de UNASUR; y, iii) la realidad de que países miembros conoce o está vinculado, en donde se observa que Ecuador (25) y Colombia (21) son los que más conocen o están vinculados, luego le siguen Perú (15) y Argentina (14), le siguen Brasil (11), Bolivia (9) Uruguay y Paraguay (8), Venezuela (5), Chile (4), hasta los que no conocen o no están vinculados que son Guyana y Suriname, como lo apreciamos a detalle en la figura 4.

Figura 3: Edad de los encuestados

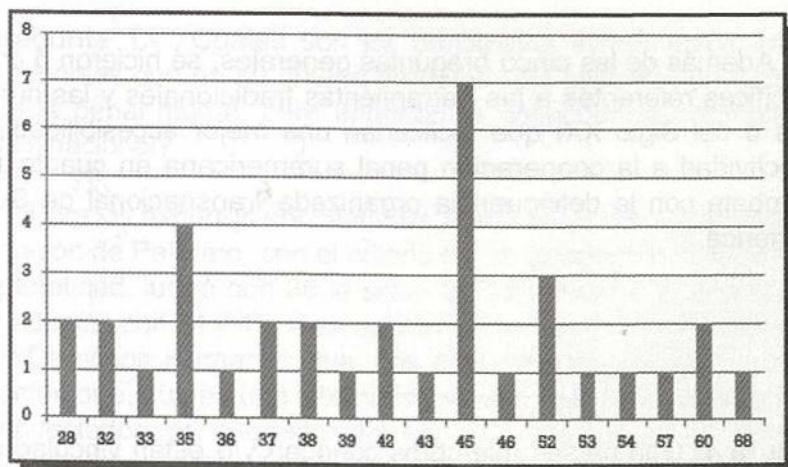
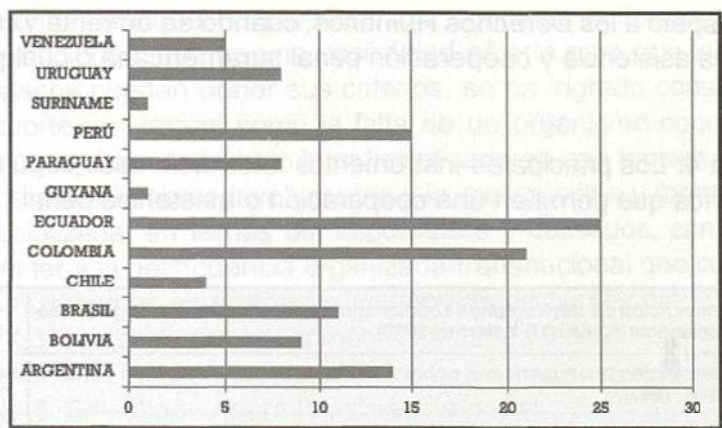


Tabla 3: Nacionalidad de los encuestados

	NACIONALIDAD
ARGENTINA	3
BOLIVIANA	3
BRASILEIRA	2
CHILENA	1
COLOMBIANA	6
ECUATORIANA	16
PARAGUAYA	1
PERUANA	2
URUGUAYA	3
VENEZOLANA	1

Además de las cinco preguntas generales, se hicieron 5 específicas referentes a las herramientas tradicionales y las nuevas o del Siglo XXI que facilitarían una mejor accesibilidad y efectividad a la cooperación penal suramericana en cuanto al combate con la delincuencia organizada transnacional de Suramérica.

Figura 4: Qué países miembros conocen y/o están vinculados los encuestados.



De la información tomada en su contexto, con los resultados analizados, se evidencia que los expertos encuestados entre los que están usuarios, fiscales, operadores de justicia y académicos, en orden a cada pregunta, consideran que:

Pregunta 1.- ¿Cuáles son los principales instrumentos internacionales que en su criterio permiten una cooperación o asistencia penal mutua, para enfrentar la delincuencia organizada transnacional?

Para los expertos encuestados, están en primer lugar la Convención de Palermo, con el criterio de 39 expertos encuestados, la totalidad, luego con 36 le sigue la Convención de Nassau, y, los demás con 24 y 18, a excepción de la Convención Americana de Derechos Humanos que, dos encuestados colocaron en la opción otro, que es una alternativa abierta que dimos a todos los encuestados, por ello estos dos expertos escribieron la Convención de San José de Costa Rica. Esto lo podemos apreciar en la tabla 4, que se detalla a continuación.

Si bien la Convención Americana de Derechos Humanos, no refiere temas de Delincuencia Organizada Transnacional, debemos entender que se quiere sugerir que debe darse el enfoque

de respeto a los Derechos Humanos, cuando se enfrenta y coordina la asistencia y cooperación penal suramericana o cualquier DOT.

Tabla 4: Los principales instrumentos internacionales según los expertos que permiten una cooperación o asistencia penal

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT, Palermo-2000).	39
La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau, 1992).	36
El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños (PTPEMN), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.	26
El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (PTIMxTMA) que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.	24
La Convención Interamericana Contra La Corrupción; y, la Convención de las Naciones Unidas Contra La Corrupción (MÉRIDA 2003).	24
El Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.	24
La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (VIENA 1988).18	18
La Convención Americana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica).	2

Pregunta 2.- ¿Qué dificultades reales existen en la práctica cuando se trata de aplicar la asistencia penal judicial recíproca a nivel de los países miembros de UNASUR? (Art. 18 de la Convención de Palermo).

Como se aprecia de la tabla 5, casi todas las deficiencias tienen una gran coincidencia de establecer por parte de los expertos encuestados que las causas que dificultan una adecuada u efectiva cooperación, son entre las más visibles y destacadas: las demoras en la solicitud y respuesta; las herramientas tradicionales, la poca colaboración, el formalismo, el conflicto de

las normativas que no permiten una conducta uniforme, y en otras opciones, que es una posibilidad abierta para que los encuestados puedan poner sus criterios, se ha logrado conseguir su aporte en temas como la falta de un organismo coordinador, los equipos de trabajo interdisciplinario en que formen parte los países miembros involucrados y la capacitación y formación especializada, en temas tan importantes y delicados, como es enfrentar a la delincuencia organizada transnacional que cuenta con muchísimas experticias y tecnologías de punta como herramientas de apoyo para el crimen organizado transnacional.

Tabla 5: Dificultades para la asistencia penal.

Demora en la tramitación de la solicitud de la diligencia de cooperación por el país requeriente.	30
Demora en la respuesta por parte del país requerido sobre la diligencia de cooperación.	37
Uso de herramientas tradicionales para la solicitud y envío de información, como el correo tradicional, la recepción in situ de los testimonios sin el uso del video conferencia, entre otros.	34
Poca colaboración en la ejecución de diligencias prácticas como inspecciones e incautaciones y embargos preventivos.	35
Uso de procedimientos muy formalistas y tradicionales que no se compadecen con las de última tecnología que utilizan las organizaciones criminales transnacionales.	35
Conflicto entre las normativas que no permiten una conducta uniforme y se divaga en la cooperación.	34
Falta de organismo coordinador efectivo.	1
Falta de mayor decisión política de los países que integran la UNASUR	1
Falta de capacitación de los operadores de justicia.	1
No hay trabajo en equipos interdisciplinarios.	1
Falta de grupos expertos por materias y de los países involucrados.	1
No hay grupos especializados de trabajo conjunto.	1

Pregunta 3.- ¿Qué herramientas y/o mecanismos prácticos se deberían aplicar para que la asistencia penal judicial recíproca a nivel de los países miembros de UNASUR, sea efectiva?

Los criterios de los encuestados como expertos prácticos que están en el día a día y observan la realidad, pudieron con

estas respuestas de alguna manera establecer las bases de lo que podría ser a futuro un esquema de cooperación penal suramericano (COPELUR) que de verdad facilite combatir la delincuencia organizada transnacional (DOT), para lo cual se sugiere las principales herramientas como el uso de las TIC, sus plataformas digitales y más aplicaciones prácticas; además, cambiar los trámites burocráticos y formalistas con una efectiva y real colaboración conjunta, de trabajo en equipo que pueda frenar a la extraordinaria organización de las empresas del crimen.

En la tabla 6 están detallados los criterios recurrentes y mayoritarios entre 30 y 37 expertos del total de 39 que coinciden con las nuevas formas de actuación y cooperación. Adicionalmente, en la pregunta abierta algunos han sugerido: que se requiere un organismo como EUROJUST que posee la Unión Europea; la creación de redes efectivas; un organismo que coordine y lidere políticas y acciones de cooperación; grupos de trabajo especializados de fiscales y políticas de los países; y, la capacitación y formación técnica a los funcionarios

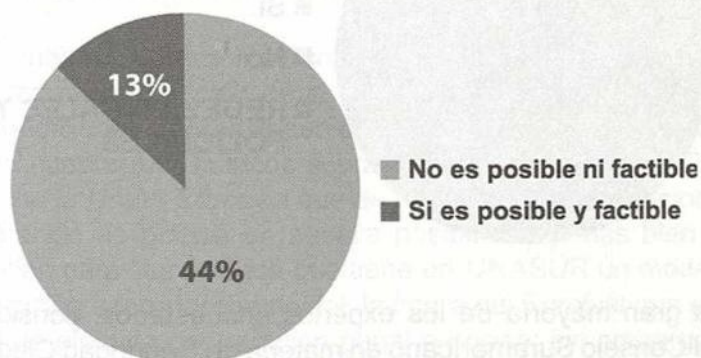
Tabla 6: Herramientas que deberían aplicarse para la asistencia penal.

Uso de plataformas informáticas con seguridades en donde se comparta la información que se requiera en línea y sin dilaciones. ³⁷	37
Uso de las tecnologías de información y comunicación tanto para la coordinación interna de los países, como entre los países miembros de UNASUR. ³⁶	36
Uso del video conferencia para que puedan testificar o declarar desde otros países al país requirente. ³⁷	37
Una colaboración efectiva en la ejecución de diligencias prácticas como inspecciones e incautaciones y embargos preventivos. ³⁷	37
Uso de procedimientos sin mayores formalismos y modernos que se compadezcan con las de última tecnología que utilizan las organizaciones criminales transnacionales. ³⁵	35
Armonización de las normativas y protocolos que permitan una conducta uniforme y no se divague en la cooperación. ³⁵	35
Unificar los tipos penales de la región suramericana. ³³	33

Armonizar la graduación de las penas en los países miembros de UNASUR.30	30
Algún Organismo como EUROJUST que posea la UE.1	1
Creación de redes efectivas.1	1
Organismo que coordine y lidere políticas y acciones de cooperación.1	1
Grupos de trabajo especializados de fiscales y políticas de los países.3	3
Capacitación y formación técnica a los funcionarios.1	1

Pregunta 4.- ¿Qué opina usted del proyecto de la creación de la Corte Penal Suramericana que se quería implantar sin tener una armonización de los tipos penales, ni de una graduación de las penas y sin la cultura supranacional de algunos países como Brasil?

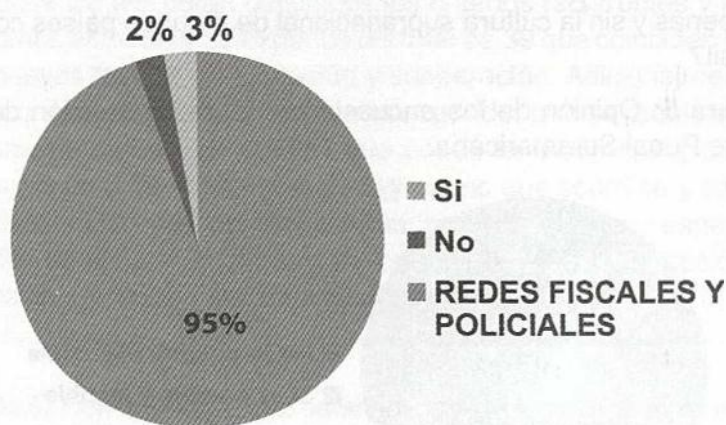
Figura 5: Opinión de los encuestados sobre la creación de la Corte Penal Suramericana.



Respecto de la propuesta que se dio desde hace algunos años sobre la creación de la Corte Penal Suramericana, la gran mayoría considera que al no tener una armonización de los tipos penales, ni de una graduación de las penas, el procedimiento y sin la cultura supranacional de algunos países como Brasil, no es posible en estas condiciones la mentada Corte Penal para UNASUR, pues de forma mayoritaria se ha pronunciado el 87% de los expertos encuestados, frente a tan sólo el 13 por ciento, esto lo podemos observar en la figura 5. Es de advertir que, si las condiciones citadas cambian con el tiempo, la opinión seguramente, sería otra.

Pregunta 5.- En el año 2012, se creó el Consejo Suramericano en materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la UNASUR, que está conformado por los titulares de las carteras de estado especializadas de cada País miembro.

¿Considera usted que este órgano debería aglutinar las políticas y acciones que conduzcan a una mayor eficiencia de la cooperación entre los Países miembros, para combatir la delincuencia organizada transnacional?



La gran mayoría de los expertos encuestados, consideran que el Consejo Suramericano en materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la UNASUR, creado en 2012, debería ser el órgano que lleve adelante las políticas y trabaje por una mayor eficiencia de la cooperación para combatir la delincuencia organizada transnacional, pues el 95% de los expertos así lo manifiesta, contra el 2% que no lo cree; en cambio, el 3% considera que deben ser las Redes Fiscales y Policiales que se encarguen de llevar adelante la coordinación y mejora de los mecanismos y herramientas que impliquen mayor efectividad de la COPESUR.

Criterios que nos indican que, para lograr una rápida y efectiva justicia, se debería ir de la mano con el avance tecnológico en la justicia, para no vulnerar los derechos de los ciudadanos y no dejar en la impunidad e indefensión por la falta de acceso y una efectiva coordinación penal transnacional para perseguir la DOT.

De los cincuenta y un minutos con veinte y nueve segundos que duró las cuatro entrevistas con los expertos seleccionados, pasamos a exponer la siguiente síntesis:

1.- Los principales instrumentos internacionales que permiten a los países intervenir en la cooperación y asistencia penal internacional y suramericana, son la Convención de Palermo y de Nassau, aunque existen otros complementarios e incluso acuerdos específicos entre las fiscalías, por ejemplo.

2.- A unos les parece muy complicado que se piense en la posibilidad de la creación de la Corte Penal Suramericana, dada las condiciones diferenciadas de la normativa penal y la cultura de no aceptar organismos supranacionales, que ni en Europa que con la Unión Europea que es un proceso supranacional de integración se piensa en aquella posibilidad y más bien recomiendan para Suramérica que tiene en UNASUR un modelo de integración intergubernamental, la figura del Eurojust que es una RED de efectiva cooperación penal europea; sin embargo, hay otra tendencia muy optimista de la creación de la Corte, a pesar del casi nulo apoyo que ha recibido por parte de los Estados miembros de UNASUR y por ello, se ha dejado dicho proyecto casi archivado.

3.- Los actuales mecanismos de cooperación o asistencia penal son muy demorados porque deben cumplirse formalidades especiales que cada país los exige lo cual hace lento la tramitología y sus respuestas que depende en mucho de los casos y tipos que se den, hay que contar a veces con la relación directa entre fiscales y eso dificulta mucho por las agendas diversas.

En el caso de España y Europa, por ejemplo, los grandes problemas siempre son los distintos códigos procesales, más que los penales. La valoración de las pruebas, la obtención de los registros, las dificultades que hacen de unos países a otros o simplemente las preventas de las diferencias en la obtención de datos, de registros, incluso el funcionamiento del país en cuanto a su forma de registrar las empresas, todo eso es lo que generalmente lo enlentece muchísimo, y hace que muchísimas cosas fracasen por que ciertos países pues no aceptan procesalmente el pedido de otros países si no es a través de mecanismos muy complejos fundamentalmente muy lentos.

4.- Convendría dar el paso a los mecanismos y herramientas tecnológicas que permitan una mayor eficiencia, que ayuden a acceder a la información, solicitar por este medio la cooperación, para sustituir el tradicional formalismo, que sea por escrito y en físico, que debe llegar la original in situ, para el análisis de la tramitología, cuando se puede hacerlo en línea online, ganando tiempo y eficiencia.

5.- Trabajar en la creación de grupos especializados por materias y que integren los especialistas de fiscalía y policía de los diversos países miembros involucrados; y, también podría pensarse en jueces subregionales, como por ejemplo de Colombia, Perú y Ecuador.

6.- La capacitación y formación del personal especializado, es básico para que exista una verdadera contribución a la cooperación y no haya distorsiones por desconocimiento del rol que implica la persecución en equipo de la DOT.

Con todos los criterios doctrinarios, de 39 expertos encuestados y 4 expertos entrevistados, ponemos en consideración la siguiente propuesta.

CAPÍTULO 4

PROPUESTA DE UN ESQUEMA PARA LA COOPERACIÓN PENAL SURAMERICANA CON EL FIN DE COMBATIR LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

Como hemos visto según (Ogalla, Sistema de Gestión, 2005), esquema de gestión, es el conjunto de procesos, comportamientos y herramientas que se emplea para garantizar que la organización realiza todas las tareas necesarias para alcanzar sus objetivos.

De esta trilogía de elementos del conjunto propuesto por Ogalla, nuestro estudio se circunscribió únicamente a las herramientas que faciliten el combatir la delincuencia organizada transnacional, por ello, diremos que en una organización, sin importar su naturaleza o actividad específica, no le basta con alcanzar sus objetivos, porque ello, implica ser eficaz, aunque pueda no ser eficiente y efectivo, como lo dice (Salgado, 2010, p. 61), la eficacia la hemos de entender como la capacidad de lograr cumplir las metas y objetivos (que nos proponemos) en el plazo establecido; o también, como la consecución o resultado obtenido con relación al tiempo programado (esperado).

Como podemos apreciar es un elemento más cuantitativo que cualitativo cuando se refiere al plazo de cumplimiento (hacerlo en tiempo establecido); en cambio, cuando se refiere al objetivo o meta alcanzados (teológicos), son sin duda, aspectos más cualitativos que cuantitativos, pero que son igualmente susceptibles de medición²⁸ o cuantificación. Todo esto sólo sirve si es posible contar con adecuados indicadores²⁹ que traten de evitar la subjetividad del análisis y hacerlo más objetivo y concreto.

28.- Todos los aspectos por cualitativos que sean son susceptibles de analizarlos y concretarlos en indicadores objetivos de gestión y desempeño, que son utilizados y recomendados por el BID, el Banco Mundial y otros organismos de financiamiento con el manejo de Proyectos utilizando la Matriz de Marco Lógico, denominados C4 (por los cuatro aspectos que se deben medir): Costo, Calidad, Cantidad y Cronología (como sinónimo de tiempo o plazo).

29.- Ibídem.

Nos toca entonces proponer las herramientas que nos permitan conseguir la eficacia, eficiencia y efectividad que facilite el combatir la delincuencia organizada transnacional, para ello, revisemos con (Salgado, 2010, pp. 61-64), que: la eficiencia es por un lado la optimización de los recursos, pero también por otro lado, la capacidad de involucrar a los recursos necesarios y suficientes; y, la efectividad tiene que ver con la cualidad o capacidad de lograr el efecto deseado a partir de unas acciones concretas y mide el equilibrio entre lo conseguido y las formas o metodologías aplicadas para conseguirlas.

La eficiencia al igual que la eficacia y la efectividad son aspectos de carácter gerencial y que deben medirse por sus resultados, antes que ser netamente teóricos o idealistas, sobre todo, si se trata de analizar los resultados o cumplimiento de los logros u objetivos de una organización, entidad u organismo.

En síntesis: (i) cumplir objetivos en relación con el tiempo propuesto para conseguirlos, es la eficacia; (ii) la optimización y el involucramiento de los recursos necesarios y suficientes, sería la eficiencia; y, (iii) la capacidad de lograr el efecto deseado con eficacia y eficiencia a partir de acciones adecuadas, correctas y concretas, evaluadas a partir de la situación inicial, es la efectividad.

Sin duda, se puede lograr cumplir con el objeto o meta que se desea en tiempo estimado o propuesto, pero no necesariamente de forma eficiente (sin optimizar los recursos o despilfarrando los mismos y sin calidad) y sin la efectividad adecuada (el equilibrio entre lo conseguido y las formas o metodologías aplicadas).

Por ello, pasamos a proponer las herramientas que nos permitan con eficacia, eficiencia y efectividad, conseguir que se facilite el combatir la delincuencia organizada transnacional para contribuir con la seguridad ciudadana en la UNASUR.

Dentro de este contexto y tomando como base lo analizado en el marco teórico y la investigación de campo que hemos realizado con cuarenta y tres expertos sobre delincuencia organiza-

da transnacional de la UNASUR, sea a través de las encuestas o entrevistas, debemos proponer de entre otros, los siguientes aspectos y acciones concretas:

1.- Eliminar de forma paulatina y permanente las herramientas tradicionales de los esquemas de gestión, que no contribuyen a una cooperación penal transnacional efectiva, tales como:

- Demora en la tramitación de la solicitud de la diligencia de cooperación por el país requirente.
- Demora en la respuesta por parte del país requerido sobre la diligencia de cooperación.
- Uso de herramientas tradicionales para la solicitud y envío de información, como el correo tradicional, la recepción in situ de los testimonios sin el uso del video conferencia, entre otros.
- Poca colaboración en la ejecución de diligencias prácticas como inspecciones e incautaciones y embargos preventivos.
- Uso de procedimientos muy formalistas y tradicionales que no se compadecen con las de última tecnología que utilizan las organizaciones criminales transnacionales.
- Conflicto entre las normativas que no permiten una conducta uniforme y se divaga en la cooperación.
- Falta de organismo coordinador efectivo.
- Falta de mayor decisión política de los países que integran la UNASUR
- Falta de capacitación de los operadores de justicia.
- No hay trabajo en equipos interdisciplinarios
- Falta de grupos expertos por materias y de los países involucrados
- No hay grupos especializados de trabajo conjunto

Son herramientas que, aunque en la práctica se quiera de manera difusa demostrar que han servido para hacer justicia y cooperación penal internacional (han sido eficaces, aparentemente). No se ha podido evidenciar que han sido eficientes, pues no se han optimizado los recursos y peor su nivel de efectividad, pues como resultado tenemos casos de impunidad, indefensión, inaccesibilidad, en definitiva, carencia de seguridad

jurídica, por ello, no recomendamos estas herramientas para el esquema de cooperación penal suramericano que proponemos.

2.- Implantar de forma paulatina y permanente las herramientas modernas del Siglo XXI de los esquemas de gestión, tales como:

Uso de plataformas informáticas con seguridades en donde se comparta la información que se requiera en línea y sin dilaciones.

Uso de las tecnologías de información y comunicación tanto para la coordinación interna de los países, como entre los países miembros de UNASUR.

Uso del vídeo conferencia para que puedan testificar o declarar desde otros países al país requirente.

Una colaboración efectiva en la ejecución de diligencias prácticas como inspecciones e incautaciones y embargos preventivos.

Uso de procedimientos sin mayores formalismos y modernos que se compadezcan con las de última tecnología que utilizan las organizaciones criminales transnacionales.

Armonización de las normativas y protocolos que permitan una conducta uniforme y no se divague en la cooperación.

Unificar los tipos penales de la región suramericana.

Armonizar la graduación de las penas en los países miembros de UNASUR

Son herramientas que en la práctica, servirían para hacer una cooperación penal suramericana y como consecuencia una justicia eficaz, pero además eficientes, puesto que se optimizan los recursos y con mayor razón el nivel de efectividad, pues como resultado tenemos que se eliminarían los casos de impunidad, indefensión por la accesibilidad, contribuyendo a la seguridad jurídica, por ello, recomendamos estas herramientas

para el esquema de cooperación penal suramericano que proponemos, mismos que contribuiría a un efectivo combate de la delincuencia organizada transnacional suramericana.

Modernizar la cooperación penal internacional suramericana no es una utopía, por el contrario es posible cambiar el pensamiento anticuado y uso de las herramientas tradicionales: del papeleo, la burocracia, el trasladarse de parajes distantes, jugar con el tiempo y actuaciones escritas que dilatan al proceso, en fin es necesario dejar la justicia tradicional para dar paso a una nueva justicia que vaya de la mano de las herramientas modernas que permitan un esquema de cooperación penal suramericano efectivo, con el uso de la tecnología, que facilitará la vida de los ciudadanos dándoles seguridad ciudadana gracias, entre otras herramientas, al uso de la videoconferencia, las TIC; además, que los operadores de justicia se concentren al estudio del caso, ergo sus decisiones serán acertadas por lo que la impunidad ya no será uno de los mayores problemas de la justicia, todo esto será posible con un nuevo esquema de cooperación penal suramericano que utilice herramientas como las TIC, la videoconferencia y toda la tecnología necesaria para lograr agilidad, eficiencia, eficacia y transparencia en la justicia.

Si logramos un Sistema Penal Suramericano (SIPESUR) en donde la vértebra sea la efectiva Cooperación Penal Suramericana (COPEUR), con seguridad podemos combatir la Delincuencia Organizada Transnacional (DOT) que contribuya con la Seguridad Ciudadana de la UNASUR, y con el paso del tiempo cuando las normas adjetivas y sustantivas penales de los Países miembros de Suramérica, se afinen y aproximen, podríamos con normas comunes y procedimientos semejantes, con protocolos unificados, pensar en el paso de construir la Corte Penal Suramericana, siempre que la idiosincrasia y cultura de ciertos países se de en este sentido, pero lo más importante no es tener una Corte Suramericana, sino lo que podamos hacer en consenso para combatir y luego erradicar la DOT.

CAPÍTULO 5

CONCLUSIONES

Considerando los valiosos criterios de varios autores citados, la rica opinión de los expertos encuestados y entrevistados sobre algunos temas puntuales que contribuyeron a confrontar la teoría con la práctica, nutriendo la presente investigación, se plantea las siguientes conclusiones:

- 1.- No existe aún en la Región Suramericana un claro y definido esquema de cooperación penal suramericano que utilice las herramientas eficaces, eficientes y efectivas que faciliten el verdadero combate a la delincuencia organizada transnacional y así contribuir con la seguridad ciudadana en la región suramericana.
- 2.- Los mecanismos y esquemas de la cooperación penal suramericana, no tienen aún herramientas efectivas que permitan combatir de forma frontal y efectiva a la delincuencia organizada transnacional y como tal contribuya con la seguridad ciudadana en la UNASUR, para eliminar los niveles de impunidad.
- 3.- Un esquema de cooperación penal suramericano efectivo nos permite construir un sistema de justicia regional o suramericano efectivo, que utilice toda la tecnología informática; y desde luego, con sus cuidados y seguridades, para no tenerlos vulnerables y para hacer de la integración suramericana un espacio seguro.
- 4.- El esquema de cooperación penal suramericano para la solución de controversias más generalizado es el "tradicional", que se caracteriza por la no utilización de las TIC, plataformas y más instrumentos informáticos, lo que da como consecuencia, la imposibilidad de un acceso fácil e inmediato, para perseguir los delitos transnacionales regionales. En otras palabras, podemos decir que no existe un esquema de cooperación penal suramericano que facilite el combate efectivo de la delincuencia transnacional, que garantice la seguridad ciudadana, sino un "esquema

de cooperación penal suramericano tradicional" que estuvo ahí y no se lo repensó, analizó y estudió, como sucede en casi todos los ámbitos de la justicia en nuestros países.

5.- El esquema de cooperación penal suramericano que se propone en base de las opiniones de la mayoría de autores que hemos citado en esta investigación, los 39 expertos encuestados y los 4 expertos entrevistados, que son sujetos claves que viven la realidad día a día, es aquel que utilice las herramientas tecnológicas del Siglo XXI, eliminando las tradicionales, así se permitirá el real combate a la delincuencia organizada transnacional.

Los aspectos y acciones concretas, que implica eliminar de forma paulatina y permanente las herramientas tradicionales e implantar las nuevas que están detalladas en el Capítulo 4 y de forma específica en las páginas de la 47 a la 49, dentro de la: "Propuesta de un esquema de cooperación penal suramericano que facilite el combatir la delincuencia organizada transnacional para contribuir con la seguridad ciudadana en la UNASUR".

6.- Modernizar la cooperación penal suramericana no es una utopía, por el contrario es posible cambiar el pensamiento anticuado que se sustenta en el uso de las herramientas tradicionales, para dar paso a una nueva justicia que esté articulada a las herramientas modernas que permitan un esquema de cooperación penal suramericano efectivo, que utilice herramientas como las TIC, la videoconferencia y toda la tecnología necesaria para lograr agilidad, eficiencia, eficacia, efectividad y transparencia en la justicia, pues ya existen avances y evidencias que así lo confirman.

7.- El Consejo Suramericano en materia de Seguridad Ciudadana de Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional, órgano que pertenece a la UNASUR, que lo integran los delegados de los 12 países miembros, vinculados con la delincuencia organizada transnacional, sería el espacio justo para que se mejore la efectividad en la cooperación penal regional, así como, se armonice las normas de sus

Países miembros, y luego de ello, cuando las condiciones objetivas sean factibles, esto es, con el ajuste normativo de la unificación de las leyes (sustantivas y adjetivas), se podría encaminar la creación de la Corte Penal Suramericana, siempre y cuando la idiosincrasia de ciertos países miembros haya cambiado.

8.- En Suramérica debería manejarse un Sistema Penal Suramericano (SIPESUR) que lo integre la Cooperación Penal Suramericana (COPEPUR) y en el mediano o largo plazo, se podría hablar de la Corte Penal Suramericana, cuando la cooperación sea efectiva y haya conseguido afinar y armonizar las normas sustantivas y adjetivas en materia penal transnacional.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abramovich, V. (2007). EL acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por le Sistema Interamericano de Derechos Humanos. 7.

ALADI. (2013). Convenio de pagos y créditos recíprocos. Montevideo: Cebollati 1461 CP 11200.

Arbeláez, M. C. (2014). Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) un instrumento para la investigación. Investigaciones Andina.

Arévalo, P. (2012). Derecho de la Integración: Unión de Naciones Suramericanas. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Aspis, A. (2010). Las TICs y el Rol de la Justicia. Derecho & Sociedad 35, 327-340.

Barriuso, C. (2007). Administración electrónica. Madrid: Editorial Dykinson.

Benalcazar, G. (2004). Jurisprudencia del uso del internet en los Países de la Comunidad Andina. Quito: Facultad Latinoamericana-

na de Ciencias Sociales, sede Ecuador.

Bocanegra, J. M., & Bocanegra, B. (2011). La administración electrónica en España. implantación y régimen jurídico. Barcelona, España: Editorial Atelier.

Busquets, J. M. (2013). El poder judicial electrónico en Iberoamérica en el 2011 y 2013: Estado del Arte. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, 340-356.

Caballero, J. A., Díaz, V., & Villanueva, E. (2006). Derecho de acceso a la información en el Poder Judicial. Mexico: Ed. Miguel Angel Porrua.

Callegari, J. A. (2011). Celeridad procesal y razonable duración del proceso. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. Octubre 2011. N°5. Pg 114-129 ISSN 1852-2971, 114-129.

Cerrillo, A. (21 de diciembre de 2007). E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI. *Revista de Internet, Derecho y Política*, Nro. 4, 1-12. Obtenido de <http://www.uoc.edu/idp/4/dt/esp/cerrillo1.pdf>

Cervini, R. (5 de Agosto de 1994). La Cooperación Judicial Penal Internacional: Concepto y Proyección, en *Curso de Cooperación Penal Internacional*. Rio de Janeiro, Brasil. Obtenido de www.lamjol.info/index.php/LRD/article/download/1249/1076

Cervini, R. (2013). Sistema Penal & Violência. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS*, 61-72.

Concha, H. A. (2004). Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas: un estudio institucional sobre la justicia local en México. Mexico: Centro de investigaciones UNAM.

Consejo de la Judicatura. (2014). Violencia de genero. Justicia para todos, 104-153.

Consejo de la Judicatura. (2015). Casilleros Electronicos. Justicia para todos, 97-153.

Correa, R., & Criollo, P. A. (2009). Gobierno Electrónico para la Modernización de la Administración Pública. Piura: B – EUMED.

Cortés, I. R. (2015). El acceso a la justicia a la luz del Estado social de derecho en Colombia. Revista Científica General José María Córdova, 81-103.

Drnas de Clément, Z. (2008). Arbitraje y Procesos de Integración Económica Regional: La Experiencia en el MERCOSUR. Córdoba, Argentina: XXV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, Villa General Belgrano.

Echeverría, A. C. (2011). Tics en la formación inicial y permanente del profesorado educación especial. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Ferrer, N. (2010). El acceso a la justicia como elemento indispensable del ejercicio de la ciudadanía femenina. Opinión Jurídica, 11.

Figueroa, L., Magaña, D., & Caamaño, A. (2016). "El enfoque de la justicia y los medios alternativos de solución de conflictos: un cambio de paradigma en el sistema de justicia mexicano." Mexico: Universidad Autonoma Metropolitana.

Fisas, V. (1998). Una Cultura de Paz. En V. Fisas, & V. F. Armengol, Cultura de Paz y Gestión de Conflictos (págs. 1-26). Barcelona: Icaria Nesco.

Fix-Fierro, H. (2004). Tribunales, Justicia y Eficiencia: estudio socio jurídico sobre la racionalidad económica en la función judicial. Mexico: Centro de investigacion de la UNAM.

Galindo, F., & Rover, A. J. (2009). " Derecho, gobernanza y tecnologías de la información en la sociedad del conocimiento : jornadas sobre derecho y tecnología". Zaragoza: Prensas universitarias de Zaragoza.

Gallego, T. (2013). Gestión integral. Castellón de la Plana: Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions.

Gonzalez, F. (1997). *La Integración y sus Instituciones: Los casos de la Comunidad Europea y el Mercosur*. España: Ediciones Ciudad Argentina.

Gudín Rodríguez-Magariños, F. (2008). *La administración de justicia digitalizada, una necesidad inaplazable*. Barcelona: Ediciones Experiencia.

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Matedología de la Investigación*. México: McGrawHill.

Hofacker, A. (2008). *Rapid lean construction - quality rating model*. Manchester: s.n.

Huergo, J. (2006). *Los Procesos de Gestión*. En H. Jorge, *Los Procesos de Gestión* (págs. 1-5). Mexico: Universitaria.

Kaune Arteaga, W. (2013). *Temas sobre Integración y Derecho Comunitario*. Sucre, Bolivia: Talleres Gráficos de la UASB.

Koskela, L. (1992). *Application of the new production philosophy to construction*. Finland: VTT Building Technology.

Lasala Calleja, P. (2011). *La administración electrónica como herramienta de inclusión digital*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.

Latorre, S., & Moran, M. (2007). "Estudios sobre evaluación de procesos de reforma de la Justicia en Iberoamérica". Madrid: Ministerio de Justicia y Secretaria General Técnica de España.

Lefebvre, F. (13 de Octubre de 2016). *MEMENTO EXPERTO*. Obtenido de file:///C:/Users/Dell/Downloads/memento-experto-cooperacion-juridica-penal-internacional-10.pdf

Lillo, R. (2010). *El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial: experiencias y precauciones*. Brasilia: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Lillo, R. (2010). *El Uso de Nuevas Tecnologías en el Sistema Judicial: experiencias y precauciones*. Brasilia: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

López, F., & Vinagre, J. M. (24 de 04 de 2017). *La Intranet Administrativa de la Administración*. Obtenido de <https://administracionelectronica.gob.es/>: https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/dms/pae_Home/documentos/Estrategias/pae_Tecnimap/pae_TECNIMAP_2000/pae_TECNIMAP_2000_Comunicaciones_Presentadas/Ponencia_133.pdf

Ministerio de Justicia de España. (2007). *Estudios sobre evaluación de procesos de reforma de la justicia en Iberoamérica*. Madrid: Ministerio de Justicia de España.

Muñoz, S. J. (2013). "La gestión y valoración de los documentos judiciales en el nuevo contexto tecnológico". Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza.

Ogalla, F. (2005). *Sistema de Gestión*. España: Ediciones Díaz de Santos.

Oporto, G. (2015). *Sistema de Información Geográfica del COSIPLAN*. Buenos Aires: Grupo de Trabajo del COSIPLAN.

Paipa, F. (2009). *La encrucijada histórica de la Justicia, restos y perspectivas*. Colombia: Politécnico Grancolombiano.

Pásara, L. (2008). "La transformación de la justicia". Quito: Santiago Andrade Ubidia y Luis Fernando Ávila Linzán, Editores.

Perrete, C. J. (2011). "La constitución multicultural, el estado de derecho y la flexibilización de las formas jurídicas. Breve reseña de la justicia indígena del pueblo Chibuleo en Ecuador". Argentina: Red Insitituto de Cultura Juridica y Maestría en Sociología Juridica.

Prado Saldarriaga, V. R. (15 de agosto de 2017). https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-mla-autres-icc.pdf. Obtenido

de https://www.oas.org/juridico/mla/sp/per/sp_per-mla-autres-icc.pdf.

Ricardo, L., ReilingDory, Francesco, C., Marco, V., Kattia, M., Alberto, M., & Germán, G. (2009). *Sistemas Judiciales. Una perspectiva integral sobre la administración de justicia*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.

Riedi, D., Ibáñez, F., & Di Martino, G. (2009.). *La organización como sistema: un enfoque hacia la gestión tecnológica*. Córdoba: AR: El Cid Editor | apuntes,.

Ríos, A. D. (2016). *La Justicia Electrónica en México: Visión Comparada con América Latina*. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 266, 389-422.

Ruiz de Querol, R. a. (2007). *La sociedad de la información*. Barcelona: Editorial UOC.

Ruiz, O. W. (2016). "Responsabilidad del Estado y sus Regímenes". Bogotá: Ecoe.

Sáez, S. (2008). *La integración en busca de un modelo: Los problemas de convergencia en América Latina y el Caribe*. Santiago de Chile.

Salanueva, O., & González, M. (2010). *Una relación problemática: El acceso a la justicia y la gestión política*. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Nro. 2, 151-167.

Salgado, O. (2010). *El ABC del Derecho para la Integración, El surco de la Neo-Integración*. Cuenca: Edislat.

San Millan, A., & Rodríguez, X. A. (2002). *Liberalización comercial y crecimiento económico en MERCOSUR (1994-2000)*. *Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal (REDALYC)*, 51-68.

Schiavo, E. (2007). Investigación científica y tecnológica en el campo de las TIC: ¿conocimientos técnicos, contextuales o transversales? Revista CTS. Nro. 9, Vol. 3, 91-113.

Secretaría General de la Comunidad Andina. (2004). Integración para el Desarrollo. Lima: Litigraf EIRL.

Secretaría General de la Comunidad Andina. (2004). Integración para el Desarrollo. Lima: Programa de Imagen Institucional.

Secretaría General de la Comunidad Andina. (2008). Manual de Procedimientos del Sistema Andino de Solución de Controversias. Lima: Realidades S.A.

Thompson, J. (2000). Acceso a la Justicia y Equidad. San José : Editorama S.A.

Villatoro, P., & Silva, A. (2005). Estrategias, programas y experiencias de superación de la brecha digital y universalización del acceso a las nuevas tecnologías de información y comunicación TIC. Un panorama regional. Santiago de Chile: Impreso por Naciones Unidas, Santiago de Chile.

CAPÍTULO 6

ANEXOS:

Entrevista a la experta Dra. Thania Moreno Romero, Fiscal Subrogante de la Fiscalía General del Ecuador, funcionaria de carrera que se ha desempeñado por 15 años en diferentes áreas de dicha institución, habiendo sido Fiscal Provincial de Pichincha y es experta en la Delincuencia Organizada Transnacional.

Entrevista al experto Com. Ppal. D. M. Javier Peña Echeverría, de nacionalidad española, es uno de los más connotados especializados españoles que ha trabajado en el área de la policía judicial, habiendo llegado a ser su máximo jefe y por su

gran trayectoria es docente de la Universidad de Salamanca de cursos de posgrado.

Entrevista al Doctor Andrés Villegas Pico, es de nacionalidad ecuatoriana, especialista en derecho penal, docente universitario, Magíster en Ciencias Penales y Criminología, actualmente realiza un doctorado en Derecho y Gobernanza Global con la Universidad de Salamanca.

Entrevista al Doctor Mauricio Pacheco, de nacionalidad ecuatoriana, docente de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador, especialista en el ámbito penal y es doctorando por la Universidad de Salamanca en temas penales, con mucha experiencia y conocimientos. Investigador y autor de varias publicaciones y ensayos.

Preguntas que fueron realizadas a los expertos encuestados de los Países miembros de la Unión de Naciones Suramericanas UNASUR

ANEXO 1:

ENTREVISTA A LA DRA. THANIA MORENO ROMERO

La Doctora Thania Moreno Romero, es de nacionalidad ecuatoriana, designada Fiscal Subrogante de la Fiscalía General del Ecuador y es experta en temas de Delincuencia Organizada Transnacional y fue a quién le designó el Señor Fiscal General del Ecuador, Dr. Carlos Baca Mancheno, cuando se le solicitó que nos colabore con la persona experta de dicha entidad. La Dra. Moreno se desempeña por el lapso de 15 años en la Fiscalía, habiendo sido Fiscal Provincial de Pichincha, antes de ser nombrada como Fiscal Subrogante.

Oswaldo Salgado: Con la experiencia que usted tiene, que dificultades concretas, ha visto o ha encontrado en la cooperación penal suramericana desde una visión general.

Dra. Thania Moreno: Si bien tenemos como antecedente la

Convención para asistencia penal donde establece el procedimiento que debemos seguir todos los países suscriptores, por la experiencia que tengo, no todos dan la respuesta en forma inmediata, refiriéndonos al tiempo.

Oswaldo Salgado: ¿Está hablando de la Convención de Palermo?

Dra. Thania Moreno: No, no la convención de asistencia penal mutua donde Ecuador obviamente también es el suscriptor y algunos países anteriormente de Suramérica en su mayoría han firmado y es con la que nosotros nos manejamos, justamente para solicitar información aparte obviamente de la convención contra el crimen organizado, pero yo diría que la primera situación que tenemos es la rapidez con que nos den la contestación.

Oswaldo Salgado: Por la experiencia que usted tiene, ¿cuáles son los instrumentos internacionales más importantes, para poder manejar esta cooperación?

Dra. Thania Moreno: Las 2 principalmente; convención contra el crimen organizado y la convención de asistencia penal mutua, esos son los principales con los que nos manejamos, lo otro va a depender que tipo de información va a solicitar.

Oswaldo Salgado: De manera general más bien el tema es de la demora, de la tardanza y eso: ¿En qué aspectos concretos o qué consecuencias tiene, tal vez que algunos casos queden en la impunidad o no necesariamente?

Dra. Thania Moreno: Por supuesto uno de los efectos sería que a veces el fiscal no vaya con elementos fuertes, y obviamente cuando estamos hablando de crimen organizado transnacional, nosotros como fiscalía vamos a querer sustentar con las diligencias que se realicen en otros países, eso va a ser importantísimo para nosotros. Yo diría que mayoritariamente puede llegar a una impunidad, no necesariamente porque obviamente vamos a basarnos en diligencias que las realicemos en el país.

Oswaldo Salgado: Y esto que usted habla a nivel general, ¿Si podríamos concretar solo al ámbito de Suramérica, se da esto o no necesariamente?

Dra. Thania Moreno: Si hemos tenido y uno de los mejores sería la relación y tal vez por la cercanía, ha sido con Colombia.

Oswaldo Salgado: Queremos decir ahí que, ¿La colaboración respecto del tiempo de respuesta no es muy largo?

Dra. Thania Moreno: Más que todo exactamente se coordina una vez que se haya hecho la petición formal. Hemos tenido esas buenas prácticas por así decirlo para que nos den la información y de esta manera enviar y decir necesitamos esto urgente y obviamente hemos obtenido dentro de un tiempo al menos prudencial y que podamos recibirla dentro de los plazos que nos contempla nuestra ley interna.

Oswaldo Salgado: Y en este campo de los requisitos para la colaboración o la asistencia penal mutua, ¿Usted considera que son correctos, son burocráticos, son exagerados o como le calificaría?

Dra. Thania Moreno: Por la experiencia, diría que tiene que ser de fiscal a fiscal, así considero que hacemos pasos que no los veo que aporten obviamente. Por ejemplo, si tiene que estar el ministerio de relaciones exteriores, cuando la información debe ser de fiscal a fiscal y también tiene que haber un mecanismo para que se pueda certificar que la información se pueda recibir por vía o medio magnético o correo y sea validada obviamente con un procedimiento para determinar la originalidad.

Oswaldo Salgado: Ese procedimiento que debe estar en la asistencia penal mutua es engorroso, correcto o ¿Usted cree que puede ser mejorado o no es el problema el procedimiento?

Dra. Thania Moreno: Pienso que si tenemos que actualizar de hecho para mí es uno de los temas o materias sociales más cambiantes y por ende todos debemos actualizarnos, peor uno

de los problemas que yo veo son los que se cometen en el crimen organizado y no se tendrían que cumplir tantos trámites por nosotros los interesados. Para obtener la información debemos cumplir muchos formalismos para validar.

Oswaldo Salgado: Hablando de las herramientas con que cuenta la cooperación penal suramericana, en general primero, la cooperación o la asistencia mutua, las herramientas que ustedes tienen, por ejemplo, ¿Pueden hacerlo online, pueden hacerlo a través de plataformas o tienen que hacerlo por el correo ordinario, es decir, son herramientas actualizadas o tradicionales?

Dra. Thania Moreno: Tradicionales, eso creo es uno de los temas que tenemos que actualizar, todavía utilizamos los medios tradicionales, como: el oficio, de autoridad a autoridad. Tiene que ser mucho más ágil.

Oswaldo Salgado: Podríamos tener una idea del tiempo de demora considerando los requisitos y el tiempo de respuesta. ¿Un aproximado para tener una idea?

Dra. Thania Moreno: Tan rápido como así decir unas veinte y cuatro horas no. Unos tres meses.

Oswaldo Salgado: Habrá estadísticas de esto, ¿Será posible obtener? Ahora hablando de herramientas que facilitan como vimos por ejemplo podría ser si fuera con plataforma informática, si fuera online, ¿Qué otros aspectos usted considera que impide que haya una cooperación más eficiente?

Dra. Thania Moreno: Tal vez lo de la normativa interna, porque obviamente tiene que estar sujeto a que tanto el país que pide como el país solicitado, tengamos los mismos tipos penales, por eso es importante una normativa regional por decirlo así, especialmente en crimen organizado.

Oswaldo Salgado: Entonces cómo podríamos mejorar lo

que está mal, es decir, con su experiencia, ¿Qué aspectos son susceptibles de cambiar y mejorar?

Dra. Thania Moreno: Primero a nivel interno nosotros tenemos que fortalecer y cumplir como fiscalía, la creación de la unidad de crimen organizado con fiscales especializados y que obviamente tenga ámbito nacional pero a la par para que pueda trabajar también jueces de crimen organizado; y la otra sería, luego jueces o corte regional para que se maneje todos los temas que son nacionales, tráfico, trata que obviamente le digo este es uno de los problemas porque claro por ejemplo Perú que me exige para cumplir la asistencia penal y es como decir hacer esto y esto y se pierde un montón de tiempo y el crimen continúa hasta que nosotros tengamos todo el formalismo y se aprovechan las organizaciones.

Oswaldo Salgado: ¿Y así sea el crimen organizado flagrante, igual hay que hacer todo un papeleo y unos requisitos?

Dra. Thania Moreno: Flagrancia no habría tanto, porque tengo que demostrarlo con elementos que es la temporalidad obviamente, le podríamos coger por cualquier otro tipo penal pero no necesariamente por flagrancia, en drogas se le coge por drogas, en armas por armas, en trata tal vez obviamente.

Oswaldo Salgado: ¿Qué opina usted si todo Suramérica tendría una conectividad como el 911 de Ecuador, en donde están todos los países conectados?

Dra. Thania Moreno: Eso sería espectacular.

Oswaldo Salgado: Pero que le parece que en tiempo real se está viendo cómo se está desarrollando el crimen organizado en diferentes países y se ve que hay el cometimiento de un delito en ese momento, no se puede hacer nada viendo que se está cometiendo, es decir, ¿Esta herramienta que le propongo, podría servir para que haya una mayor eficiencia en la cooperación?

Dra. Thania Moreno: Por supuesto, existe por decirle la red de fiscales contra la trata así tenemos la red incluso tenemos la conexión vía WhatsApp, entonces podemos decir mira lo que me están denunciando que hay un evento que se produce en Quito en la calle Amazonas y Juan León Mera, por ejemplo, existe en realidad esa dirección ante lo cual se dice envíame una persona y a través de eso ya podemos tener información que obviamente sea validada y pueda ser analizada y valorada por los jueces y que esté previsto dentro de lo que es la parte formal.

Oswaldo Salgado: Y si todo lo tendríamos en las cámaras de video vigilancia y está filmado, cambiando obviamente la normativa, ¿Necesitamos hacer papeleos?

Dra. Thania Moreno: Un montón, yo le pongo algo del testimonio anticipado por decirlo, nosotros si tenemos esa figura del testimonio anticipado, pero no lo tiene Perú, tal vez esa diligencia que yo hice acá no le va a servir a la normativa de Perú.

Oswaldo Salgado: Es decir que ¿Tenemos que afinar la normativa?

Dra. Thania Moreno: Exacto al menos en crimen organizado y eso será el primer baluarte generar la normativa regional.

Oswaldo Salgado: ¿En otros temas es imposible de conseguir?

Dra. Thania Moreno: Exactamente porque claro a veces hay los nacionalismos, no sé si son buenos o malos en determinadas cosas, pero el crimen organizado es lo que nos afecta a la impunidad como comunidad internacional.

Oswaldo Salgado: ¿Qué opina usted de la corte penal suramericana que planteó Ecuador y que esta fallida?

Dra. Thania Moreno: Yo pienso que el fondo de los proyectos que justamente se trabajó, el plus, sería la Corte, yo eso lo

presentaré, es mi experiencia y eso digo alguien que escuche mi experiencia para hacer cosas buenas, por eso es que me alegra mucho a finales de esto con la experiencia que yo he tenido se llegue a conseguir cosas muy buenas para la comunidad. Entonces si efectivamente nosotros lo planeamos, tal vez sea mejor pulirlo porque a veces no se pide a la parte operativa, o sea lo presentaron como una idea que es buena por lo que le he mencionado en este momento, pero si es importante ver como se lo presentó tal vez pulirlo, pero yo estoy de acuerdo que se creen jueces al menos regionales que tenemos en la CAN y se sancione por decir la parte administrativa las empresas y todo. Yo pienso que eso es bueno.

Entonces esa es la motivación para aplicarlo dentro de lo que es crimen organizado, si conseguimos ya me siento realizada con la experiencia que se ha tenido, con las falencias y con los aciertos, lograr algo bueno yo pienso que eso es muy útil.

Oswaldo Salgado: ¿No cree que uno de los problemas de fondo es no considerar la realidad y cultura de Brasil que no es afecto a tener un órgano supranacional, como la Corte Penal Suramericana?

Dra. Thania Moreno: Exacto yo digo bueno imagínese y eso creo que ha pasado con algunos países por eso yo le decía si al menos lograríamos Ecuador, Perú y Colombia ya es bastante, por lo menos tener fiscales y siempre también considero si no tenemos el juez, estamos como en una mesa sin una pata.

Oswaldo Salgado: ¿No cree que el primer ámbito de pulir, es la cooperación penal suramericana y en un escenario posterior, afinando normativa debería pensarse en la Corte Penal para que proceda?

Dra. Thania Moreno: Claro eso planteamos primero hay que ajustar la normativa primero tenemos que sentarnos sobre todo los operativos a dialogar y ahí si sacar el proyecto porque si este rato digo la corte penal no si es bueno, pero como usted dice mi constitución no me lo permite entonces primero los operativos de policía quienes son un grupo o sea son millones de cosas.

ANEXO 2: ENTREVISTA AL COM. PPAL. D. M. JAVIER PEÑA ECHEVERRÍA

El Com. Ppal. D. M. Javier Peña Echeverría, de nacionalidad española, es uno de los más connotados expertos españoles que ha trabajado en el área de la policía judicial, habiendo llegado a ser su máximo jefe y por su gran trayectoria es docente de la Universidad de Salamanca de cursos de posgrado.

La entrevista la hicimos vía telefónica y la grabamos para luego transcribirla.

Oswaldo Salgado: Usted es experto en España y Europa, entonces tomemos las ideas de allá, nosotros quisiéramos saber en su opinión y criterio ¿Cuáles son los aspectos que hacen que la cooperación penal en materia de delitos transnacionales que sean obsoletos, ineficientes o nada ágiles y que de alguna manera no respondan de mejor manera para enfrentar la delincuencia transnacional organizada?

Com. Ppal. D. M. Javier Peña Echeverría: Fundamentalmente uno de los grandes problemas que nos encontramos siempre son los distintos códigos procesales, muchas veces más que los penales, la valoración de las pruebas, la obtención de los registros, las dificultades que se hace de unos países a otros o simplemente las preventas de las diferencias en la obtención de datos, de registros, incluso el funcionamiento del país en cuanto a su forma de registrar las empresas, todo eso es lo que generalmente lo enlentece muchísimo, y hace que muchísimas cosas fracasen por que ciertos países no aceptan procesalmente el pedido de otros países si no es a través de mecanismos muy complejos fundamentalmente muy lentos.

Oswaldo Salgado: Frente a eso, ¿Qué cree que debe plantearse para que desaparezca esta burocracia y esa ineficiencia, qué herramientas y acciones debería tomarse para una mayor eficiencia?

Com. Ppal. D. M. Javier Peña Echeverría: Aquí algo que está dando un resultado aceptable ha sido las unidades judiciales, es decir, la red judicial europea para todos los países de la unión. Tenemos jueces para crimen organizado que están posicionados en la unión, es decir, responden de lo que necesitan jueces de otros países desde España, o en este caso lo que un juez español puede necesitar en Alemania. Hay una red ahora que se denominó en su momento cuando nació a principios de los 2000 Eurojust pero que ahora está muy desarrollada y se están logrando un intercambio muy ágil en muchísimas cosas, a través también de algunas herramientas legislativas comunitarias, pero aquí en la unión europea la mayor ventaja que tenemos es que lo que dispone la unión aunque da unos años es de obligado cumplimiento para los 28 países con lo cual los jueces han ayudado a que la armonización legislativa que ya existe, sea infinitamente más eficaz, pero seguimos teniendo tremendísimos problemas por ejemplo con todo el este de Europa, entonces tenemos armonización legislativa ya no total sino siquiera parcial y por supuesto no tenemos esta intente con los jueces, pero los espacios como puede ser todo el cono sur ahí sí se puede llegar a intentos mucho más fáciles a través de herramientas o de grupos supranacionales aquí policialmente Europol también está funcionando. Todo lo que pide Europol lo tienen que aceptar los 28 países legislativamente con lo cual es la combinación de las dos acciones la que nos hace mejorar pero por mucho que se intenta yo siempre digo que me preocupa más la armonización procesal que la penal, para el trabajo policial es mucho más importante la consecución de la fuerza en la acusación que la condena tenga 2, 3 o 5 años, lo importante es lograr la resolución, la identificación y la condena y no tanto los años de condena que se tenga.

Oswaldo Salgado: Claro lo más importante es que no haya impunidad, en definitiva, ¿Es verdad?

Com. Ppal. D. M. Javier Peña Echeverría: Efectivamente eso es lo más importante.

Oswaldo Salgado: Y con su experiencia, bastante importante que han tenido en Europa. ¿Usted cree que sea conveniente plantear en Suramérica la creación de una Corte Penal Suramericana cuando ni siquiera existe en Suramérica un proceso de integración supranacional?

Com. Ppal. D. M. Javier Peña Echeverría: Sería complicado lógicamente aquí también pues los tribunales de la unión han armonizado mucho lo que es la legislación lógicamente estoy totalmente de acuerdo que sería complicado sobre todo como muy bien dice cuando no se han armonizado cosas mucho más sencillas en otros lados y que los estados vayan a dejar parte de su independencia en manos de órganos supra territoriales y muchas más pues de uno de los fundamentos del estado que es la justicia, dejar unos de los tres poderes es muy complicado.

Oswaldo Salgado: ¿No deberíamos más bien trabajar en una instancia similar al Eurojust, que es por donde deberíamos empezar?

Com. Ppal. D. M. Javier Peña Echeverría: Efectivamente sería lo primero, por ejemplo, a la gente hay que darle respuestas para la delincuencia organizada transnacional, porque no se trata del que haya robado una casa en un pueblo y se halla en un país, sea un problema que huye, tendría que ser la lucha judicial, la red judicial solo para la delincuencia transnacional organizada y delitos conexos, realmente el problema grave que afecta la integridad y al funcionamiento de los estados.

Oswaldo Salgado: Le quedamos muy agradecidos, este es el primer intento de un primer avance investigativo, le hemos de volver a molestar en una nueva oportunidad y agradecemos infinitamente su valiosa colaboración.

Com. Ppal. D. M. Javier Peña Echeverría: Siempre a las órdenes, estimado Dr. Salgado.

ANEXO 3:

ENTREVISTA AL DR. ANDRÉS VILLEGAS PICO

El Doctor Andrés Villegas Pico, es de nacionalidad ecuatoriana, especialista en derecho penal, docente universitario, Magíster en Ciencias Penales y Criminología, actualmente realiza un doctorado en Derecho y Gobernanza Global con la Universidad de Salamanca.

Oswaldo Salgado: Este momento estamos con el Dr. Andrés Villegas un destacado jurisconsulto de la materia penal muy conocido en la ciudad de Guayaquil- Ecuador, el Doctor Andrés Villegas es una persona que se dedica a la docencia y la investigación en el área penal. Está cursando actualmente un doctorado en esta temática en la universidad de Salamanca, sin más y agradeciéndole su tiempo Doctor Villegas por ayudarnos con sus criterios esta entrevista, queremos conocer su criterio en primer lugar doctor vamos a hacer un análisis relacionado con la asistencia penal internacional de la delincuencia organizada transnacional en la Unión de Naciones Sudamericanas frente a esto la primera pregunta es:

¿Cuáles son los principales instrumentos internacionales que en su criterio permiten una cooperación o asistencia penal mutua para enfrentar la Delincuencia Organizada Transnacional?

Dr. Andrés Villegas: Bien respondiendo a su primera pregunta considero que el Tratado de Palermo contra la delincuencia organizada, sería el instrumento principal para combatir esta clase de delincuencia.

Oswaldo Salgado: Estas cooperaciones internacionales en la práctica ¿qué dificultades tienen, por qué no son muy eficientes?, ¿cuáles son las razones?

Dr. Andrés Villegas: Bueno una de las principales razones que dificultan el combate de la delincuencia organizada es la

lentitud de respuesta de los órganos jurisdiccionales de las legislaciones de cada país, los últimos eventos que han ocurrido en Latinoamérica, específicamente en el caso Odebrecht, han demostrado definitivamente que los sistemas penales no funcionan con la misma velocidad en los diferentes países, es así que si uno analiza el estado de las causas de las investigaciones, pese a tratarse hechos relacionados vemos como el desarrollo de los procesos no son los mismos en cada país, al parecer hay una traba que pueden explicarse por el exceso de burocracia o la no utilización de herramientas que permitan una comunicación más fluida.

Oswaldo Salgado: En cambio el delincuente organizado tiene toda la tecnología, no son burocráticos y tienen una mayor eficiencia, entonces hay una disparidad significativa, ¿Considera usted que no es equilibrado?

Dr. Andrés Villegas: Es correcto, me parece que el criterio es muy ajustado a la realidad, mientras los sistemas penales andan a una velocidad bastante débil, para hacer un símil la delincuencia organizada anda a altísima velocidad, significa que muy probablemente la delincuencia organizada está utilizando tecnología de última generación.

Oswaldo Salgado: ¿Qué herramientas considera usted deberían ser implementadas para que haya una mayor eficiencia y efectividad en el combate contra la delincuencia transnacional?

Dr. Andrés Villegas: Uno de los aspectos que considero que son deficientes son la falta de comunicación, como la fluidez de la comunicación entre las autoridades judiciales, entre los países sobre todo de Latinoamérica. Por otro lado, es una herramienta importante y podría ser integrar las plataformas judiciales al poder acceder a la tecnología. No se entiende como actualmente podemos esperar que las decisiones de las autoridades judiciales necesariamente tengan que ser comunicadas mediante escritos, cuando hoy sabemos que podemos comunicarnos mucho más fluidamente mediante otras vías, mediante el internet, a través

de las telecomunicaciones, entonces ese es un aspecto, yo creo que el otro aspecto es un manejo eminentemente técnicos de los problemas delictivos, o sea sacar cualquier tipo de aspecto político al tratamiento judicial de la delincuencia hacia la esfera de lo técnico y jurídico, o sea que debería tratarse el combate a la delincuencia organizada no como una bandera política, sino como una bandera técnica, eso creo que va a desembarazar un poco la investigación, probablemente en casos futuros que ocurran tener resultados de manera más rápida.

Oswaldo Salgado: Usted habrá escuchado que Ecuador propuso la creación de una Corte Penal Suramericana, pero fracasó, ¿Por qué cree usted que este intento de querer tener en Suramérica una Corte Penal Suramericana para enfrentar justamente la delincuencia transnacional organizada, no prosperó?

Dr. Andrés Villegas: Yo no descartaría ni descalificaría la opción de tener una Corte Penal Latinoamericana, de ninguna manera, me parece una idea que podríamos ponerla en el debate público, deberíamos debatirlo, como país y como comunidad, yo no descartaría pongamos como ejemplo a Europa, en donde hay más diversidad cultural, o por ejemplo la Corte Penal Internacional, en Latinoamérica tenemos muchas más similitudes que diferencias por eso yo no descartaría la creación de esta corte.

Oswaldo Salgado: ¿Por qué no se dio, por qué fracasó?

Dr. Andrés Villegas: Bueno podrían ser muchas las lecturas del fracaso, pero recordemos que el nacimiento de una corte sería eminentemente político, entonces realmente más que haber fracasado no fue técnicamente, realmente fracasó políticamente.

Oswaldo Salgado: ¿Usted cómo cree que puede ser viable una corte penal suramericana, si las normas penales de los países suramericanos no son iguales, las penas no son las mismas, entonces cómo puede aplicarse un delito y una pena que no son comunes aún en Suramérica?

Dr. Andrés Villegas: Tal vez sea relativo porque en el caso de la delincuencia organizada es un delito tanto en Ecuador como en Perú, en Colombia, Venezuela y el resto de países, posiblemente cambien ciertos elementos del tipo penal de la delincuencia organizada así como la gravedad de la pena, como nace una corte supranacional a raíz de un convenio, a raíz de un tratado, entonces el tratado será el que justifique el criterio así nació la Corte Penal Internacional, por ejemplo está tipificado el delito de Genocidio que se hizo se unificó el criterio.

Oswaldo Salgado: Por eso aquí se hizo la propuesta de un tratado común en Suramérica y se buscó a la UNASUR para que manejen el tema, a través de los consejos sectoriales y Brasil no aceptó porque no le interesa tener un organismo supranacional y el único apoyo que medio tuvo de los 12 países fue de Colombia, solo dos querían sacar la Corte y los demás no estaban de acuerdo, entonces no es que no hubo la intención. Se preparó el borrador y todo el problema es que los países no aceptaron, y es un órgano político en el que están los representantes de los órganos de todos los ministerios pertinentes a la función correspondientes, es decir que no se ha tratado, sino que más bien no hay la decisión porque la objeción es desde el punto de vista es que no hay norma común, no hay pena común que hay que hacer primero unificar la norma, entonces tampoco es político no más, sino técnico. ¿Qué opinión tiene usted?

Dr. Andrés Villegas: La decisión de crear un organismo supranacional definitivamente es política, en cuanto a lo técnico para eso están los tratados para unificar criterios, si pensáramos que por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional vemos como defienden a los derechos humanos y el combate a la más extrema delincuencia que es la que conoce la Corte Penal Internacional, es posible técnicamente.

Oswaldo Salgado: Pero porque está tipificado en la Convención, acá en cambio, no se puede porque los países no están

todavía maduros para unificar los tipos penales ni tampoco la graduación de las penas.

Dr. Andrés Villegas: Bueno es un tema que definitivamente está en el debate.

Oswaldo Salgado: Para concluir, en UNASUR existe desde 2012 el Consejo Suramericano en materia de Seguridad Ciudadana de Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional, este es un órgano que pertenece a la UNASUR y están todos los delegados de los 12 países miembros que tienen vinculación con la delincuencia organizada transnacional.

¿Usted cree que este sería el espacio justamente para que se empiece a armonizar las normas y de ahí pueda nacer los ajustes legales y de esa coordinación se daría en algún momento los presupuestos para la creación de la Corte Penal Suramericana?

Dr. Andrés Villegas: Por supuesto, algo tan importante como un organismo supranacional como una corte no nace de la noche a la mañana, el primer paso considero yo que es la cooperación, es lo indispensable y el Consejo de UNASUR es un espacio idóneo para perfeccionar una fluida cooperación entre las naciones hermanas suramericanas.

Oswaldo Salgado: Muchísimas gracias, estimado Dr. Andrés Villegas por sus valiosos aportes.

ANEXO 4: ENTREVISTA AL DR. MAURICIO PACHECO

El Doctor Mauricio Pacheco, es de nacionalidad ecuatoriana, docente de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador, especialista y máster en el ámbito penal y es doctor PhD por la Universidad de Salamanca en temas penales, con mucha experiencia y conocimientos. Investigador y autor de varias publicaciones y ensayos.

Oswaldo Salgado: Usted como académico e investigador, ¿Qué convenios o tratados considera que facilitan la cooperación o la asistencia internacional?

Dr. Mauricio Pacheco: Bueno el único tratado de referencia el primordial es el de Palermo, es un convenio internacional en el cual todos los países han desarrollado ciertas normativas, ciertos convenios menores, ciertos pactos de cooperación. En Latinoamérica hay algunos convenios de facilitación investigativa de procesos judiciales relacionados con el lavado de activos, más que como procesos penales es la facilitación de la obtención de información especializada muy clasificada, de ciertas encriptaciones legales, administrativas y eso lógicamente ha impedido un tratamiento mucho más eficaz, por lo que no se ha hecho seguimientos con relación a eso, y la cooperación de los países es lógicamente fundamental, lastimosamente como esto es una mesa de tres patas, la una pata que viene de los bancos, de las empresas privadas la parte del sector financiero privado es el que más reticencia ha puesto en materia de cooperación.

Oswaldo Salgado: Hablando desde el punto de vista de su conocimiento y experiencia, respecto de las dificultades reales que existen en esa cooperación o en esa asistencia penal a nivel general internacional, primero y luego específicamente en Suramérica ¿Cuáles serían los elementos que podrían enlistarlos y analizarlos brevemente?

Dr. Mauricio Pacheco: Bueno el primero siempre es la obtención de información y el excesivo trámite administrativo que siempre se requiere, pero que ha desplegado una actividad importante para facilitar y simplificar el procedimiento de la cooperación, GAFI ha ganado cierta representatividad de prestigio en los países generalmente quieren estar a tono con las políticas del GAFI eso es un instrumento mucho más efectivo que las propias decisiones de política interna que tienen los países.

Oswaldo Salgado: Hay dificultades, pero es por falta de co-

municación o de respuesta, ¿Qué es, o cómo podemos desmenuzar en concreto esas situaciones que dan un nivel de ineficiencia de cooperación suramericana o penal internacional?

Dr. Mauricio Pacheco: Claro ya digo la principal es la falta de obtención de información rápida, oportuna que normalmente suelen decir, esta información rápida y oportuna es la que no se puede obtener de manera inmediata.

Oswaldo Salgado: ¿Cuáles son las herramientas para que se haga más ágil?

Dr. Mauricio Pacheco: Lo que sería es un sistema de verificación en cada uno de los países en este tipo de cooperación judicial para que se encarguen ellos de la gestión, es un problema de gestión el problema normativo ya está dado el problema es la gestión y si se facilita la gestión lógicamente se va a facilitar los procesos.

Oswaldo Salgado: Por ejemplo, en lugar de mandar vía correo formal a través de las relaciones diplomáticas, ¿Sería online directamente con plataforma esa podría ser una herramienta que mejore?

Dr. Mauricio Pacheco: Por supuesto, pero el seguimiento es importante, porque no es porque se cambia de un sistema de papeleo a un sistema electrónico no va a hacer mucho más rápido igual se estará en la lista de espera si no hay la voluntad administrativa, la voluntad política de colaborar.

Oswaldo Salgado: Porque existen casi en todos los países de Suramérica la suscripción, por ejemplo, el convenio de Palermo excepto dos países que son Surinam y Guyana, entonces hay la normativa que faltaría para que esto se cubra y ejecute, ¿Por qué sería discrecional de los grupos o funcionarios burocráticos?

Dr. Mauricio Pacheco: Es traer a mesa de nuevo la discusión de que no quieran colaborar, incluso el lavado de activos que ha adquirido ya nuevas dimensiones a nivel internacional, necesario por cuestiones de facilitación por cuestiones de política normalmente a veces suelen organizarse conferencias latinoamericanas para extraerse de ahí algún tipo de compromiso y volver a reactivar un poco más de vigencia nuevamente a estos tratados que ya tienen algunos años y que han dado resultados, hay un combate al lavado de activos si hay un combate, pero hay mucho más, porque las exigencias del propio delito de lavado de activos han desbordado ya las capacidades investigativas institucionales incluso legales.

Oswaldo Salgado: ¿Quiénes cometen delitos tienen mayores herramientas tecnológicas?

Dr. Mauricio Pacheco: Por supuesto, en el flujo de lavado de activos latinoamericano estamos calculando se lavan cerca de ochocientos mil millones de dólares, proveniente del narcotráfico en América incluido Estados Unidos, entonces dónde se queda más del 80% de este dinero y el 20% a las economías latinoamericanas que es lo que queda más o menos y en las instituciones financieras bancarias. Calculo el 75% porque el resto ya no tienen las instituciones financieras, pero quién tiene la operación inmediata es Estados Unidos, que si no colabora en ese sentido no hay posibilidades de efectividad.

Oswaldo Salgado: Para concluir, ¿Qué opinión tiene de la Corte Penal Suramericana que se quiso implantar en Suramérica como propuesta del gobierno ecuatoriano?

Dr. Mauricio Pacheco: Yo dudo mucho que una corte de esa naturaleza pueda tener algún tipo de futuro porque se comenzó desde una situación demasiado politizada, no se puede politizar desde una visión norte-sur, la justicia no está dentro. La justicia debe ser mucho más transversal, debe tener otros parámetros de construcción un sistema judicial interamericano la

misma Corte Interamericana de los derechos Humanos que ha sido un icono despolitizado de administración de justicia interestatal donde los individuos adquieren cierta importancia contra el Estado ha sido puesta en tela de duda para pretender dar paso, dependiendo el sesgo ideológico de otros países.

Oswaldo Salgado: Si superamos el tema ideológico - político ¿Qué problemas técnicos también tendría porque en la región existen diferentes normas penales, delitos y castigos o sanciones?

Dr. Mauricio Pacheco: Por supuesto, ni siquiera hay un proyecto de unificación legislativa, el único intento en materia penal, por ejemplo, fueron los modelos de códigos penales que igual tenían su cierto sesgo que necesitaban ser actualizados porque fue demasiado casualista- finalista en comparación con los actuales que han evolucionado a sistemas más garantistas.

Oswaldo Salgado: Hablando de cultura porque no todos los países están de acuerdo en tener un órgano supranacional como la Corte Penal Suramericana. ¿Qué opina usted?

Dr. Mauricio Pacheco: En donde más ha existido tipo de uniformidad ha sido en materia penal, aun en materia penal nos encontramos en temas como culpabilidad constitucional que tienen parámetros diferentes en cada uno de los países, sin contar con las diferencias de las funciones y a la finalidad de la pena, cual es la finalidad de la pena en Ecuador, cual es la finalidad de la pena en Colombia, cada quien tiene sus diferentes visiones porque construyen el derecho penal desde la pena y la finalidad de la pena.

Oswaldo Salgado: ¿Cómo aplicaría la pena la Corte?

Dr. Mauricio Pacheco: Lastimosamente lo único que podemos hacer es remitirnos a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos y estamos prácticamente bailando en el mismo círculo.

Oswaldo Salgado: Pero la Corte IDH, ¿Tiene competencias para temas de carácter penal?

Dr. Mauricio Pacheco: Penal podría hacerse un vulgarismo general organizado como los Estados Americanos que da un marco de cierta neutralidad a las decisiones que tome la Comisión como la Corte.

Oswaldo Salgado: Muchísimas gracias por los valiosos criterios vertidos.

ANEXO 5:

PREGUNTAS QUE FUERON REALIZADAS A LOS EXPERTOS ENCUESTADOS DE LOS PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS UNASUR

Información general de los expertos en asistencia penal internacional de la delincuencia organizada transnacional en la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

No se conocerán las identidades de los expertos, sólo sus respuestas.

Las preguntas fueron las siguientes:

1) GENERALES:

a) Sexo:

- Masculino.
- Femenino.

b) Edad (en años):

c) Nacionalidad:

d) La realidad de qué países miembros de UNASUR conoce está vinculado:

- Argentina.
- Bolivia.
- Brasil.
- Chile.

- Colombia.
- Ecuador.
- Guyana.
- Paraguay.
- Perú.
- Suriname.
- Uruguay.
- Venezuela.

e) ¿A qué grupo de experticia, está usted vinculado y/o conoce?:

- Jueces, magistrados y/u operadores de justicia.
- Abogados, académicos y/o investigadores de justicia.
- Usuarios, países miembros, órganos facilitadores y ciudadanos en general.

2) Información específica, las sub-preguntas fueron cinco, que nos faciliten cumplir los objetivos generales y específicos de la presente investigación:

Preguntas específicas para los expertos en asistencia penal internacional de la delincuencia organizada transnacional en la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR).

Por favor responda con apego a sus criterios y experiencias.

Sobre los instrumentos internacionales que permiten se de una cooperación o asistencia penal mutua a nivel transnacional y sus herramientas tradicionales y las que le darían mayor efectividad.

a)- ¿Cuáles son los principales instrumentos internacionales que en su criterio permiten una cooperación o asistencia penal mutua, para enfrentar la delincuencia organizada transnacional?

- La Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal (Nassau, 1992).
- La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia

Organizada Transnacional (CNUDOT, Palermo-2000).

- El Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños (PTPEMN), que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- El Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire (PTIMxTMA) que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- La Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (VIENA 1988).
- La Convención Interamericana Contra La Corrupción; y, la Convención de las Naciones Unidas Contra La Corrupción (MÉRIDA 2003).
- El Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.
- Otro:.....

b)- ¿Qué dificultades reales existen en la práctica cuando se trata de aplicar la asistencia penal judicial recíproca a nivel de los países miembros de UNASUR? (Art. 18 de la Convención de Palermo).

- Demora en la tramitación de la solicitud de la diligencia de cooperación por el país requirente.
- Demora en la respuesta por parte del país requerido sobre la diligencia de cooperación.
- Uso de herramientas tradicionales para la solicitud y envío de información, como el correo tradicional, la recepción in

situ de los testimonios sin el uso del vídeo conferencia, entre otros.

- Poca colaboración en la ejecución de diligencias prácticas como inspecciones e incautaciones y embargos preventivos.
- Uso de procedimientos muy formalistas y tradicionales que no se compadecen con las de última tecnología que utilizan las organizaciones criminales transnacionales.
- Conflicto entre las normativas que no permiten una conducta uniforme y se divaga en la cooperación.
- Otra:.....

c)- ¿Qué herramientas y/o mecanismos prácticos se deberían aplicar para que la asistencia penal judicial recíproca a nivel de los países miembros de UNASUR, sea efectiva?

- Uso de plataformas informáticas con seguridades en donde se comparta la información que se requiera en línea y sin dilaciones.
- Uso de las tecnologías de información y comunicación tanto para la coordinación interna de los países, como entre los países miembros de UNASUR.
- Uso del vídeo conferencia para que puedan testificar o declarar desde otros países al país requirente.
- Una colaboración efectiva en la ejecución de diligencias prácticas como inspecciones e incautaciones y embargos preventivos.
- Uso de procedimientos sin mayores formalismos y modernos que se compadezcan con las de última tecnología que utilizan las organizaciones criminales transnacionales.
- Armonización de las normativas y protocolos que permitan una conducta uniforme y no se divague en la cooperación.
- Unificar los tipos penales de la región suramericana.

- Armonizar la graduación de las penas en los países miembros de UNASUR.
- Otra:.....

d) ¿Qué opina usted del proyecto de la creación de la Corte Penal Suramericana que se quería implantar sin tener una armonización de los tipos penales, ni de una graduación de las penas y sin la cultura supranacional de algunos países como Brasil?

- No es posible ni factible.
- Si es posible y factible.
- Otra:.....

e)- En el año 2012, se creó el Consejo Suramericano en materia de Seguridad Ciudadana, Justicia y Coordinación de Acciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional de la UNASUR, que está conformado por los titulares de las carteras de estado especializadas de cada País miembro.

¿Considera usted que este órgano debería aglutinar las políticas y acciones que conduzcan a una mayor eficiencia de la cooperación entre los Países miembros, para combatir la delincuencia organizada transnacional?

- Si.
- No.
- Otro:.....



LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO APLICADA A LOS CONVENIOS INTERNACIONALES Y AL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO. SU INFLUENCIA EN LA PREVENCIÓN Y ERRADICACIÓN.

Autor: Dra. Janetsy Gutiérrez Proenza³⁰

RESUMEN

El presente trabajo aborda la problemática de la violencia intrafamiliar y de género desde una aproximación de análisis en la aplicación y eficacia de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y la incorporación de los mismos al ordenamiento jurídico ecuatoriano. Destacar los retos que implica la erradicación de la violencia intrafamiliar y de género, no sólo corresponde a una concepción jurídica del tema, sino social y así lo destacan numerosos estudios, sin embargo; el primer frente a estos problemas sociales en muchas ocasiones se encuentra en la administración de justicia, pues la misma constituye una de las facetas fundamentales para hacer respetar y proteger los derechos violados. La correcta aplicación de los convenios y tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno ecuatoriano, permite -unido a otras acciones- mitigar y disminuir la violación de los derechos de las mujeres históricamente invisibilizados. La proposición de los argumentos jurídicos, que consoliden la necesaria solidez en la solución y resolución jurídica de casos de violencia de género, debe hacerse desde los convenios y tratados internacionales, debe fomentarse en el derecho internacional de derechos humanos y en armonía con la ley interna.

30.- Catedrática de Derecho Pen de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Palabras claves: violencia intrafamiliar y de género; convenios y tratados internacionales, ordenamiento jurídico interno; prevención y erradicación.

1.- INTRODUCCIÓN

La violencia de género es una de las manifestaciones más claras de discriminación. Si se trata de la mujer, concurre como un velo transparente ante lo cotidiano, marcado por la relación de poder y subordinación que han sufrido las mujeres ante los hombres en una sociedad constituida como "patriarcal". La violencia contra la mujer es considerada uno de los crímenes más silenciados en el mundo y la manifestación más brutal de las desigualdades entre hombres y mujeres.

Es un problema que traspasa fronteras, que se visibiliza en todos los países del mundo, y que tiene como factor común las experiencias de maltrato más allá de los orígenes, culturas, lenguas y costumbres. La violencia "es una estrategia de relación aprendida, no innata", ³¹ que se refleja como un fenómeno social de dimensión mundial.

La violencia de género forja consecuencias que no sólo repercuten en el ámbito de la mujer; el niño que se desarrolla en ambientes como éstos, crece con la falsa creencia de la supletoriedad del sexo, y del uso y disfrute de la mujer como instrumento que le sirve a sus propósitos existenciales; así mismo con las niñas, quienes por el contrario pierden todo sentido a la autovvaloración y se establecen patrones usuales de inferioridad, como si "esas conductas" fueran lo que nos tocara vivir como mujeres agregadas socialmente a los designios de los hombres.

Sin embargo, la existencia y reconocimiento de esta situación marcará un antes y un después en la concepción legal y social de los derechos de las mujeres. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena supuso el reconocimiento de los

31.- Junta de Galicia. España. ¿Qué es la violencia de Género?

derechos de las mujeres como Derechos Humanos, posteriormente, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), en su recomendación general n° 19, afirmaba, en 1993, que "La Violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre" y 1995, en el seno de Naciones Unidas se reconoce que la violencia de género se constituye como uno de los principales obstáculos para el abordaje de la libertad, el desarrollo y el disfrute de los derechos de la Mujer. En 1999, la Asamblea General de las ONU declaró al 25 de noviembre como Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer. La fecha recuerda el asesinato de las hermanas Mirabal, tres activistas dominicanas.

Tomando como crónica las cavilaciones internacionales en torno a la violencia de género, y desde el convencimiento de la necesidad de una lucha activa en todos los ámbitos: sociales, políticos, económicos y culturales, que permita la superación de los actuales obstáculos que dificultan o imposibilitan la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, se instituye un reto, y es la eliminación total de la violencia de género, con un advenimiento de la igualdad de oportunidades, condiciones y derechos de la mujer frente al hombre. La Constitución de la República, el Código Orgánico Integral Penal, así como otras normas han reconocido y protegen los derechos de las mujeres ante la violencia de género.

Pero la implementación de leyes y normativas no es suficiente para erradicar esta práctica, pues las diferencias creadas en torno a las relaciones entre hombres y mujeres, no nacen con el sexo o la ley, se implantan en las relaciones sociales y culturales llegando a bautizarse como "diferencias naturales" "roles sociales" y "verdades absolutas". Por ello, como problema social implica no sólo una visibilización del mismo, sino también una nueva forma de abordar su explicación.

El primer paso para afrontar el reto de la erradicación de la violencia de género es aprender a detectarla. La violencia de género suele manifestarse como agresión verbal en sus formas más encubiertas. Las políticas públicas han contribuido en hacer manifiesta esta problemática, lo que ha ayudado a concienciar a la sociedad y a que las mujeres maltratadas no mantengan el silencio y denuncien su situación.

Se ha avanzado en estas acciones, por cuanto ya no se refleja en ellas a las mujeres como víctimas (generalmente imágenes de mujeres golpeadas) acentuando los estereotipos que identifican las mujeres como seres siempre dependientes que no pueden actuar por ellas mismas. En la mayoría se logra un impacto emocional que bloquea cognitivamente al espectador y provoca, en ocasiones, un efecto contrario al que pretendían.

Las leyes y las políticas públicas no deben perder de vista que su objetivo fundamental radica en concientizar a la sociedad y erradicar la violencia de género, con independencia de la penalidad o coercitividad con que se impongan, la prevención y erradicación es el eje fundamental de cualquier normativa o acción gubernamental. En muchas ocasiones se pierden de este objetivo, y lo que se consigue, sin embargo, es una notoriedad pública y mediática, radicada en la polémica del propio desenlace en los casos observados ¿realmente se logra un auténtico debate de la violencia de género? ¿Se alcanza realmente a identificar las causas de la violencia de género? ¿Se logra fomentar una cultura de respeto e igualdad entre hombres y mujeres?

Las instituciones tanto públicas como privadas que aborden el tema deben tener presente que son responsables del tipo de imagen de la mujer que están ayudando a configurar en el imaginario colectivo a través de las representaciones que hacen de ella en sus cometidos. En definitiva, a mi modesto criterio, no se profundiza en el origen del problema, lo que hace difícil que se produzca un cambio cultural y social real que de por terminada la

violencia de género. Un ejemplo de tantos, lo constituye recientemente una valla publicitaria establecida en la ciudad de Loja, en la que se muestra a una mujer sosteniendo una carne cruda junto a la frase "tenemos el mismo sabor", esta noticia denunciada en el medio de EL UNIVERSO³² es una muestra de una publicidad que incurre en estereotipos acentuados vinculados a la imagen de la mujer.

La violencia de género no es privativa de un grupo social, ético, cultural o económico, y las campañas publicitarias han de realizar un análisis de los dispositivos culturales que subyacen en la estructura violenta de nuestras sociedades para aportar nuevos enfoques a la manera en cómo se está estudiando la construcción de ese dominante y casi hegemónico imaginario social violento que, como vemos, tiene a las mujeres como un recurso de uso fácil. Hay que considerar no sólo ¿qué es? lo que estratégicamente se pone en escena del discurso publicitario, sino ¿qué es? lo que se proyecta por parte de las audiencias ante él.

Sin tener en cuenta la raza, las estadísticas sobre la situación de la mujer en el mundo indican que aún queda mucho por hacer para que la mujer logre la igualdad con el hombre. Según un informe dado a conocer recientemente por el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), la situación de la mujer no ha mejorado suficientemente en relación con los principales indicadores que miden el progreso alcanzado en el logro de la igualdad entre los géneros y la plena participación de la mujer. La tasa de alfabetización entre las mujeres a escala mundial es del 71,4%, en contraste con el 83,7% entre los hombres. De los 960 millones de adultos analfabetos, las dos terceras partes son mujeres. La brecha entre los géneros en materia de ingresos persiste, y las mujeres que trabajan en los sectores de la industria y los servicios perciben, como promedio, el 78% de lo que ganan los hombres empleados en esos mismos

32.- <http://www.eluniverso.com/noticias/2017/09/12/nota/6377905/valla-publicitaria-loja-desata-criticas-contra-tienda-carne>s

sectores. La participación de la mujer en cargos de toma de decisiones alcanzó el 30% únicamente en 28 países en el decenio de 1990. Por otra parte, las mujeres constituyen el 70% de los 1.300 millones de personas que viven en la pobreza.³³

2.- LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES Y SU APLICACIÓN.

Muchos son los instrumentos jurídicos internacionales que se han establecido en materia de violencia intrafamiliar y de género. La historia conlleva a que la violencia de género e intrafamiliar sea desarrollada a partir del advenimiento de los derechos humanos como el bloque constitucionalista de los derechos; sin embargo, el propio origen del concepto de derechos humanos vistos y planteados desde Jean Jacques Rousseau como la necesidad de la existencia de una igualdad entre hombres quienes deben someter su voluntad individual a la voluntad del colectivo, con el objeto de alcanzar el bienestar para todos, y que constituye sin duda alguna uno de los logros más importantes en el siglo XVIII, es en su nacimiento insuficiente pues las "declaraciones" hablaban de los "Derechos de los Hombres" excluyendo a las mujeres. Para este filósofo el hecho de que la mujer obedeciera al hombre formaba parte del orden natural. Escribió que «las mujeres hacen mal en quejarse de la desigualdad de las leyes humanas» y defendió que «cuando la mujer intenta usurpar nuestros derechos, se muestra inferior a nosotros».³⁴

No obstante, a la época planteada y que ha de analizarse en su contexto, no se puede negar el valor que debe atribuirse a los instrumentos internacionales, los que paulatinamente se han agregado como una fuente fundamental del derecho en la legislación interna de los Estados. En relación a ello hay Esta-

33.- Conferencia Mundial sobre el racismo. En la encrucijada de la doble discriminación, por motivo del género y racial. <http://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/gender.htm>

34.- Derecho de las mujeres. Wikipedia https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_de_la_mujer

dos que le atribuyen un valor jerárquico superior al de las demás normas legales del ordenamiento jurídico, pero en todo caso subordinados a la Constitución, otros en cambio, desarrollan una legislación especial para reconocerle valor de norma interna y obligatoria. Ecuador ha ratificado la mayoría de los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos; varios de éstos protegen o contienen disposiciones protectoras de derechos directamente relacionados con la violencia intrafamiliar y de género.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante DUDH) de 1948, y que fue el primer compromiso internacional adoptado por los Estados, es un documento que, sin contener fuerza vinculante, se convirtió, con el transcurso del tiempo, en el referente moral y jurídico más importante en materia de protección de los derechos humanos, al grado de reconocerle como parte de la costumbre jurídica internacional. Sin embargo, el carácter declarativo de este y muchos otros cuerpos legales no garantiza una adecuada protección a los derechos, de ahí que sea necesario por parte de los Estados compromisos vinculantes que permitan un efectivo amparo.

Al respecto la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, impuso a los Estados determinadas bases en las que estos voluntariamente y de buena fe aceptan compromisos para garantizar y respetar los acuerdos internacionales y que en ocasiones esos compromisos implican también la aceptación de que organismos internacionales creados para vigilar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, atiendan demandas de personas que aleguen el incumplimiento por parte del Estado de una obligación internacional.³⁵

Los Estados deben asumir sus obligaciones como partes en convenciones internacionales que dispongan sobre el principio

35.- DERECHOS HUMANOS: COMPROMISOS INTERNACIONALES, OBLIGACIONES NACIONALES

Miguel Ángel de los SANTOS.

de la jurisdicción universal. Dichas convenciones, como las de Naciones Unidas, son las que proveen la base más sólida para la aplicación del principio de la jurisdicción universal en nuestros tiempos. A partir de ahí, un rol importante está reservado también a los tribunales nacionales.³⁶

Aunque existen países que no acatan la resolución de estos organismos internacionales o la aceptan parcialmente. La credibilidad de la justicia internacional se sostiene por la sólida fundamentación de sus sentencias y decisiones. El hecho de que haya grandes potencias que no aceptan la jurisdicción internacional en relación con sus propios ciudadanos afecta la credibilidad de dichas potencias, y no de la justicia internacional.³⁷

Pero con independencia de ello, y del rol que juega el Derecho Internacional que no es objeto de análisis en este trabajo; la Convención de Viena que prohíbe alegar a los Estados una disposición de derecho interno para eximirse del cumplimiento de sus obligaciones no define –de acuerdo a posiciones teóricas y doctrinales de algunos autores - una posición de primacía del tratado internacional en el ordenamiento jurídico interno del Estado; sólo excluye el alegato sobre la base de ese ordenamiento jurídico para desconocer sus pactos, en el propio orden internacional. Es, ni más ni menos, aplicación del principio en virtud del cual nadie puede alegar su propia culpa o dolo para liberarse de una obligación.³⁸ Siendo así, son los Estados los principales responsables de velar por el cumplimiento de los tratados y acuerdos adquiridos internacionalmente, pues este ámbito internacional resulta eficaz como disposiciones normativas si los

36.- Entrevista a ANTONIO CANÇADO TRINDADE (magistrado brasileño de la Corte Internacional de Justicia de la ONU) Madrid 31 MAR 2014. Recuperado: https://elpais.com/internacional/2014/03/31/actualidad/1396300000_175731.html

37.- Ibidem.

38.- La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo. Eduardo Aldunate Lizana. 2010.

Estados ponen en funcionamiento su sistema legal interno.

La Constitución del 2008, determina en su artículo 417:

“Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.”

Por su parte el artículo 425 establece el orden jerárquico de las normas:

“Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.”

Siendo así, se otorga a los convenios y tratados internacionales una posición supralegal, es decir, se consideran superiores a las leyes internas, pero no a la Constitución; sin embargo, el artículo 426 les otorga una posición supraconstitucional en el caso de los tratados y convenios en materia de derechos humanos ya que prevalecen por encima de la Constitución, además, impone que todo contenido e interpretación normativa interna, incluyendo la constitucional, debe apegarse a la norma superior, que, en este caso, son los tratados internacionales.

“Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

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

Nuestro ordenamiento jurídico clarifica la relación entre la legislación interna y la configurada por los instrumentos internacionales, asimismo determina en el párrafo segundo del artículo anterior la aplicación directa de los mismos al estipular que:

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

La Constitución aclara la supremacía y aplicación de los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos con relación al ordenamiento jurídico interno, lo que devenga, en principio, en el carácter obligatorio de los mismos en el que los tribunales deben aplicar, y en consecuencia disponen de un cuerpo normativo en el cual pueden sustentar sus resoluciones.

Esta interpretación se corresponde con el principio pro homine³⁹ generalmente aceptado y regla de interpretación hermenéutica al aplicar instrumentos internacionales en el ámbito interno (Ver artículo 417 CC, reconocimiento expreso). Este principio

39.- Principio pro homine. El principio pro homine, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio. (CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO DE MÉXICO. Localización: No. Registro: 180,294, Tesis aislada, Materia(s): Administrativa, novena época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XX, octubre de 2004, Tesis: I.4o.A.441 A, p. 2385. Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.)

encuentra respaldo jurídico en lo dispuesto por el artículo 31.1 de la Convención de Viena, que estipula que la interpretación de los tratados debe considerar el objeto y fin de los mismos, que es, por cierto, reconocer derechos a los individuos frente al Estado.⁴⁰

Los Estados al ratificar tratados en materia de derechos humanos adquieren obligaciones, regidas por el derecho internacional, diferentes a las que adquirirían con la firma de tratados tradicionales, es decir, no relacionados con la protección de los derechos humanos.⁴¹ La Corte Interamericana, inspirada en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las reservas a la Convención sobre Genocidio,⁴² afirmó: "Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción".⁴³ Los tratados se rigen por normas internacionales que regulan el procedimiento y fin de los mismos y establecen disposiciones aplicables cuando los Estados asumen obligaciones internacionales vía tratados u otros instrumentos internacionales.⁴⁴ Disposiciones de la Convención de Viena, como la establecida en el artículo 26, imponen cumplir de buena fe los mismos.

La obligación de garantía en relación con los derechos hu-

40.- Véase Henderson, Humberto, op. cit. , nota 18, pp. 37-66, 54.

41.- Derechos humanos: compromisos internacionales, obligaciones nacionales. Miguel Ángel de los Santos. Recuperado: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8735/10770#N35>

42.- C.I.J., Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Opinión Consultiva, C.I.J. Reports 1951, p. 15.

43.- Opinión consultiva, núm. 2, sobre El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75), par. 29.

44.- La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 2.1.a. establece que, "Tratado" significa un acuerdo internacional entre dos Estados en forma escrita y regido por el derecho internacional cualquiera que sea su denominación.

manos, implica, además, impulsar medidas eficaces tendientes a prevenir la eventual violación de los derechos humanos, instrumentando medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural para salvaguardarlos. Entre las medidas de carácter jurídico, deben, necesariamente, impulsarse aquellas que aseguren que las eventuales violaciones a los derechos humanos encontrarán su correspondiente calificación como hechos ilícitos susceptibles de sanción y objeto de reparación.⁴⁵

3.- LOS CONVENIOS Y TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y DE GÉNERO.

Como ya se había mencionado anteriormente el derecho a la igualdad y no discriminación de la mujer así como la violencia intrafamiliar son derechos que se desarrollan a partir del siglo XX, o sea, alrededor de 1975, 27 años después de la Declaración de los Derechos Humanos, pues a pesar que la Declaración determina en sus artículos 1 y 2 que: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos ... y que "toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, [...] nacimiento o cualquier otra condición." los Estados consideraban que existían determinadas cuestiones en las que no le correspondía intervenir, entre ellas la violencia intrafamiliar, especialmente porque acontecía en el núcleo familiar, asimismo, no se consideraba desigualdad entre hombres y mujeres, pues estos eran temas marcados e impuestos por una sociedad en la que prevalecían los derechos de los "hombres" y en la que ni siquiera se reconocía como un elemento social a las mujeres, invisibilizadas en tendencias machistas y renegadas a labores domésticas.

Aunque existieron esfuerzos por el reconocimiento de otros derechos a las mujeres desde antes, como por ejemplo el dere-

45.- CIDH Caso Velásquez Rodríguez, op. cit. , nota 32, par. 175.

cho al voto, no fue hasta 1979, que la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó en el ámbito internacional un instrumento vinculante a favor de las mujeres: la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CETFDICM) también conocida por sus siglas en inglés CEDAW" implementando legalmente derechos que estaban aparentemente reconocidos y en la que los que los Estados partes se obligaban a respetar. Descrita como declaración internacional de derechos para las mujeres, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. La convención define la discriminación contra las mujeres en los siguientes términos:

"Cualquier distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio por parte de las mujeres, sea cual sea su estado civil, sobre la base de la igualdad de mujeres y hombres, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el ámbito político, económico, social, cultural, civil o cualquier otro."

Encerrando un cúmulo de derechos en materia de ciudadanía política, educación, empleo, matrimonio y convivencia familiar, con especial mención y articulación de los derechos reproductivos, los campos de la educación y el empleo y asimismo con énfasis en los derechos civiles genéricamente sensibles, la CEDAW ofrece una serie de contribuciones fundamentales al campo de los derechos de las mujeres y, por ende, al propio paradigma de los Derechos Humanos. En resonancia con el espíritu filosófico ético de la modernidad, que apela el carácter innato al ser humano a dichos derechos y les confiere su atributo inalienable⁴⁶, la Convención comprende la discriminación de la mujer a partir de la noción de la inherente dignidad humana y del principio de la igualdad formal entre personas que rigen a las sociedades modernas.

Un paso fundamental en este sentido, es que se observó no sólo al Estado como único sujeto violador de los derechos hu-

46.- Mues de Shrenk en Maier, 2001: 119

manos, sino que se incluyó el ámbito privado, dando un vuelco al arquetipo de los derechos humanos, para permitir la entrada al ámbito de lo individual y privado y a las profundas dimensiones del *habitus*.⁴⁷ El Artículo 5 compromete a los estados parte a tomar medidas apropiadas para:

“Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

Es así que el Estado deja la figura estrictamente legal, para introducirse en aspectos conductuales que permitan modificar patrones sociales, estableciendo un cambio mediante políticas públicas de prevención y erradicación de la violencia de género o intrafamiliar. Por tanto, se deja atrás posiciones radicales de mínima intervención y se comienza a contextualizar la necesidad de educación para hacer valer los derechos, desde una perspectiva no sólo sancionatoria sino como un mal enraizado en la cotidianidad de los roles históricamente impuestos.

“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”.⁴⁸

A este Convenio le han seguido una serie de tratados, declaraciones y conferencias en relación al tema y se han creado organismos internacionales y foros en los que se defienden los derechos a la igualdad entre mujeres y hombres, demostrando

47.- Convenios internacionales y equidad de género: un análisis de los compromisos adquiridos por México. Elizabeth Maier. 2007.

48.- Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez, 167.

las diferencias que existen entre ambos y las dificultades que preceden en la aplicación y respeto de estos derechos.

En 1985, tuvo lugar en Nairobi la Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz. En 1993, se instituye la Declaración y programa de Acción de Viena el cual insta a los Estados a "eliminar la violencia contra la mujer en la vida pública y privada, a eliminar todas las formas de acoso sexual, la explotación y la trata de mujeres, a eliminar los prejuicios sexistas en la administración de la justicia y a erradicar cualesquiera conflictos que puedan surgir entre los derechos de la mujer y las consecuencias perjudiciales de ciertas prácticas tradicionales o costumbres, de prejuicios culturales y del extremismo religioso."⁴⁹

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993, marca un hito fundamental en la definición de violencia de género hacia la mujer, en tanto incluye a la violencia acaecida al interior del núcleo familiar y la señala como una práctica atentatoria a los derechos humanos.

Por otra parte, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995 fue más allá de la de Nairobi. La Plataforma de Acción de Beijing reivindicó los derechos de la mujer como derechos humanos y se comprometió a llevar a cabo acciones específicas para asegurar el respeto de estos derechos.⁵⁰

El 2 de julio de 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas votó unánimemente la creación de un único organismo de la ONU encargado de acelerar el progreso sobre la igualdad

49.- Declaración y programa de Acción de Viena aprobados en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993.

50.- Las Naciones Unidas y la Mujer. ONU. Recuperado: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/women/index.html>

de género y el empoderamiento de la mujer. La nueva entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, ONU Mujeres, fusionó cuatro instituciones y organismos internacionales: el Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM), la División para el Adelanto de la Mujer (DAM), la Oficina del Asesor Especial en Cuestiones de Género y el Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer (ONU-INSTRAW).⁵¹

En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendan un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás. La Agenda cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, el Objetivo 5, busca “Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas”, y se conoce como un objetivo de género en sí mismo porque está dedicado a alcanzar estos fines.

Por su parte en Latinoamérica se realizaría la Convención Interamericana para Prevenir, sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer de Belém do Pará (1995), la que establece en su Artículo 1 que se entiende: “por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.”, la misma que ha sido ratificada por casi todos los países de la región, entre ellos, el Ecuador.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer situó el tema de la violencia de género en la agenda pública de los países, socializando, politizando y criminalizando hechos hasta entonces considerados privados y personales, ejemplificando así el lema feminista de los primeros años de la segunda ola de 'lo personal es político'.

51.- Ibidem.

Politizar lo personal y privado marca una ruptura paradigmática con las premisas de una modernidad que segregó el ámbito público del privado como base de su modo productivo, a la vez que pone las pautas para la consolidación de una nueva manera de percibir y vivir la realidad social, la relación entre géneros y la división sexual de trabajo, paralelamente proporcionando una nueva lectura de los derechos humanos que se ocupe de violaciones en ambas esferas.⁵²

A la luz del compromiso por garantizar los derechos humanos, debe revisarse la legislación nacional, a fin de modificar aquellas disposiciones que se aparten de los derechos humanos. El principio de prevención ya descrito impone también el deber de evitar que potenciales violaciones a los derechos humanos se susciten en agravio de cualquier persona. No debe olvidarse que abstenerse de evitar la vulneración de un derecho también acarrea la responsabilidad internacional del Estado por incumplir con un deber de prevención. No hace falta que la violación ocurra para instrumentar las medidas preventivas que la eviten, como tampoco hace falta que ésta ocurra para que quien se sienta afectado ocurra a demandar protección al derecho en riesgo.⁵³

En este sentido el Estado Ecuatoriano ha introducido en su legislación interna, como ya explicamos anteriormente, la obligatoriedad del cumplimiento de los Tratado y Convenios Internacionales, pero además ha reconocido no sólo en la Constitución, sino en leyes especiales y en políticas públicas el respeto y observancia de estos derechos, como por ejemplo: el trabajo desplegado en el 2007 a partir del Plan Nacional para la Erradicación de la Violencia contra la Niñez, Adolescencia y Mujeres; el Plan Nacional del Buen Vivir (PNBV) 2009-2013 que en su ob-

52.- Convenios internacionales y equidad de género: un análisis de los compromisos adquiridos por México. Elizabeth Maier. 2007.

53.- Derechos humanos: compromisos internacionales, obligaciones nacionales. Miguel Ángel de los Santos. Recuperado: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8735/10770#N35>

jetivo 9 incluye objetivos específicos con respecto a la violencia por razón de género; el Código Orgánico Integral Penal (COIP) aprobado en el 2013, con la conformación de nuevas figuras delictivas como el Femicidio en el Art. 141, así como la violencia psicológica, sexual y física, aunque carece de la “violencia económica o patrimonial”⁵⁴ y de la “violencia moral”⁵⁵, ya reconocida en otros cuerpos legales; el Plan Nacional del Buen Vivir (PNVB) 2013 – 2017 en el objetivo 6 que propone: “- Consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral, en estricto respeto a los derechos humanos”, para luego “Prevenir y erradicar la violencia de género en todas sus formas”(Política 6.7); incluso cuenta con un estudio y un análisis de Encuesta Nacional sobre relaciones familiares y violencia de género contra la mujeres del 2014 realizado por el Consejo Nacional para la Igualdad de Género en cooperación con otras instituciones, entre otros.

No obstante, a todo este despliegue de cuerpos normativos y de políticas públicas, la violencia intrafamiliar y de género en nuestro país ha ido en ascenso, a inicios de 2017, la Dirección Nacional de Delitos contra la Vida, Muertes Violentas, Extorsión y Secuestros de la Policía Nacional (Dinased), reportaba 15 femicidios, lo que duplicaba en número en relación a 2016.

54.- Violencia patrimonial o económica. Se produce cuando las acciones u omisiones del agresor afectan la vida -y a veces la supervivencia- económica de miembros de la familia. Las definiciones comprenden, entre otras modalidades, la privación de vivienda en desmedro de miembros de la familia, el incumplimiento de pagos de cuotas alimentarias y el manejo y control excluyente de salario y cuentas bancarias. Algunas legislaciones la describen como la acción u omisión que implica daño, pérdida, transformación, sustracción, destrucción, retención o distracción de objetos, documentos personales, bienes, valores, derechos o recursos económicos destinados a satisfacer las necesidades de alguna de las personas vulnerables a este tipo de violencia. También abarca los daños causados a los bienes comunes o propios de la víctima. (definición de la OPS)

55.- La legislación brasileña comprende también la violencia moral, entendiéndose como tal “cualquier conducta que cause calumnia, difamación o injuria a la mujer”.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su último informe respecto a Ecuador, en marzo de 2015, reconoce como positiva la tipificación del delito de femicidio, así como el de discriminación y los delitos motivados por el género de la víctima; sin embargo, manifiesta su preocupación por la efectiva aplicación de esta normativa en zonas rurales y remotas, en particular en relación al establecimiento y funcionamiento de unidades judiciales especializadas, con protocolos adecuados y con personal capacitado y sensibilizado en el tema.⁵⁶

Evidentemente, aún se carece de mecanismos adecuados o eficientes que permitan erradicar o prevenir la violencia intrafamiliar y de género. En ocasiones se realizan las denuncias sin que medie una medida directa de protección -o las existentes son ineficaces-, que prevenga la violación del derecho; o, el personal interlocutor (fiscales, policías, defensores) no se encuentra preparado, desconociendo qué y cómo orientar a las víctimas. Tampoco existe una institución u organismo específico que se haga cargo de la situación económica, social o de integralidad de las personas afectadas, por lo que deben regresar a los medios o lugares (hogares en su mayoría) en donde se encuentra el perpetrador y ejecutor de la agresión. No se ofrecen servicios generales psicológicos, médicos o legales. Se carece de programas de atención integral a la violencia de género que incluyan la detección en sectores específicos: salud, educación, empleo y grupos comunitarios entre otros, o de Sistemas de información y protocolos de atención a la violencia de género eficaces, incluyendo una Coordinación intersectorial para la atención integral a la violencia de género.

Asimismo, no existen programas de rehabilitación de agresores, estos no sólo deben ser sancionados a penas privativas de libertad, la ley puede alentar u obligar a la participación del

56.- Diario EL TELÉGRAFO Recuperado: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/punto-de-vista/1/violencia-de-genero-femicidio-y-derechos-humanos>

agresor. Entre los tópicos incluidos en los programas de rehabilitación están: masculinidad, relaciones interpersonales, resolución de conflictos, control de la ira, sanciones criminales, alcohol y abuso de drogas, traumas, salud sexual, organización comunitaria y violencia.⁵⁷

En este proceso, no se dimensiona de manera suficiente la gravedad de los comportamientos masculinos marcado principalmente por las relaciones de pareja, de manera que se resta importancia a la violencia psicológica o emocional porque los daños que produce no son tan evidentes; se tiende a silenciar la violencia sexual si es ejercida por el esposo o pareja íntima de la agredida; o se minimiza el carácter delictivo de estos hechos.⁵⁸ Aparentemente no existen los suficientes elementos de prueba para que puedan ser juzgados, o se carece del conocimiento por parte de los administradores de justicia de la prevalencia de los derechos y de la obligación constitucional de hacerlos valer aunque no se hagan referencia a ellos, ya que las mujeres víctimas de estos atropellos los desconocen y muchas no poseen recursos financieros que les permitan contratar los servicios de un profesional del derecho.

4.- CONCLUSIONES

Nos hacemos cómplices ante los procesos de significados que se proponen en el orden de los cotidiano, volviéndonos indiferentes ante imágenes y actos sexistas, discriminatorios, violentos. Justificado el vínculo de compromiso y la apropiación de consciencias en los discursos creados en aras de convencernos, de que este tipo de modelo de comportamiento social, es lo cultural y socialmente correcto, moldeando nuestras identidades contemporáneas en la esfera de los roles y estereotipos tradicionalmente impuestos sobre los hombres y las mujeres.

En el ámbito de la administración de justicia, los defensores,

57.- Tothman, E.; Butchart, A.; y Cerdá, M., 2003. Intervening with perpetrators of intimate partner violence: A global perspective. OMS. Gineve.

58.- Encuesta Nacional sobre relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres del 2014. CNI, Pág. 39

fiscales, secretarios de juzgado, jueces y magistrados deben utilizar y hacer valer los instrumentos internacionales de estos derechos humanos en las decisiones que adopten, en el desarrollo de sus funciones, cada resolución en su fondo debiera estar desarrollada mediante un cuerpo jurídico internacional. Acogiendo las palabras del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Antônio Augusto Cançado Trindade.

“Una nueva mentalidad emergerá, en lo que concierne al Poder Judicial, a partir de la comprensión de que la aplicación directa de las normas internacionales de protección de los derechos humanos es benéfica para los habitantes de todos los países, y que, en vez del apego a construcciones y silogismos jurídico-formales y a un normativismo hermético, lo que verdaderamente se requiere es proceder a la correcta interpretación de las normas aplicables a fin de asegurar la plena protección del ser humano, sean ellas de origen internacional o nacional.”⁵⁹

5.- BIBLIOGRAFÍA.

- Los principios de igualdad y no discriminación en las constituciones locales. Centro de estudios para el adelanto de las mujeres y la equidad de género. México. Marzo de 2009.
- El continuo de violencia hacia las mujeres y la creación de nuevos imaginarios. Red Chilena contra la Violencia hacia las Mujeres. 2015.
- Encuesta Nacional sobre Discriminación en México (Enadis) Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) 2010.
- Violencia contra la mujer: un reto a la sociedad. colaboración entre la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) con sus agencias hermanas de las Naciones Unidas y con organizaciones no gubernamentales regionales. 2017.
- Una vida libre de violencia. Manual sobre qué hacer y cómo

59.- ColDH, Voto razonado, Caso La Última Tentación de Cristo, Sentencia de fondo del 5 de febrero de 2001, párr. 37.

actuar frente a situaciones de violencia de género. Consejo de la Judicatura. Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia Subdirección Nacional de Género. Ecuador. 2016.

- CoIDH, Voto razonado, Caso La Última Tentación de Cristo, Sentencia de fondo del 5 de febrero de 2001, párr. 37.
- Tothman, E.; Butchart, A.; y Cerdá, M., 2003. Intervening with perpetrators of intimate partner violence: A global perspective. OMS. Geneve.
- Encuesta Nacional sobre relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres del 2014. CNI, Pág. 39
- CIDH Caso Velásquez Rodríguez, op. cit. , nota 32, par. 175.
- Convenios internacionales y equidad de género: un análisis de los compromisos adquiridos por México. Elizabeth Maier. 2007.
- Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. Humberto Henderson. Revista IIDH. Vol. 39
- Diario EL TELÉGRAFO Recuperado: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/punto-de-vista/1/violencia-de-genero-femicidio-y-derechos-humanos>
- Derechos humanos: compromisos internacionales, obligaciones nacionales. Miguel Ángel de los Santos. Recuperado: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8735/10770#N35>
- Las Naciones Unidas y la Mujer. ONU. Recuperado: <http://www.un.org/es/sections/issues-depth/women/index.html>
- Derecho de las mujeres. Wikipedia https://es.wikipedia.org/wiki/Derechos_de_la_mujer
- Conferencia Mundial sobre el racismo. En la encrucijada de la doble discriminación, por motivo del género y racial. <http://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/gender.htm>

EL ACOSO SEXUAL DE MENORES EN EL SISTEMA EDUCATIVO DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.

AUTORA: *Dra. Brenda Guerrero Vela*⁶⁰

RESUMEN

Principalmente este artículo analiza, la gravedad del problema, a fin de concientizar sobre la responsabilidad social, individual y colectiva de "proteger y prevenir" en el conocimiento de la normativa legal y de los protocolos de protección a las víctimas niños, niñas y adolescentes (grupos vulnerables) a fin de que se minimice el riesgo de la población infantil y efectivice el compromiso de los poderes públicos en la protección de derechos de los niños en el sistema educativo víctimas de este tipo de delitos sexuales; propendiendo a informar a los involucrados dentro del cuidado del menor, sobre el sistema legal y medidas de protección a autoridades, docentes, padres de familia, cuerpos colegiados, que tengan relación directa con la comunidad educativa en virtud de la defensa de los derechos fundamentales de los niños víctimas violentados a consecuencia de esto delitos. La educación como eje transversal transformador de la sociedad ante este problema evidentemente debe mejorar y con ello la calidad de la educación y la sociedad. La educación como derecho fundamental en beneficio de, niñas y adolescentes principalmente debe impartirse no solo bajo estándares académicos

60.- Catedrática de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

sino también debe profundizar en valores, que se evidencia se han debilitado en algunas personas que se encuentran como docentes y al cuidado de los menores dentro del sistema educativo en razón de las denuncias a nivel nacional que causan alarma social.

Palabras claves: Acoso sexual, acoso educativo, delitos sexuales, víctimas, revictimización.

1.- LOS DELITOS SEXUALES EN EL SISTEMA EDUCATIVO DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO.

1.1.- Introducción:

Consideramos importante la investigación sobre los delitos sexuales dentro del Sistema Educativo en contra de los niños niñas y adolescentes en nuestro país, como un compromiso social en razón del conocimiento de los altos índices de denuncias sobre cometimiento de estos delitos, por una parte y la impunidad frente al derecho de las víctimas menores de edad de recibir del Estado Justicia. En esta investigación se evidencia que el desconocimiento normativo de cómo proceder legalmente frente a este delito, que de acuerdo a las estadísticas va creciendo conforme a las brechas de criminalidad genera impunidad y ha aumentado de manera significativa.

Principalmente este artículo analiza, la gravedad del problema, a fin de concientizar sobre la responsabilidad social, individual y colectiva de "proteger y prevenir" en el conocimiento de la normativa legal y de los protocolos de protección a las víctimas niños, niñas y adolescentes (grupos vulnerables) a fin de que se minimice el riesgo de la población infantil y efective el compromiso de los poderes públicos en la protección de derechos de los niños en el sistema educativo víctimas de este tipo de delitos sexuales; propendiendo a informar a los involucrados dentro del cuidado del menor, sobre el sistema legal y medidas de protección a autoridades, docentes, padres de familia, cuer-

pos colegiados, que tengan relación directa con la comunidad educativa en virtud de la defensa de los derechos fundamentales de los niños víctimas violentados a consecuencia de esto delitos.

La educación como eje transversal transformador de la sociedad ante este problema evidentemente debe mejorar respondiendo al “Deber Ser de la Misión del Maestro” formador de conocimiento y de valores que tiendan a mejorar la calidad de la educación y la sociedad.

La educación como derecho fundamental en beneficio de, niñas y adolescentes principalmente debe impartirse no solo bajo estándares académicos sino también debe profundizar en valores, que se evidencia se han debilitado en algunas personas que se encuentran como docentes y al cuidado de los menores dentro del sistema educativo en razón de las denuncias a nivel nacional que causan alarma social.

El deber del maestro de impartir conocimiento y propender al desarrollo de los menores custodiando al derecho de seguridad de los niños, cabe la interrogante cual ha sido el proceso de selección académico, y la formación docente a fin de que se garantice el y desarrolle el proceso educativo como un desafío ante la realidad social con niveles internacionales de calidad y seguridad para los beneficiarios de este sistema educativo.

1.2.- Los Delitos Sexuales en los Menores de Edad

(El Comercio-15 nov.2017)- Prevención del acoso contra niños y adolescentes, datos claros de los casos registrados, establecer sanciones contra los agresores y dar paso a la reparación de derechos de las víctimas Falconí indicó que hasta ahora han reportado 948 denuncias por delitos sexuales dentro del sistema educativo del país.

En los últimos años en nuestro país se ha venido detectando la vulneración de derechos, fundamentales de niños niñas y adolescentes en contra de su integridad, libertad e indemnidad sexual dentro del sistema educativo de enseñanza básica y bachillerato lo que es grave y preocupante, de acuerdo a las denuncias los menores han sido víctimas de delitos sexuales por parte de algunos docentes o personas que tienen responsabilidad sobre el cuidado del menor.

Esta investigación está centrada en el Distrito Metropolitano de Quito, el cual contempla un alto índice de denuncias en contra de docentes de las instituciones particulares, fiscomisionales y públicas poniendo en entre dicho la misión del maestro en las instituciones donde se han perpetrado los delitos.

Cabe la pregunta ¿El proceso de selección en estas instituciones cumple con los requisitos de profesionales, académicos, psicológicos, pedagógicos, docentes en un gran porcentaje? ..., mismo que pone en tela de duda la postulación para estos cargos que de haberlo hecho en forma responsable exhaustiva no se hubiera presentado este fenómeno social que causa alarma social; el Ministerio de Educación deberá realizar los procesos de selección en forma minuciosa asegurándose de la calidad d los docentes para de algún modo contribuir a minimizar el riesgo de los niños en las instituciones que se han visto cuestionadas por estos delitos, y han hecho caso omiso a las denuncias en forma interna, incluso dentro de los estamentos del propio sistema educativo, es por esta razón que causas sumariales que se encuentran prescritas han sido reaperturadas por disposición ministerial, ante la necesidad de las víctimas y de otros organismos del estado en respuesta a la justicia;

Organismos internacionales vigilantes del tema que nos ocupa como la Unicef y el Comité de derechos del niño especializado de la ONU han hecho llamados de atención al país sobre el tema por lo que es urgente una tomar medidas de protección a nivel de Estado y Ministerio de Educación que velen por las victimas menores de edad a consecuencia de este delito.

En septiembre de 2017, el Comité de los Derechos del Niño, órgano especializado de la ONU que evalúa el cumplimiento de los gobiernos con la convención declaró que estaba “sumamente preocupado por la prevalencia de la violencia de género, en particular la violencia sexual”, por los “altos índices de impunidad en casos de violencia sexual” contra niños y niñas y por “el alto número de embarazos adolescentes, frecuentemente causados por violencia sexual” en Ecuador. <https://www.hrw.org/es/news/2017/12/04-violencia-sexual-infantil-en-ecuador>

Ante esta realidad es imprescindible la Prevención legal y la Efectividad de las Medidas de Protección en todos los ámbitos sociales de los niños para que tengan del Estado y de sus organizaciones la respuesta adecuada las víctimas del delito, coordinando medidas estatales de protección efectivas en beneficio de la población infantil en riesgo que tiendan a erradicar este tipo de delitos dando agilidad a los procesos en los que se ha vulnerado derechos fundamentales de las víctimas a consecuencia del delito que en esta investigación se evidencia que requiere un cambio estructural en esfuerzo mancomunado del sistema educativo y la administración de justicia a fin de no solo prevenir sino combatir la impunidad del delito.

2.- EL ACOSO SEXUAL

El legislador define el acoso sexual como la realización de actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona sin consentimiento de la víctima, aunque no se haya empleado violencia o intimidación.

El acoso sexual es uno de los delitos más graves en contra de los menores de edad, es un tipo de violencia en contra de la libertad sexual e indemnidad sexual, puede presentarse con o sin contacto físico, mediante conductas que van desde provocaciones verbales, psicológicas hasta violencia, vaginal o bucal, incluyendo el tocamiento intencionado de las partes íntimas por parte del perpetrador hacia el niño, niña o adolescente. Atentar, forzar o permitir al niño que toque de manera inapropiada las

mismas partes del perpetrador, también es una forma de acoso sexual. No podemos hablar de la libertad sexual en los niños como principal afectación puesto que en la esfera del pensamiento del menor no puede tener la conciencia, la libertad para auto determinarse o disponerse dentro de la participación voluntaria de este delito, por la propia condición de subordinación del niño por su minoría de edad.

“Los menores de 13 año o personas privadas de sentido o abusando de un trastorno mental, el bien jurídico es la intangibilidad o indemnidad sexual de la persona”.(repositorio ues/siglo21)

2.1.- El Consentimiento.

El consentimiento es uno de los elementos más discutidos en cuanto al límite de edad del menor, en el acoso sexual siempre faltará el consentimiento de la víctima, que no ha estado en capacidad de pronunciar su negatividad, ante el ataque sexual por su inmadurez o en los casos de víctimas con padecimiento de trastornos mentales no están en posibilidad de repeler, impedir, ni de oponerse en la participación sino únicamente siendo el sujeto pasivo de la acción como víctima del delito.

Las víctimas de acoso sexual son menores de edad o con capacidades especiales, inimputables de orden o padecimiento de trastornos mentales el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, no se puede hablar de libertad sexual puesto que los menores no tienen la capacidad de autodeterminación para entender, comprender, asimilar la naturaleza a de los actos sexuales por lo tanto no se puede hablar de a afectación a la libertad sexual puesto que en víctimas menores de edad no existe el consentimiento.

2.2.- El Prevalimiento

En el Código penal se utiliza el término "prevaler" para designar un escenario en el cual el autor de un delito se aprovecha de una concreta y especial situación de superioridad, confianza,

prestigio o potestad con respecto a la víctima para poder cometer con éxito el acto criminal Facultad de Derecho, Campus Universitario, 31080. Pamplona, Navarra, España.

Es la situación buscada a propósito por el autor con el fin de aprovecharse de la situación de superioridad o familiaridad en el ámbito en que se produce la violencia sexual a la víctima, este es uno de los elementos que conforman el tipo penal del acoso siendo una de las circunstancias determinantes que facilitan la perpetración del delito; en esta investigación orientada a las víctimas de acoso sexual en el sistema educativo ha sido necesario analizar e incluir el concepto de prevalimiento que si bien no se encuentra dentro del COIP como elemento normativo del tipo penal esta situación se incluye como una característica propia en las relaciones de poder bajo las que mayormente se produce estos delitos.

El prevalimiento constituye un agravante para cometer la infracción prevaliéndose de la situación de superioridad del autor en relación a la víctima lo que facilita la comisión del hecho delictivo.

2.3.- El Engaño

Etimológicamente proviene del latín, "ingannare", cuyo significado es enredar a alguien o burlarse de él. El Engaño es la acción y efecto de engañar o inducir a alguien a tener por cierto aquello que no lo es, dar a la mentira apariencia de verdad produciendo ilusión. Es el medio fraudulento empleado por el autor del delito para la facilitación de la consumación del mismo en un ambiente de confianza

En términos generales lo consideramos como cualquier medio fraudulento empleado por el sujeto activo para conseguir la relación que determine causalmente un vicio de voluntad o seducción en el sujeto pasivo

2.4.- Las Relaciones de Poder.

Se colige una doble exigencia: la situación de superioridad ha de ser notoria o manifiesta, es decir, objetivamente apreciable y no sólo percibida subjetivamente por una de las partes, y al mismo tiempo, eficaz, o lo que es lo mismo, ha de tener relevancia suficiente en el caso concreto para coartar o condicionar la libertad de elección de la persona sobre la que se ejerce.

2.5.- Subordinación de La Víctima.

Es una situación de debilidad, indefensión, humillación, hostigamiento en que se encuentra la víctima en condición de inferioridad en relación a la posición social del autor del hecho, sea por la minoría de edad, por el desconocimiento o afectación de un padecimiento de enfermedad mental, trastorno que no le permita razonar y entender la connotación de un acto de naturaleza sexual circunstancia propia que se desprende de las relaciones de poder que facilita la comisión del delito. La subordinación de la víctima es un elemento normativo propio del tipo penal del acoso sexual vigente en nuestra legislación COIP.

2.6.- Amenaza

Entendido como un medio de intimidar a la víctima, que constituye un constreñimiento psicológico que guardar cierta afectación con la transgresión sexual a la víctima, la amenaza constituye un agravante del tipo penal contemplado en el Código Orgánico Integral Penal artículo 166.

Esta violencia o "vis absoluta" es el empleo de violencia física, psíquica con la amenaza de que, si la víctima opone resistencia, mayor será la energía física o psicológica que aplicará el autor.

2.7.- Bien Jurídico Protegido en el Acoso Sexual a Menores de Edad

Varias posiciones doctrinarias coinciden que estamos ante

un delito de connotación pluri-ofensivo, que no lesiona únicamente la indemnidad sexual, sino también la psiquis del sujeto pasivo del delito, la víctima menor de edad. La mayoría sostiene que el bien jurídico que la norma tutela es la indemnidad sexual respecto del todo, de la sexualidad del menor. Analizaremos el concepto de indemnidad para una mejor comprensión.

La indemnidad sexual puede ser entendida: “como una manifestación de la dignidad de la persona humana y el derecho que todo ser humano tiene a un libre desarrollo de su personalidad, sin intervenciones traumáticas en su esfera íntima por parte de terceros, las cuales pueden generar huellas indelebles en el psiquismo de la persona para toda la vida” (1 <http://lexnovae.blogspot.com/>).

2.8.- La intangibilidad o la indemnidad sexual.

Es el derecho de evitar que terceras personas que integran la vida del menor tengan injerencia en su personalidad atentando contra su sexualidad, en condiciones de indefensión que por lo general en el caso que nos ocupa se presentan bajo las relaciones de poder que se han establecido en la norma en pro de la seguridad jurídica.

(EDGARDO ALBERTO DONNA, “delitos contra la integridad sexual” 2o edición actualizada (2005). Pág. 41) expresa: “teniendo en mira la integridad física y psíquica de las personas como parte de su dignidad, lo que primordialmente se tutela es la voluntad o el consentimiento del sujeto, respecto de aquellos actos de disposición en materia sexual ejecutados por otro, sobre su cuerpo. En síntesis, se protege la libertad de la persona de consentir actos sexuales o del acoso en la situación en los casos de menores...”

La norma penal protege en la víctima el derecho sobre su integridad sexual, propia de la dignidad como persona. El derecho penal es uno de los mecanismos para combatir el delito

mediante la aplicación de la ley en contra de la impunidad, el ordenamiento jurídico prevé la normativa legal, para sancionarlo. La ley no funciona por sí sola sino tiene que estar respaldada por los organismos del estado, la cooperación a nivel de familiar, sistema de educación y la administración de justicia; depende de la sociedad y del conocimiento de ese derecho para mantener su vigencia y respeto en la protección del menor propendiendo a minimizar la cifra de denuncias sobre estos delitos, para proteger y mejorar las condiciones de vida de los niños niñas y adolescentes y a obtener del estado justicia.

3.- EL ACOSO SEXUAL

El tipo penal del acoso sexual lo desarrollaremos desde la teoría del delito, ir desglosando cada uno de sus elementos en forma sistemática, y realizar un análisis más profundo que posibilite la aplicación de la norma desde la entrada en vigencia del Código Integral Penal el tipo penal del Acoso Sexual que lo encontramos en el Art 166. del Código Orgánico Integral Penal.

El Artículo 166 del COIP define al Acoso sexual en los siguientes términos: "...Acoso Sexual.- La persona que solicite algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaleciéndose de situación de autoridad laboral, docente, religiosa o similar, sea tutora o tutor, curadora o curador, ministros de culto, profesional de la educación o de la salud, personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima, con la amenaza de causar a la víctima o a un tercero, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o persona con discapacidad o cuando la persona no pueda comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. La persona que solicite favores de naturaleza sexual que atenten contra la

integridad sexual de otra persona, y que no se encuentre previsto en el inciso primero de este artículo, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años..."

Dentro del tipo penal del acoso sexual en nuestra legislación es necesario analizar cada uno de los elementos normativos, donde el legislador ha seleccionado los comportamientos y la valoración de las conductas reprochables que alteran el orden social y lo que es penalmente relevante para el derecho penal.

Sabemos que el tipo penal cumple una función tripartita: La función seleccionadora por la que el tipo penal debe estar redactado de modo que el texto se pueda establecer con claridad la conducta prohibida, en lenguaje claro y asequible al medio social es decir incluir en sus elementos normativos términos en lenguaje descriptivo que el destinatario de la norma pueda comprender sin mayor esfuerzo. La función de garantía cuando el legislador ha seleccionado en este elemento los comportamientos que son subsumibles y describen conforme al principio de legalidad las conductas que únicamente pueden ser sancionadas. Y la función Motivadora cuando el legislador indica al destinatario de la norma los comportamientos que están prohibidos y espera que los ciudadanos se abstengan de su realización o del cometimiento de estos delitos.

3.1.- Tipicidad Objetiva.

Dentro de este elemento se incluyen las características de la conducta desaprobada por el legislador en el acoso sexual, que estable realizar actos de naturaleza sexual prevaleciendo de la situación de autoridad laboral, docente, religiosa o similar sea tutor o curador ministro de culto profesional de la educación y de la salud persona responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima con la amenaza de causar a la víctima o a un tercero un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha

relación será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años cuando la víctima sea menor de 14 años de edad o con discapacidad.

El elemento normativo que genera mayor discusión es el consentimiento en cuanto al límite de edad que según el delito y la edad de la víctima merecen un análisis más amplio que permita determinar con claridad lo que está establecido la norma en pro de la seguridad jurídica. Falta el consentimiento puesto que en la agresión la víctima no ha estado en posibilidad de pronunciar su negatividad de repeler el ataque con o sin violencia. Sobre la discapacidad entendida como la imposibilidad de consentir en los actos sexuales por la falta de conciencia o padecimiento de un trastorno mental o psicológico, que no le permiten auto determinarse a la víctima en la participación del delito.

Cuando se abusa de la víctima con padecimiento o trastorno mental hace alusión deficiente capacidad intelectual, disfunción de capacidad psíquica, cuando la víctima no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo.

3.2.-Tipicidad Subjetiva

Aquí analizamos la presencia de dos elementos en la esfera del pensamiento del autor que son intelectual y volitivo:

Elemento Intelectual quiere decir que el sujeto activo de la infracción sabe y conoce los elementos típicos que hacen que su comportamiento sea típico es decir conforme a la descripción del hecho prohibido contenido en la norma, elemento de la tipicidad, que está consciente que su forma de obrar de proceder en su actuar está cometiendo un delito.

El dolo la voluntad y conocimiento como elemento constitutivo del tipo y de la realización de actos idóneos, implica un conocimiento, es decir el sujeto sabe lo que hace este conocimiento es actual necesario, para ofender la honestidad o indemnidad del sujeto pasivo de la infracción la víctima menor de 14 años.

Para actuar a título de dolo es necesario solo el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal; sino querer realizar, en si las acciones concretas conforme a su determinación de hacer, consumir el hecho delictivo, nadie pretende realizar aquello que no conoce. En los delitos sexuales salvo que el sujeto sea imputable, tenemos la presencia del dolo directo en los delitos de simpe actividad, intención malicia, amena, intimidación, términos normativos que equivalen a esta especie de dolo.

3.3.- Sujeto Activo.

El delito como resultado del obrar de la conducta humana siempre tiene un autor, que es aquel que realiza la conducta prohibida normalmente en la redacción del tipo penal se refiere "el que" o quien en el objeto de nuestro análisis sobre el tipo penal de acoso sexual refiere la persona que comete el delito.

3.4.- Sujeto Pasivo

La víctima es el titular del bien jurídico en quien han recaído las acciones dañosas del hecho a consecuencia del delito. La víctima menor de 14 años o con el agravante de discapacidad cuando no pueda comprender el significado de un acto de naturaleza sexual o por cualquier causa que no pueda resistirlo. Es importante analizar que la ley penal en el acoso sexual castiga a quien solicite algún acto de naturaleza sexual en contra de su voluntad con una pena privativa de libertad de 3 a 5 años.

3.5.- Antijuridicidad.

Es el juicio negativo de valor que recae sobre el comportamiento humano en el acoso sexual, el disvalor de la conducta radica en aprovecharse de la superioridad, prevaleciéndose de ella para facilitar la consumación del delito creando un ambiente de confianza que propicia el hostigamiento, la humillación, la discriminación y los contactos físicos innecesarios que incomodan en el desarrollo normal de la víctima.

3.6.- Autoría y Participación.

La participación en la infracción penal puede según nuestra legislación estable como autores o cómplices según lo establecido en el Art 41 del capítulo tres del COIP. Son autores directos quienes cometan la infracción de manera directa e inmediata, quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo. Es autor aquella persona que realiza directamente el delito de un modo personal, directo, de tal forma que domina el hecho desde los actos de ideación, planificación iniciación hasta la consumación del delito.

La participación en la comisión del delito por omisión, se presenta cuando teniendo el imperativo establecido en la ley el deber jurídico de actuar omite esta responsabilidad por no hacer lo que la ley le obliga en razón del cargo, conocimiento del delito.

3.7.- Circunstancias Agravantes en las Infracciones Contra la Integridad Sexual y Reproductiva, La Integridad y la Libertad Personal.

El Artículo 48 señala que para las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal además de las del artículo precedente son agravantes específicas: ...1.-Encontrarse la víctima al momento de la Comisión de la Infracción, al cuidado o atención de los establecimientos públicos o privados, tales como los de salud educación y otros similares... 3.- Haber contagiado a la víctima de enfermedad grave incurable o mortal... 8.-Tener la infractora o infractor algún tipo de relaciones de poder o autoridad sobre la víctima tal como: ser funcionaria o funcionario público, docente, ministras o ministros de algún culto, funcionarios de la salud o personas responsables de la atención y cuidado del paciente; por cualquier otra clase de profesional o persona que haya abusado de su posición cargo o profesión para cometer la infracción.

4.- LAS AUTORIDADES DEL SISTEMA EDUCATIVO.

Toda autoridad del sistema educativo nacional, sea público, privado, fisco misional, tiene el deber de denunciar de forma inmediata una vez que ha tenido conocimiento de un delito de acoso sexual de un menor, dentro del ámbito de la Institución Educativa, puesto que existe el mandato obligatorio imperativo en la ley penal de sus deberes de actuar, en defensa de los derechos fundamentales del niño niña y adolescente víctima de esta agresión sexual.

Se desprende de la propia ley penal que si el acoso sexual es cometido dentro de la Institución Educativa o de las personas que estuvieren a cargo del cuidado del menor se configura el agravante específico para esta conducta sexual contenida en el artículo 48 del Código Orgánico Integral Penal Numeral 1.

El Artículo 48 del COIP establece que las circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal.- Para las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal, además de las previstas en el artículo precedente, son circunstancias agravantes específicas las siguientes: 1. Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción, al cuidado o atención en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación u otros similares

4.1.- La Protección Constitucional de los Derechos de los Niños Niñas y Adolescentes Ecuador.

El derecho de los niños niñas y adolescentes, el estado, la sociedad, la familia velarán de forma prioritaria del desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. En concordancia con los artículos 46, 66, 81, 174 de la Constitución Política del Ecuador los mismos que protegen a los grupos vulnerables tanto en sus derechos como también

el procedimiento que deberá aplicarse en caso de violación de derechos a niños niñas y adolescentes.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de agosto 1948 en el Artículo primero prescribe que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como lo están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros. Y el Artículo 29 de la Convención de los Derechos del Niño de junio de 2006 igualmente señala que los Estados Partes adoptaran las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación, abuso; tortura u otra forma de malos tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevará a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

4.2.- Derechos Fundamentales que se Vulneran a los Niños, Niñas y Adolescentes Frente a los Delitos Sexuales.

El Estado debe promover la efectividad de la protección a los derechos fundamentales de las personas, que es propio de los sistemas garantistas como en nuestro denominado Estado Constitucional de Derechos.

Los derechos de rango fundamental que se afectan en los niños víctimas de delitos sexuales son varios principalmente la integridad personal, la indemnidad, lo que incide en el desarrollo integral del niño, con secuelas psicológicas permanentes, físicas, psíquicas graves resultado del acoso de este tipo de violencia que requieren atención prioritaria y especializada por parte de autoridades, docentes, psicólogos, padres de familia, que acompañen a la víctima en el proceso terapéutico de recuperación, a fin de que pueda desarrollar su proceso educativo de manera integral con el apoyo no solo familiar; sino de la institución educativa y el personal directo que tenga relación con el cuidado del menor.

El relación con el derecho de los niños y adolescentes, el Estado la sociedad, la familia velarán de forma prioritaria del desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Debemos tomar en cuenta que en el Ecuador no tenemos los suficientes cuadros de jueces, ni fiscales especializados en niños niñas y adolescentes esta deficiencia en la Administración de justicia hace que el problema se agudice, puesto que las denuncias presentadas, no se han judicializado por la vía del derecho penal y se han quedado en el conocimiento de las autoridades del sistema educativo, tramitándose algunas únicamente dentro del sumario administrativo en contra de los docentes cuestionados, previa la destitución si hubiere mérito en derecho para hacerlo determinado la existencia de la falta administrativa.

La falta de la denuncia penal, deja inconcluso el proceso puesto que el docente destituido únicamente ha sido objeto de sanción administrativa, pero fuera de la esfera del conocimiento del derecho penal no hay afectación a su principio constitucional de la inocencia, y esta falta de denuncia penal dentro del sistema de justicia ordinaria beneficia al agresor puesto que para el derecho penal por desconocimiento es inocente ante la administración de justicia.

Cabe destacar también que del resultado del Sumario Administrativo origina riesgos legales para el sistema educativo, es decir para el mismo Estado, ya que en la mayoría de casos no se respeta el debido proceso establecido en la Ley Orgánica de Educación Intercultural, siendo este uno de los motivos por los cuales los supuesto infractores acuden a instancias superiores dentro del mismo Ministerio de Educación agotando la vía administrativa, y de no surtir el efecto legal esperado harán uso de su derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo en donde en la mayoría de casos se deja sin efecto la sanción impuesta,

se restituye el cargo incluso los haberes adeudados desde el tiempo de su destitución.

Por lo tanto, sin denuncia o proceso penal el proceso en contra del perpetrador de estos actos en contra de los menores de edad dentro del sistema educativo no es completo y es responsabilidad exclusiva de los padres de familia como representantes del menor según las circunstancias y responsabilidad de toda autoridad educativa que tuviera conocimiento del hecho si se hubiere sucedido dentro del plantel educativo.

4.3.- El Derecho a la Integridad Personal.

El derecho a la integridad personal es aquel derecho humano fundamental que tiene su origen en el respeto a la vida y sano desarrollo de ésta. El ser humano por el hecho de ser tal tiene derecho a mantener y conservar su integridad física, psíquica y moral. La integridad física implica la preservación y cuidado de todas ... "JM Guzmán 1988.

La integridad personal. Siendo un derecho fundamental está considerada dentro de los derechos humanos por la nuestra Constitución Política de la República del Ecuador, al hablar de derechos humanos y constitucionales son intangibles universales e inalienables, mismos que se encuentran dentro de los derechos de primera generación en donde es el Estado su deber primordial es garantizar el uso y goce de estos derechos para los ciudadanos en forma progresiva.

Francisco Muñoz Conde: "Más que la libertad del menor o incapaz, que obviamente no existe en estos casos, se pretende, en el caso del menor, proteger su libertad futura, o mejor dicho la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual; y en el caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales". (MUÑOZ CONDE, Francisco, 2010, "Derecho Penal. Parte especial. Decimotava edición", pág. 217).

El estado tiene la obligación de adoptar medidas eficaces normativas administrativas y políticas a fin de erradicar todo tipo de violencia contra la población infantil como el acoso sexual y la explotación del menor. La normativa internacional los mecanismos de protección de derechos contra el acoso sexual señalan en su contexto el interés superior del niño.

4.4.- Orientación Legal Sistema Víctimas de Acoso Sexual.

La orientación a los padres de familia, en cuanto al proceso legal que tendrán que instaurar, desde la denuncia en contra del agresor, participe del hecho ante la institución educativa, debe tener un acompañamiento legal que no se limite únicamente al proceso del sumario administrativo en contra del docente o del agresor según sea el caso, a fin de que reciba la sanción administrativa de ser de acuerdo a las faltas disciplinarias en las que hubiera incurrido esto dentro de la esfera del derecho administrativo sancionador, si de conformidad a los hechos fácticos denunciados se demostrara conforme a las pruebas y la verdad procesal del sumario que ha violado la norma administrativa con su comportamiento y por tanto merece una sanción ; caso contrario se ratificara el estado de inocencia y se archivara el proceso por falta de mérito procesal para la sanción.

La denuncia penal que es responsabilidad de los representantes legales del menor, que es necesaria frente al cometimiento del delito para que el sistema de investigación penal bajo las garantías del debido proceso, recabe los elementos fácticos y probatorios suficientes a fin de que formule cargos ; si el contenido de estos elementos se fundamentan en graves presunciones de la participación y cometimiento del delito en el proceso penal y en este se agote en todas sus fases procesales para que pueda judicializarse en el sistema de justicia penal y quien ha violado el ordenamiento jurídico y ha cometido el delito en contra del menor reciba la sanción penal que corresponda conforme a las pruebas de cargo y descargo velando por el cumplimiento del debido proceso, y por los derechos de la víctima, el sujeto activo

de la infracción o el autor de conformidad a los pruebas merezca una sanción penal frente al delito que ha cometido, en el que necesariamente deberán considerarse los agravantes específicos al tipo penal que se le ha imputado a los que tuviere lugar para que sean considerados en sentencia y la víctima tenga del estado la respuesta de la justicia conforme a las leyes procesales y penales vigentes y se vele por sus derechos y protección para que pueda desarrollarse pese a la afectación.

El Acoso sexual es una conducta impuesta puesto que no existe el consentimiento en el menor para poder resistirlo por lo tanto tampoco esta en capacidad de asimilar o entender que esta conducta que no ha provocado la víctima se deriva esencialmente de la relación de poder encontrando que el agresor goza de esa situación de superioridad en relación a la víctima lo que facilita la consumación del delito y en segundo lugar la subordinación de la víctima se produce mediante la amenaza y el engaño sin que pueda resistir el acto

Evidenciado el delito en una institución educativa en razón de la relación de poder que se presenta en el sistema educativo en razón de la actividad propia de la educación labor docente o de quienes estén dentro del sistema educativo bajo el cuidado responsable del menor, debe ponerse en conocimiento del sistema de Justicia Penal de manera obligatoria tal como lo prevé categóricamente la ley penal para este tipo de delitos, para que la víctima de conformidad a su derecho constitucional reciba la atención prioritaria del estado y puedan adoptarse los mecanismos de protección a su favor, principalmente porque es una víctima menor de edad, que por esa minoría de edad no está en capacidad de elevar su voz por sí mismo ante los hechos que perturban su normal desarrollo y aun no tiene la madurez suficiente para entenderlos, evitarlos, impedirlos y protegerse de alguna manera,

Hay que tomar en cuenta también que para el cometimiento de este delito como el acoso, el agresor no necesita tiempo para

cometer los actos lesivos en contra del menor, la inmediatez de la actividad del sujeto autor de infracción, hará que estas conductas sean silenciosas, recurrentes, donde bajo esas relación de poder la víctima se encuentra en estado de indefensión, es por esto que de advertirse que el niño ha sido víctima de acoso sexual accederá al sistema de justicia solo a través de su representante legal, para hacer valer su derecho tanto a nivel de las autoridades del sistema educativo cuanto a la justicia penal .

La Omisión del deber de denunciar de las autoridades del sistema educativo que han conocido de estos hechos y no han denunciado teniendo el deber de hacerlo, evitando que los casos se judicialicen, en lo referente a la vulneración de los derechos fundamentales de los niños niñas y adolescentes agudiza el problema, al ser víctimas en doble condición de vulnerabilidad por la minoría de edad, por la misma protección constitucional y por un sistema educativo público con deficiencias de control que tiendan a reducir los delitos sexuales en contra de los niños presentados dentro del sistema . Adoptar este comportamiento activo omisivo en ciertos casos negligente, frente a la gravedad del problema que se plantea en este artículo; es actuar con complicidad dentro de los niveles de participación del cometimiento del ilícito penal, por omisión, en el deber propio de su actividad como autoridad del sistema educativo, no cabe la impavidez ante esta realidad nefasta del país referente a los delitos sexuales en los menores dentro del sistema educativo, por lo que es menester realizar un análisis, crítica y propuesta que posibilite la efectiva protección de las víctimas.

El Estado velara por el derecho de las víctimas a fin de que sea resarcido su derecho fundamental bajo los parámetros principales de verdad, justicia y reparación, es necesaria pero no es suficiente la respuesta en la mayoría de casos del sumario administrativo; en la mayoría de casos en los que no se ha denunciado ante la Fiscalía General del Estado el proceso puede revertirse en contra de la institución educativa que lo inició y las autoridades que hayan promovido la destitución del presunto

autor del delito; el infractor quién haciendo uso del derecho de impugnación conforme a la normativa vigente, ante el Tribunal Contencioso Administrativo el docente destituido sea restituido al cargo en el Magisterio después del juicio contencioso administrativo.

La falta de la presentación de la denuncia penal, deja inconcluso el proceso puesto que el docente destituido únicamente ha sido objeto de una sanción administrativa, pero fuera del conocimiento del derecho penal no hay afectación a su principio constitucional de inocencia, lo que beneficia al agresor pues para el sistema de justicia penal es considerado inocente

Del Sumario Administrativo instaurado a docentes denunciados por el cometimiento de estos delitos origina riesgos legales para el sistema educativo, es decir para el mismo Estado, ya que en la mayoría de los casos no se respeta el debido proceso establecido en la Ley Orgánica de Educación Intercultural, siendo este uno de los motivos por los cuales los supuesto infractores vía el derecho de impugnación acuden a instancias superiores dentro del mismo Ministerio de Educación agotando la vía administrativa para que las decisiones Administrativas sean revisadas por los órganos competentes, y de no surtir el efecto legal esperado harán uso de su derecho ante el Tribunal Contencioso Administrativo en donde en la mayoría de casos se deja sin efecto la sanción impuesta, se restituye el cargo incluso los haberes adeudados desde el tiempo de su destitución por violaciones al debido proceso en la sustanciación del sumario administrativo.

4.5.- Responsabilidad Individual.

Es deber de denunciar de los padres de familia, de quienes ejercen la representación legal de los niños víctimas de acoso sexual, denunciar ante las autoridades de la institución educativa, para que tengan conocimiento y procedan conforme a los procedimientos establecidos para el efecto, y el niño pueda te-

ner una protección conjunta de su familia, del establecimiento, del docente, del psicólogo, de un equipo multidisciplinario, que procure la seguridad del menor donde los padres confiaron al niño para que reciba su educación, evidenciado la falta grave administrativa en virtud del acoso; es necesario denunciar el cometimiento del delito ante la fiscalía general del estado para el conocimiento de la justicia penal.

Debemos tomar en cuenta que en el Ecuador no tenemos jueces, ni fiscales especializados en niños niñas y adolescentes esta deficiencia en la Administración de Justicia hace que el problema se agudice, puesto que las denuncias presentadas, no se han judicializado por la vía del derecho penal y han permanecido en conocimiento de las autoridades del sistema educativo, tramitándose algunas únicamente dentro del sumario administrativo en contra de los docentes cuestionados, previa la destitución si hubiere mérito suficiente en derecho para hacerlo, otras causas han prescrito en el tiempo que las autoridades educativas tenían para investigar y sancionar, por lo que actualmente el Ministerio de Educación ha visto la necesidad de reaperturar esas causas bajo el criterio de la imprescriptibilidad de los delitos sexuales.

4.6.- Ley Orgánica de Educación Intercultural.

El Artículo 11 de esta ley establece como obligaciones que los docentes tienen las siguientes obligaciones: Literal s). Respetar y proteger la integridad física, psicológica y sexual de las y los estudiantes, y denunciar cualquier afectación ante las autoridades judiciales y administrativas competentes.

Toda autoridad educativa, docente, tiene la obligación de poner en conocimiento de las autoridad del establecimiento educativo (Director, Directora, Rector, Rectora) sobre el presunto cometimiento del acoso sexual para que proceda conforme a la Ley de Educación Intercultural y se pueda iniciar el sumario administrativo en contra del miembro de la institución que hubiere incurrido en el hecho todo esto en razón del derecho de protec-

ción de la víctima menor de edad, que no tiene voz por ser niño, porque necesita en el proceso una asistencia responsable, un acompañamiento para que pueda comprender el hecho, pueda romper el silencio de esa realidad que le perturba y reciba la atención inmediata que depende también primordialmente de la institución en donde se educa y luego del estado como garante de los derechos fundamentales de los niños a erradicar todo tipo de acoso sexual, violencia o explotación tomando medidas Administrativas urgentes que tiendan a proteger el menor conforme a los mecanismos de protección internacional como en el caso que nos ocupa lo que plantea la Convención Internacional del Niño .

5.- DERECHO DE LAS VICTIMAS.

Nuestro ordenamiento jurídico establece el derecho de las víctimas por mandato constitucional en el artículo 78, a partir de la entrada en vigencia del nuevo marco constitucional en el que las víctimas gozan derechos constitucionales, como garantía fundamental del derecho de protección, tanto para las valoración de las pruebas cuanto para el desarrollo del proceso penal, se establece en tres parámetros básicamente que son verdad, justicia y reparación, frente al más alto deber del Estado ecuatoriano que es el de instaurar la justicia restaurativa.

Elias Neuman nos comenta que víctima “son las personas naturales o jurídicas que sufren daños en los bienes jurídicamente protegidos por las leyes (principalmente en el campo de la vida, la salud, la propiedad, el honor, la honestidad, etc.)

5.1.- Víctima

Es el sujeto pasivo de la infracción penal, es toda persona natural o jurídica que ha recibido la consecuencia dañosa del delito, que ha sufrido el detrimento o lesión del bien jurídico cuya titularidad le corresponde y que el estado tiene la obligación de tutelar y proteger. La víctima en el proceso busca que el daño le sea reparado vía sentencia judicial.

5.2.- Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para los Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder.

En este instrumento se establecen en sus numerales 4,5,6 y 7 los principios fundamentales para las víctimas que es necesario incluir en este trabajo para recordar a los organismos estatales involucrados, a los poderes públicos del estado que la normativa internacional, como la constitucional; nos obliga a dar un trato prioritario a las víctimas no solo por el padecimiento de la consecuencia en su humanidad en virtud del delito; sino también a establecer procedimientos, mecanismos de protección, políticas públicas que con arreglo a esa normativa y a los protocolos establecidos por el Estado sean altamente eficaces tanto en procedimientos administrativos como judiciales.

5.3.- Acceso a la Justicia y Trato Justo.

Este principio de protección de las víctimas está estrechamente ligado con el mandato constitucional de la tutela judicial efectiva consagrada en nuestra constitución en el artículo 75, en la que se garantiza como derecho fundamental el acceso gratuito a la justicia, que ninguna persona quedara en la indefensión en ningún grado o etapa del procedimiento, bajo los principios procesales de eficacia, intermediación, celeridad, el incumplimiento de las resoluciones judiciales acarrearía responsabilidad conforme a la ley.

5.4.- Normativa de la víctima en el COIP

El Artículo 11 habla sobre los derechos de la víctima y menciona que en todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos:

- 5.4.1.** A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer.
- 5.4.2.** A la adopción de mecanismos para la reparación integral

de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra norma de reparación adicional que se justifique en cada caso.

5.4.3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización.

5.4.4. A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos.

5.4.5. A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.

5.4.6. A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral.

5.4.7. A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento, así como a recibir asistencia especializada.

5.4.8. A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley.

5.4.9. A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal.

5.4.10. A ser informada por la o el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción.

5.4.11. A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce.

5.4.12. A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.

Si la víctima es de nacionalidad distinta a la ecuatoriana, se permitirá su estadía temporal o permanente dentro del territorio nacional, por razones humanitarias y personales, de acuerdo con las condiciones del Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal.

Dentro del proceso penal en el Código Orgánico Integral Penal de nuestro país puntualiza específicamente los derechos de la víctima a los que tiene acceso durante el proceso investigativo, que son de estricta observancia en el desarrollo del proceso penal, hasta que se haya satisfecho su derecho mediante sentencia en el incluirá el pago de daños y perjuicios, daño material e inmaterial, a los que hubiere lugar en el juicio.

6.- LA DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS DE DELITOS Y DEL ABUSO DE PODER.

Adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 hace referencia a varios términos y prerrogativas que los Estados deben estatuir en sus legislaciones internas varios derechos de las víctimas, como por ejemplo:

6.1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o

menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

6.2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización.

6.3. Las disposiciones de la presente Declaración serán aplicables a todas las personas sin distinción alguna, ya sea de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico.

6.4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional.

6.5. Se establecerá y reforzarán, cuando sea necesario, mecanismos judiciales y administrativos que permitan a las víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditos, justos, poco costosos y accesibles. Se informará a las víctimas de sus derechos para obtener reparación mediante esos mecanismos.

6.6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas:

a) Informando a las víctimas de su papel y del alcance, el desa-

rollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información;

- b) Permitiendo que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal correspondiente;
- c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial;
- d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia;
- e) Evitando demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

Al respecto el estado debe cumplir con el deber de adoptar procedimientos administrativos judiciales efectivos que visibilicen la obligación de la protección a todas las víctimas de violencia y acoso sexual dentro del sistema educativo, el estado debe actuar con la debida diligencia que requieren en estos casos para investigar prevenir sancionar y reparar los derechos bajo el principio de la integridad personal que abarca la dignidad humana la intimidad y a no ser sometidas a procedimientos judiciales invasivos no consentidos de acuerdo a los parámetros internacionales de derechos humanos.

7.- LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, SOBRE LA CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO A LA VERDAD EN EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS.

Igualmente tiene previsto un marco regulatorio sobre el derecho a la Verdad tiene una doble dimensión al amparo de las víctimas, este derecho que va íntimamente ligado con el derecho a las garantías judiciales, protección judicial y acceso a la información. La obligación del estado a prevenir, investigar, esclarecer, juzgar y sancionar a los responsables del delito. La verdad surge como respuesta a la falta de investigación juzgamiento y sanción; en los casos de graves violaciones como el acoso sexual, proporcionando una respuesta efectiva en la administración de justicia para el combate de la impunidad de estos delitos en los que por ser víctimas personas menores de edad, grupos vulnerables existen claras violaciones a los derechos humanos y la sociedad también tiene derecho a conocer esa verdad.

La verdad como elemento fundamental de los derechos y garantías judiciales y a la protección judicial, esta verdad que busca esencialmente combatir la impunidad frente a la falta de investigación efectiva, suficiente, oportuna, para la captura, enjuiciamiento y condena para los responsables del delito. La falta de debida diligencia de los estamentos del estado, propicia el retardo injustificado del inicio de las causas administrativas y genera repetición de violación continua de derechos humanos en las menores víctimas de acosos sexual.

Las medidas que el estado debe adoptar al respecto en combate a la impunidad de estos delitos, es; en un plazo razonable de tal forma que las víctimas tengan respuesta de las autoridades educativas y posteriormente de la justicia penal, es decir de haber merito procesal suficiente deben agotarse en forma conjunta la vía administrativa y penal.

8.- LA NO REVICTIMIZACIÓN

Para el desarrollo tanto de la investigación administrativa, como del proceso penal se prohíbe por mandato constitucional re victimizar a la víctima, en la práctica de actos procesales, investigativos o de obtención de pruebas que deben respetar en forma irrestricta todos los profesionales del sistema de investigación de policía y de la administración de justicia, así como los

expertos, equipos multidisciplinarios, médicos, psicólogos, psiquiatras, a fin de no volver a revivir en la víctima los difíciles momentos del padecimiento psicológico, físico, a consecuencia del delito, pues se ha comprobado que las secuelas de los delitos sexuales son traumáticas y por lo general presentan consecuencias, durante el cometimiento de la infracción y a futuro inciden directamente en el desarrollo normal del menor como persona.

Una de las pruebas principales a los que el ordenamiento jurídico penal hace referencia para la protección de la víctima, se refiere al testimonio, que se podrá solicitar al juez que conozca la causa y se le permita rendir su testimonio evitando su confrontación con la persona procesada en el caso de los menores a través de la cámara de Gesell observando las reglas especiales orientadas a facilitar el testimonio en particular de niños, niñas y adolescentes. O de víctimas de delitos de agresión sexual como en el caso que nos ocupa, en el caso de los niños la persona experta obtendrá ese testimonio a través de una manera lúdica, espontánea, relato, a través de los muñecos asexuados en los que el menor podrá referir que es lo que ha pasado con su cuerpo o cual ha sido la acción de la cual ha sido objeto, donde el menor acompañado de su representante legal, podrá dar a conocer en forma su testimonio anticipado que le pueda permitir al juez observar las garantías y derechos de las víctimas en presencia de las partes a fin de que se constituya como prueba para este tipo de delitos.

Esta prueba cabe precisar en referencia al artículo 501 numeral 5 del COIP.- ...Las niñas niños y adolescentes declararan sin juramento, pero con la presencia de sus representantes o de un curador que será nombrado y posesionado en la misma audiencia de juicio... , mi posición personal al respecto es que hacerlo tal como puntualiza la norma es re victimizar nuevamente al menor en el juicio por lo tanto la prueba en la cámara de Gesell debería ser sustentada por el profesional que la práctico y debe ser conservada en un archivo magnético digital, grabación, audio, protegiendo la identidad del menor para que este sea presentado al tribunal o al juzgador y el menor no sea presentado en la audiencia de juicio.

Presentada esta prueba como se sugiere es el profesional responsable de la obtención del testimonio del menor, el experto quien deberá presentar su informe al juzgador al tribunal para construir la verdad procesal en relación a las otras pruebas presentadas por el juicio.

9.- DERECHO A SER ESCUCHADO

Ese derecho a ser escuchado de para las víctimas nace del derecho fundamental a ser oído como persona sujeta de derechos, que han sido violentados por la violencia sexual, este derecho se establece en el Art.12 de la Convención de Niño en el apartado uno y dos que garantiza a todo niño que esté en condiciones de formar un juicio propio a expresar su opinión libremente, otorga al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que vulnere sus derechos es por eso que para que se haga efectivo este derecho quienes ejerzan la patria potestad padre o madre del menor deberán respaldar su actuación en la ley para proteger al menor tanto en el ámbito judicial como administrativo.

Verdad, justicia y reparación, es un derecho fundamental de las víctimas ahora desde el cambio del paradigma constitucional, que obliga al estado a cumplir dentro de la administración de justicia con el deber de impartir la justicia restaurativa; no solo al pronunciamiento judicial en virtud de la sentencia condenatoria del delito sino también a observar el daño material e inmaterial al que la víctima tiene derecho a consecuencia del delito

10.- VERDAD

Las víctimas de un delito tienen derecho a conocer la verdad sobre los hechos denunciados perpetrados en su contra, así como sobre el desarrollo de proceso en todas sus fases desde la investigación hasta la culminación del proceso, los deberes y facultades a intervenir en el proceso así como a tener acceso al expediente, y a recibir protección especial coordinando con

el Sistema de Víctimas y Testigos dentro de la Fiscalía General del Estado, como a la protección del derecho de reserva de los datos de identificación del menor en razón de su derecho a la intimidad, de tal forma que la víctima quede satisfecha de la respuesta del estado dentro de la administración de justicia para protección de sus derechos fundamentales .

11.- JUSTICIA

La víctima tiene el derecho fundamental de recibir del estado la Justicia dentro del sistema penal, cuando se ha cometido un delito se observaran principalmente la verdad procesal, a la que el juez ha arribado mediante las pruebas de cargo y descargo en el juicio; de haber alto contenido de prueba inculminatoria se emitirá una sentencia se emitirá una sentencia que una vez ejecutoriada surtirá los efectos legales en contra del acusado que ha infringido el ordenamiento jurídico, ha cometido un delito y por tanto tiene una deuda social con la sociedad y a colocado a la víctima en un proceso penal angustiante para defender su derecho.

12.- REPARACIÓN

Derecho a la reparación del daño causado cuyo objeto es la indemnización pecuniaria que servirá para restituir el derecho de la víctima, si en el proceso judicial tanto en la investigación cuanto en el desarrollo del proceso hubiera tenido que incurrir en gastos, pericias, atención médica, psicológica, tratamiento terapéutico a fin de que se logre su recuperación, costas judiciales, daño material e inmaterial, para esto el juzgador desde el inicio del proceso debe procurar medidas de aseguramiento para el procesado en razón del hacer efectivo el derecho de la víctima

13.- EL PLAZO RAZONABLE

La Garantía Judicial del Plazo Razonable, constituye un presupuesto del debido proceso, hay que observar que esta garan-

tía fundamental es un derecho que tienen las víctimas que han accedido al sistema de la administración de justicia para obtener una resolución judicial en el plazo que posibilite a las víctimas a obtener una solución de sus conflictos jurídicos, delito que ha sido puesto en conocimiento de las autoridades competentes y que se aplican a un caso concreto sin dilaciones, de acuerdo a los principios de tutela judicial efectiva, economía procesal de tal forma que el estado cumpla con uno de sus deberes fundamentales como es impartir justicia.

El plazo Razonable como garantía judicial establecido en la Convención Americana de Derecho Humanos, posibilita al estado garantizar a las víctimas, frente al acceso a la administración de justicia, la investigación, el enjuiciamiento y la sanción, a los responsables del ilícito puesto en su conocimiento, en virtud de este derecho las víctimas, podrá conocer la verdad de lo sucedido, la verdad sobre los hechos fácticos y la verdad procesal vía resolución de la administración de justicia.

En el desarrollo del proceso el no observar esta garantía judicial constituye un perjuicio en relación a los derechos de la víctima que normalmente significa impunidad. El plazo razonable se observara de acuerdo a lo establecido en la norma tanto en la etapa investigativa criminal, cuanto en la sustanciación del proceso y en la emisión de la resolución definitiva, sea de sanción o de archivo del mismo que tiene que ir estrechamente vinculado también a la motivación con arreglo a las formalidades del proceso, debe tenerse en cuenta la complejidad del caso entre la gravedad de la infracción penal y las consecuencias dañosas a la víctima, la naturaleza de la investigación y de la persona o personas involucradas de tal forma que el orden público, pueda determinar conforme al derecho de tutela efectiva que ha sido respetuoso de esta garantía cumpliendo el poder judicial con esta garantía se asegurara al derecho constitucional de la víctima a una sentencia justa para las partes a través de concentrar los mayores actos tanto para la defensa como la acusación en virtud del principio de igualdad formal y material, vale la pena

señalar que no basta la simple manifestación del deber del estado señalado en la constitución en cuanto a demostrar si se ha agotado todos los procedimientos, diligencias y se ha actuado con debida celeridad, solo así podría evidenciarse que el estado ha realizado todos los mecanismos judiciales, administrativos en razón a la protección de la víctima para emitir su resolución judicial definitiva.

El acceso a la justicia al que las víctimas tienen derecho es fundamental, incluso en el impulso del proceso y la protección efectiva de sus derechos puesto que no se limita solamente al acceso formal, sino que comprende imponer al poder público la obligación de llevar al proceso en un trato igualitario, de acuerdo a los diferentes recurso e instancias y tramitarse de acuerdo a las normas del debido proceso. Hay que observar también la conducta de quienes ejercen la defensa actos que permitan identificar, sin dilaciones procesales, sin abuso de la discrecionalidad en la investigación de tal forma que le permita al juez o al tribunal identificar estos aspectos ya que el estado tiene la obligación de investigar para establecer la culpabilidad, y la responsabilidad penal, o en caso contrario ratificar el estado de inocencia dentro del plazo que le establece la ley.

A la víctima no se la puede obligar a comparecer al desarrollo de los actos procesales y de prueba, pero este derecho no puede ser equiparado a que renuncia de su situación procesal y que esta pueda utilizarse como una excusa del estado, que pueda incidir en la superación del plazo para que o se haya resuelto con arreglo a las normas procesales vigentes y a las garantías constitucionales.

Sobre lo analizado en líneas anteriores es necesario precisar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos a emitido pronunciamientos sobre la violación de esta garantía en relación a las víctimas como máximo organismo de protección de derechos humanos, en este sentido se estipula a actuar al estado con debida diligencia frente a los actos violentos en particular

aquellos de exposición a la violencia que puede sufrir una mujer por su minoría de edad entre condiciones de riesgo. El estado debe garantizar el acceso a la justicia a fin de esclarecer los hechos, las autoridades en sus actuaciones deben conducir adecuadamente las investigaciones para determinar así las correspondientes responsabilidades y aplicar las sanciones y consecuencias que la ley prevé, al respecto existen pronunciamientos de llamados de atención por la CiDH justamente por violar el plazo razonable a las víctimas menores de edad por acoso sexual.

14.- EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN.

La Constitución de la República del Ecuador, en la Sección quinta relativa a la Educación prescribe, Artículo 26, que la educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la inversión estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tienen el derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo. Que además, Art. 27, la educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa, de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar.

La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional.

De manera similar el Artículo 28 prescribe que la educación responderá al interés público y no estará al servicio de intereses individuales y corporativos. Se garantizará el acceso universal,

permanencia, movilidad y egreso sin discriminación alguna y la obligatoriedad en el nivel inicial, básico y bachillerato o su equivalente.

Es derecho de toda persona y comunidad a interactuar entre culturas y participar en una sociedad que aprende. El Estado promoverá el diálogo intercultural en sus múltiples dimensiones. El aprendizaje se desarrollará de forma escolarizada y no escolarizada. La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.

El derecho de los menores al recibir del estado la educación integral tal como lo señala la constitución, se entiende que se reserva a los poderes públicos la prestación de este servicio, para que los niños puedan acceder al derecho fundamental de la educación, escolarización, gratuidad, en las escuelas fiscales fisco-misionales y particulares bajo las garantías propias de un estado democrático.

La educación que se impartirá en el conocimiento principios y valores que se han asumido por el estado, como un compromiso constitucional efectivo en beneficio de los menores y de la ciudadanía. Esto desde el concepto omnicomprensivo de la educación es propia de los estados democráticos como el nuestro.

14.1.- Delitos Sexuales en el sistema educativo.

De acuerdo a las fuentes de información, denuncias, reportes estadísticos de los Distritos Zonales de Educación, medios de comunicación, las principales conductas sobre los delitos sexuales son los siguientes.

Los tipos penales relacionados a estas conductas sexuales en nuestro Código Integral Penal se encuentran entre los principales los siguientes:

14.2.- Acoso Sexual.- Código Integral Penal.-La persona que solicite algún acto de naturaleza sexual, para sí o un tercero, prevaleciendo se dé su autoridad laboral, docente, religiosa o similar sea tutora o tutor, curadora o curador, ministro de culto profesional de educación o salud personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma, que implique subordinación a la víctima a un tercero, un mal relacionado en las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Cuando la Víctima sea menor de dieciocho años de edad o persona con discapacidad o cuando la persona no pueda comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que solicite favores de naturaleza sexual que atente contra la integridad sexual de otra persona y que no se encuentre previsto en el inciso primero de este artículo será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.

14.3.- Abuso Sexual COIP

La persona, en contra de la voluntad de otra ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre si misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual sin que exista penetración o acceso carnal será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando la víctima sea menor de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima como consecuencia de la infracción sufra una lesión física o daño psicológico permanente será sancionado con pena de libertad de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.

14.4.- Violación COIP.

Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
3. Cuando la víctima sea menor de catorce años. Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:
4. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.
5. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.
6. La víctima es menor de diez años.
7. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.

8. La o el agresor es ascendiente o descendente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
9. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo. En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

14.5.- El Deber de Denunciar Autoridades del Sistema Educativo

El deber de denuncia solo es restringido a ciertos estratos claves de la sociedad. El Artículo Art 422.- numeral 3 confiere este deber jurídico a los directores, educadores u otras personas responsables de instituciones educativas, por presuntos delitos cometidos en dichos centros.

De esta norma penal se desprende la obligación de denunciar que tienen las autoridades educativas, (directores, rectores, docentes) psicólogos mediante el informe de riesgo del menor, cuando tengan conocimiento de algún delito de índole sexual cometido en contra de la integridad de estos grupos vulnerables cuando han sido víctimas de estos delitos de acuerdo con la normativa penal.

La omisión de la denuncia en las autoridades encargadas de la dirección y control de la institución educativa y de velar por el normal desenvolvimiento tanto de la institución, cuerpo docente, administrativo y la población educativa, constituirán un agravante específico del delito sexual acarreándole responsabilidad penal, como se establece en el Artículo 48 del COIP numerales 1, 6 y 8. Es decir se sancionara con el máximo de la pena establecida para el delito más el tercio de la misma según el tipo penal.

La omisión dentro del derecho penal constituye una forma de participación de la infracción penal, más aún cuando se trata

de autoridades del sistema educativo se tiene la obligación de denunciar y existe el imperativo dentro de la norma que le obliga hacerlo para proteger los derechos del menor cuando ha sido víctima de un delito de índole sexual.

15.- CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

En este cuerpo legal se encuentra especificado, Art. 50, el Derecho a la integridad personal. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, física, psicológica, cultural, afectiva y sexual. No podrán ser sometidos a torturas, tratos crueles y degradantes. Igualmente el Artículo 68 habla sobre el concepto de Abuso Sexual. Establece que sin perjuicio de lo que dispone el Código Penal sobre la materia, para los efectos del presente Código constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencia de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio. Cualquier forma de acoso o abuso sexual será puesta a conocimiento del Agente Fiscal competente para los efectos de la ley, sin perjuicio de las investigaciones y sanciones de orden administrativo que correspondan. Las personas que por su profesión u oficio tengan conocimiento de un hecho que presente características propias de maltrato, abuso y explotación sexual, tráfico o pérdida de que hubiere sido víctima un niño, niña o adolescente, deberán denunciarlo dentro de las veinticuatro horas siguientes de dicho conocimiento ante cualquiera de los fiscales, autoridades judiciales o administrativas competentes, incluida la Defensoría del Pueblo, como entidad garante de los derechos fundamentales. Y que además Es deber de todas las personas intervenir en el acto para proteger a un niño, niña o adolescente en casos flagrantes de maltrato, acoso sexual, tráfico y explotación sexual y otras violaciones a sus derechos; y requerir la intervención inmediata de la autoridad administrativa, comunitaria o judicial, tal como especifica el Art. 73 del código de la niñez.

16.- DEBERES DEL ESTADO. ARTÍCULO 3 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA.

Con el cambio del paradigma constitucional del 2008 la nueva finalidad del Estado es garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y su protección efectiva dentro de los que se encuentran inmersos la seguridad ciudadana, tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y garantizar dentro de los derechos fundamentales una vida libre de violencia.

Garantizar sin discriminación alguna el goce efectivo de los derechos establecidos en la constitución y en los instrumentos internacionales en particular la educación, la alimentación seguridad social, salud y el agua para sus habitantes.

16.1.- Medidas de Protección para las Víctimas

Desde el punto de vista de la Política Victimal está orientada a favor de las víctimas, buscando la utilización efectiva de estrategias legislativas, judiciales y administrativas, en defensa de los derechos como las medidas de protección que prevé nuestra legislación para el tratamiento de las víctimas contenida en La Ley Orgánica de Educación Intercultural (LOEI)

En cambio, la Política Criminal es el estudio de las medidas necesarias para el combate de las conductas consideradas como delitos, causantes del perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses del estado, de los ciudadanos y de la seguridad jurídica, por la cual las víctimas también tienen derecho de protección en razón de la tutela efectiva.

a.- Derecho a no ser re victimizados, la mayoría de casos de acoso sexual, no dejan huellas evidentes en las víctimas las secuelas psicológicas, las mismas solo pueden ser detectadas por un personal capacitado para ello, el mismo es muy escaso tanto en las instituciones educativas como en el Distrito Zonal de Educación.

El alejamiento del presunto agresor, si es verdad de las medidas del art. 558 del Código Orgánico Integral Penal solo pueden ser dictadas por el juez competente, son ejemplificativas de cómo se debe proteger a los niños, niñas y adolescentes, en materia penal, pero además existen también normas de protección el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, pero que tampoco son cumplidas.

b.- Se debe actualizar el protocolo sobre los casos de delitos sexuales, dentro del sistema educativo, de conformidad a la respuesta por parte de las Unidades Educativas y Distritos Zonales que debe ser inmediata y orientada a la reparación del daño, otorgado a las víctimas.

En el Artículo 79 del Código de la Niñez y la Adolescencia, para los casos previstos en este título. - Para los casos previstos en este título y sin perjuicio de las medidas generales de protección previstas en este Código y más leyes, las autoridades administrativas y judiciales competentes ordenarán una o más de las siguientes medidas:

1. Allanamiento del lugar donde se encuentre el niño, niña o adolescente, víctima de la práctica ilícita, para su inmediata recuperación. Esta medida sólo podrá ser decretada por el Juez de la Niñez y Adolescencia, quien la dispondrá de inmediato y sin formalidad alguna;
2. Custodia familiar o acogimiento institucional;
3. Inserción del niño, niña o adolescente y su familia en un programa de protección y atención;
4. Concesión de boletas de auxilio a favor del niño, niña o adolescente, en contra de la persona agresora;
5. Amonestación al agresor;
6. Inserción del agresor en un programa de atención especializada;

7. Orden de salida del agresor de la vivienda, si su convivencia con la víctima implica un riesgo para la seguridad física, psicológica o sexual de esta última; y de reingreso de la víctima, si fuere el caso;
8. Prohibición al agresor de acercarse a la víctima o mantener cualquier tipo de contacto con ella;
9. Prohibición al agresor de proferir amenazas, en forma directa o indirecta, contra la víctima o sus parientes;
10. Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña;
11. Suspensión del funcionamiento de la entidad o establecimiento donde se produjo el maltrato institucional, mientras duren las condiciones que justifican la medida;
12. Participación del agresor o del personal de la institución en la que se haya producido el maltrato institucional, en talleres, cursos o cualquier modalidad de eventos formativos; y,
13. Seguimiento por parte de los equipos de trabajo social, para verificar la rectificación de las conductas de maltrato.
14. En casos de emergencia que aporten indicios serios de agresión o amenaza contra la integridad físicas, psicológica o sexual del niño, niña o adolescente o de delito flagrante, las entidades de atención autorizadas podrán ejecutar provisionalmente las medidas de los numerales 2 a 9, 12 y 13, y ponerlo en conocimiento de la autoridad competente en el plazo máximo de setenta y dos horas, para que disponga las medidas definitivas

16.2.- Atención a Grupos Vulnerables.

Artículo 35 Constitución Política del Ecuador establece que Las personas adultas mayores niños niñas y adolescentes, mu-

jeres embarazadas personas con discapacidad personas embarazadas, personas privadas de la libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas recibirán atención prioritaria, especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención recibirán las personas en situación de riesgo las víctimas de violencia doméstica y sexual maltrato infantil desastres naturales maltratos antropogénico.

16.3.- El Endurecimiento de las Penas.

En Ecuador vía consulta popular para efectos de solucionar el alto índice de impunidad, de los delitos sexuales en que los niños niñas y adolescentes han sido víctimas se a propuesto en forma polémica preguntarle a la ciudadanía sobre la imprescriptibilidad de los delitos, para que sean añadidos a los delitos imprescriptibles en el COIP que se encuentran establecidos en el artículo 75 numeral 1, las penas restrictivas de libertad prescribirán en el tiempo máximo de la pena privativa de libertad, prevista en el tipo penal más el cincuenta por ciento.

Varios juristas manifiestan que el endurecimiento de las penas no es la solución para enfrentar estos delitos; sino que la estructura del estado tanto en educación, salud, acceso al trabajo, políticas inclusivas de desarrollo de la social, deben implementarse en una forma más equitativa y justa. Esta sería la posible solución para bajar el índice de delitos, que ahora perturban la sociedad pero no es con el endurecimiento de penas que se va a lograr combatir el delito, como en forma errónea se ha propuesto vía consulta que en otras palabras lo que ha hecho el estado es reaperturar casos de hace más de 30 o 40 años para que las víctimas tengan la posibilidad de judicializarlos pese al transcurso del tiempo, nos preguntamos: ¿Cuáles serán las dificultades para obtener los elementos probatorios en estos casos? y ¿Cuál será la respuesta vía sentencia de los administradores de justicia?, puesto que aún no tenemos ningún pronunciamiento en sentencia para profundizar en el estudio frente a estos delitos.

16.4.- Tutela Judicial Efectiva.

Es un derecho fundamental universal, garantía del debido proceso significa el acceso a la administración de justicia, que todas las personas harán uso de ese derecho para acudir ante el sistema de justicia, bajo condiciones de igualdad formal y material agotando los causes del derecho en virtud del derecho a la defensa a fin de que no quede en la indefensión en ninguna etapa o grado del procedimiento de las acciones judiciales. Radica en que el Estado brinde mecanismos idóneos, bajo el sistema de justicia que este en capacidad de resolver todos los conflictos de relevancia jurídica, como el problema que se presenta actualmente en el Ecuador en virtud de las denuncias de los delitos sexuales en el sistema educativo donde la parte más vulnerable son los menores de edad víctimas de estos delitos, pese a que a nivel gubernamental se han implementado protocolos, medidas de protección, la incidencia de los delitos va en aumento por lo que resultan ineficaces en su mayoría por falta de conocimiento de quienes pueden hacer uso efectivo de las mismas en representación de los menores que en este caso son los padres de familia y los educadores o las autoridades que han conocido de esas denuncias por lo que el menor se encuentra en situación de riesgo, para ponerlas a sus servicio en forma inmediata y efectiva protegiendo al menor dentro del sistema educativo previas las acciones legales necesarias si fueren del caso para que posteriormente conozca la justicia penal.

Evidenciamos que el problema no es normativo, sino la poca efectividad en su mayoría de actuar con la debida diligencia dentro del sistema educativo a quienes tiene la obligación de hacerlo en razón de su cargo, profesión, pues hay el imperativo en la norma que los obliga.

16.5.- Factores de Riesgo en Niños Niñas y Adolescentes por Acoso Sexual.

Una vez identificado a la víctima en situación de riesgo; debe procederse al apoyo, seguimiento, tratamiento, en la recupera-

ción psicológica del niño niña y adolescente, así como el acompañamiento a los padres de familia que posibilite, y oriente a establecer la denuncia dentro del Distrito de Educación, quien mediante su departamento legal deberá asesorar a los padres de familia, representantes legales sobre el Protocolo a seguirse dentro del Ministerio de Educación en el presunto cometimiento de la falta grave administrativa e instruir sobre la presentación de la denuncia penal por el delito ante la Fiscalía General del Estado si fuera necesario.

El Ministerio de Educación deberá instaurar el Sumario Administrativo en el que se velará por el cumplimiento del debido proceso y el derecho de la víctima a fin de que el agresor de comprobarse la falta Administrativa reciba la sanción que corresponda en la mayoría de los casos la destitución de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Educación Intercultural artículo 65 en el que interviene directamente la Junta Distrital de resolución de Conflictos facultados legalmente para pronunciarse legalmente sobre la sanción de ser el caso.

16.6.- Riesgo en las Víctimas.

Al respecto de uno de los principales factores que inciden en las víctimas es preciso citar lo que manifiesta: (Fergusson,) "el riesgo de abuso sexual tiende a aumentar en aquellos niñas y niños que provienen de familias que se caracterizan por disfunción marital, mono parentalidad, pobre relación padres-hijos y problemas de desajuste parental".

El estado Ecuatoriano, es un estado de derecho y de justicia partiendo de esta declaración, y respecto a la educación, bajo la democratización de la misma, y la libre elección de los padres de familia en razón de la confianza en los centros educativos regentados por el estado, deben propender a impartir la educación con niveles no solo académicos sino también en pos de la seguridad del menor dentro del ámbito de su competencia, que son los centros de educación donde principalmente el menor debe estar

protegido de este fenómeno social delictivo que actualmente se encuentra en el sistema educativo en los casos donde se cuestiona la sociedad le generan desconfianza, no solo en el ámbito de la educación sino también en la justicia.

En esta investigación también se evidencia que otro fenómeno delictual es el abuso sexual infantil, como una de las formas del maltrato infantil, estableciéndose los criterios básicos para su tipificación. así mismo se explica sus consecuencias y las condiciones para que las mismas ocurran. Se presenta los indicadores básicos para una intervención eficaz considerándose la interrelación de los factores de riesgo que incrementan la probabilidad de aparición de estos delitos y los mecanismos de protección que contribuyen a disminuir o controlar los factores de riesgo reduciéndose la posibilidad del abuso, acoso o violación. Finalmente se establecen pautas de prevención en el contexto del fortalecimiento del grado de conocimiento que debe poseer el niño sobre este tipo de delitos sexuales, que el Ministerio de Educación conjuntamente con el gobierno han emprendido masivamente en campañas de prevención, sobre la información recursos de apoyo y protección disponible en el sistema de educación.

La Constitución en Capítulo tercero Sección Quinta Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria establece primordialmente el interés superior del niño:

Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.

Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social

y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.

De lo cual podemos ver que los niños niñas y adolescentes son considerados grupos de atención prioritaria, y por ese motivo debemos dar una atención especializada y en lo referente a los delitos de índole sexual en las instituciones educativas en conjunto con el Ministerio de Educación velaran por la protección de niños niñas y adolescentes.

Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.

17.- CONCLUSIONES

1.- Existen presuntos delitos en los Distritos Zonales de Educación, se evidencia un alto índice de denuncias a docentes, las mismas que no han sido investigadas en su gran mayoría las causas son diversas, desconocimiento en la materia, desconocimiento de protocolos, pese a que el Ministerio de Educación tiene uno señalado, años atrás, el mismo es incumplido, incluyendo falta de personal especializado para tratar esos casos,

por lo que la mayoría de las denuncias quedan rezagadas en la impunidad. Los encargados del Distrito que sustancian estas causas requieren una capacitación legal y del debido proceso que observe los plazos en la ley a fin de que los sumarios administrativos sean sustanciados a tiempo y no se prescriban en conocimiento del mismo distrito.

2.- Autoridades, docentes y padres de familia, desconocen en su mayoría el procedimiento legal establecido para los presuntos delitos sexuales y en las Administraciones Distritales lo que genera impunidad, y las denunciadas en el trámite administrativo prescriben dentro del mismo sistema educativo. Para lo cual se requiere de un departamento de asesoramiento legal que oriente a los involucrados incluso en el proceso penal de ser el caso donde debe actuarse con celeridad, eficiencia, y objetividad para que dichos pronunciamientos administrativos sean seguidos conforme a la ley en beneficio de los derechos fundamentales del menor.

3.- Se establece un porcentaje sumamente alto en lo que refiere a denuncias por presuntos delitos de violencia sexual a los docentes de las diferentes instituciones educativas, en un promedio de aproximado de 39.00%, número que en algunos distritos supera con facilidad a delitos cometidos fuera de las instituciones educativas

4.- Los delitos de naturaleza sexual, tiene una connotación especial, la misma que es el rechazo social, increíblemente a la parte denunciante, por lo que opera el silencio en la mayoría de casos. En lo referente a la investigación realizada, los porcentajes son aproximados pues ni siquiera las instituciones llevan un control real de lo denunciado pues muchas veces son solo denuncias verbales por parte de los representantes legales que no han oficializado la denuncia con la responsabilidad que se requiere en el mismo centro educativo.

18.- RECOMENDACIONES.

En materia de derechos fundamentales de protección de los menores de edad, la Constitución de la República del Ecuador es clara se consideran como grupo de atención prioritaria para el estado:

1.- Los niños y adolescentes, para que la norma constitucional se cumpla en forma efectiva es necesario la voluntad decidida de las autoridades del sistema educativo de erradicar este tipo de conductas, los estamentos del estado, así como de las autoridades para desarrollar en forma conjunta las políticas públicas de prevención, comunicación a nivel nacional, sobre temas de protección al menor y a las víctimas de estos delitos. (Programa que está en marcha), pero que ha tenido muy poca recepción por parte de la sociedad. El asesoramiento no debe estar orientado por profesionales en derecho solamente, sino además con especialización en materia penal, administrativa y con conocimientos en materia educativa, para que los casos investigados no queden en la impunidad.

2.- Se recomienda Crear una Comisión Especial de Investigación independiente del Sistema Educativo, a fin de garantizar la imparcialidad tanto en la investigación como en la sustanciación del proceso sumario administrativo. No es aconsejable que los docentes investiguen, sustancien, sancionen, para garantizar un proceso con estricto respeto a las garantías fundamentales del debido proceso.

3.- Establecer responsabilidades en las Autoridades Administrativas sobre el tratamiento, sustanciación de las denuncias, resoluciones sobre estas, en relación al tiempo y plazos que la ley establece en el sumario administrativo y la obligación de denunciar evidenciados los casos de delitos sexuales de poner en conocimiento de la Fiscalía General del Estado, conforme se establece en la norma penal, que es imperativa para las autoridades del sistema educativo.

4.- Se requiere que en los Distritos se cree un Departamento legal exclusivamente para delitos sexuales, que proporcionen de manera ordenada, la orientación legal tanto a los padres de familia de las víctimas de delitos sexuales, acoso sexual, violación, respondiendo al interés superior del niño y la protección del menor, una cobertura jurídica sobre el tema, necesaria para la agilidad de los procesos.

5.- El Servicio de Atención Especializada a las víctimas menores de edad, de delitos sexuales a niños niñas y adolescentes y el tratamiento psicológico es prioritario, no solo en la víctima, sino a su entorno familiar. Solo se logra a través de un personal especializado, expertos que garanticen la recuperación de la víctima menor de edad en el tratamiento dentro del sistema educativo.

6.- Promover la capacitación periódica a docentes, estudiantes, involucrados dentro del sistema educativo sobre la efectividad de los Protocolos y Medidas Protección para las víctimas menores de edad de delitos sexuales, creando conciencia de la problemática dentro de los ámbitos de su competencia.

19.- BIBLIOGRAFÍA

La integridad física implica la preservación y cuidado de todas ...
"JM Guzmán 1988.

Ley 134 PCL R. O. Nro. 511: 10.6.83

(MUÑOZ CONDE, Francisco, 2010, "Derecho Penal. Parte especial. Decimoctava edición", pág. 217)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de agosto 1948.

Convención de los Derechos del Niño junio 2006

El Comercio-15 nov.2017)

Código Orgánico Integral Penal

Código De la Niñez y la Adolescencia

Ley Orgánica de Educación Intercultural

Reglamento General a la Ley Orgánica de Educación Intercultural

<https://ddd.uab.cat/>

<https://www.ehu.eus/>

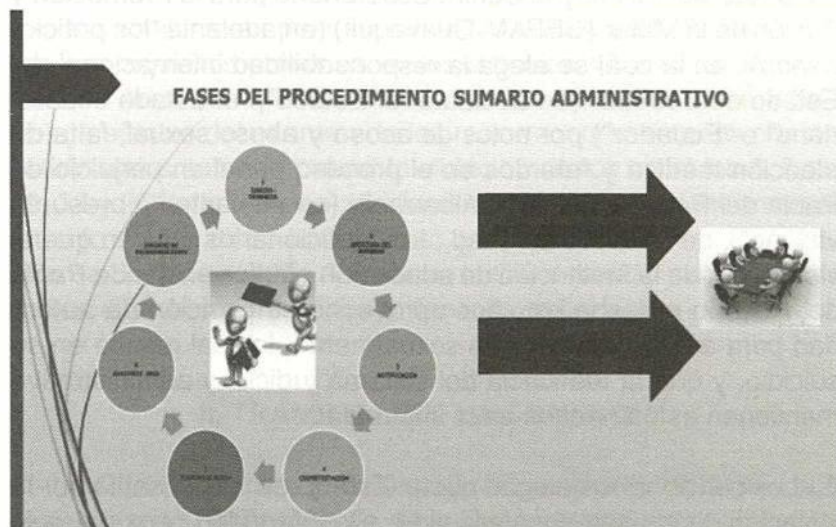
es.scribd.com/document/219276529/ASS-Del-Libro-de-Donna NEUMAN, Elías. Victimología, El Rol de la Víctima en los Delitos convencionales y no convencionales. Editorial, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1998.

NEUMAN, Elías. Victimología Supranacional, El Acoso a la Soberanía. Editorial, Universidad, Buenos Aires, 1995.

NEUMAN, Elías. Victimología y Control Social, Las Víctimas del Sistema Penal. Editorial, Universidad, Buenos Aires, 1995

ANEXO 1

FASES DEL PROCEDIMIENTO SUMARIO ADMINISTRATIVO



ANEXO 2

INFORME No. 76/08

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

ADMISIBILIDAD

PETICIÓN 1055-06

**PAOLA DEL ROSARIO GUZMÁN ALBARRACÍN Y FAMILIARES
ECUADOR**

17 de octubre de 2008

I. RESUMEN

1.- El 2 de octubre de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la “Comisión Interamericana” o la “CIDH”) recibió una petición presentada por el Centro de Derechos Reproductivos y el Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer (CEPAM-Guayaquil) (en adelante “los peticionarios”), en la cual se alega la responsabilidad internacional del Estado de Ecuador (en adelante “el Estado”, “el Estado ecuatoriano” o “Ecuador”) por actos de acoso y abuso sexual, falta de atención médica y retardos en el proceso penal en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín (en adelante “la presunta víctima”), de 14 años de edad. Los peticionarios aducen que el vicerrector de la institución de educación pública en donde Paola del Rosario cursaba estudios aprovechó su posición de autoridad para acosar a la víctima sexualmente, lo cual resultó en su suicidio, y que la ineficacia del sistema judicial y administrativo mantienen estos hechos en la impunidad.

2.- Los peticionarios alegan que el Estado es responsable por la violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a la seguridad personal, a las garantías judiciales, a los derechos del niño, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial establecidos en los artículos 4, 5, 7, 8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención”

o “la Convención Americana”), en concordancia con el deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de dicho tratado y de los artículos 3, 4 (incisos a, b, c, e), 5, 6(a), 7 (incisos a, b, c, e, f, g) y 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante “Convención de Belém do Pará”) en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín y sus familiares.

3.- Por su parte, el Estado alega que los reclamos de los peticionarios son inadmisibles en vista de que se ha incumplido el requisito del previo agotamiento de los recursos internos previsto en el artículo 46.1.a de la Convención Americana y que éstos no configuran violaciones a la Convención Americana. El Estado asimismo sostiene que el poder judicial ha respondido debidamente a la denuncia de los hechos conforme a la ley y que no ha incurrido en acción u omisión alguna que pueda comprometer su responsabilidad internacional.

4.- Tras analizar las posiciones de las partes y el cumplimiento con los requisitos previstos en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana, la Comisión decidió declarar el caso admisible a efectos del examen de los reclamos presentados por los peticionarios sobre la presunta violación de los artículos 4, 5, 8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana en concordancia con el artículo 1.1 de dicho instrumento, y el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Asimismo, la CIDH decidió notificar a las partes el presente informe y ordenar su publicación.

II. TRÁMITE ANTE LA COMISIÓN

5.- La CIDH registró la petición bajo el número P-1055-06 y el 8 de febrero de 2007 procedió a transmitir copia de las partes pertinentes al Estado, con un plazo de dos meses para presentar información de conformidad con el artículo 30 (incisos 2 y 3) del Reglamento.

6.- El 16 de noviembre de 2007, el Estado presentó sus observaciones, las que fueron trasladadas a los peticionarios el 22 de agosto de 2008, con un plazo de veinte días para presentar observaciones. El 27 de noviembre de 2007, el Estado presentó sus observaciones, las que fueron trasladadas a los peticionarios el 17 de diciembre de 2007, con un plazo de un mes para presentar observaciones. El 10 de octubre de 2007, la Clínica Internacional de Derechos Humanos Allard K. Lowenstein de la Escuela de Derecho de la Universidad de Yale en Estados Unidos presentó un Amicus curiae, en apoyo a los alegatos de los peticionarios, el cual fue transmitido a ambas partes el 16 de noviembre de 2007.

7.- El 15 de enero de 2008, los peticionarios solicitaron una prórroga para presentar sus observaciones, la cual fue concedida por la CIDH el 18 de enero de 2008, otorgándoles un plazo de un mes para presentar observaciones. Los peticionarios presentaron su respuesta el 18 de febrero de 2008, la cual fue transmitida al Estado para sus observaciones el 17 de abril de 2008, otorgándole el plazo de un mes. El 20 de mayo de 2008, el Estado solicitó una prórroga, la cual fue concedida por la CIDH el 28 de mayo de 2008, otorgándole plazo hasta el 17 de junio de 2008 para que presente sus observaciones. El plazo venció sin que el Estado presentara respuesta.

III. POSICIÓN DE LAS PARTES

A. POSICIÓN DE LOS PETICIONARIOS

8. Los peticionarios alegan que Paola del Rosario Guzmán Albarracín, de dieciséis años de edad, era estudiante de tercer año de educación básica en el Colegio Nacional Técnico de Comercio y Administración "Dr. Miguel Martínez Serrano", establecimiento de educación pública dependiente del Ministerio de Educación de la República del Ecuador, ubicado en Guayaquil. Sostienen que en el año 2001, cuando tenía catorce años y

cursaba el segundo año de educación básica, Paola del Rosario comenzó a tener problemas en dos materias, por lo cual era posible que tuviera que repetir el año. Alegan que el vicerrector del plantel le ofreció ayuda, "con la condición de que salga con él"[1]. Indican que Paola del Rosario le contó a su madre, Petita Paulina Albarracín Albán, sobre la ayuda ofrecida, sin especificar la condición del vicerrector. Señalan que la madre se reunió con el vicerrector y decidió que su hija debía repetir el año escolar, lo que así alegadamente ocurre.

9. Los peticionarios aducen que Paola del Rosario continuó siendo acosada por el vicerrector durante el resto del año escolar. Como ejemplo, los peticionarios mencionan como Paola del Rosario le contó a una compañera como el vicerrector "la obligó a tocarle los genitales arrinconándola contra su escritorio" y como sostuvo relaciones sexuales con Paola del Rosario desde octubre del 2002.[2] Asimismo, indican que otras estudiantes y profesoras de la institución anteriormente han declarado y denunciado al vicerrector por actos de acoso sexual[3]. En este sentido, los peticionarios incluso señalan que una maestra fundadora del Colegio denunció ante las autoridades que el vicerrector intentó encerrarla una vez en noviembre de 1988 en su oficina y que en virtud de ello, éste fue retirado brevemente de su cargo pero que fue reinstalado "casi inmediatamente".[4]

10. En este sentido, los peticionarios aducen que Paola del Rosario Albarracín Guzmán fue víctima de los delitos de acoso sexual y estupro por parte del vicerrector del plantel y que, como resultado, habría quedado embarazada. El 20 de noviembre de 2002, la presunta víctima habría contado a sus compañeras de colegio y amigas que había decidido interrumpir su embarazo utilizando una inyección que le colocaría el médico de la escuela. Los peticionarios sostienen que según el testimonio de Eloísa Troncoso, amiga de la presunta víctima, el médico de la escuela condicionaría su ayuda a que la presunta víctima accediera a tener relaciones sexuales con él.

11. Los peticionarios alegan que el 12 de diciembre de 2002, aproximadamente a las 10:30 de la mañana, estando aún en su casa, la presunta víctima ingirió "11 diablillos" conteniendo fósforo blanco, como consecuencia de la situación de abuso en la que se encontraba. Señalan que en el autobús a la escuela, ese mismo día, la presunta víctima comunicó lo sucedido a sus compañeras, quienes la llevaron a la enfermería del plantel y llamaron a su madre. Los peticionarios sostienen que las autoridades del colegio no informaron a la madre de la presunta víctima lo que había sucedido y tampoco tomaron las medidas pertinentes para arreglar su traslado hospitalario, a pesar de que ésta se encontraba bajo cuidado estatal en la enfermería del plantel.

12. En este sentido, los peticionarios alegan que no es sino hasta que la madre llega al plantel, treinta minutos después, que Paola del Rosario es trasladada a un hospital, "donde murió horas más tarde"[5]. Alegan que según consta en el proceso penal, el llamado de un taxi por parte del conserje del plantel —a orden expresa del vicerrector de la escuela— fue la única ayuda que recibió la madre de la presunta víctima para trasladar a su hija. Sostienen que ese mismo día la presunta víctima muere en la "Clínica Kennedy" de la Ciudad de Guayaquil, como consecuencia de una intoxicación con fósforo blanco voluntariamente ingerido.

13. Frente a los hechos, los peticionarios sostienen que los padres de Paola del Rosario han interpuesto todos los recursos de la jurisdicción interna, en la vía penal, civil y administrativa, y que ninguno de estos recursos ha sido efectivo para remediar las violaciones alegadas. Los peticionarios aducen específicamente que: "El proceso penal se encuentra suspendido desde hace más de dos años, la resolución del proceso administrativo invisibiliza por completo la agresión sexual contra Paola y el proceso civil no es el idóneo para reparar de manera integral los daños sufridos por Petita y su familia, ni será efectivo mientras [el vicerrector] continúe prófugo de la justicia"[6]. Los peticionarios aducen que el Estado ecuatoriano ha favorecido la impunidad

de las violaciones alegadas y la invisibilización de la violencia de género contra la presunta víctima –debido a irregularidades y demoras injustificadas, particularmente en el proceso penal y administrativo–, lo cual ha obstruido la legítima aspiración de justicia de su familia.

14. Los peticionarios alegan que el 16 de diciembre de 2002, el padre de la presunta víctima, Máximo Guzmán, interpuso una denuncia penal contra el vicerrector de la escuela ante el Ministerio Público del Guayas y Galápagos, a la cual se le dio trámite ante la Unidad de Delitos Sexuales de la Fiscalía de Guayas. El 12 de junio de 2003, luego de finalizadas las investigaciones preprocesales, la fiscal decide imputar al vicerrector por el delito de acoso sexual. El 15 de julio de 2003, el Juez Vigésimo de lo Penal del Guayas se avoca al conocimiento del caso, y el 22 de agosto de 2003, la Fiscal solicita al juez que dicte prisión preventiva en contra del imputado. El 10 de septiembre de 2003, el Juez niega la solicitud de prisión preventiva, argumentando que la documentación agregada no variaba la situación jurídica del imputado. Los peticionarios señalan que esta decisión fue apelada por la fiscal resultando en que el 18 de diciembre de 2003, la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia revocó la decisión del juez a quo y ordenó la prisión preventiva del imputado. El 5 de enero de 2004 alegadamente se ordenó girar oficio a la Policía Judicial para proceder a la detención del imputado. Los peticionarios sostienen que esta orden de detención permanece incumplida a la fecha.

15. Sostienen que el 13 de octubre de 2003, la madre de la presunta víctima formuló acusación particular en contra del vicerrector en el marco del proceso penal acusándolo además por violación e instigación al suicidio. Sin embargo, los peticionarios alegan que el auto de llamamiento a juicio omite pronunciarse sobre esta acusación, fijando la materia del proceso penal únicamente en el delito de acoso sexual, lo que minimizó la gravedad de lo sucedido. En virtud de ello, la madre de la presunta víctima interpuso un recurso de recusación en contra del Juez Vigésimo

de lo Penal del Guayas el 11 de noviembre de 2003, y que éste es finalmente separado de manera definitiva del proceso penal el 4 de mayo de 2004.

16. Los peticionarios señalan que el 23 de agosto de 2004, se dictan autos de llamamiento a juicio y detención en firme en contra del imputado; sin embargo, alegan que a la fecha no se le ha hecho comparecer en juicio y no hay constancia de que el imputado haya depositado caución necesaria para garantizar su libertad durante el proceso. Asimismo, aducen que se suspendió el auto de llamamiento a juicio hasta que el imputado no sea aprehendido o se presente voluntariamente. El 22 de septiembre de 2004, el imputado interpone recursos de apelación y de nulidad contra el auto de llamamiento a juicio, alegando que se violó el trámite previsto en la ley y el 2 de septiembre de 2005, la Corte Superior de Justicia resuelve desechar el recurso de apelación -confirmando así el auto de llamamiento a juicio contra el imputado- y reforma parte de la imputación, por considerar que el tipo penal era estupro agravado y no acoso sexual.

17. En relación con el proceso administrativo, los peticionarios indican que la madre de la presunta víctima interpuso una denuncia por acoso sexual en contra del imputado ante la Subsecretaría Regional de Educación. Sostienen que el 21 de enero de 2003 se remite el caso a la Dirección Provincial de Educación del Guayas y que el 23 de enero de 2003, esta entidad emite un informe en el cual concluye que la presunta víctima estuvo enamorada del vicerrector, pero que no había certeza de que él hubiese correspondido a dicho enamoramiento[7]. Alegan que el informe exculpatario emitido en el ámbito administrativo no toma en cuenta el estado de vulnerabilidad de la presunta víctima y emite conclusiones que son prejuiciosas[8]. Sostienen que luego de este informe, la Dirección Provincial de Educación suspende toda investigación y sólo a la insistencia de la madre de la presunta víctima, es que se logra finalmente que el 14 de mayo de 2003 se nombre una comisión indagatoria. Alegan que el 9 de marzo de 2004, se concluye en un informe preliminar que

el vicerrector había cometido la infracción de abandono injustificado del cargo[9]. En virtud de ello, el 23 de marzo de 2004, la Comisión Provincial de Defensa Nacional resuelve instaurar un sumario administrativo y el 30 de diciembre de 2004 se decide destituir del cargo al vicerrector por abandono injustificado.

18. Los peticionarios aducen que la sanción que le fue aplicada al vicerrector en virtud del proceso administrativo invisibiliza la agresión sexual contra la presunta víctima, ya que no se le sanciona por "conducta inmoral reñida con su profesión", como había sido solicitado por la madre de la presunta víctima[10], y que esta falta del sistema administrativo obedece a prejuicios de género. Indican que la madre de la presunta víctima "ha agotado la vía administrativa pese a que ésta no es la efectiva ni adecuada para sancionar al perpetrador del acoso y abuso sexual"[11]. Por otro lado, alegan que hubo retardo en el proceso administrativo, el cual duró más de dos años, contraviniendo lo establecido en la legislación que establece un plazo máximo de 15 días desde el inicio del sumario administrativo hasta la emisión de la decisión[12].

19. En relación con el proceso civil, los peticionarios señalan que el 10 de octubre de 2003, la madre de Paola inició un juicio ordinario por daño moral en contra del vicerrector[13]. Indican que "este proceso tampoco ha estado exento de retardos injustificados"[14], ya que no es sino hasta el 7 de junio de 2005 que el juez condena al vicerrector al pago de 25.000 dólares. Sin embargo, alegan que esta decisión no puede ejecutarse porque el demandado se encuentra prófugo de la justicia. Sostienen que el 15 de mayo de 2006, la madre de la presunta víctima, inconforme con la sentencia dictada por el juez anterior, presenta recurso de apelación contra esta decisión, y que el 21 de junio de 2006 el proceso sube a la Corte Superior de Justicia, fecha desde la cual el recurso de apelación se encuentra sin resolver.

20. Los peticionarios alegan que el acoso sexual es una realidad frecuente en las instituciones educativas en Ecuador[15] y que

el caso de Paola del Rosario es representativo de la situación de violencia sexual cometida contra alumnas por parte del personal docente adscrito a escuelas públicas ecuatorianas[16]. En este sentido, sostienen que el Estado ecuatoriano, por conducto de sus agentes públicos, el vicerrector y el médico de la escuela, incumplió con su deber de cuidado de Paola del Rosario, el cual está reforzado por tratarse de una niña, quien necesita una protección especial, de acuerdo con las obligaciones internacionales de derechos humanos y de los derechos del niño, y en contravención del artículo 19 de la Convención Americana. En este sentido, sostienen que el Comité de los Derechos del Niño ha demostrado preocupación por los vínculos entre el abuso sexual y el suicidio adolescente y ha indicado que los Estados tienen la obligación de proteger a los adolescentes de toda forma de violencia y abuso, incluyendo el abuso sexual por el personal docente en las escuelas.

21. Asimismo, los peticionarios señalan que el Estado ecuatoriano no ha tomado las medidas normativas necesarias para garantizar la protección de las niñas de actos de violencia sexual en las instituciones educativas públicas y que la deficiente actuación de los operadores de justicia en el caso en concreto ha significado que la legislación ecuatoriana se vea limitada en sus alcances disuasivos y no opere como un mecanismo de prevención de la violencia contra la mujer[17]. En este sentido, alegan que el Estado no ha actuado con la debida diligencia requerida para prevenir, investigar, sancionar y reparar los hechos, en contravención del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Asimismo, en relación con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, alegan que en el presente caso se han verificado principalmente dos tipos de violaciones: aquellas relacionadas con la interpretación legal inadecuada de los delitos sexuales y aquellas que guardan relación con la lentitud e ineficacia con la que se han desarrollado los recursos internos para investigar, sancionar y reparar los hechos objeto del presente caso.

22. Los peticionarios igualmente alegan que el Estado violó el artículo 4 de la Convención Americana al no haber prestado atención médica inmediata a Paola del Rosario ni ofrecerle un traslado inmediato a un hospital, por considerar que ya “era demasiado tarde” para ayudarla[18]. Aducen que el Estado violó el derecho a la integridad física, psíquica y moral contemplada en el artículo 5 de la Convención Americana por la violencia sexual que ejerciera un funcionario estatal en contra de la presunta víctima, a quien tenía bajo su custodia estatal. En relación con el derecho a la seguridad personal contemplado en el artículo 7 de la Convención Americana, los peticionarios indican que el derecho a la integridad personal abarca, entre otros, el derecho a la libertad y seguridad personales, a la dignidad humana, a la intimidad, a la autonomía física de las mujeres y a no ser sometidas a invasiones no consentidas en su cuerpo, de acuerdo a los parámetros internacionales de derechos humanos[19].

23. En relación con el artículo 24 de la Convención Americana, los peticionarios alegan que el comportamiento y la negligencia judicial y administrativa de las autoridades estatales, tanto en la tramitación del proceso administrativo como en la sustanciación del proceso penal han sido discriminatorios. En este sentido, señalan que la falta de debida diligencia estatal en investigar y sancionar los actos de violencia sexual en este caso confirman y perpetúan estereotipos que posicionan a las mujeres como responsables de la violencia de la cual son víctimas, favoreciendo la impunidad social de estos actos.

B. POSICIÓN DEL ESTADO

24. El Estado sostiene que la petición es inadmisibles porque no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna, como el proceso penal, las vías internas de reparación y el proceso civil por daños y perjuicios. Asimismo, indica que los peticionarios pretenden utilizar a la Comisión Interamericana “como organismo de revisión de la materia de fondo de los procesos administrativos y penales instaurados en contra del (...) [vicerrector],

lo que no es posible por la 'fórmula de la cuarta instancia' que inhabilita a la Comisión Interamericana pronunciarse sobre el desarrollo sustancial de los procesos internos llevados ante los órganos de administración de justicia en el Ecuador"[20].

25. En relación con los hechos, el Estado señala que Paola del Rosario fue víctima de los delitos de acoso sexual y estupro por parte del vicerrector y que éste aprovechándose de su autoridad "asedió a la menor e impuso a la menor Guzmán Albarracín un acto sexual del que finalmente resultó un embarazo"[21].

26. En relación con el proceso penal, el Estado indica que luego de la interposición de la denuncia penal por parte del padre de la presunta víctima y de haber realizado las investigaciones preprocesales, se dio inicio a la etapa de instrucción fiscal y se dictó, por medio de órgano competente, la prisión preventiva en contra del imputado, de conformidad con el artículo 167 del Código de Procedimiento Penal. Indica que la Corte Superior de Guayaquil, a través de la garantía de los derechos y el ejercicio del poder público de una forma eficaz y responsable, resolvió desechar el recurso de apelación interpuesto por el acusado y confirmar el auto de llamamiento a juicio. Sostiene que este tribunal reformató la imputación del delito "debido a que el tipo penal (...) no fue el adecuado"[22], cambiándolo a estupro agravado por "existir agravantes constitutivas de la infracción, ya que ésta logró el fatal desenlace de la muerte de la menor"[23].

27. Respecto del proceso administrativo, el Estado sostiene que la madre de la presunta víctima presentó una denuncia por acoso sexual contra el vicerrector en la Subsecretaría Regional de Educación, la cual fue remitida a la Dirección Provincial de Educación del Guayas, donde se conformó una Subcomisión Especial de Supervisores "para que se realice una exhaustiva investigación de los hechos denunciados y se pueda instaurar sumario administrativo en contra del docente imputado"[24], a quien se sanciona por destitución del cargo, de conformidad con la legislación.

28. En relación con el alegato de los peticionarios de que aplica la excepción al agotamiento de los recursos internos por la falta de eficacia e idoneidad de éstos, el Estado sostiene, citando jurisprudencia de la Corte Interamericana, que no debe presumirse con ligereza que el Estado ha incumplido con su obligación de proporcionar recursos internos eficaces[25]. En este sentido, el Estado solicita a la CIDH que en virtud de que ha probado la disponibilidad de recursos internos para el ejercicio de los derechos presuntamente vulnerados, que invierta la carga de la prueba y la traslade a los peticionarios.

29. El Estado alega que la supuesta violación no es atribuible o imputable a un agente estatal, ya que es un principio universalmente aceptado el que los Estados son internacionalmente responsables sólo por sus propios actos o hechos ilícitos. Así, alega que no ha incurrido en acción u omisión alguna que pueda comprometer su responsabilidad internacional, ya que los actos objeto de la presente petición no se le pueden imputar o atribuir al Estado.

30. En este sentido, el Estado indica que por haber existido una relación entre particulares, la única participación del Estado ecuatoriano ha sido la de administrar justicia de manera eficiente y eficaz y que de las piezas procesales se desprende que se ha actuado conforme a la ley.

31. Por todo lo anteriormente expuesto, el Estado solicita que la Comisión declare inadmisibles la presente petición, al no reunir los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana. Asimismo, solicita que la Comisión declare, con fundamento en los artículos 27, 28 y 31 de su Reglamento, que el Estado no ha violado ningún derecho protegido en la Convención Americana.

IV. ANÁLISIS SOBRE COMPETENCIA Y ADMISIBILIDAD

A. COMPETENCIA RATIONE PERSONAE, RATIONE MATERIAE, RATIONE TEMPORIS Y RATIONE LOCI

32. Los peticionarios se encuentran facultados por el artículo 44 de la Convención Americana para presentar denuncias ante la Comisión. La petición señala como presuntas víctimas a Paola del Rosario Guzmán Albarracín y sus familiares, respecto de quienes el Estado de Ecuador se comprometió a respetar y garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana. En lo concerniente al Estado, la Comisión observa que Ecuador es un Estado parte en la Convención Americana desde el 28 de diciembre de 1977, fecha en que se depositó el instrumento de ratificación respectivo. Por lo tanto, la Comisión tiene competencia *ratione personae* para examinar la petición.

33. La Comisión tiene competencia *ratione temporis* por cuanto la obligación de respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana ya se encontraba en vigor para el Estado en la fecha en que habrían ocurrido los hechos alegados en la petición. Por otro lado, el Estado ecuatoriano depositó su instrumento de ratificación de la Convención de Belém do Pará el 15 de septiembre de 1995. Por lo tanto, la CIDH tiene competencia *ratione temporis* para analizar los alegatos sobre las presuntas violaciones a estos instrumentos internacionales.

34. La Comisión tiene competencia *ratione materiae*, porque en la petición se denuncian posibles violaciones a derechos humanos protegidos por la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. La Comisión tiene competencia *ratione loci* para conocer la petición, por cuanto en ella se alegan violaciones de derechos protegidos en la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará que habrían tenido lugar dentro del territorio de Ecuador, Estado parte en dichos Tratados.

B. OTROS REQUISITOS PARA LA ADMISIBILIDAD DE LA PETICIÓN

1. AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

35. El artículo 46.1.a de la Convención Americana exige el previo agotamiento de los recursos internos disponibles en la jurisdicción interna en conformidad a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos, como requisito para la admisión de reclamos sobre la presunta violación de la Convención Americana.

36. El artículo 46.2 de la Convención dispone que el requisito de previo agotamiento de los recursos internos no resulta aplicable cuando:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;
- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos a la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

37. Según lo establecido por el Reglamento de la Comisión y afirmado tanto por la Comisión como por la Corte, cuando un Estado alega la falta de agotamiento de los recursos internos por parte del peticionario recae en el Estado la carga de demostrar que los recursos que no han sido agotados resultan "adecuados" para subsanar la violación alegada, demostrando que la función de esos recursos en el derecho interno es idónea para proteger la situación jurídica infringida[26].

38. En el presente caso, el Estado alega que no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna conforme lo previsto en el artículo 46.1.c de la Convención Americana toda vez que aún se encuentran pendientes los procesos penal y civil con re-

lación a los hechos materia del reclamo. Asimismo, considera que no resulta pertinente aplicar la excepción establecida en el artículo 46.2.a de la Convención. Los peticionarios, por su parte, solicitan se dé aplicación a las excepciones previstas en el artículo 46.2.a y c, a consecuencia de la inexistencia de recursos efectivos y el retardo injustificado en la resolución de los recursos interpuestos a nivel interno. En este sentido, alegan que el retardo injustificado y la negligencia de las autoridades han ocasionado que a la fecha no exista sentencia definitiva en el proceso penal y que se esté frente al inminente riesgo de que el caso quede en total impunidad.

39. La jurisprudencia de la Comisión reconoce que toda vez que se cometa un delito perseguible de oficio, el Estado tiene la obligación de promover e impulsar el proceso penal hasta sus últimas consecuencias[27] y que, en esos casos, ésta constituye la vía idónea para esclarecer los hechos, juzgar a los responsables y establecer las sanciones penales correspondientes, además de posibilitar otros modos de reparación. La Comisión considera que los hechos alegados por los peticionarios en el presente caso involucran la presunta vulneración del derecho fundamental a la integridad personal –por una alegada violación sexual en una menor de edad–, el cual se traduce en la legislación interna en un delito perseguible de oficio y que por lo tanto es este proceso, impulsado por el Estado mismo, el que debe ser considerado a los efectos de determinar la admisibilidad del reclamo.

40. En este sentido, la Comisión observa que la Convención de Belém do Pará afirma que la obligación de actuar con la debida diligencia adquiere una connotación especial en casos de violencia contra las mujeres. Asimismo, este instrumento estipula que el Estado, al actuar con la debida diligencia frente a actos violentos, debe tomar especial cuenta de la particular exposición a la violencia y la discriminación que puede sufrir una mujer por su minoría de edad, entre otras condiciones de riesgo[28].

41. En este sentido, la Comisión observa que han transcurrido más de cinco años desde que ocurrieron los hechos objeto de la petición, sin que los procesos hayan producido una reso-

lución. Asimismo, observa que los peticionarios alegan que el proceso penal se encuentra paralizado desde el 25 de agosto de 2004, es decir, desde hace más de cuatro años, por la ausencia del imputado. De igual manera, se observa que el Estado se limita a sostener que no se han agotado los recursos internos, pero no presenta información sobre medidas en marcha o indicios de que los peticionarios tienen otras medidas procesales disponibles.

42. La Comisión estima que en relación con la razonabilidad del plazo, la Corte Interamericana ha señalado que el derecho de acceso a la justicia no se agota con el trámite de procesos internos, sino que éste debe además asegurar, en tiempo razonable, el derecho de las presuntas víctimas o sus familiares a que se haga todo lo necesario para conocer la verdad de lo sucedido y para que se sancione a los eventuales responsables[29].

43. La Comisión considera que no se puede condicionar la admisibilidad del presente caso en el agotamiento de los procesos judiciales que se encuentran suspendidos desde el 25 de agosto del 2004, y que dado el lapso transcurrido desde los hechos materia de la petición, resulta aplicable la excepción prevista en el artículo 46.2.c de la Convención Americana respecto del retardo injustificado en el desarrollo de los procesos judiciales internos, por lo cual el requisito previsto en materia de agotamiento de recursos internos no resulta exigible.

44. Finalmente, la Comisión considera importante resaltar que la invocación de las excepciones a la regla de agotamiento de los recursos internos previstas en el artículo 46.2 de la Convención se encuentra estrechamente ligada a la determinación de posibles violaciones a ciertos derechos en ella consagrados, tales como las garantías de acceso a la justicia. Sin embargo el artículo 46.2, por su naturaleza y objeto, es una norma con contenido autónomo vis à vis las normas sustantivas de la Convención. Por lo tanto, la determinación de si las excepciones a la regla de agotamiento de los recursos internos resultan aplicables al caso en cuestión debe llevarse a cabo de manera previa

y separada del análisis del fondo del asunto, ya que depende de un estándar de apreciación distinto de aquél utilizado para determinar la posible violación de los artículos 8 y 25 de la Convención. Cabe aclarar que las causas y los efectos que impidieron el agotamiento de los recursos internos serán analizados en el informe que adopte la Comisión sobre el fondo de la controversia, a fin de constatar si configuran violaciones a la Convención Americana.

2. PLAZO DE PRESENTACIÓN DE LA PETICIÓN

45. La Convención Americana establece que para que una petición resulte admisible por la Comisión se requerirá que sea presentada dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado haya sido notificado de la decisión definitiva. En el reclamo bajo análisis, la CIDH ha establecido la aplicación de las excepciones al agotamiento de los recursos internos conforme al 46.2.c de la Convención Americana. Al respecto, el artículo 32 del Reglamento de la Comisión establece que en los casos en los cuales resulten aplicables las excepciones al previo agotamiento de los recursos internos, la petición deberá presentarse dentro de un plazo razonable, a criterio de la Comisión. A tal efecto, la Comisión debe considerar la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos y las circunstancias de cada caso.

46. En el presente caso, la petición fue recibida el 2 de octubre de 2006, los hechos materia del reclamo se produjeron desde el 2002 y sus efectos en términos de la alegada falta de resultados de la administración de justicia se extienden hasta el presente. Por lo tanto, en vista del contexto y las características del presente caso, la Comisión considera que la petición fue presentada dentro de un plazo razonable y que debe darse por satisfecho el requisito de admisibilidad referente al plazo de presentación.

3. DUPLICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

47. No surge del expediente que la materia de la petición se encuentre pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional, ni que reproduzca una petición ya examinada por éste u otro órgano internacional. Por lo tanto, corresponde dar por cumplidos los requisitos establecidos en los artículos 46.1.c y 47.d de la Convención.

4. CARACTERIZACIÓN DE LOS HECHOS ALEGADOS

48. En esta etapa de admisibilidad, la Comisión considera que no corresponde determinar si se produjeron o no las violaciones alegadas. A efectos de la admisibilidad, la CIDH debe resolver si los hechos expuestos tienden a caracterizar posibles violaciones a la Convención Americana, como estipula el artículo 47.b de la Convención Americana. El criterio de apreciación de estos extremos es diferente al requerido para decidir sobre el fondo de una denuncia. La Comisión Interamericana debe realizar una evaluación prima facie para examinar si la denuncia fundamenta la aparente o potencial violación de un derecho garantizado en la Convención Americana[30]. Este análisis tiene carácter sumario, y no implica un prejuicio o avance de opinión sobre el fondo de la controversia. La distinción entre el análisis correspondiente a la declaración sobre la admisibilidad y el requerido para determinar una violación se refleja en el propio Reglamento de la CIDH, que establece de manera claramente diferenciada las etapas de admisibilidad y fondo[31].

49. Frente a los elementos de hecho y de derecho presentados por las partes y la naturaleza del asunto puesto bajo su conocimiento, la CIDH encuentra que en el presente caso corresponde establecer que las alegaciones de los peticionarios relativas a la presunta violación de los derechos a la vida, a la integridad personal, a las garantías judiciales, a los derechos del niño, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial, podrían caracterizar violaciones a los derechos protegidos en los artículos 4, 5,

8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana en concordancia con el artículo 1.1 de dicho instrumento, y del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín y sus familiares.

50. La CIDH considera que la información presentada no ofrece elementos suficientes para caracterizar una violación al derecho a la seguridad personal garantizado en el artículo 7 de la Convención Americana.

51. Por cuanto la falta de fundamento o la improcedencia de los aspectos del reclamo señalados no resultan evidentes, la Comisión considera satisfechos los requisitos establecidos en los artículos 47.b y c de la Convención Americana.

V. CONCLUSIONES

52. La Comisión concluye que es competente para examinar los reclamos presentados por los peticionarios sobre la presunta violación de los artículos 4, 5, 8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana en concordancia con el artículo 1.1 de dicho tratado y el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará y que éstos son admisibles, conforme a los requisitos establecidos en los artículos 46 y 47 de la Convención Americana.

53. Con fundamento en los argumentos de hecho y de derecho antes expuestos y sin que ello signifique prejuzgar sobre el fondo del asunto,

LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,

DECIDE:

1. Declarar admisible la presente petición en cuanto se refiere a presuntas violaciones de los derechos reconocidos en los artículos 4, 5, 8, 19, 24 y 25 de la Convención Americana, en con-

cordancia con el artículo 1.1 de dicho instrumento, y del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará en perjuicio de Paola del Rosario Guzmán Albarracín y sus familiares.

2. Declarar inadmisble la presente petición en cuanto se refiere a presuntas violaciones del derecho reconocido en el artículo 7 de la Convención Americana.

3. Notificar esta decisión al Estado ecuatoriano y a los peticionarios.

4. Continuar con el análisis del fondo de la cuestión.

5. Publicar esta decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

Dado y firmado en la ciudad de Washington, D.C., a los 17 días del mes de octubre de 2008. (Firmado): Paolo G. Carozza, Presidente; Luz Patricia Mejía Guerrero, Primera Vicepresidenta; Felipe González, Segundo Vicepresidente; Sir Clare K. Roberts, Paulo Sérgio Pinheiro, Florentín Meléndez y, Víctor E. Abramovich, Miembros de la Comisión.

[1] Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafo 3.

[2] Los peticionarios citan como fuente los testimonios de dos compañeras de Paola del Rosario aportados durante la indagación previa (1993-2002) en contra del vicerrector mencionada más adelante en el presente informe. Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafo 4.

[3] Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafo 17.

[4] Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafo 17.

[5] Escrito de observaciones de los peticionarios recibido en la CIDH el 20 de febrero de 2008, página 2.

[6] Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafo 87.

[7] "1. Es un hecho evidente que la occisa, la estudiante Paola Guzmán estuvo enamorada del Vice-rector del Colegio. 2. No existe ninguna prueba que determine, de manera concluyente, que el Vice-rector haya correspondido a dicho enamoramiento (es decir, puede ser que sí o puede ser que no), las limitaciones de la presente indagación no llega (sic) a determinarlo." Informe de 23 de enero de 2003, Lic. Jorge Narea Muñoz, Supervisor Provincial de Educación, Dirección Provincial de Educación, División de Supervisión. Anexo de petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006.

[8] En este sentido, los peticionarios señalan que dicho informe cuestiona la incongruencia entre el poder adquisitivo de la presunta víctima y su capacidad de portar 100 dólares. Informe de 22 de diciembre de 2002, Lic. Jorge Narea Muñoz, Supervisor Provincial de Educación, Dirección Provincial de Educación, División de Supervisión. Anexo de petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006.

[9] Los peticionarios señalan que la infracción de abandono injustificado del cargo está contemplada en el artículo 120, numeral 4, literal b) del Reglamento General de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional. Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafo 50.

[10] Los peticionarios alegan que la madre de la presunta víctima, Petita Albarracín, habría solicitado a la Dirección Provincial de Educación el 19 de agosto de 2003, que se sancionara al vicerrector por "conducta inmoral reñida con su profesión", conducta sancionada por el artículo 32, numeral 4 de la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional. Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafo 49.

[11] Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafo 77.

[12] Los peticionarios indican que el artículo 112 del reglamento de la Ley de Educación señala un plazo máximo de 15 días para instaurar el sumario administrativo, investigar y sancionar a los maestros que incurrir en delitos contra sus estudiantes. Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafos 55 y 79.

[13] En este sentido, los peticionarios indican que si bien es cierto que el proceso civil busca una reparación pecuniaria por el daño moral sufrido, éste no es el recurso adecuado para reparar de manera integral el daño. Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006.

[14] Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafo 84.

[15] En este sentido, los peticionarios adjuntan un informe elaborado por la Organización no gubernamental CEPAM-Guayaquil, organización co-peticionaria respecto de la presente petición, que, en este aspecto, cita un informe publicado por el Consejo Nacional de las Mujeres (CONAMU) (Informe "Programa de erradicación del delito sexual en el sistema educativo", 2004). Véase CEPAM-Guayaquil, "Información básica que se requiere para la identificación de casos hacia el Tribunal Regional de las Mujeres por los DESC", elaborado por AB. Mercy López Martínez, febrero de 2005, página 9. Anexo de la petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006.

[16] Los peticionarios indican que de acuerdo a un estudio realizado en Ecuador, el 22% de las niñas estudiantes han reportado haber sido víctimas de abuso sexual. Shawna Tropp y Mary Ellsberg, "Adressing Violence against Women within the Education Sector", preparado por el Grupo de Desarrollo y Género del Banco Mundial PREP, febrero de 2006, página 2. Escrito de observa-

ciones de los peticionarios recibido en la CIDH el 20 de febrero de 2008, página 2.

[17] Asimismo, indican que la CIDH ha manifestado anteriormente su preocupación por la tipificación de los delitos sexuales y su interpretación en Ecuador y el impacto de ello en el derecho de las mujeres en Ecuador a una vida libre de violencia. En este sentido, los peticionarios hacen referencia a CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 abril 1997. Petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006, párrafo 130.

[18] Los peticionarios alegan que el médico de la escuela, señaló "Si Paola había ingerido 11 diablillos a las 10h30 hasta las 14h00 que se presentó, consideró que era muy tarde, optando por llamar con urgencia, a los familiares". Informe de la Dirección Provincial de Educación de fecha 23 de enero de 2003, anexo a la petición original recibida en la CIDH el 2 de octubre de 2006.

[19] En este sentido, los peticionarios citan como fuente al Comité de Derechos Humanos, Recomendación General 6: el Derecho a la Vida (artículo 6), 30/07/82, en Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos de Derechos Humanos creados en Virtud de Tratados, Documento de la ONU HRI/GEN/1/rev.1 (1996).

[20] Nota N° 4-2-277/07 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador de fecha 16 de noviembre de 2007.

[21] Nota N° 4-2-277/07 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador de fecha 16 de noviembre de 2007.

[22] Nota N° 4-2-277/07 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador de fecha 16 de noviembre de 2007.

[23] Nota N° 4-2-277/07 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador de fecha 16 de noviembre de 2007.

[24] Nota N° 4-2-277/07 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador de fecha 16 de noviembre de 2007.

[25] En este sentido, el Estado cita el Caso Velásquez Rodríguez, párrafo 60. Véase Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4. Nota N° 4-2-277/07 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Ecuador de fecha 16 de noviembre de 2007.

[26] Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C N° 4, párrafo 64.

[27] Véanse por ejemplo CIDH, Informe N° 94/06, Petición 540-04, Admisibilidad, Inés Fernández Ortega y Otros, México, 21 de octubre de 2006, párrafo 23; CIDH, Informe N° 93/06, Petición 972-03, Admisibilidad, Valentina Rosendo Cantú y Otros, México, 21 de octubre de 2006, párrafo 27; CIDH, Informe N° 62/00, Caso 11.727, Hernando Osorio Correa Informe Anual de la CIDH 2000, párrafo 24; CIDH, Informe N° 52/97, Caso 11.218, Arges Sequeira Mangas, Nicaragua, Informe Anual de la CIDH 1997, párrafos 96 y 97; y CIDH, Informe N° 55/97, Caso 11.137, Argentina, Informe Anual de la CIDH 1997, párrafo 392.

[28] Artículo 9, Convención de Belém do Pará.

[29] Corte I.D.H., Caso de la Masacre de Ituango. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C N°. 148, párr. 289; Caso de la Masacre de Pueblo Bello Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C N° 140, párr. 171; Caso de la "Masacre de Mapiripán". Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C N° 134, párr. 216; Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C N° 120, párr. 66, y Caso 19 Comerciantes, Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N° 109, párr. 188.

[30] Ver CIDH, Informe N° 128/01, Caso 12.367, Herrera y Vargas ("La Nación"), Costa Rica, 3 de diciembre de 2001, párr. 50.

[31] Ver CIDH, Informe N° 31/03, Caso 12.195, Mario Alberto Jara Oñate y otros, Chile, 7 de marzo de 2003.

PRINCIPIO Y APARICIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

AUTOR: Dr. Patricio Sánchez Viteri⁶¹

RESUMEN

El Derecho Internacional Humanitario es un conjunto de normas jurídicas de presencia nacional e internacional, partiendo de actos convencionales o consuetudinarios; cuya finalidad principal es la ayuda y protección humanitaria para limitar el uso de la violencia en los conflictos armados vinculados directamente con el Derecho de Guerra, practicados colectivamente en casi todas las sociedades desde la misma antigüedad, las guerras con sus propias costumbres desgarradoras y el trato inhumano a los vencidos, prisioneros y heridos; donde pueblos enteros eran desbastados. El Derecho Internacional Humanitario se ha convertido en un Derecho Universal admitido por los diferentes Estados el entorno del derecho internacional humanitario vinculado a reglas jurídicas adaptables al fenómeno de la conflagración, se fragmenta en *ius ad Bellum* e *ius in Bellum*, que posee dos inclinaciones: los Códigos de Ginebra y los de La Haya. El Derecho Internacional Humanitario se inicia con la cruenta Batalla de Solferino de 1859 donde Dunant observó que miles de soldados que quedaban heridos morían por falta de asistencia

61.- Catedrático de Derecho Internacional Público, Privado, Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la U.C.E. Maestrías en Educación Superior, Ciencias Internacionales. Especialista en Gestión de Procesos Educativos.

médica; hasta ese momento no existía ninguna organización internacional que preste ayuda humanitaria en tiempos de guerra. Hoy el Derecho Internacional Humanitario tiene sus convenios y protocolos que son acatados por la Comunidad Internacional en conflictos Armados.

Palabras claves: Derecho Internacional Humanitario, socorro humanitario, fuentes del derecho humanitario, tratados de derecho humanitario.

1.- DEFINICIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Naturalmente que existen notables tratadistas que tratan de definir de la mejor manera el verdadero y real alcance del Derecho Internacional Humanitario, produciéndose más de un centenar de las diferentes definiciones sobre este Derecho, sin embargo; todas lo vinculan como un conjunto de normas jurídicas de presencia internacional, partiendo de actos convencionales o consuetudinarios, cuya finalidad principal es la ayuda y protección humanitaria para limitar el uso de la violencia en los conflictos armados internacionales incluso internos, tratando de evitar que los actores en el conflicto determinen libremente los mecanismos y tácticas de guerra, y; de protección a las personas que no son actores o hayan dejado de participar en las hostilidades, y; que existan normas de protección sobre los bienes no considerados como objetivos militares.

1.1.- ¿POR QUÉ SE ORIGINA EL SURGIMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO?

Desde los albores de la misma humanidad, el ideal de toda sociedad es plasmar en realidades la aceptación de ciertas normas, reglas y disposiciones jurídicas a nivel nacional e internacional, ya que resulta necesario en toda actividad y en cualquier orden social; y, el derecho es un orden fundamental, principal, dentro de toda sociedad; gracias al cual existe acatamiento mu-

tuo en la conducta de los hombres de inhibirse a transgredir a través de diferentes actos que directa o indirectamente son perjudiciales para toda sociedad, a través de las guerras justas o guerras injustas, que han exterminado a las diversas sociedades desde los tiempos inmemorables de la humanidad.

Su origen se desenvuelve intrínsecamente en un entorno de conflictos armados, vinculados directamente con el Derecho de Guerra, practicados colectivamente en casi todas las sociedades desde la misma antigüedad. Es insostenible determinar en qué pueblo, ciudad, Estado empezaron a desarrollarse los problemas armados, en lo que sí están de acuerdo es en la gama evolutiva que ha determinado un cambio en los ámbitos social, político, moral, y; económico, que conforman el avance acelerado en la historia de la civilización y de la especie humana.

El auténtico origen del Derecho Internacional Humanitario, procede de las costumbres practicadas desde las primeras manifestaciones de las civilizaciones más antiguas y tomando como un referente las diferentes manifestaciones de crueldad practicadas en las diversas formas, muchas de estas beligerancias cambiaron el curso de la historia, y; tenemos constancia de ellas desde el inicio de milenios gracias a los pergaminos existentes, además; improbable determinar cuántas batallas a ocurrido a lo largo de la Historia ¿Imaginémonos las originarias batallas de la Prehistoria? ¿Presumo con troncos y piedras?. No podemos empezar a hablar de batallas de la antigüedad sin mencionar o tener en mente entre otras las conocidas guerras:

1.2.- LA BATALLA DE LAS TERMÓPILAS (480 A.C.)

Es célebre por el holocausto inhumano que tuvieron que enfrentar los Espartanos ante los ejércitos Persas porque en su mente estaba preservar a Grecia, tanto así que ofrendaron su propia vida demostrando amor hacia su patria sin importar que desaparecerían de la faz de la tierra para siempre; estos hechos históricos no pueden ser olvidados por la humanidad. Del

mismo modo las batallas comandadas por Alejandro Magno, la batalla de Cannas que se enmarca dentro de la segunda guerra púnica donde la victoria correspondió a la ciudad sagrada de los césares; Roma, y qué decir; de la batalla de Actium cuyos líderes Octavio Augusto y Marco Antonio se enfrentaron en un acto controversial con la reina egipcia Cleopatra VII, y no menos importantes, las guerras del Islam y la Cristiandad con sus propias costumbres desgarradoras y el trato inhumano a los vencidos, prisioneros y heridos; donde pueblos enteros eran desbastados, estos acontecimientos se encuentran detallados en la historia universal.

Sabemos sobre conflictos como la Primera Guerra Mundial, que es admitida como el primer gran conflicto bélico en donde ya se utilizó tecnología moderna que involucró a varias naciones con resultados desastrosos y naturalmente la pérdida de cientos de miles de personas sin importar su edad o condición económica; quienes perecieron directa o indirectamente en el conflicto, también tenemos la batalla de Midway (1942) en relación a este acontecimiento bélico existen versiones de diferentes puntos de vista, siendo su gran actor el emperador de Japón Hirohito; del mismo modo la batalla de Okinawa (1945), y; qué decir de los lanzamientos de las bombas atómicas sobre Hiroshima y Nagasaki que prácticamente ocasionaron la evaporación instantánea de cientos de miles de seres humanos; y no podemos olvidar la Segunda Guerra Mundial que involucró a gran parte de las naciones de todo el mundo, incluyendo las grandes potencias. Eventualmente se formaron dos facciones: El Eje y Los Aliados.

Recordemos que, desde la visión clásica los Estados sobre la base de soberanía, independencia, y autodeterminación aplicaban el uso de la fuerza de acuerdo a su criterio en sus relaciones con la diversidad de Estados; esa era la característica que identificaba a su poderío respecto de las diversas civilizaciones existentes. Es trascendental el apareamiento y desarrollo de las diferentes reglas, pese a las profundas y notorias diferencias

dentro de un entorno ideológico, político, moral, y cultural, además; vinculadas a la religión, se elaboran ciertas disposiciones en concordancia a la costumbre; traduciéndose en normas y leyes que se han ido perfeccionando paulatinamente en el tiempo y espacio, permitiendo la respectiva codificación a partir del siglo XIX.

1.3.- EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO SE HA CONVERTIDO EN UN DERECHO UNIVERSAL

Admitido por los diferentes Estados en razón de existir diversas leyes-normas que han sido acopladas por las terribles y dolorosas experiencias ocurridas en las guerras con tecnología de punta, pues; basta recordar la Segunda Guerra Mundial donde millones de personas murieron y más de la mitad eran civiles, cabe destacar que lamentablemente ciudades enteras desaparecieron de la faz de la tierra; a consecuencia de aquello las diferentes naciones están de acuerdo en mantener un sensato equilibrio entre la estrategia - aplicación militar y la presencia humanitaria.

Aparece Hugo Grocio con su obra inmortal: *De Jure Belli ac Pacis* libri III que significa "El Derecho de la guerra y de la paz", aquí encontramos las normas que constituyen las bases más sólidas del derecho de la guerra, impresa en 1625; en una parte de la obra se confiesa y dice que siente vergüenza y horror como cristiano ante los continuos excesos de esa época, se refería a la guerra sangrienta de los Treinta Años que terminó en 1648 con los tratados de la Paz de Westfalia que constituye un acto público de desacato a la autoridad internacional del Papa; los acuerdos de Paz de Westfalia se celebran después de una sangrienta guerra religiosa que duró 30 años, efectuadas en Muster y en Osnabruck, dos grandes protagonistas católicos y protestantes. Este tratado es considerado por la mayoría de tratadistas como el verdadero comienzo del Derecho Internacional, gracias al cual los Estados comienzan a resolver sus problemas en congresos, y asambleas internacionales; en este escenario la nueva Comu-

nidad Internacional busca incesantemente la aplicación de un orden legal y principalmente la aplicación de tratados internacionales. Existen numerosas instituciones un poco endeble que quieren aportar a los principios del Derecho Internacional; comparto el criterio en señalar que en ese preciso momento histórico hubiere sido posible implementar una organización jurídica Internacional en beneficio de la Comunidad, en virtud de la presencia de Estados soberanos en igualdad de condiciones; y sustituir a las "autoridades" existentes por una autoridad acordada por los diversos Estados.

Grocio dice "En todo el mundo cristiano he comprobado una falta de moderación en la guerra que daría vergüenza a los bárbaros. He visto a los hombres tomar las armas por causas fútiles, o sin razón alguna, y he visto que, en cuanto las armas hablan, no hay ya respeto alguno al Derecho, divino o humano. Todo ocurre como si, en virtud de un decreto general, la furia públicamente desenfrenada se permitiera todos los crímenes" (1).

Es increíble lo expresado por Grocio; quien tiene un repudio total, partiendo de su formación cristiana, está indignado porque visualizaba actos de masacre, destrucción, de sufrimiento humano, posteriormente se desarrolla una especie de compasión humana: cómo ayudar para detener y aliviarlo, cómo un acto humanitario en beneficio de los más necesitados, caídos dentro y fuera de los campos de batalla.

Rousseau, en 1752, produce una conmoción en cierto sector de la sociedad con su obra magistral el Contrato Social que inmediatamente fue cuestionada, destruida e incinerada en Ginebra, Suiza. Rousseau partió de ideas innovadoras revolucionarias en relación a la guerra, su frase inmortal "la guerra no es modo alguno una relación de hombre a hombre, sino una relación de Estado a Estado en la que los individuos solo son enemigos accidentalmente, no como hombres, ni siquiera como ciudadanos, sino como soldados; no como miembros de la patria, sino como sus defensores". Además, sostiene "como la finalidad de la gue-

rra es la destrucción del Estado enemigo, se tiene derecho a matar a los defensores siempre que tengan las armas en la mano; pero en cuanto las disponen y se rinden, dejan de ser enemigos y vuelven a ser simplemente hombres, y ya no tienen derecho sobre sus vidas. A veces se puede matar al Estado sin matar a ninguno de sus miembros. La guerra no confiere ningún derecho que no sea necesario a su fin. Estos principios no son de Grocio; no se basan en la autoridad de poetas, sino que se derivan de la naturaleza de las cosas y se basan en la razón" (2).

Rousseau impregnó la luz de la esperanza de un nuevo amanecer con sus ideas humanitarias en vinculación con su propia filosofía basada en la razón y sobre todo en un sentido común. Estos antecedentes se han plasmado en un referente positivo para guiar a los más notables juristas, académicos y diversas organizaciones, cuya finalidad es proteger, en tanto y en cuando sea posible, a la persona humana como tal y en el caso específico los Convenios de Ginebra que contiene disposiciones y normas humanitarias.

Jean Pictet. Hombre extraordinario de acción humanitario, vinculado directamente al Comité Internacional de la Cruz Roja, define al Derecho Internacional Humanitario como la parte considerable del Derecho Internacional Público que se inspira en el sentimiento de humanidad y que se centra en la protección de la persona en casos de guerra.

Hoy en día los Estados saben que existe un conjunto de normas y reglas que hay que respetar en caso de conflicto armado, estas normas internacionales definitivamente son convencionales o consuetudinarias vinculadas directamente a solucionar los problemas humanitarios que vinculan las acciones armadas sean nacionales o internacionales.

Los acontecimientos desgarradores ocurridos en tiempos en que la sociedad no tenía ninguna disposición o normas, es decir la no existencia del Derecho Internacional, y paulatinamente

fueron sembrando una luz de esperanza, para que la sociedad contara con ciertas normas y disposiciones sobre un derecho que regule las normas del convivir social, esto se da por el avance de las diversas ciudades, fundamentalmente la presencia de las organizaciones de las naciones y los diversos factores de desarrollo ocurridos a través del tiempo y del espacio que determinaron el apareamiento del Derecho Internacional.

2.- EL ENTORNO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Ius ad bellum e ius in bello El vinculado de reglas jurídicas adaptables al fenómeno de la conflagración, se fragmenta en *Ius ad Bellum e ius in Bellum*. *Ius in bello* (derecho en la guerra): El objetivo del Derecho Internacional Humanitario es delimitar las angustias provocadas por la guerra, a fin de humanizar y restringir sus efectos; se constituye con las reglas existentes para la inspección de las hostilidades, una vez que estas han principiado y garantiza empleando todo lo que sea permitido, alcanzar la ayuda y socorro de las víctimas. Sabemos que el Derecho Internacional Humanitario no aprueba ni impide los conflictos armados, actúa directamente, no tiene la potestad de entrar en argumentos inherentes a las motivaciones de quién es el culpable o a quién le asiste el Derecho o la justicia del arbitrio a utilizar la fuerza. Aquí está presente el gran reto: ¿Qué hacer para que sea observado por las partes combativas en el campo de conflagración? Sus preparativos son únicamente proporcionar auxilio caritativo a todas las partes en el problema espléndidamente de las motivaciones del conflicto y con absoluta imparcialidad de la causa defendida por una u otra parte; es totalmente controversial en un conflicto armado internacional, determinar cuál Estado es el culpable de la trasgresión de acuerdo a la Carta de las Naciones Unidas. El *Ius in Bello* posee dos inclinaciones: los Códigos de Ginebra y los de La Haya.

Los Códigos de Ginebra en tiempos de conflagración, tienen que acatar y prestar atención a ciertas reglas de humanidad; inclusive para el adversario, dichas medidas conforman primor-

dialmente los cuatro Convenios del 12 de agosto de 1949 y sus dos protocolos del 8 de junio de 1977. Las características son los derechos fundamentales de respeto y decoro del ser humano, tratados mundialmente admitidos que salvaguardan a los combatientes heridos y enfermos, los náufragos, los prisioneros de guerra y las personas civiles en poder del enemigo; se refieren, al procedimiento de que las personas que no participan directamente en las hostilidades y las que están fuera de combate por cualquier circunstancia, deben ser consideradas protegidas frente a la guerra sin distinción. Sus protocolos expanden ese resguardo a toda persona afectada por un conflicto armado, al mismo tiempo; se estipula a las partes en el problema y a los beligerantes inhibirse de arremeter a la población civil, los bienes civiles y conducir sus operaciones militares de beneplácito con las normas reconocidas de la humanidad.

2.1.- LOS CÓDIGOS DE LA HAYA ESTIPULAN LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES, EN EL TIEMPO QUE DUREN LAS HOSTILIDADES.

Ius ad bellum (derecho a hacer la guerra): Sabemos que el Derecho Internacional Humanitario no puede detener ni prohibir los conflictos armados sean internos o externos, no tiene la potestad para determinar si es correcta la aplicación del uso de la fuerza que se identifica directamente con el IUS AD BELLUM; esto significa que oficialmente de acuerdo a las leyes se ha esfumado este derecho a la guerra, también identificable como la guerra "lícita" que los diversos Estados aplicaban de acuerdo a sus intereses y métodos de reclamar a la fuerza.

Y señalaba que se está esfumando en virtud de las disposiciones y normas de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas que entre otros principios indica "Los miembros de la organización, en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas".

Y de otras instituciones que existen normas expresas para reclamar al uso de la fuerza, tratando de resolver sus controversias por medio de conflictos armados, y de hecho; de presentarse esta situación irregular el Derecho Humanitario estará presente con sus normas de aplicación humanitaria. Es innegable pues, que desde la misma antigüedad existían precursores con la idea de establecer y garantizar la paz mundial; visualizar que existen definitivamente notables tratadistas, académicos, jurisconsultos, que aportaron en las diferentes convenciones, conferencias o tratados para la existencia de una organización cuya finalidad era el mantenimiento del orden y la paz en beneficio de la Comunidad Internacional; entre otros tenemos:

El primer antecedente categórico en organizar la Comunidad Internacional sería en 1306 a través del francés Pierre Dubois, en la cual ya vinculaba las conferencias jurídicas de su tiempo para salvaguardar la paz y rescatar determinados lugares sagrados, su obra magistral más trascendental "Sobre la recuperación de la tierra santa".

En 1623 Emérico Crucé en su obra titulada "El Nuevo Cineo" invocaba la paz a través del uso de la fuerza.

En 1648 se produce los Tratados de Westfalia luego de una guerra sangrienta por más de treinta años en la cual se termina el poder de la iglesia y empieza a legislarse en base a la cooperación internacional entre los Estados.

En 1713 el abate Saint Pierre propone el establecimiento de un congreso y su fuente principal sería en Europa.

Congreso de Viena de 1815, sería el primer embrión encaminado a buscar una organización para el mantenimiento de la paz y seguridad de los Estados.

2.2.- SOCORRO HUMANITARIO, ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Se inicia con la cruenta Batalla de Solferino de 1859. Solfe-

rino era una ciudad en el norte de lo que actualmente es Italia, los ejércitos austriaco y francés libraron encarnizados combates con un saldo de 40.000 muertos y heridos, para esa época como resultado de una batalla cruel y despiadada, miles de soldados que quedaban heridos morían por falta de asistencia médica; hasta ese momento no existía ninguna organización internacional que preste ayuda humanitaria en tiempos de guerra directamente vinculada a la asistencia de los heridos; de coincidencia por ese lugar pernoctó el suizo Henry Dunant y presencié esta masacre de los combatientes.

En este escenario el suizo Dunant ve la necesaria implementación de un organismo que preste asistencia humanitaria sin distinguir a qué ejército o campaña pertenece el combatiente; con estos antecedentes en 1863, cuatro años después de la Batalla de Solferino, nace la sociedad Ginebrina, de utilidad pública; quien designó una comisión conformada por cinco notables ciudadanos para poner en práctica las ideas y convertir en realidades los pensamientos del genial Henry Dunant y que además estaba conformada por el general Dufour, Gustave Moynier, los médicos Théodore Maunoir y Louis Appia y naturalmente tuvieron el privilegio de contar con el cerebro magistral del suizo Dunant que se plasmó en realidad y fundó "El Comité Internacional de socorro a los militares heridos", que posteriormente tomó el nombre de "Comité Internacional de la Cruz Roja" que marcaría la imperiosa necesidad de socorrer al ser humano a través de muchos años de experiencias nefastas en contra de la dignidad humana, esta organización internacional actúa hasta el día de hoy sin discriminación de ninguna clase, es decir; respetando el orden político, racial, religioso e ideológico en todos los términos, significa esto permanecer inalterable en su ayuda humanitaria y actuar únicamente en estos principios de factor humanitario.

En 1864, Suiza cita a varios países que acrediten el reconocimiento internacional, además aquí se aprobó el "Convenio de Ginebra destinado para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos de campaña", dio el correspon-

diente nacimiento al Derecho Internacional Humanitario. Paulatinamente se expande el campo de acción en las diversas categorías de víctimas, como los prisioneros de guerra entre otros. Concluida la Segunda Guerra Mundial, luego de varios meses de deliberaciones se aprobaron los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y se amplió definitivamente el objetivo central, a través de la protección debida a la población civil en tiempos de guerra, posteriormente en 1977, los Convenios de Ginebra fueron completados con dos Protocolos Adicionales.

2.3.- REGLAMENTO JURÍDICO

El CICR posee la cualidad de independiente, neutral, e imparcial y actúa directamente sobre las bases de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, y sus dos Protocolos Adicionales de 1977, y está respaldado por los diversos Estados para que preste protección y asistencia a las víctimas en conflictos armados, este reglamento jurídico es diferente en su contenido de las organizaciones intergubernamentales, así como de los organismos de las Naciones Unidas y de las organizaciones no gubernamentales, tiene convenios con casi todos los países en estricto a las normas del Derecho Internacional, posee privilegios e inmunidades, contra procedimientos jurídicos además le exime de procedimientos administrativos y judiciales dentro de un entorno de inviolabilidad a sus instalaciones, archivos. Estas características solamente ostentan o se les concede a las organizaciones intergubernamentales. Bajo estos parámetros al CICR, se lo identifica desde el punto de vista de la neutralidad y su independencia.

2.4.- CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS

En la introducción de la Convención en una de sus partes dice: "teniendo presentes los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y libre determinación

de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y el respeto universal a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades”.

De acuerdo al Artículo de la misma Convención “se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, que conste en instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”.

En términos generales un tratado es obligatorio para cada una de las partes y respeta a la totalidad de su territorio, significa que son acuerdos que llegan a los diversos Estados acatando las normas de Derecho Internacional; vinculados a producir efectos jurídicos, crear, modificar o extinguir un derecho, naturalmente existen tratados bilaterales o multilaterales.

Está presente el respeto de los Estados, su soberanía, la no injerencia de los mismos, es decir; se debe dar cumplimiento a los tratados ratificados por los Estados, en este respecto, la Carta de la Naciones Unidas invoca a preservar la paz y desear la guerra y respetar a los seres humanos e igualdad entre hombres y mujeres, además; clama que se abstendrá de recurrir a la amenaza o uso de la fuerza contra la integridad territorial o soberanía, también; expresa que cuando se llegaren a alterar los postulados de seguridad y cooperación internacional podrán incluso utilizar el uso de la fuerza armada para que estos se cumplan y así mantener la paz y la seguridad internacional; así mismo puntualiza el ejercicio del Derecho de Legítima Defensa mediante el cual se comunicará al Consejo de Seguridad para que aplique la acción que estime necesaria.

2.5.- CONVENIO DE GINEBRA DE 1864

No quepa la menor duda que el Derecho Internacional Huma-

nitario contemporáneo se perfeccionó lamentablemente sobre el estallido de las dos guerras mundiales y los diversos conflictos armados que se produjeron en determinada época. En 1914 – 1918 se produce la primera conflagración en donde ya visualizamos una tecnología de los experimentos nucleares aéreos especialmente; como consecuencia se producen cientos de miles de prisioneros de guerra mientras que en la Segunda Guerra Mundial, 1939 – 1945, se utiliza la tecnología nuclear de punta: ciudades enteras son desbastadas, millones de personas, entre civiles y militares, prácticamente desaparecieron de nuestra sociedad vinculado a una tremenda evolución armamentista; con estas dolorosas experiencias de los diversos conflictos ocurridos y otras más, se expande y surgen las necesidades humanitarias que encuentran el apoyo desinteresado que obligaron al perfeccionamiento del Derecho Internacional Humanitario con nuevos convenios incluso a la incorporación de Protocolos Adicionales que permitan acudir en ayuda humanitaria en beneficio de quienes lo necesiten a través de los diversos tratados internacionales

2.6.- TRATADOS DE CONVENIOS PRIMORDIALES

1864. Convenio de Ginebra para el mejoramiento de la suerte que corren los militares heridos en los ejércitos en campaña.

1868. Declaración de San Petersburgo (prohibición del uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra).

1899. Convenios de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre y sobre la adaptación a la guerra marítima de los principios del Convenio de Ginebra de 1864.

1906. Revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1864.

1907. Revisión de los Convenios de La Haya de 1899 y aprobación de nuevos Convenios.

1925. Protocolo de Ginebra sobre la prohibición del empleo, en

la guerra, de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos.

1929. Dos Convenios de Ginebra:

Revisión y desarrollo del Convenio de Ginebra de 1864

Convenio de Ginebra relativo al trato de los prisioneros de guerra (nuevo)

1949 Cuatro Convenios de Ginebra:

I Para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos en las fuerzas armadas en campaña;

II Para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar;

III Relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y,

IV Relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de Guerra (nuevo).

1954. Convención de La Haya para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado.

1972. Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas); y tóxicas y sobre su destrucción.

1977. Dos Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949. Que mejoran la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y no internacionales (Protocolo II).

1980. Convención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados. A ella se añaden:

- El Protocolo (I) sobre fragmentos no localizables
- El Protocolo (II) sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos
- El Protocolo (III) sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias.

1993. Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción.

1995. Protocolo sobre armas láser⁷ cegadoras (Prot. IV (nuevo) de la Convención de 1980).

1996. Protocolo enmendado sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos (Protocolo II [enmendado] de la Convención de 1980).

1997. Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción.

1998. Estatuto de Roma de la Corte Penal⁸ Internacional.

1999. Protocolo de la Convención de 1954 sobre bienes culturales.

2000. Protocolo facultativo Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

2001. Enmienda del artículo 1 de la Convención sobre ciertas armas convencionales.

2.7.- LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Se debe estudiar a las fuentes, desde diferentes puntos de vista, es verdad que el significado (fuente de Derecho) es utilizado con significados diferentes, por una gran mayoría de tratadistas tanto del Derecho Internacional como del Derecho en General, y sus aportes han sido controversiales; además algunos autores erróneamente confunden el concepto de "fuente" con el concepto de "causa", las fuentes del derecho es la suma de los

procesos históricos dentro de la sociedad, a través del cual nacen y se desarrollan reglas de comportamiento con fuerza legal. Lo que sí tenemos son las distinciones existentes entre fuentes materiales y fuentes formales del Derecho, vinculadas naturalmente al Derecho Internacional; comparto el criterio de los tratadistas pues las fuentes en general son procedimientos por los cuales se crea, modifica o extingue el Derecho.

Para Anzilotti la única fuente del Derecho Internacional es el acuerdo de voluntades, ya sea bajo forma expresa, como en los tratados; o en forma tácita, como en la costumbre.

El perfeccionamiento paulatino del Derecho Internacional Humanitario se impulsó dentro de las características idénticas del Derecho Internacional; parte de principios y disposiciones consuetudinarias a través del tiempo y del espacio sobre la aceptación y aplicación de diversos tratados sobre el tema, significa esto que sus fuentes son las mismas que se imponen al Derecho Internacional, en tal virtud; debemos aplicar el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Clasificación: Dentro de este ámbito se hace preciso distinguir entre las fuentes materiales, que carecen de naturaleza jurídica (la aceptación de esta clase de fuentes se relaciona con el problema de la validez del Derecho Internacional), y las fuentes formales, que son aquellas que tiene contenido obligatorio por su naturaleza jurídica.

Concepto, clasificación y su jerarquía

La determinación más relevante de las fuentes del Derecho Internacional lo encontramos en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, instrumento que se vincula directamente como integrante de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 38:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
 - a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
 - b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
 - c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
 - d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.
2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *exaequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

El Artículo 59 dice: “La decisión de la Corte no es obligatoria, sino para las partes en litigio y respecto al caso que ha sido decidido”.

De acuerdo a lo que establece el Artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia, existen tres fuentes de aplicación absoluta: el convenio, la costumbre y los principios generales del derecho. Además existe una fuente cuya aplicación está condicionada, si las partes así lo acuerdan: la equidad; y dos medios auxiliares para la determinación de las fuentes: Las Decisiones judiciales y la Doctrina de los Publicistas.

2.8.-TRATADOS

Los tratados en los últimos tiempos han tenido un desarrollo formidable, su cualidad en negociación jurídica internacional es impresionante, por esto se están convirtiendo en la fuente más importante del Derecho Internacional,

Tratado en Derecho Internacional, significa acuerdos de carácter contractual entre los Estados y organismos internacionales, creándose una situación especial de derechos y obligaciones jurídicas entre las partes; además de expreso debe ser escrito, un tratado entra en vigor desde el instante que las partes han llegado a la concordancia de sus voluntades, en ese instante el tratado adquiere fuerza obligatoria, no pueden ya unilateralmente apartarse de las obligaciones aceptadas en el tratado, además; que ya está presente los principios básicos: la norma *Pacta Sunt Servanda*, los tratados obligan mutuamente a las parte y deben cumplirse de buena fe; y, el "*Res Inter alios Acta*", los tratados ligan únicamente a los Estados contratantes. Existen tratados bilaterales, multilaterales.

Se han convertido en la fuente trascendental notable del Derecho Internacional, como sucedió con el tratado de Ginebra de 1864 para mejorar la suerte de los heridos en campaña, así como en La Haya, con el II Convenio de 1899 concerniente a las leyes y usos de la guerra terrestre; subsiguientemente, se realizaron diversos tratados bilaterales y multilaterales aceptados y aplicados por los diversos Estados dentro del ámbito de humanizar las situaciones y conflictos armados.

2.9.- LA COSTUMBRE

Según el Artículo 38, define a la costumbre como "la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho". En esta definición se plasman dos elementos fundamentales constitutivos de la Costumbre.

Parte de actos consuetudinarios son, en su primera instancia, reglas acatadas en forma esencial por la Comunidad Internacional; la costumbre es la fuente nativa de este derecho, gracias a este hábito y rutina comenzó una evolución liberal del Derecho Internacional Humanitario, aceptado en base a las normas habituales sobre la guerra; existentes a la categorización, y; permitió el perfeccionamiento de este nuevo Derecho Internacional Humanitario y exactamente la Cláusula Martens irradia este entendimiento entre el Derecho Internacional Humanitario Rutinario y el Derecho Internacional Humanitario aceptado, vinculado dentro de un entorno de protección de los conflictos armados.

3.- LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Sabemos que los Tratados y la Costumbre son fuentes principales del Derecho Internacional, además el Artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia incluye como fuente principal "Los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas". Esta fuente ha generado profundas controversias en el Derecho Internacional, en virtud de que no existe expresamente la manifestación de la voluntad de los Estados, ni siquiera en forma tácita. Se considera que el propio Tribunal no ha tenido ocasiones de aplicar en forma "transparentemente" los "principios generales del derecho", en virtud sirven como base para su aplicación el Derecho Internacional Convencional y el consuetudinario.

Todos estos principios no deben confundirse con los que son exclusivos del Derecho Internacional, la mayoría de los cuales se derivan de la costumbre o quedan incorporados a los tratados.

3.1.- LAS DECISIONES JUDICIALES Y LA DOCTRINA DE LOS PUBLICISTAS

El párrafo d) del Artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia determina., que en las controversias sometidas a su consideración se deberá aplicar las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas nacio-

nes, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

La equidad de modo general es la aplicación de principios de justicia en un caso determinado; la equidad, bajo parámetros establecidos, la Corte interpretará adecuadamente la "razón humana" para resolver una controversia existente.

3.2.- OTROS CRITERIOS – FUENTES

Existe otra corriente que manifiesta de acuerdo al criterio de notables tratadistas que deben ser fuentes del Derecho Internacional Humanitario los principios aceptados y reconocidos universalmente por el Derecho Internacional, la Carta de las Naciones Unidas además de sus organismos especializados, así como los acuerdos, normas y disposiciones vinculadas a acuerdos internacionales sobre los derechos humanos. Especialmente, deben considerarse como fuentes del Derecho Internacional Humanitario los siguientes:

1966. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

1966. El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

1965. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

1973. La Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid.

1948. La Convención sobre la Prevención y el Castigo de Delitos de Genocidio.

1968. La Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

1950. La Convención sobre la Lucha de Trata de Esclavos.

1953. La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer.

3.3.- DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS ¿SIGNIFICA LO MISMO?

Se pretende aplicar una controversia en su campo de acción y su significado entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario cuando, en realidad no existe ninguna polémica son dos ramas independientes y distintas del Derecho Internacional; a pesar de una enunciación muy desigual propia de algunas reglas sea análoga o incluso idéntica, las dos normas protegen al ser humano, inhiben la tortura u otros tratos crueles, conciertan los derechos fundamentales, y directamente abren un expediente penal, obstaculizan la discriminación; por cuanto existe reglamentación y disposiciones de protección de las mujeres y niños, además vinculan los aspectos del derecho a los alimentos y a la salud.

El Derecho Internacional Humanitario contiene mayor campo de acción que está fuera del alcance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, específicamente el manejo de hostilidades, las ordenanzas de los combatientes y cautivos de guerra, y; junto a la protección del emblema de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, cada cual actúa dentro de su esfera real de aplicación con la finalidad común de proteger la vida y dignidad de todo ser humano, teniendo en cuenta que le asiste la protección de los derechos fundamentales; para el desenvolvimiento armónico dentro de la Comunidad Internacional en cualquier circunstancia que lo necesite.

El procedimiento de los Derechos Humanos es una rama independiente del Derecho Internacional Público, y cuenta con sus propios elementos, disposiciones y medio de aplicación; surge a partir de la Carta de las Naciones Unidas de 1945.

3.4.- EQUIVALENCIAS – DIFERENCIAS

El Derecho Humanitario de aplica en situaciones de conflicto armado internacional o no internacional.

Los Derechos Humanos instituyen normas para el progreso agradable del sujeto en la sociedad.

El Derecho Internacional Humanitario resguarda a las personas y los bienes afectados, o que pueden resultar afectados, por un conflicto armado y circunscribe el derecho de las partes en conflicto a optar los métodos y medios para hacer la guerra.

El Derecho Internacional Humanitario sus primordiales tratados adaptables en caso de conflicto armado internacional son los cuatro Convenios de Ginebra 1949 y su Protocolo Adicional de 1977.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos son disposiciones internacionales o consuetudinarias.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos son derechos inseparables de todas las personas por su situación de seres humanos y pueden exigir a los gobiernos la mesura de los mismos.

El Derecho Internacional Humanitario, sus fuentes convencionales son los pactos internacionales, los derechos civiles y políticos, la discriminación racial, discriminación contra la mujer, la tortura, los derechos del niño.

A nivel legal se puede atestiguar que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se destinan en tiempos de paz.; en cambio, las normas del Derecho Internacional Humanitario dentro de un entorno de peligro armado.

Naturalmente que tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el Derecho Humanitario disponen de

una serie de tratados Internacionales celebrados y aplicados universalmente dentro de la Comunidad Internacional.

Existen diversos enfoques de académicos y tratadistas que de acuerdo a su perspectiva tratan de vincular al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su verdadero alcance y significado dentro de la Comunidad Internacional.

Lo que sí existe es un consenso común en resaltar que el Derecho Internacional Humanitario preserva a la persona humana en el impulso de los diversos conflictos armados, cuando no existe una protección efectiva dentro de su orden nacional, en cambio que los Derechos Humanos lo protegen directamente de las injusticias, atropellos y violaciones de su propio Derecho Interno.

Algunos autores al Derecho Internacional Humanitario lo identifican como "Derecho de la Guerra", y otros como "Derecho de los Conflictos Armados", lo que sí está claro es que el DIH no tiene la potestad de pronunciarse si el Estado o Estados tienen razón o le asiste un derecho o no a recurrir a la fuerza armada.

El derecho de los Derechos Humanos se desarrolló bajo el amparo y la protección de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. El Derecho Internacional Humanitario se expandió bajo el apoyo de las diversas normas existentes en las diferentes regiones y prácticas, actos consuetudinarios dentro de un entorno cultural de todo el mundo, está vinculado y recibe apoyo directamente del Comité Internacional de la Cruz Roja.

No obstante que el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han actuado en su campo de acción independientemente dentro de un entorno trascendental, en diversos tratados se han acoplado normas y disposiciones de los dos ordenamientos tomando en consideración entre otros, los derechos del niño y su participación en

las controversias blindadas, armadas vinculadas a un entorno bélico.

El Derecho Internacional Humanitario vincula a las personas naturales y establece que pueden ser consideradas penalmente comprometidos por las "infracciones graves" de los Convenios de Ginebra y del Protocolo I.

Dentro del Derecho Internacional Humanitario, las personas naturales no tienen vinculación específica, pero existe la potestad de declarar responsables penalmente a las personas vinculadas al genocidio, los crímenes de lesa humanidad y la tortura; pues, existen disposiciones universalmente aceptadas por la Comunidad Internacional.

3.5.- ¿CUÁLES SON LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO?

Convenio (I) de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña. Ginebra, 12 de agosto de 1949.

Confiere protección a los combatientes, heridos y enfermos, al personal que los asiste, los edificios en los que son alojados y el material que utilizan. Regula el uso del emblema de la Cruz Roja y de la Media Luna roja.

Convenio (II) de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar. Ginebra, 12 de agosto de 1949

Amplia la protección a los combatientes náufragos y establece las condiciones en que deben ser asistidos.

Convenio (III) de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra. Ginebra, 12 de agosto de 1949

Confiere protección a los miembros de las fuerzas armadas

que son hechos prisioneros. Estipula las normas de trato, los derechos y las obligaciones de la Potencia detenedora.

Convenio (IV) de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra. Ginebra, 12 de agosto de 1949

Establece las normas de protección de la población civil, en particular el trato debido a las personas civiles en territorio ocupado, los civiles privados en libertad y la ocupación en general.

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) 8 de junio de 1977

Amplia la protección conferida a las personas civiles y limita los medios y métodos de hacer la guerra.

Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) 8 de junio de 1977

Contiene las garantías fundamentales para las personas que no participan en las hostilidades durante un conflicto armado no internacional, y regula normas para la protección de las personas civiles, así como de sus bienes e instalaciones esenciales.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS

(1) HANS Kelsen, PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO, EDITORIAL EL ATENEO, BUENOS AIRES, 1961, PÁG. 3

(2) RUDA JOSÉ MARÍA. "RELACIONES JERÁRQUICAS ENTRE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES E INTERNACIONALES; EN EL DERECHO INTERNACIONAL EN UN MUNDO EN TRANSFORMACIÓN, MONTEVIDEO, ROU, 1994, TOMO, PÁG. 125".

(3) DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y.A, KOROVIN, VERSIÓN ESPAÑOLA DE JUAN VILLALBA. EDITORIAL GRIMALBO S.A.; MEXICO, D.F, 1963

G.I.A.D. DRAPER, THE CHIRTIAN AND WAR, INTERNACIONAL RELATIONS (LONDRES), VO II, OCTUBRE DE 1962, PÁG., 13

JEAN- JACQUES, ROUSSEAU, DU CONTRAT SOCIAL, 1762, LIBRO I, CAP. IV, PAG., 63, EDITIONS SOCIALES, PARÍS.

IGOR BLISCHENKO DERECHO HUMANITARIO INTERNACIONAL, EDITORIAL PROGRESO, MOSCÚ, 1987. PÁG. 9

QUINEY WRIGHT; "A STUDY OF WAR", 1942 SEGÚN J. PICTET; "DESARROLLO DEL DIH" OP. CIT. PÁG. 15

PEDRO PABLO CAMARGO. DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO, TOMO 1, OB .CIT, PÁG.73

CHRISTOPHE SWINARSKI, "Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema de Protección de la Persona Humana", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CICR, 1990.

CHRISTOPHE SWINARSKI, "Introducción al Derecho Interna-

cional Humanitario", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, CICR, 1994.

CICR: "Derecho Internacional Humanitario", Respuestas a sus Preguntas, Publicaciones del CICR, 1998.

CICR: TERCER CURSO DE FORMACIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO PARA PROFESORES UNIVERSITARIOS, "Carpeta Informativa", Heredia, Costa Rica, 2329 de Julio 2006.

CONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANITARIO, "Normas Fundamentales de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales", Editado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, septiembre de 1983.

DESCUBRA DEL CICR, Ginebra- Suiza, CICR, octubre de 2005.

DIANA FERNÁNDEZ HOYOS, "Derecho Internacional Humanitario", Cómo y por qué aplicar al derecho Internacional Humanitario a la Legislación y al Conflicto Interno Colombiano, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez 2000.

EDUARDO ÁNGEL RUSSO, "Derechos Humanos y Garantías-", El Derecho al Mañana, Editorial Universitaria de Buenos Aires. I edición septiembre de 1999.

ELIZABETH SALMÓN, "Introducción al Derecho Internacional Humanitario", Fondo Editorial 2004.

EMILIO IZQUIERDO, "Apuntes de Derecho Internacional Humanitario": Edición Casa de la Cultura Ecuatoriana 1983.

GUÍA PRÁCTICA PARA LOS PARLAMENTAMOS "R« Hacer Respetar el Derecho Internacional Humanitario Impreso en Suiza 2000.

HENRY DUNANT, "Recuerdo de Solferino", Editado Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001.

IGOR BLÍSCHENKO, ('Derecho Humanitario Internacional Editorial Progreso Moscú, 1987.

LAS DIMENSIONES INTERNACIONALES DEL DERECHO HUMANITARIO, Instituto Henry Dunant, Editorial TeS.A., 1990.

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA CICR, Publicaciones 2000.

MANUAL DE DIFUSIÓN "Derecho Internacional Humanitario y Doctrina del Movimiento", Elaborado por la Delcg; Regional del CICR para México, Centroamérica, y el Caribe Hispanohablante.

MARÍA ELENA MOREIRA, "Derechos Humanos y Soc Internacional", Ediciones ABYA- YALA, Quito- Ecuador, 2000.

PIETRO VERRI, ""Diccionario de Derecho Internacional de los Conflictos Armados", Edición Somos Impresoras Ltda Editoreí 2002.

RAFAEL SERRANO FIGUEROA, "El Derecho Humanitario Frente a la Realidad Bélica de la Globalización", Editorial Porrúa, México, 2002.





AUTORES:



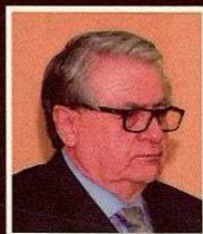
- **Dra. Janetsy Gutiérrez Proenza**

Catedrática de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Maestría en la Universidad de La Habana, Cuba.



- **Dra. Brenda Guerrero Vela**

Catedrática de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Maestrías en Derecho Penal y Procesal Penal.



- **Dr. Patricio Sánchez Viteri**

Catedrático de Derecho Internacional Público, Privado, Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la U.C.E. Maestrías en Educación Superior, Ciencias Internacionales. Especialista en Gestión de Procesos Educativos.

TEMAS ACTUALES
DERECHO PENAL ECUADOR

El Derecho penal actual tiene el enorme desafío de superar ciertas tendencias expansionistas que ya han sido advertidas por muchos penalistas de primer orden, caracterizadas principalmente por la adhesión permanente e indetenible de los delitos de riesgo y de peligro. Una pretendida justificación para la denominación de moderno al Derecho penal vigente se sustenta por el proceso vertiginoso de crecimiento cualitativo y cuantitativo de los avances tecnológicos, comerciales, financieros e informáticos que generan nuevos y dificultosos desafíos al Derecho punitivo.

Riesgos y desafíos que imponen el reto de implementar o recrear las instituciones penales de la imputación penal sobre la base de una línea que no conlleve ni facilite planteamientos ubicados fuera del marco de racionalidad exigido como por ejemplo la flexibilización de los criterios de imputación penal. La urgencia o el drama que genera los procesos de modernización social y su transnacionalización exigen un trabajo y una respuesta de la academia que explore nuevas alternativas que no rayen el cuadro de respeto a los derechos fundamentales o, en su defecto, se reconstruyan sobre la base de las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico sin perderse en el autoritarismo penal.

Dr. Mauricio Enrique Pacheco

ISBN: 978-9942-36-072-4



9 789942 360724

