DERECHO PENAL ECUADOR

Mauricio Enrique Pacheco
(Coautor y Coordinador)
Álvaro Román Márquez
Rubén Darío Castro
Merck Benavides
Freddy Herrera

...la presente obra jurídica se encuentra encaminada a referenciar una temática del ámbito penal denotativa del esfuerzo de los académicos de nuestra Facultad por problematizar temáticas de vigencia actual enfocadas desde la base de la legislación constitucional y legal ecuatoriana. Temas que van desde la reformulación del Estado ecuatoriano a partir de la Constitución del 2008 que entroniza una descripción crítica de la negación hacia las culturas originarias por parte de las culturas dominantes desembocando en la institucionalización dubitativa pero de avanzada en cuento a los temas de plurinacionalidad y de la interculturalidad como un deber ser de la sociedad ecuatoriana actual

M.E.P.

ESTE LIBRO ES PROPIEDAD DEL SINDICE

Su [illegible] CONFORME A LA LEY

345
D 431
Ej 1
JCP

- Derecho Penal
- Consideraciones Constitucionales
- Justicia Indígena
- Administración de Justicia
- Proceso Penal

P: 1
E: 6
B: 02

INVENTARIO

Compra:..... Donación: X Transfer: ☐

Proveedor:.....

Factura:..... Fecha:..... Precio:.....

Nº Inf. Recep.:..... Fecha Inf.: 31-05-2018

Nº Alta:.....

Biblioteca: JURISPRUDENCIA

cod= 115633

DERECHO PENAL ECUADOR

Álvaro Román Márquez
Mauricio Enrique Pacheco
Merck Benavides
Rubén Darío Castro
Fredy Herrera Almagro

Coordinador: Mauricio Enrique Pacheco

Facultad de Jurisprudencia,
Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Central del Ecuador
-2017-

DERECHO PENAL ECUADOR

Álvaro Román
Mauricio Enrique Pacheco
Merck Benavidez
Rubén Darío Castro
Freddy Herrera

Coordinador: Mauricio Enrique Pacheco

ISBN 978-9942-30-447-6

© De esta edición: Facultad de Jurisprudencia UC

Diseño e impresión
PPL Impresores • 2529762
pplimpresores@gmail.com

Impreso en Quito, Ecuador
diciembre 2017

INDICE DE CONTENIDOS

Prólogo 9

Presentación 13

LA REFORMULACION DEL ESTADO ECUATORIANO A PARTIR DE LA CONSTITUCION DE 2008
Álvaro Román 19

Estado de derecho, Estado constitucional de derechos 19
Reformulacion desde lo epistemologico 22
Reformulacion de lo jurídico 27
Reformulacion desde lo político 36
Derecho a elegir 49
Sistema electoral o el derecho a ser elegido 51
Reformulacion desde lo intercultural: el Estado prurinacional 53
La interculturalidad 65
El agua fria 79
La ortiga 82
Agua y ortiga 83
El latigo 84
La interculturalidad: su contenido 85
Conclusiones 90
Bibliografia 92

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR ILÍCITO Y MECANISMOS JURÍDICOS EN EL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN
Álvaro Román 97

Introducción 97
Transferencia por delegación de las competencias al organismo supranacional. Poder de integración 98
Obligaciones internacionales y responsabilidad internacional de los estados partes por ilícitos 105
Mecanismos jurídicos para determinar la responsabilidad internacional en los instrumentos del Sistema Andino de Integración 116
Conclusiones 121
Bibliografia 123

EL PROBLEMA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA OMISION IMPROPIA DEL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL
Mauricio Enrique Pacheco 125

Resumen 125
Introducción 125
La comisión por omisión 127
La posición de garante 130
¿Basta solo la posición de garante para la imputación penal del delito de comisión por omisión? 132
¿Cómo se determinan los límites de la posición de garante? 133
La teoría formal del deber jurídico 133
La ley como fuente formal 134
El contrato como fuente formal 135
El actuar precedente y peligroso 136
Critica a las teorías formales 137
La teoría material o de las funciones de la calidad de garante 139
Situaciones que originan y crean deberes de garantía sobre bienes jurídicos 139
Deberes de vigilancia de determinadas fuentes de peligro 141
La cláusula de la equivalencia 142
El problema de inconstitucionalidad de la imputación de la comisión por omisión 143
El problema de las lagunas de impunidad en la comisión por omisión 147
El principio de solidaridad 147
Conclusión 151
Bibliografia 154

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL PROCESO PENAL EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL
Merck Benavides 155

Resumen 155
Introduccion 156
Marco teórico referencial de la investigación: justicia penal y social 159
Objeto del proceso penal y del derecho penal 161
Principios procesales 165
La mínima intervención penal 171
La discusión 174
Conclusiones 175
Bibliografía 177

EL DERECHO PROBATORIO COMO GARANTÍA PROCESAL DEL ENCAUSADO
Rubén Darío Castro 179

El sentido político ideológico del derecho procesal penal 180
Derecho probatorio y prueba 183
Consideraciones sobre la prueba en el ámbito procesal penal 186
Importancia y trascendencia de la prueba 188
La cuestión de la verdad y el derecho probatorio 189
Apuntes críticos sobre la cuestión de la verdad en el proceso penal 191
El derecho probatorio como garantía procesal con fundamento constitucional 194
La calidad de la prueba de la acusación: sustancial efecto de la garantía procesal 197
Anexo 201
Bibliografía 204

ANALISIS DE LA CATEGORIZACION DE LAS LESIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA MEDICO LEGAL EN EL COIP
Freddy Herrera 207

Introducción 207
Desarrollo 208
Procedimiento en la evaluación médico legal 209
Anamnesis 210
Examen físico 210
Características y descripción detallada 211
Ubicación de la lesión 212
Exámenes de laboratorio y complementarios 212
Diagnóstico 213
Pronóstico 213
Secuelas 218
Concausas 219
Incapacidad médico-legal 219
Incapacidad médico-legal provisional 222
Incapacidad médico-legal definitiva 222
Secuelas médico-legales 223
Deformidad física 223
Deformidad física que afecta el rostro 224
Disminución de la capacidad funcional 225
Pérdida anatómica o funcional 226

Calificación de las lesiones 227
Conclusiones 229
Bibliografía 231

PRÓLOGO

Hay un hecho inmanente que a través del tiempo ha terminado configurando el actual carácter esencialmente humanista de la Universidad Central del Ecuador: la libertad de pensamiento y el profundo respeto a toda manifestación enmarcada dentro de un concepto de pluralismo jurídico configurado a través del pensamiento autónomo de los maestros, docentes e investigadores que hemos tenido el orgullo de contar, en la larga y fructífera historia, como integrantes del cuerpo docente de nuestra gloriosa facultad.

Determinados por una ineludible preocupación académica y social emanada por una reforma constitucional y penal como la que experimentamos cuando la Constituyente de Montecristi expidió la Constitución de la República del Ecuador en el año 2008 y, posteriormente, cuando la Asamblea Nacional aprobó el Código Orgánico Integral Penal que entró en vigencia plena en agosto del 2014, como autoridades de una de las universidades más importantes del país no podíamos distraernos de la tarea de fomentar e incentivar la investigación académica y científica encarnada como razón de ser de todo centro educativo superior que se aprecie de tal. Lastimosamente en un contexto de crisis económica y de problemas socio–políticos de enorme complejidad, por el que atravesamos como país, un grupo de docentes ha emprendido la tarea de impulsar por sus propios esfuerzos un proyecto de investigación que recoge el producto del trabajo académico realizado en el primer semestre del ciclo 2017-2017.

Los libros DERECHO PENAL ECUADOR, DERECHO PENAL Y GOBERNANZA, y DERECHO Y SOCIEDAD recogen desde el Derecho Penal y desde el derecho en general una parte del sinnúmero de las preocupaciones académicas de los docentes e investigadores de nuestra Facultad de Jurisprudencia y que no tienen otro objetivo que contribuir al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico ecuatoriano en términos de eficiencia y eficacia de un orden social democrático y respetuoso de los derechos fundamentales. Estas investigaciones han contado con el apoyo de las autoridades dentro del marco de restricciones que atravesamos pero que no han sido obstáculos para conjuntamente con la coordinación trabajar en el proceso de revisión de pares como requisito previo e ineludible para el auspicio institucional que respalda su publicación de estos libros, en cumplimiento de lo que ordena la normativa y la legislación universitaria que avala este producto cognoscitivo realizado por este selecto grupo de Docentes. Estamos seguros que este reconocido esfuerzo sin duda alguna servirá como insumo de discusión y fuente generadora de otras inquietudes investigativas a nivel nacional, aspecto que confirmará el firme propósito de convertir a nuestra Facultad de Jurisprudencia en la vanguardia de la investigación jurídica en el Ecuador. Los libros objeto del presente prologo se suman una producción editorial ya existente en nuestra Facultad que cuantitativa y cualitativamente justifica la delicada tarea, en la que estamos empeñados estudiantes, profesores, trabajadores y autoridades de la UCE.

Debo expresar mi público agradecimiento a la colaboración de varios docentes de la Universidad Técnica de Ambato, UTA, en las personas del Dr. Edwin Wilfrido Cortez Naranjo, Dr. Tarquino Tipantasig Cando, del Dr. Segundo Ramiro Tite, Dr. Jorge Enrique Sánchez, Dr. Klever Pazmiño y especialmente del Dr. Borman Vargas, sin cuya colaboración no hubiera podido concretarse exitosamente la edición de los presentes libros.

Finalmente, reitero mis felicitaciones al Coordinador del Área Penal de la Facultad de Jurisprudencia–UCE, Dr. Mauricio Enrique Pacheco y al Dr. Julio Andrade Maldonado, Presidente de la Asociación de Profesores de la Facultad de Jurisprudencia por la exhaustiva labor que implica sacar adelante el presente proyecto. Igualmente mis felicitaciones a los autores, apreciados Docentes de esta la Facultad, por este excelente trabajo presentado a la comunidad universitaria y profesional del Ecuador, lo que desde ya nos ubica a la cabeza del pensamiento jurídico en el Ecuador.

Dr. Patricio Sánchez Padilla
Decano Facultad de Jurisprudencia
Universidad Central del Ecuador

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

PRESENTACIÓN

Este primer esfuerzo nació como una inquietud de la Coordinación del Área Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central frente a los constantes desafíos que presenta el Derecho Penal y frente a la escasa actividad de investigación –o al menos no muy difundida por mecanismos más formales de difusión que han impedido leer los trabajos que se realizan en otros centros superiores de estudios universitarios– que han impedido una integración de la comunidad universitaria académica tendiente a difundir investiga- ciones en materia penal que pongan en debate muchos aspectos normativos y dogmáticos que jamás dejan de tener vigencia, como son los temas aquí abordados.

Concretamente, la presente obra jurídica se encuentra encaminada a referenciar una temática del ámbito penal denotativa del esfuerzo de los académicos de nuestra Facultad por problematizar temáticas de vigencia actual enfocadas desde la base de la legislación constitucional y legal ecuatoriana. Temas que van desde la reformulación del Estado ecuatoriano a partir de la Constitución del 2008 que entroniza una descripción crítica de la negación hacia las culturas originarias por parte de las culturas dominantes desembocando en la institucionalización dubitativa pero de avanzada en cuento a los temas de plurinacionalidad y de la interculturalidad como un deber ser de la sociedad ecuatoriana actual. Así por ejemplo, Álvaro Román se propone demostrar como los Estados en uso de las atribuciones de autodeterminación y soberanía pueden mantener vínculos de relación con otros estados y desde varias aristas intercomunicarías cuya búsqueda del beneficio mutuo conlleva obligaciones de cumplimiento obligatorio con amenaza de consecuencias en caso de incumplimiento, especialmente en temas delicados como la Transferencia por delegación de las competencias al organismo su-

pranacional. Poder de integración; las Obligaciones internacionales y responsabilidad internacional de los Estados partes por ilícitos; los Mecanismos para determinar la responsabilidad internacional en los instrumentos del Sistema Andino de Integración.

Mauricio Pacheco nos introduce en el problema de la inconstitucionalidad de la omisión impropia del código orgánico integral penal, COIP, abordado desde la perspectiva de la dogmática penal en lo que tiene que ver con las fuentes de garantía y la calidad de garante. Advierten el peligro de que este tipo de infracción penal contemplada en la parte general del COIP adolece de vicios de inconstitucionalidad por violación al principio de legalidad penal mediante la utilización de la analogía como mecanismo de adecuación de la omisión a la acción y además de vacíos de punibilidad dado el estrecho margen en el que actúa el garante teniendo únicamente la ley y el contrato como sus fuentes de obligación.

Merck Benavides aborda el tema de la la administración de justicia y el proceso penal en la legislación actual orientada y construida hacia la sanción a la infracción de la norma jurídica, como expresión de delito, aunque no siempre haya sido una garantía de cumplimiento de los fines preventivos del derecho penal y de la pena dado el fracaso del Estado ecuatoriano frente a la rehabilitación y reinserción social de los condenados. Ha existido un reconocido incumplimiento e inobservancia al principio de oportunidad, la conciliación, el procedimiento abreviado, expedito, directo y la suspensión condicional de la pena, por parte de los operadores de justicia, el respeto al derecho penal de ultima ratio, la violencia desobediencia del derecho al acceso gratuito a la justicia, a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita.

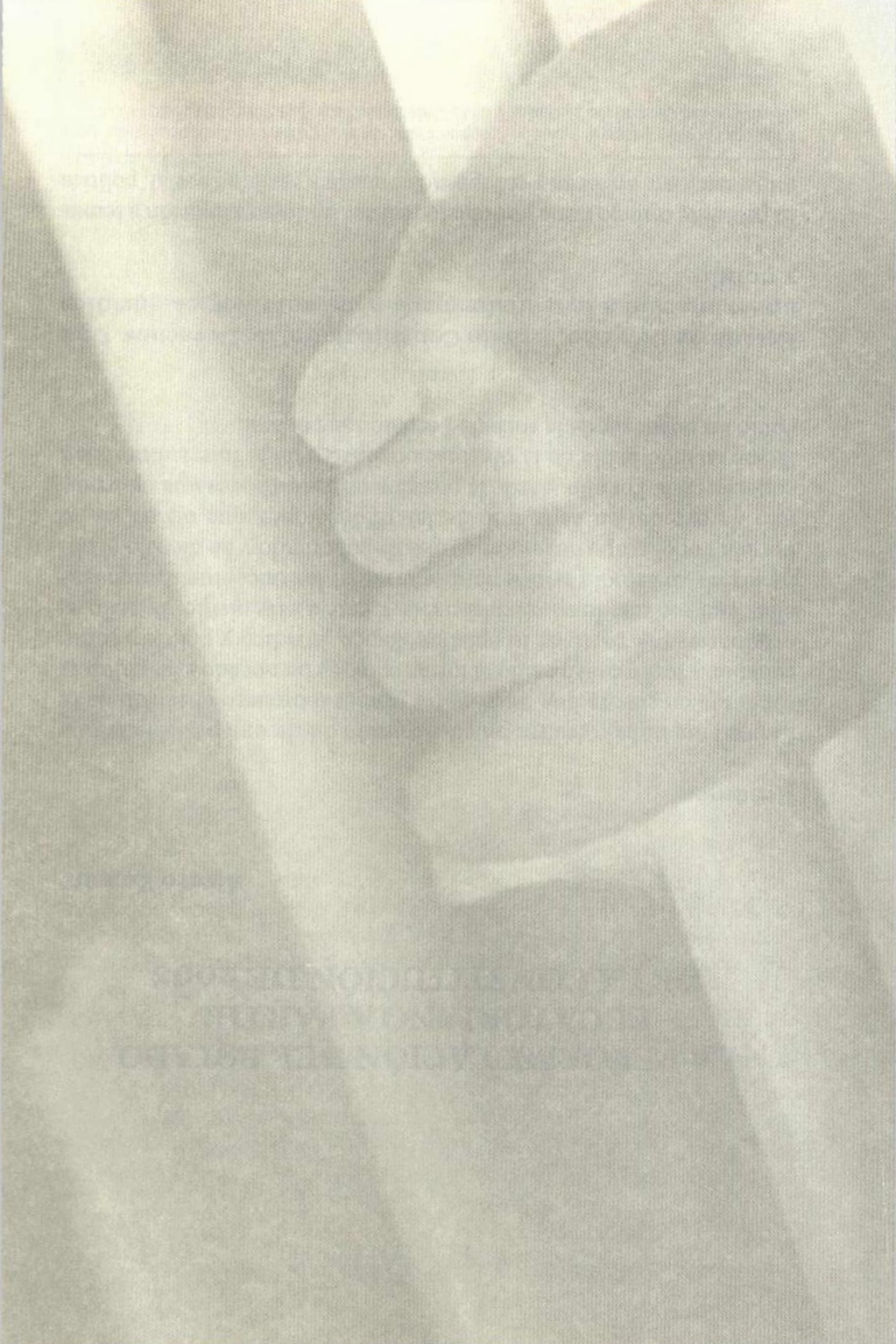
Rubén Castro introduce hacia un análisis sobre las condiciones en las cuales se desenvuelve la administración de justicia no desde una visión prismática de las falencias institucionales formales o de formación de los administradores de justicia sino desde el elemental origen de la po-

testad de administrar justicia, que no olvida su origen estrictamente político en donde el poder punitivo del Estado se materializa desde las posiciones democráticas o autoritarias del estado que la define y desde el gobierno que la estructura. Esta problemática lleva al autor a esclarecer dos situaciones: el derecho probatorio constituye una de las más importantes garantías procesales; y que además constituye garantía al procesado sobre la calidad de la prueba de la acusación. La prueba prohibida es el referente que puede servir como medida referencial de lo garantista o no del sistema procesal.

Freddy Herrera realiza un análisis de la categorización de las lesiones desde el punto de vista médico legal en el COIP dada la existencia de un amplio campo desconocido de la ciencia médica y de la salud por parte de los legisladores con la impronta de expedir leyes que dificultan la labor pericial, especialmente por la marcada tendencia a numerizar los factores que producen una relación de causalidad en las enfermedades relacionadas con delitos, en especial cuando se trata de determinar la incapacidad para el trabajo y determinar el tipo de lesión de manera cuantitativa y cualitativa.

Finalmente mi agradecimiento al señor Decano de la Facultad de Jurisprudencia, Dr. Patricio Sánchez Padilla y al Dr. Julio Andrade Maldonado Presidente de la Asociación de Profesores de la Facultad de Jurisprudencia –UCE por el desinteresado apoyo moral y económico recibido lo que conjuga con su preocupación de impulsar la creación del conocimiento desde la docencia universitaria.

Dr. Mauricio Enrique Pacheco
Coordinador Área Penal
Facultad de Jurisprudencia - UCE



LA REFORMULACIÓN DEL ESTADO ECUATORIANO A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN DE 2008

Álvaro Román[1]

Resumen

El presente trabajo realiza una descripción desde una posición crítica tomando en cuenta que hace en un primer momento el estado de la cuestión y luego cuál ha sido la forma como se ha negado a las culturas originarias por parte de lo epistemológico, jurídico y político, como ellas han reclamado su reivindicación frente a este olvido. Por ello se ha hecho un estudio crítico para reformular la conceptualización elaborada por el grupo hegemónico que ha gobernado y ha dictado el objeto de estudio en cada uno de las dimensiones que ocupo en su construcción. Por ello, desde la posición crítica se busca una reformulación cuando habla de la plurinacionalidad y de la interculturalidad como un deber ser de la sociedad ecuatoriana actual.

Estado de Derecho, Estado Constitucional de Derechos. Una aproximación a la transformación epistemológica, jurídica y política

El presente trabajo tiene por objeto realizar una aproximación a temas que describan, analicen y comprendan nuestra realidad social, política

1 Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar.

y jurídica, si se ha producido o no una transformación en estos ámbitos o solo ha quedado en un enunciado.

Por ello iremos analizando si nuestra realidad social fue observada y estudiada en su auténtica dimensión esto es, ¿Si ésta se reflejaba en lo jurídico político?, ¿cómo podemos realizar el dialogo entre estas dos culturas para cumplir con la interculturalidad? Estas son las inquietudes que debemos responder durante la investigación, por lo que debemos provocar la crítica si existe exclusión y provocar el debate desde la interculturalidad para la inclusión. He aquí el foco de nuestro interés.

Para iniciar tanto la crítica como el debate, debemos iniciar citando a Enrique Ayala Mora,[2] quien ayuda a dar este hilo conductor sobre la construcción del modelo explicativo de la interculturalidad y así inicia exponiendo que no debe ser:

> ...añadido más a la sociedad ecuatoriana, que no cambia en su eje fundamental, sino que es como poner una cuña en el conjunto de la sociedad para transformarla radicalmente. Cuando se cambió la Constitución ecuatoriana, quitándole la naturaleza de religión al Estado a la religión y se estableció el laicismo, no se hizo solo un cambio de adjetivo, se modificó la concepción del Estado y de la sociedad ecuatoriana. A la larga, el enfrentamiento del laicismo nos ocupó a los ecuatorianos durante un siglo. Hoy estamos en un proceso parecido de asunción de otras diversidades. Ya no religiosa y de conciencia, sino diversidades étnica y también regional. Eso supone repensar el Ecuador radicalmente. Pero, digámoslo con cuidado, los países cuando se rehacen pueden también dispararse, deshacerse, fracasar. Tenemos que hacerlo de manera que el país se consolide como una unidad hacia el futuro con garantías de supervivencia como proyecto nacional.

La Constitución de 1998 ya había reconocido a la justicia indígena, la pluriculturalidad, y los derechos colectivos, como avances y reivin-

2 Enrique Ayala Mora, *"Justicia Indígenas"* Judith Salgado, compiladora, *"Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico"*, Editorial UASB-AbyaYala, Quito-Ecuador, 2002, p.106

dicación de los pueblos indígenas, esta reflexión no ha perdido actualidad, sino que más bien han tomado más intensidad en la Asamblea Constituyente de Montecristi del 2008, se declara en el Art. 1 al "... *Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico...*".

En el momento que se declara como estado intercultural y plurinacional, son el producto de las deliberaciones que recuperan la realidad social como objeto de conocimiento, que hasta ese instante había sido entendida, por el discurso dominante en forma sesgada, este cambio produjo como explicó Ayala Mora, una transformación radical que implica repensar en muchos ámbitos, pero, para esta investigación en los ámbitos de la epistemológica, jurídico y político.[3]

Se analizará aquella reformulación que se encuentra en la Constitución, por ello debemos tomar a los adjetivos de "...constitucional, de derechos, democrático, intercultural y plurinacional..." que considero que para los fines de artículo se adecuan, los mismos serán explicados en relación con los temas anteriores y en contraposición a los conceptos que existen o no en la teoría occidental o del norte, dominante como discurso.[4] No es que los demás calificativos son menos importantes, pero para la finalidad de este trabajo hago esa clasificación.

---

3 Esta opinión la tienen Boaneventura de Souza en su libro "*Refundación del Estado en América Latina" Perspectiva desde una epistemología del Sur*", Editorial AbyaYala, año 2011; Ramiro Ávila Santamaría, "*El neo constitucionalismo transformador" El estado y el derecho en la constitución del 2008*, AbyaYala, 2011. Así mismo, Catherine Walsh, "*Interculturalidad, Estado, Sociedad*" Luchas (de)coloniales de nuestra época. Editorial AbyaYala. UASB, 2009.

4 Como bien lo dice el profesor Luis Gracia Martín citando a Foucault, en relación al discurso "...es el orden de enunciados que circunscriben un campo de la experiencia y el saber posible sobre la misma, el cual define el modo de ser de los objetos de la experiencia, sus descripciones, clasificaciones, etc. Es fundamental la comprensión de que el discurso es una formación histórica determinada a partir de las condiciones de la posibilidad de saber dadas en una época determinada, pues aquél, según Foucault, se forma a partir de "un a priori histórico... ...que hace posibles todos los debates de opiniones...". " *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*", Editorial Tirant lo Blanch, alternativa, Valencia, 2003,p. 139.-

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

Reformulacion desde lo epistemológico

Retomando la propuesta inicial, en primer lugar desde lo epistemológico, debemos determinar ¿cuál es nuestro objeto de conocimiento? éste será nuestra realidad en la cual vivimos cotidianamente, luego de describirla obtendremos si el método utilizado es o no el correcto y si esta realidad es la fuente de la producción de nuestro ordenamiento jurídico y político.

Hasta ahora se han utilizado métodos de *modelos explicativos excluyentes*. En esa lógica las preocupaciones de los estudiosos del derecho siempre ha sido la relación entre la norma y la realidad social, entre validez y eficacia. Para otras ciencias ha sido como entender la existencia de la realidad social, a más de blanco y mestizos, existen indígenas, afrodescendientes, gay, mujeres, siendo estos para el discurso hegemónico como grupos humanos no existentes o ausentes, esto quiere decir, que el derecho al ser una construcción humana para mantener la convivencia humana y la tutela de los derechos humanos, debe estar íntimamente relacionada con la realidad, si no existe acercamiento crea distorsiones y provocaría el desorden o el conflicto y el irrespeto de los derechos humanos.

Para justificar este alejamiento del objeto de nuestro conocimiento y como consecuencia entre el derecho y la realidad, ha sido puntos clave de aquella exclusión o negación de estos grupos humanos, como lo explica Eugenio Raúl Zafaronni grafica el discurso dominante que consideró no solo como excluidos a los indígenas, sino a todos los latinoamericanos, considerándolos como raza inferior, inicia explicando que cuando Latinoamérica fue mayoritariamente

> Objeto de colonización primaria por parte de España y Portugal, que impuso un control represivo interno funcional a su colonialismo y basado o justificado mediante una ideología según la cual la población india y el africano importado eran inferiores. Hemos visto que cuando estas potencias pierden la hegemonía, que pasa a los europeos del centro-norte de Europa, el poder central produce un cambio cualitativo y nos margina

> del poder, estableciendo su control social por medio de minorías criollas proconsulares que ideológicamente seguían afirmando nuestra inferioridad, aunque a esta ya no sólo la hacían depender de la de los indios y negros, sino también de nuestros colonizadores primarios (latinos)...A su vez Hegel, que fue el más autorizado y fino teórico del dominio universal europeo, asignaba a América un futuro –al tiempo que le negaba historia- como receptáculo de la población sobrante de Europa, lo cual, medio siglo más tarde tuvo lugar masivamente en el sur de América. La propia masa transportada por los europeos, ya sea en la primera colonización o en el siglo XIX al sur, estaba configurada por personas que en su inmensa mayoría pertenecían a las clases más desprovistas. En la colonización española hubo predominio de desplazados con gran afluencia del sur de la Península, de clara marca cultural musulmana. También vinieron mucho "cristiano nuevos", es decir, judíos, que para nada se sentían seguros en la Península.[5]

Así mismo el maestro argentino, demuestra que el pensamiento de Hegel, quien es el más prestigioso ideólogo del centralismo nórdico europeo, sigue justificando el discurso excluyente, al considerar que:

> nuestra población se ha integrado con la acumulación histórica de indios inferiores en todo y sin historia, de negros en estado de naturaleza, por ende, sin moral, de árabes, mestizos o a culturados musulmanes, fanáticos, decadentes y sensuales sin límite, de judíos cuya religión les impide alcanzar su auténtica libertad, ya que están sumergidos en el pensamiento del "servicio riguroso", de latinos que nunca alcanzaron "el período del mundo germánico, ese "estadio del espíritu que se sabe libre queriendo lo verdadero, eterno y universal en sí y por sí y de algunos asiáticos , que apenas están un poco más avanzados que los negros....[6]

Continúa Zafaronni,

> ...que las clases proletarias o pobres volvieron a la historia con Marx, pero los latinoamericanos seguimos excluidos de la misma. Seguimos marginados. En Latinoamérica llamamos "historia" a una sucesión anecdótica de luchas políticas que parece no tener ningún sentido y mientras "eso" sea "nuestra" historia, será imposible hacer de "América Latina" una idea

5 Eugenio Raúl Zafaronni, *Criminología Aproximación desde un margen*, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1998, p.72.

6 Eugenio Raúl Zafaronni, *Criminología Aproximación desde un margen, op.cit.* p.72.

operativa, es decir, una idea que nos aproxime a la realidad de sus estructuras de poder y de control...[7]

Estas verificaciones realizadas por el maestro argentino, corroboran este distanciamiento que hemos propuesto entre la realidad y el conocimiento, en razón de esta exclusión que los indígenas y afros son tratados como inferiores y carentes de historia, ha sido lo que ha justificado la exclusión.

Es por esa razón que las reivindicaciones hacen que los primeros se ocupan de la recuperación de su historia, de sus ancestros y de toda eliminación de colonialismo, esto *no significa* que viven en el pasado o quieren volver al pasado, como han sido las criticas sino al haberse negado que tenían historia, su estudio es justamente recuperar la memoria de sus costumbres, sus antepasados, sus comportamientos sociales, etc.; y, los afros igualmente se ocupan de recuperar sus raíces, su identidad, sus tradiciones y memoria histórica con el objeto de la eliminación de formas de trabajo de la esclavitud. Con lo cual producen que el objeto sea descrito en su verdadera realidad.

Esta situación de exclusión se reflejó desde conquista y continúo en la república, considerando que existía una sola nación, cultura, filosofía, derecho, sin reconocer que había otras formas de agrupaciones humanas pertenecientes a otras nacionalidades diferentes de la estatal con diversa cultura y que estuvieron antes que los conquistadores invadieran estas tierras de Abya Yala.

En esa lógica, la filosofía dominante para la explicación de nuestro conocimiento, ha sido la filosofía occidental, (sin que se haya considerado a la filosofía andina), como consecuencia, todos los textos, leyes, discursos, educación se ha receptado dicho discurso de poder.

En este sentido el autor Josef Estermann, sostiene que

7 Eugenio Raúl Zafaronni, , *Criminología. Aproximación desde un margen, op.cit.* p.75.

> El mapa filosófico hecho por Occidente sigue hoy día –salvo pocas excepciones- este eurocentrismo cultural y epistemológico, expresado explícitamente en la cartografía ortodoxa...la filosofía es griega...abarca todavía prácticamente todos los territorios anteriormente colonizados por los distintos imperios europeos de turno. Una simple vista a los currículos de estudios filosóficos en universidades, institutos y seminarios de América Latina, África, Asia...demuestra claramente que se enseña en primer lugar la tradición occidental, y que las `filosofía contextuales` sólo se enseñan como un curso suplementario opcional.[8]

En ese mismo sentido, Boaneventura de Souza Santos, desde el punto de vista sociológico, nos explica la exclusión, sostiene que existen dos sociologías de ausencia y de emergencia; entiende por la primera:

> la investigación que tiene como objetivos mostrar lo que no existe es, de hecho, activamente producido como no-existente, o sea, como una alternativa no creíble a lo que existe. Su objeto empírico es imposible desde el punto de vista de las ciencias sociales convencionales.[9]

Además, entrega cinco criterios para dar sustento a sus explicaciones que son: "monocultura del saber y del rigor del saber; mono cultural del tiempo lineal; lógica de la clasificación social; lógica de la clase dominante; lógica productivista capitalista"[10]

Es decir, con los criterios mencionados se justificó que la filosofía y cultura andina no existen, además, entre otros argumentos sostienen que el Ecuador es un Estado unitario, hay una sola nación; que es imposible que exista otra justicia que no sea la estatal y cualquier manifestación es una actitud separatista, anti patria, estos han sido los argumentos contrarios para justificar la exclusión.

---

8 Josef Estermann, "*Si el sur fuera el Norte*, editorial AbyaYala, primera edición, Quito, 2008, p. 93

9 Boaneventura de Souza Santos, "*Refundación del Estado en América Latina" Perspectiva desde una epistemología del Sur*", Editorial AbyaYala, 2011, p. 47.

10 Boaneventura de Souza Santos, "*Refundación del Estado en América Latina" Perspectiva desde una epistemología del Sur*", op.cit. p. p 46 - 51.

La segunda, sociología de la emergencia, para el maestro portugués, esta consiste en la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas, es decir, que amplía el presente uniendo a lo real las posibilidades y expectativas futuras que conlleva. Esta ampliación de saberes, de prácticas y agentes.[11] Esto hace que la interculturalidad sea la forma de expresión de esta sociología, ya que la misma amplía la realidad, es decir, nuestro objeto de conocimiento en contraposición del discurso hegemónico y excluyente en nuestro país.

Es así que las constituciones fueron el fiel reflejo de esta manera de pensamiento, en la Constitución de 1998, se inició la descripción real del objeto de conocimiento, en el instante que se reconoció la pluriculturalidad, el Ecuador se declaró como tal, acercó la norma constitucional a la realidad existente, por lo mismo rompió el modelo de monocultura del saber, como la existencia de una sola filosofía o modelo para explicar nuestra realidad.

En la Constitución del 2008, este reto se ha profundizado y podemos observar en las diversas normas de rango constitucional que se construye un nuevo concepto que es la interculturalidad se apropiado o mejor dicho se recupera el espacio perdido durante los cinco siglos de dominación de esta estructura de pensamiento.

Es por ello, que para el autor suizo citado, nace la recuperación de la filosofía andina acompañada de la interculturalidad, tenemos un nuevo método como modelo explicativo y propone una filosofía intercultural[12]

11 Boaneventura de Souza en su libro "*Refundación del Estado en América Latina" Perspectiva desde una epistemología del Sur*", op.cit. p.p. 53,54,5

12 *Filosofía intercultural*, no se trata de una deconstrucción de la tradición occidental dominante, sino de una actitud filosófica alternativa, de una crítica del mismo quehacer filosófico, de sus presupuestos y métodos, de sus sujetos y de su institucionalidad. La crítica intercultural de paradigmas mono-culturales como para la elaboración y promoción de filosofías culturalmente situadas y contextualizadas. La crítica se dirige a cada filosofía que se considera "universal" en sentido a piori, es decir, que se concibe a sí misma y se reproduce como meta-cultural. Es la recuperación y rehabilitación de tradiciones no occidentales como formas alternativas de racionalidad y praxis. Josef Estermann, *Si el Sur fuera Norte*" p. 96, 97.

o traducción intercultural[13] que permita el intercambio de estas dos filosofías o de las dos culturas que ayuden armonizar y relacionar las diversas culturas, conocimientos, costumbres, derecho que existen en nuestro país.

Con esta propuesta, el Ecuador en las deliberaciones de la Asamblea Constituyente hizo que se genere esta transformación epistemológica sustentada en la filosofía intercultural o traducción intercultural, eso se reflejó en nuestra Constitución, en el instante que existen los derechos de la cultura occidental como son los derechos de libertad (negativa y positiva), y seguridad jurídica sustentos de la Revolución Francesa. En complemento se introdujo el *buen vivir como nueva forma de organizar la economía*[14] *como fin de la construcción de toda nuestra constitución*, el respeto a la pacha mama, el buen vivir, la educación bilingüe intercultural, la justicia indígena, la propiedad comunitaria, los derechos colectivos y la economía comunitaria, la complementariedad entre hombre y mujer, los derechos de la naturaleza.

Reformulación de lo jurídico

Ahora debemos estudiar en qué momento se produce la transformación jurídica-política?

Una vez comprendido la transformación en el ámbito del conocimiento de nuestra realidad social, este debe proyectarse en el ordenamiento jurídico-político y en especial en la Constitución, como habíamos dicho anteriormente en el Art. 1 al "Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico".

---

13 Boaneventura de Souza Santos, *"Refundación del Estado en América Latina* , op.cit. p. 61

14 Boaneventura de Souza Santos, *"Plurinacionalidad" Democracia en la diversidad*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad*, AbyaYala, Quito Ecuador, 1era. Edición, 2009, p.26.

Este cambio de método de interpretación desde la monocultura a la pluriculturalidad, conoce ¿qué es el intercultural? o de la filosofía contextual o filosofía intercultural, estos hacen que la realidad sea observada con todos los elementos que son parte de ella, es así que al Estado debemos analizarlo en su proceso para entender que elementos o características tiene como Estado intercultural agregando los calificativos que fueron seleccionados previamente.

Debemos apoyarnos en la filosofía política[15] para explicar el fundamento del Estado desde el modelo occidental, su evolución desde una estado absoluto al estado de derecho y del estado de derecho al estado constitucional, es así que existen dos modelos para explicarlo: 1. El aristotélico-tomista; 2. El contrato social.

El primero explica que el ser humano nació como un hombre bueno sociable, porque nace social desde que integra una familia y luego se asoció formando los clanes, esto a su vez las ciudades y así se originó el Estado como fruto espontáneo convirtiéndose en una sociedad política que requería de una autoridad pública, por ello se considera que el hombre social es por naturaleza, por lo que jamás hubo una ruptura, sino que es una línea continua con diversas formas de gobierno: aristocrático-oligarquía, monarquía-tiranía, política-democracia,[16] estos los consideraba como buenos gobiernos o como malos gobiernos. Bajo esta clasificación aristotélica se consideraba a la democracia entre los gobiernos malos el menos malo.

La crítica a este modelo, fue propuesta por Thomas Hobbes, el filósofo inglés consideraba que el hombre es salvaje vive en un estado de naturaleza, es un ser social por accidente,[17] que todos son enemigos, se en-

15 Norberto Bobbio, "*Teoría General de la Política*", Editorial Trotta, España, 3ra. edición, 2009, p. 85

16 Norberto Bobbio, "*La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*", Editorial Fondo de Cultura Económico, Séptima reimpresión, México, 1999, p.35

17 Juan Vicente Sola, *Derecho Constitucional*, editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, 1era.edición, Buenos Aires, 2006, p. 4.

cuentra en permanente guerra, por el miedo de su destrucción y para vivir en calma se reúnen, ceden su soberanía y derechos a favor del soberano con el cual firman un contrato social, para formar el estado y pertenecer a la sociedad civil en donde existe paz y respeto por su semejante; este modelo produce una ruptura entre el estado naturaleza y la sociedad civil, a diferencia del otro modelo. Existen otros defensores de este modelo que coadyuvaron a que esta tesis tome importancia son John Locke, J.J. Rousseau, Kant, John Rawls, cada uno explica con sus diferencias pero en el fondo todos habla de un estado naturaleza, de la sociedad civil y del contrato social.

Este nuevo modelo de Estado, se conoció como Estado de Derecho, como pura expresión de la modernidad, para Elías Díaz, citado por Francisco J. Ansuátegui Roig,[18] dice que las características básicas que debe tener todo Estado de Derecho son: "1. Imperio de la Ley; 2. División de Poderes; 3. Legalidad de la Administración; 4: Derechos y libertades fundamentales"; con estos elementos o requisitos manifiesta conocemos tres modelos que son: *liberal, social y democrático.*

Según este mismo autor, manifiesta que *el liberal* se caracteriza por la presencia de libertades o autonomía; *el social* por la presencia de derechos sociales o prestacionales; y, *el democrático* conlleva el perfeccionamiento de los mecanismos de participación política y por lo tanto de la democracia.

Estas características nos ayudan a identificarlo, es así que el sometimiento de los poderes público o privados a la ley, no sean arbitrarios, por ello el principio de legalidad crea certidumbre en la toma de decisiones esto es seguridad jurídica, generando que la ley sea condicionante.[19]

---

18 Francisco J. Ansuátegui Roig, "*De los derechos y el Estado de Derecho*", Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, Editorial U. Externado, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho Nro. 47, 1ra. Edición, Bogotá Colombia, 2007, p. 41

19 Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Traducción Perfecto Ibañez, Juan Terradillos y otros, Barcelona 5ta. Edición, 2001, p. 95.

Pero, para este autor no todos los Estados de Derecho se pueden llamar así, por eso cita a Eusebio Fernández,[20] que el principio de legalidad debe ser selectiva, esta *selectividad* debe entenderse que es cualificada en cuanto a su *origen y contenido*, en el primero es democrático y el segundo en cuanto a valores y derechos fundamentales.

En cuanto a su *origen*, con la división de poderes la ley es emanada de la Asamblea, en la cual existe representación de los integrantes de la sociedad civil, además, la participación en las discusiones en la elaboración de la ley convirtiéndose en la contraposición de la elaboración arbitraria. En cuanto al *contenido* son los derechos fundamentales se convierten en esa materialización, convirtiéndose el Estado de Derecho, en la contradicción al Estado Absoluto o antiguo régimen y frente a todo estado totalitario, y " ...en la protección, garantía y realización de los derechos fundamentales...".[21]

En base a esta caracterización de los derechos se pueden diferenciar los Estados de Derecho, pero, como perfeccionamiento de los mismos, es así que el Estado liberal es el mínimo o es el estándar, cuando se reconocen los derechos sociales se perfecciona y debe asumir el reto de la transformación que implica el reconocimiento de dichos derechos como lo manifiesta Elías Díaz en su concepción de Estado de Derecho.

En la primera época del Estado de Derecho, no todos los poderes se subordinaban a la ley, es así que en Francia, la Asamblea no se sometía a ella, como se puede someter quien la elabora y son los representantes del poder soberano que es el pueblo, además,[22] en este contexto la

20 Francisco J. Ansuátegui Roig, "*De los derechos y el Estado de Derecho*", Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, p. 46.

21 Francisco J. Ansuátegui Roig, "*De los derechos y el Estado de Derecho*", Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, p. 47.

22 Nuestra constitución de 1978, el Tribunal de Garantías Constitucionales tenia competencia de control de constitucionalidad condicionado, ya que al ejercitar esta competencia de control, esta declaratoria debía ser ratificada por el Congreso Nacional, nunca sucedió aquello por cuanto se consideraba que nadie podía controlar al 1er, poder que no está sometida a ningún control y estaba sobre la ley y la constitución. Ya que como se decía y se dice son el primer poder del Estado, actualmente siguen en ciertos Asambleístas como el Gral. Paco Moncayo, en entrevista en el Canal 8 el 27 de

Constitución sólo era una norma programática, declarativa de derechos; la ley era la norma jurídica, era la condicionante, es decir, la norma prescriptiva a seguir, por ello, en nuestro país hasta antes de 1998, la enseñanza universitaria se ponía énfasis en el estudio del Título Preliminar del Código Civil, la Constitución se enseñaba como algo accesorio.

Cuándo podemos decir que hay la transformación o transición del Estado de Derecho al Estado Constitucional?

Continúa Francisco J. Ansuátegui Roig,[23] explicando cuando se puede considerar un Estado de Derecho se ha transformado en un Estado Constitucional, toma a Pérez Luño, quien dice que hay una *triple transición* en los Ordenamientos jurídicos a saber:

1.- De la primacía de la Ley a la primacía de la Constitución.
2.- De la reserva de la ley a la reserva de la Constitución.
3.- Del control de la jurisdiccional de la legalidad al control de la jurisdiccional de la constitucionalidad.

El primer criterio de transición, es tener una constitución rígida, por lo mismo considerado la jerarquización de los poderes,[24] esto tiene que ver cuando el poder constituyente-Constitución, es condicionante del proceso político, es el único que puede reformar la Constitución, en los límites que fije la misma.

Es con esta rigidez que debemos tomar en serio la Constitución, existe la Supremacía de la misma, ingresa al análisis el tercer criterio de transición que es el control jurisdiccional de la constitucionalidad, es cuando las leyes contraríen la Constitución como fuente primaria de

junio del 2011, dijo con motivo de las elecciones de la autoridades que hay que recuperar a la Asamblea como primer poder del estado.

23 Francisco J. Ansuátegui Roig, "*De los derechos y el Estado de Derecho*", Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, p. 88 y ss.

24 Carlos de Cabo, *La Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, Miguel Carbonell compilador, La *Función Histórica del Constitucionalismo*, editorial Porrúa-UNAM, 1era. Edición, México, 2008, p. 51.

la ley, esta debe ser controlada por una órgano sobre su constitucionalidad como la Corte Constitucional, este es uno de los mayores aportes de Kelsen.

Por otra parte, dentro de este criterio para transformar el Estado de Derecho en Estado Constitucional, es considerar a la Constitución como norma suprema en la jerarquía del ordenamiento jurídico,[25] el control de la constitucionalidad de las leyes y decisiones,[26] como norma jurídica de aplicación directa e inmediata[27] y de vinculación a los poderes en sus decisiones,[28] es decir, al pasar de una norma programática o descriptiva a una norma prescriptiva el poder constituyente espera una conducta de los poderes, que él construyó (legislativo, judicial, ejecutivo) se cumplan en forma obligatoria, así mismo, debemos anotar que no se requerirá de ley para la aplicación y reconocimiento de derechos.[29] En el caso ecuatoriano, a partir de 1998 se hace la transformación, pero se profundiza en la actual Constitución en el momento que también es horizontal, es decir, que obliga a los particulares.[30] Aquí la ley está condicionada a los derechos y garantías.[31]

Así mismo el criterio de supremacía de la constitución provoca el condicionamiento del poder y de sus decisiones para el respeto y tutela de la convivencia de todos los ciudadanos y de los derechos reconocidos por la Constitución.[32]

---

25 Artículo 424 Constitución del Ecuador.

26 Artículos 11 numeral 3, 426, 428, 436 Constitución del Ecuador

27 Gustavo Zagrebelsky, *La Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, Miguel Carbonell compilador, La Constitución y sus normas, op.cit.p.80, ss. El autor hace una diferencia entre normas de aplicación directa y de aplicación indirecta (de principios, de eficacia diferida y programática).

28 Art. 11 numeral 3, inciso 1ro. Constitución del Ecuador.

29 Art. 11 numeral 3 incisos 3ro de la Constitución del Ecuador.

30 Art. 88 de la Constitución del Ecuador. La acción de protección puede proponer contra la decisión de un particular que pueda afectar un derecho.

31 Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón, op.cit.* p.95. artículos 3 nral.1, 11, 84 y 132 de la Constitución del Ecuador

32 Artículos 424,425, 426,427, 428 de la Constitución del Ecuador.

En cuanto al segundo criterio, para definir la transformación, el autor español nos expresa que la reserva de la ley, se producen por la complejidad social cuando una actividad humana debe ser regulada exclusivamente por la ley, pero además, la complejidad también radica por el Estado Social en que existe un proliferación de leyes para regular sus actividades. Termina Pérez Luño que la reconducción de la reserva legal a la reserva de la Constitución se debe al lugar que ocupa en el ordenamiento jurídico y también leyes que ocupan un orden cualificado por lo mismo desde el punto de vista formal y material, como son las leyes orgánicas.

La crítica al positivismos jurídico, es que existe la crisis del principio de legalidad cuando la ley no se cumple y el Estado no interviene, y, así mismo cuando la democracia liberal tiene patologías como la corrupción y el no cumplimiento de los derechos sociales a través de garantías jurisdiccionales, esto es la impotencia del derecho.[33]

Esta crisis de la ley se corrige en el momento en que la Constitución es considerada norma jurídica de aplicación directa e inmediata por todos los miembros de la sociedad como autoridades públicas y cualquier ciudadano y están protegidas por las garantías como esas herramientas jurídicas que tiene el ciudadano frente al poder, además con los correctivos del párrafo anterior.

Con estos criterios, nace el "neopositivismo" que evoluciona para servir al constitucionalismo, para finalizar con esta transición debemos a los criterios propuestos por el profesor español, agregar los propuestos por Ricardo Guastini,[34] quien señala cuáles son las características que

33 Ramiro Ávila Santamaría, *Neconstitucionalismo transformador, El estado y el derecho en la constitución del 2008*, edit. AbyaYala, Quito-Ecuador, 2011, p. 27. Luigi Ferrajoli, citado por Ramiro Ávila pie nro. 11.

34 Nicolás Guastini, "*Neconstitucionalismo*", artículo "La constitucionalización del ordenamiento jurídico" Editor Miguel Carbonell, Editorial Trotta, cuarta edición, Barcelona-España,2009.p.54. Esta clasificación lo sigue Miguel Carbonell, "*Neconstitucionalismo y derechos fundamentales*", editorial Cevallos, 1era. Edición, Quito-Ecuador, 2010, p. 32. Jorge Baquerizo Minuche y Erick Leuschner Luque, "*Sobre Neconstitucionalismo, Principios y Ponderación*", Notas desde la teoría y la filosofía del Derecho", editorial EDILEXS.A, Perú, 2011, p. 52.

SIB-UCE

debe tener un Estado Constitucional, para ser considerado como tal y son las siguientes:

1.- *Una Constitución rígida*.- 1.1. La reforma, modificación, derogación solo puede hacerlo mediante un procedimiento especial de revisión constitucional."1.2. Los derechos reconocidos por la Constitución no puedan o no deban ser modificados en modo alguno ni siquiera mediante el procedimiento de revisión constitucional. Constitución material, es decir, que esto vincula a los poderes en la toma de decisiones incluido el legislativo, bajo este criterio Ferrajoli llama la estricta legalidad, que debe orientar en el contenido que debe tener una ley, esto es, "que se decide" y "que no se decide".

2.- *La garantía jurisdiccional de la Constitución*.-Es la creación del control constitucional de las actuaciones de los poderes públicos y privados por un órgano jurisdiccional.

3.- *La fuerza vinculante de la Constitución*. Trata sobre la ideología de cada país, son constituciones largas, en el sentido que incluyen las normas de organización estatal, normas de declaración de derechos que crean una vinculación entre el Estado y el ciudadano; además, principio generales que no son de aplicación inmediata sino que se deben concretizar por parte del legislador, jueces; disposiciones programáticas.

4.- *La sobreinterpretación de la Constitución*. Los intérpretes de la constitución son el ciudadano en general, los jueces, los órganos del Estado y los juristas.

5.- *La aplicación directa de la Constitución*. Con lo cual se transforma en una norma jurídica, que pasa de una norma descriptiva a una norma prescriptiva de cumplimiento por parte de todos quienes se encuentra bajo esa constitución. Ayuda el desarrollo de los principios y de las normas programáticas, así como de los derechos.

6.- *La interpretación conforme de las leyes.* Las normas deben ser interpretadas por los Jueces para buscar el mejor sentido de la misma y que este conforme a la Constitución, con lo cual se encuentra la concretización de la norma aplicable al caso en concreto.

7.- *La influencia de la Constitución en las relaciones políticas.* Esta influencia se constata cuando los jueces constitucionales en sus fallos tiene conocimiento y resuelven: cuando resuelve las cuestiones de competencias entre los órganos políticos y por último resuelve sobre la constitucionalidad de las leyes.

Si podemos analizar nuestra Constitución del 2008, estamos en la capacidad de afirmar que si existen las características para ser considerado un Estado Constitucional, pero, esto desde el modelo occidental tanto europeo como norte americano, o desde el modelo llamado actualmente Neoconstitucionalismo.

Este modelo generado por la experiencias de un derecho constitucional solamente formal no ayudo ni a la convivencia humana peor aún a la protección de derechos, es por ello que genera nuevas expectativas con la propuesta del Neconstitucionalismo que junto a la declaración como Estado plurinacional e intercultural traen como consecuencia, la crisis y surge esta nueva experiencia que produce el debate y el repensar para la reconstrucción de conceptos y que estos responda a las realidades que ha generado la Constitución actual.

Retomando las palabras de Ayala Mora, si la construcción del Estado laico para transformarse y dejar atrás conceptos del Estado religioso duró más de cien años, esperemos que este nuevo debate no dure tanto tiempo, pero en el optimismo se genere la verdadera transformación en todos los campos del saber en el Ecuador y tengamos por primera vez una construcción propia.

Esta construcción del constitucionalismo en el Ecuador, debe funcionar como un proceso de transición como propone Boaneventura de

Souza Santos,[35] el derecho debe ayudar a la emancipación por la crisis que esta propuesta de estado intercultural está generando y por lo mismo debemos crear un nuevo principio de constitucionalidad y de legalidad con las diversas fuentes (pluralismo jurídico) que existe en el Ecuador provocando el dialogo intercultural y así iremos avanzando en la creación de este derecho que es vivo.

Esta es la propuesta para el debate planteada y que debemos asumir los retos y no solamente hacer crítica sin ninguna justificación cayendo en falacias que no tiene sentido lógico.

Reformulación desde lo político

Siguiendo la propuesta de la investigación, debemos abordar si existió o no transformación en lo político. Esto nos motivó para por seleccionar este calificativo democracia. Como habíamos explicado en el apartado de la transformación en lo epistemológico y jurídico, no ha existido la relación entre la realidad sea con el objeto de conocimiento que es la realidad social, cultural y con la norma.

Así mismo, tampoco hubo en el Ecuador un sistema democrático con los criterios que ha sido entendida esta institución política, por lo mismo fue la justificación para la exclusión de los indígenas, afros, mujeres. Pero, la transformación política producida por la crisis que provoca la interculturalidad nos ayudará a repensar en cuanto a la participación política democrática y la inclusión en este tema, es por ello que justamente la Constitución reconoce que *la democracia es representativa, directa y comunitaria*[36] con derechos de participación en la construcción del poder ciudadano.[37]

---

35 Boaneventura de Souza Santos, *"Plurinacionalidad" Democracia en la diversidad*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad*, op.cit. p.31-35. Boaneventura de Souza Santos *Derecho e emancipación*, Nro.2. Editorial Corte Constitucional, primera edición, Quito, 2011, p. 54.

36 Artículo 95 inciso 2do. De la Constitución.

37 Artículo 61 numeral 2, 95 inciso 2do. y 96 Constitución del Ecuador. *democracia participativa* cuyo poder soberano lo tienen los ciudadanos que eligen mediante el sufra-

Como se puede reflejar lo expuesto, estimo que debemos busca la explicación para verificar lo anterior como se justificó este ejercicio de poder,[38] Platón y Aristóteles fijaron varias formas de gobierno: aristocrático-oligarquía, monarquía-tiranía, politia-democracia.[39]

En la Edad Media la religión influyó en todo el pensamiento humano, tomaron las leyes de los estoicos (ley eterna, ley natural, ley divina, ley humana) por parte de San Agustín[40] y adaptada para explicar la posición de dominación de Dios y de la religión católica, es por esa razón se requería una forma de gobierno monárquica que represente la acumulación de los poderes, así se reproduce el modelo político del Imperio Romano,[41] tanto en la jerarquía de la iglesia y del gobierno de los hombres, como la estructura del ejército y el lenguaje utilizado de éste último, así mismo se recupera el derecho romano cuando Justiniano hizo la codificación en el siglo V.

Con esta transpolarización se justificó que la razón y el poder eran develados por Dios y entregado a una persona humana elegida y su ejercicio del poder en esas condiciones, sólo podía ser virtuoso y legítimo.

En esa lógica, las leyes eran dadas por el Dios creador y revelaba las mismas ya que la única verdad es la palabra de Dios, por lo que la autoridad representada en el Rey (que era el representante de Dios en la tierra) no podía ser una persona cuestionada y además, estaba sobre la ley y no se sometía a ella,

---

gio a sus representantes, que en la historia del Ecuador, era un grupo muy reducidos que pasaban de partido en partido y elegidos por su formación tecnócrata, esos se consideraban los más capaces, menospreciando al pueblo a los representantes de la masa.

38 CalogeroPizzolo, *Sociedad, Poder &Sociedad*, Editorial Ediar, Bueno Aires-Argentina, 2004, p.33 ss.

39 Norberto Bobbio, "*La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*", p. 35.

40 Rafael Gómez Pérez, *La ley eterna en la Historia, Sociedad y Derecho según San Agustín*, Ediciones Universidad de Navarra, España, 1972, pp.37,41,52,68,72

41 José Perogaro, notas de clases Sociología del Proceso, de la Maestría de Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Central del Ecuador, 2009.

San Agustín explica esta legitimidad cuando cita las palabras de Isaías *"sino creyereis no entenderéis"* esta frase fue la piedra angular del conocimiento, con ello la

> ...creencia en que el poder de la autoridad que gobierna proviene de una autoridad de carácter divino superior al común de los seres humano, data de tiempos inmemoriales(...) La autonomía de la razón era un principio completamente ajeno al pensamiento medieval. La razón no puede ser su propia luz, se afirmaba; para ejecutar su obra se requiere de una fuente más alta de iluminación (...) La razón, abandonada a sí misma, es ciega e impotente, pero cuando la guía y la ilumina la fe, pone en juego toda la fuerza.[42]

Es así que el ejercicio de poder se lo realizó con la forma de gobierno monárquico- autoritario, sin límites de ninguna naturaleza, discriminado al pueblo, otorgando solamente derechos conforme a su estamento, acumulando poder legitimado por *"la santidad del officcio regio"*,

> ...que significaba la inviolabilidad del derecho del monarca a su trono, derecho derivado directamente de Dios y transmitido hasta él por su legitima herencia. La importancia de esta teoría estriba prácticamente en las consecuencias prácticas deducidas de ellas: en primer lugar, el deber de obediencia pasiva que tenían los súbditos para con sus soberanos a pesar de las diferencias doctrinales y, en segundo, la imposibilidad de que un monarca sea depuesto por un poder externo como el papado. La imposición de la autoridad divina del rey era esencialmente milagrosa y tenía que aceptarse por un acto de fe y no de razón (...) la tesis de que los reyes son imágenes vivas de Dios sobre la tierra...[43]

Esta forma de ejercicio del poder provocó los excesos históricos de la Edad Media o pre moderna o antiguo régimen, en el proceso histórico del hombre han existido formas de poder autoritario como el social nacionalismo en Alemania 1933-1945, el fascismo en Italia, las dictaduras militares en Chile y en Argentina, como las que han existido en nuestro país 1972-1976, 1976-1978, por su supuesto no con tintes de divinidad,

---

42 Calogero Pizzolo, *Sociedad, Poder &Sociedad*, op.cit. p.35.
43 Calogero Pizzolo, *Sociedad, Poder &Sociedad*, op.cit. p.37.

pero de autoritarismo, han "justificado" su poder en una forma deformada que nace de la Constitución, de la ley y que protegen al pueblo, con criterios como defender "el espíritu del pueblo alemán", además, para salvar al pueblo de los gobiernos corruptos.

Para criticar, revertir lo anterior el ser humano entendió la libertad de tomar sus propias decisiones, con esa posición en mundo pudo destruir las desigualdades del antiguo régimen, (estamentos sociales y los derechos se tenían conforme la pertenencia a cada estamento), y reconstruir esos derechos sobre la igualdad entregada a cada individuo que pertenece a la sociedad civil[44] y cada individuo tiene derechos fundamentales sin importar su pertenencia a una clase social determinada, nace la igual formal ante la ley, se construyen los derechos políticos de elegir y ser elegidos como una democracia representativa.

Esta es una de las características fundamentales de los derechos desde el modelo de Ferrajoli la *universalidad* desarrollada en la igualdad; en ese cambio el hombre considerado individuo que toma conciencia de su propia inteligencia, destruye el miedo a Dios que es el miedo al soberano, el proceso político que se encuentra en que el súbdito en la historia del hombre ha pretendido siempre arrancar los velos o las máscaras que los detentadores del poder que tienen.[45, 46]

Con la ruptura y reconstrucción propuesto por el pensamiento ilustrado burgués se generó la recuperación de esta forma de gobierno y se regresó a los creadores de la democracia que fueron los griegos, pero

---

44 Maurizio Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de historia de las constituciones*, Traducción de Manuel Martínez, editorial Trotta, 6ta.edición, Madrid-España, 2009, p.p. 35.s.s.

45 Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, op.cit. p.p. 421, 422.

46 Esto es como consecuencia de la aplicación del sistema democrático, también cambia la visión anterior cuando los límites al poder no eran vistos en cuanto a los derechos del individuos, *sino se medían por los límites con otros poderes, debemos recordar que en ese tiempo la iglesia tenía soberanía y por lo mismo tenía poder para enfrentar al poder político secular*; la construcción del estado laico le excluye y elimina este poder a la iglesia y solo queda como guía espiritual del individuo, mas no participa en la toma de las decisiones de gobierno.

Bobbio desnuda las debilidades de este pensamiento clásico[47] ya que consideraron a

> ...la democracia casi siempre fue colocada en el último lugar, precisamente en razón de su naturaleza de poder directo de la masa o del pueblo, al que generalmente se le atribuyeron los peores vicios: la frivolidad, la inconsecuencia, la ignorancia, la incompetencia, la insensatez, la agresividad, la intolerancia. La democracia nace, según el dicho clásico, de la violencia y no puede conservarse más que por la violencia...Baste recordar la descripción que hace Platón en el Libro VIII de la República sobre la disgregación social de la que es responsable el gobierno popular; un modelo para los tiranos de todas las épocas. Aristóteles no se queda atrás...el término "democracia" los emplea para designar al gobierno popular malo...Platón asemeja el vulgo a una bestia enorme, (...) es preciso poner freno a esta bestia (...) el vulgo es un monstruo terrible, frívolo, perezoso, miedoso, desmedido, ávido de cosas nuevas, ingrato. Una vez definida la democracia como el gobierno de los pobres, precisamente porque no tiene nada, carecen del derecho de gobernar; y cuando logran arrebatar el poder producen desastres...[48]

Esta concepción de la democracia es producto de la sociedad estamental y jerárquica existente en Grecia, pero este criterio ingreso en el proceso de construcción del ser humano y ha evolucionado hasta que el mismo Norberto Bobbio, define qué es la democracia?:

> como la forma de gobierno en la que rigen normas generales –las llamadas leyes fundamentales– que permiten a los miembros de una sociedad, por numerosos que sean, resolver los conflictos que inevitablemente nacen entre grupos que enarbolan valores e intereses contrastantes, sin necesidad de recurrir a la violencia recíproca. Estas leyes fundamentales atribuyen a los representantes de los diferentes valores e intereses, el derecho de expresar libremente sus opiniones, incluso las opuestas a los gobernantes de turno, sin el riesgo de ser arrestados, exiliados o conde-

47 Es así como los filósofos griegos consideraron a la democracia entre los gobiernos malos el menos malo, tomando en cuenta el contexto histórico de la época, los ciudadanos griegos eran los únicos que podían pensar y ejercitar el poder, quedando excluidos los extranjeros quienes eran incivilizados, los esclavos quienes no tenían esa condición de ciudadanos mal podían objetar aquello. Peor aún los delincuentes eran expulsados de las ciudad-estado y alejados de ella a zonas agrestes. Había exclusiones groseras en aquella época.

48 Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, op.cit. p. 406.

> nados a muerte, así como el poder de participar directa e indirectamente, mediante delegados o representantes, en la formación de las decisiones colectivas, con voto calculado de conformidad con el principio de la mayoría...[49]

Con este concepto en líneas posteriores iremos desarrollando la explicación del filósofo turinés, que tiene origen en el contrato social, expresando que el fundamento de una sociedad democrática

> ...es el pacto de no agresión de cada cual con todos los demás y la obligación de obedecer las decisiones colectivas tomadas en base a las reglas del juego preestablecidas de común acuerdo, de las cuales la principal es la que permite resolver los conflictos que de vez en cuando surgen sin recurrir a la violencia recíproca, estos pactos negativo (...) y positivo (...), para ser válido, también eficaces, deben estar garantizados por un poder común...[50]

Una vez justificado su fundamento de origen y fundamento del poder en el contrato, este construye los derechos políticos o de participación en democracia toma como criterios de su construcción la democracia de los antiguos y la democracia de los modernos, con esta clasificación pretende justificar la toma de decisiones y su racionalidad en las leyes para resolver los conflictos tomando en cuenta como debe ser la participación en cada una; es así que la primera es la democracia directa y la segunda es la democracia representativa.

La democracia para los antiguos tiene una imagen de la democracia directa y por esa razón es:

> ...por completo diferente: al mencionarse la democracia pensaban en una plaza o en una asamblea en las que los ciudadanos eran llamados a tomar las decisiones que les correspondían...el hecho de que ese poder del pueblo, de la mayoría, de los muchos, de la masa o de los pobres no era el de elegir quién habría debido decidir, sino el de decidir ellos mismo...[51]

---

49 Carlos Alberto Cárdenas Sierra y Edgar Antonio Guarín Ramírez, *Filosofía Política y Del Derecho: Tomás de Aquino en dialogo con Bobbio, Chomsky, Rawls y Alexy*, Editorial Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2010, p.130.

50 Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, op.cit. p. 416.

51 Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, op.cit. p. 402.

Posteriormente, expresa que la democracia directa entendida por los griegos no asociaban el concepto de sufragio, sino más bien se relacionaron con la aristocracia y monarquía, por ello Isócrates, entendió que era un *régimen mixto entre democracia y la aristocracia,* tomando en cuenta que la asignación de los cargos se presenta no por sorteo, sino por elección entre candidatos previamente designados.

Para Rousseau admirador de los griegos, consideraban tres clases de aristocracia natural, hereditaria y electiva, la última era la preferida, ya que, la elección de un cuerpo de elite mediante la aprobación del pueblo.[52] Es decir, que en este contexto histórico no era el pueblo el que estaba elegido, sino utilizado para legitimar a la aristocracia, es lo que ha sucedido en nuestra realidad ecuatoriana siempre han sido "los mismos" elegidos.

Esto se conoce como la democracia representativa[53], la misma tuvo su gran construcción en Estados Unidos, pero antes Montesquieu escribía:

> El pueblo que ejerce el poder supremo debe hacer por sí mismo todo aquello que pueda hacer bien; lo que no pueda hacer bien lo hará por medio de sus ministros (...) El pueblo es admirable cuando realiza la elección de aquellos a quienes debe confiar parte de su propia autoridad.[54]

Es así que Bobbio considera que la democracia moderna,

> ...la soberanía no la tiene el pueblo sino que la tienen los individuos en cuanto ciudadanos, (...) el pueblo es una abstracción cómoda, pero al mismo tiempo como he mantenido falaz. (...) La democracia moderna descansa en una sociedad individualista, (...) pero el individualismo entendido desde las dos posiciones liberal y la democrática; la primera

---

52 Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, op.cit. p. 403.

53 "...Nosotros hablamos de democracia lo primero que nos viene a la cabeza es el día de las elecciones, largas filas de ciudadanos que aguardan su turno para depositar su voto...el tipo de sufragio con el que se suele hacer coincidir el hecho más relevante de una democracia de hoy es el voto no para decidir, sino para elegir a quien deberá decidir...Uno de los mayores teóricos de la democracia moderna, Hans Kelsen, considera que el elemento esencial de la democracia real (no de la ideal, que no existe en ningún lugar) es el método de selección de los dirigentes, o sea las elecciones..."

54 Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, op.cit. p. 40.

> arranca al individuo del cuerpo orgánico de la sociedad y lo hace vivir fuera del seno materno metiéndole en el mundo desconocido y llenos de peligro de la lucha por la supervivencia, donde cada cual debe velar por sí mismo, en una lucha perpetua...El segundo lo reintegra a sus semejantes para que de su unión la sociedad sea considerada ya no como un todo orgánico del que brotó, sino como una asociación de individuos libres; el primer reivindica la libertad del individuo frente a la sociedad; el segundo lo reconcilia con la sociedad haciendo de ésta el resultado de un acuerdo libre entre individuos inteligentes...[55]

Como hace esta democracia directa, representativa y participativa de los ciudadanos frente al poder estatal para limitarlo y controlarlo es considerar a la democracia "*el poder en público*", es decir que parte desde Grecia cuando las personas tomaban decisiones en el *ágora* para luego trasladar eso al Parlamento, esto hace que el conocimiento que debe tener el ciudadano de los que hace su representante, ya que "representar es hacer perceptible (..) un ser imperceptible mediante un ser de presencia pública", es por eso que la democracia es la antítesis de las formas autoritarias que no son más que formas de esconder el poder y sus decisiones del pueblo.

Para terminar qué es la democracia? Bobbio, desarrolla el *principio de la mayoría* expresando que es necesario pero no suficiente por lo mismo debe apoyarse en el *principio de libre negociación,* por lo que manifiesta que ambos principios son necesarios e interdependientes,

> ya que el principio de la mayoría es democrático siempre y cuando se aplique al mayor número, del mismo modo el principio de la libre negociación es democrático a condición (se trata de una condición límite y por lo tanto difícilmente realizable) de que los socios tenga igual poder (entendido como la cantidad de medios adecuados para influir sobre los contraparte). Todo lo anterior no resta importancia a esta modalidad de formación de la voluntad colectiva que no puede circunscribirse al principio de la mayoría y que al mismo tiempo es perfectamente compatible con el conjunto de valores que se asocian habitualmente con el concepto de democracia."[56]

---

55 Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, op.cit.p.p. 411, 412
56 Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, op.cit. p. 476.

A modo de conclusión podemos decir, que la democracia en los tiempos actuales es justamente una democracia preocupada en ampliar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones, es por ello que la democracia directa ha variado siendo su expresión a través del voto, pero, con procedimientos en que el pueblo puede ser consultado, la revocatoria del poder, estos se conjugan con la represen- tativa en cuanto elegimos a nuestro representantes para la Asamblea, Presidente y demás representantes.

Vemos que la democracia ha ido perfeccionando el momento que el poder debe gobernar en público a través de la transparencia, mediante el sistema informático de los actos que realizan; los procesos penales se generan en base al principio de inocencia y a la defensa; la silla vacía que deben tener todos los grupos colegiados para que el ciudadano pueda sentarse a observar la toma de decisiones de sus autoridades;[57] democracia directa,[58] las veedurías ciudadanas; la revocatoria del mandato,[59] la creación en nuestro país de la Función de Transparencia y Control Social (Quinto Poder).[60]

El elemento formal de la democracia, es el de mayoría, pero si se consigue acuerdos entre los grupos que deben tomar decisiones teniendo en cuenta los objetivos y fines del bienestar de las mayorías, pero sin caer en la democracia del voto de mayoría que impone sus ideas como es la democracia plebiscitaria que dice Ferrajoli esta es la peligrosa, si la entendemos en su primera parte estamos frente a una madurez política que debemos ir construyendo.

A esta propuesta de Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli[61], hace una propuesta de democracia constitucional, para ello parte de dos valores que son la paz y los derechos fundamentales, por qué de estos valores? Cuál es la función de la constitución?

---

57 Artículo 101 Constitución de Ecuador.
58 Artículo 103 Constitución de Ecuador.
59 Artículo 105 Constitución de Ecuador.
60 Artículo 204 Constitución de Ecuador.
61 Luigi Ferrajoli *"Democracia y garantismo"*,traducción de Perfecto Ibañez y otros, *La democracia constitucional*, editorial Trotta, Valencia, 2008, p.p. 25-41.

En primer, lugar recuerda la II Guerra Mundial, como ese punto trágico violento que la humanidad tuvo que vivir, en la que los estados en guerra destruyeron ciudades a gran escala y hubo el aparecimiento de la bomba atómica que produjo 140.000 muertos en Hiroshima en pocos minutos, como consecuencia, hizo que se estructure la creación de la ONU, con el compromiso de vivir en paz.

En el segundo valor el autor cita el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre 1789, "Toda sociedad en la que no están aseguradas las garantías de los derechos ni la separación de los poderes no tiene constitución".

Con estos antecedentes, propone la *democracia constitucional*, donde la Constitución es el límite de cualquier poder sea público o privado, sea este de la mayoría, o de los poderes estatales y de los poderes económicos del mercado.

Como consigue aquello, la transición del principio de la ley al principio de la constitución, como consecuencia la constitución se convierte en fuente de todas las decisiones, es decir, que aquí se cumple que la ley está condicionada: en primer lugar, siendo la ley sobre la ley, el derecho sobre el derecho, por ello ya no importa el *quién* tiene la competencia para hacer la ley y el *cómo* se hizo la ley, sino que ahora importa el *qué* se decide y el que no se decide, esto es, que cuestiones están en la esfera de la decisión de los poderes por lo que con los límites que pone la constitución hace que las decisiones estén siempre en conseguir la satisfacción de estos dos valores: la paz y los derechos fundamentales.

En segundo lugar, siendo rígida tanto en su reforma con un procedimiento cualificado y los derechos fundamentales tutelados de cualquier afectación de estos poderes.

En tercer lugar, la soberanía interna como externa los sujetos están sometidos a la constitución. La mayoría debe tomar decisiones de proteger las libertades y buscar la realización de los derechos sociales. Este

SIB-UCE

es como el principio de mayoría propuesto por Bobbio, que era en beneficio de muchos, en ese sentido Ferrajoli en busca de los derechos sociales o de prestación.

Es decir, promueve la democracia sustancial o material que es la que protege a los derechos fundamentales y que las decisiones de los poderes están en esta lógica, supera a la *democracia formal* que es la toma de la decisión de la mayoría sin estar sujetos a la constitución y sin respetar los derechos fundamentales. En esta última el parlamento tiene poder omnipotente y por lo mismo está sobre la ley, este era el caso de nuestro Parlamentos en la vida republicana hasta el año 2008.

Y, por último para configurar esta democracia constitucional, es la creación de garantías que puedan hacer efectiva la Constitución, es decir, sean efectivos los derechos, con ello cierra esa preocupación inicial entre norma y realidad o realidad y norma. Si se cumple y se tiene estas garantías para hacerlas cumplir la Constitución esta es una de las mayores preocupaciones de Ferrajoli he ahí la construcción del modelo garantista.

Debemos agregar a estas propuestas, el modelo explicativo de Jürgen Habermas, de la *democracia comunitaria*, este autor alemán plantea una crítica y una reconstrucción al modelo dominante, en primer lugar critica el modelo del contrato social como es visto, ya que parte de un modelo de la filosofía de conciencia,[62] ésta observa a un sujeto solitario sin la relación con otro, es decir, que no requiere de la utilización del dialogo entre ciudadanos, solo hace referencia justificaciones político-lógicas que afirman la autonomía jurídica y política de los individuos, además considera a este modelo hipotético ya que desconoce de la capacidad reflexiva que cada individuo puede adquirir de él y que puede alcanzar colectivamente. Este modelo así mismo es hipotético por cuanto los individuos pueden elegir racional e institucionalmente de

62 Bjarne Melkevik, *Rawls o Habermas Un debate de filosofía del derecho* Trad. Claudia Cáceres, Universidad del Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Nro. 42, Bogotá Colombia, 2006, p. 47.

forma predeterminada y sesgada conforme a los intereses que representen.

La reconstrucción y propuesta es construir un modelo nos ayuda a comprender que el contrato social es un proceso, no es el producto de una situación hipotética, sino como todas las personas que pertenecemos a una sociedad podemos solucionar nuestros conflictos por el reconocimientos de leyes fundamentales que hace que no recurramos a la violencia sino al dialogo como forma de superación racional.

El modelo de filósofo alemán, de la democracia, en primer lugar parte de tres proposiciones que son *la racionalidad, el lenguaje y la acción*, con ello consigue que la acción deba ser comunicativa sustentada en el lenguaje para poder entendernos entre todos los ciudadanos, sin posibilidad de excluir a ninguno, es allí en donde nace la racionalidad en la toma de decisiones.

En consecuencia la democracia se sustenta a.) En la intersubjetividad comunicacional frente al monologo resultante de la filosofía liberal, con ello debe existir la participación total y entera de los ciudadanos; b.) Debe garantizar el intercambio cada vez más amplio de los argumentos y razones que pueden iluminar a los individuos y que pueden servir a la formación de una voluntad en común, comunicacionalmente compartido; c.) Debe procurar que los individuos se definan por sus intervenciones. En resumen la democracia es la participación total de los ciudadanos y no de una manera sesgada como se da en la democracia liberal nacida del contrato social.

El momento en que los ciudadanos son incluidos colectivamente como autores de las leyes a las cuales se someten como destinatarios,[63] estas mentalidades democráticas que se fijan en la autolegislación de cada uno con ello asegurar el consentimiento de todos en los que concierne a los derechos, a las normas e instituciones se convierte en el sustento

63 Bjarne Melkevik, *Rawls o Habermas Un debate de filosofía del derecho* Trad. Claudia Cáceres, *op.cit.* p.p. 51,53,54.

de la democracia. No como la transferencia o la adhesión que hacen en cuestiones prefijadas (justicia y la moral) en el contrato social los individuos, por ello es un modelo hipotético.

En el proceso de Habermas, el contrato social es una construcción y el proceso democrático como una intersubjetividad sustentada en la acción comunicacional de las vivencias de cada persona en expresar sus razones tanto en estar de acuerdo y en el no estar de acuerdo. Esta construcción es importante en la actualidad ya que nos puede ayudar en el permanente dialogo que enfrenta el modelo de interculturalidad en nuestra realidad, es por eso importante que el sistema democrático siga vigente en nuestra realidad social, jurídica y política.

Con los criterios que nos ha delineado Bobbio, Ferrajoli y Habermas, podemos trasladar estos modelo a la realidad ecuatoriana, en el desarrollo de nuestras constituciones este adjetivo ha sido distorsionado o ajustado para cumplir con los intereses de la oligarquía que ha capturado el poder desde el nacimiento como república (1830) y nos ha engañado durante todo este tiempo de que existía una democracia en el Ecuador.

Ese ha sido el fin de exponer todas estas ideas para que los lectores saquen sus propias conclusiones y hagan una construcción a través de esta exposición. Es con estas propuestas que debemos tomar en cuenta para poder avanzar e interiorizar lo que es la democracia con el fin de que nuestra transición de construcción desde lo político y jurídico que tiene como base lo epistémico nos ayude a entender al otro y podamos comunicarnos para poder llegar acuerdos con el objetivo de construir la interculturalidad dentro de lo que es la democracia.

Así mismo, haremos un breve análisis histórico-jurídico-político de nuestras constituciones en la que nos podremos dar cuenta lo manifestado anteriormente, esto nos hace ver la exclusión y lo que hemos conseguido con la Constitución del 2008. Para esta explicación veremos cómo se desarrolló, *el derecho a elegir y el sistema de elecciones o derecho a ser elegido.*

–Derecho a elegir

En cuanto, al derecho a elegir 1830, 1835,1843, 1845, 1851, 1852, podían votar los varones que cumplan con los requisitos para ser ciudadano, esto es: los casados, alfabetos y que tengan bienes raíces valoradas en 300 pesos o más, o que posean una profesión no servil (médico, abogado, sacerdote).

Además, para ser elector se requería ser sufragante parroquial; haber cumplido veinticinco años; ser vecino de una de las parroquias del Cantón y gozar de una renta anual de doscientos pesos que provenga de bienes raíces, o del ejercicio de alguna profesión o industria útil.

Este derecho en las constituciones de 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, 1945, 1946 y 1967 Para ser sufragante se requería tener 21 años y vecino de la parroquia en que sufrague, eliminándose de igual manera el requisito de poseer una renta anual de doscientos pesos, provenientes de bienes raíces o de alguna profesión o industria útil.

La Constitución de 1929 señaló que el término "elector" debe entenderse como toda mujer u hombre, mayor de 21 años, que supiere leer y escribir.Las Constituciones de 1878, 1884 y 1897 establecieron que son electores los ecuatorianos que ejerzan los derechos de ciudadanía.

La Carta de 1946 estableció que el voto para las elecciones populares era *obligatorio para el varón y facultativo para la mujer*. A partir de la Constitución de 1967 se instaura el voto obligatorio para el hombre y la mujer. Así mismo, en todas estas anteriores constituciones la exclusión a los indígenas y afros era total.

En la de 1978, la edad mínima para poder sufragar quedó fijada en 18 años y hallarse en goce de los derechos políticos. Se estableció el voto universal, igual, directo y secreto, obligatorio para los que sepan leer y escribir y facultativo para las personas analfabetas, a excepción de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo.

En la de 1998, De igual manera se estableció como edad mínima para poder sufragar la de 18 años y estar en goce de los derechos políticos. Señaló el voto popular, universal, igual, directo y secreto; obligatorio para los que sepan leer y escribir, facultativo para los analfabetos y para los mayores de sesenta y cinco años, a excepción de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo. Se incorpora a los ecuatorianos domiciliados en el exterior para que puedan elegir Presidente y Vicepresidente de la República en el lugar de su registro o empadronamiento.

En la del 2008, prevé que las personas en goce de derechos políticos tienen derecho al voto universal, igual, directo, secreto y escrutado públicamente. Se mantiene el voto obligatorio para los mayores de 18 años, así como a las personas privadas de libertad sin sentencia condenatoria ejecutoriada. Se establece que el *voto será facultativo* para: las personas entre dieciséis y dieciocho años de edad, las mayores de sesenta y cinco años; las ecuatorianas y ecuatorianos que habitan en el exterior; los integrantes de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; y, las personas con discapacidad.

Se mantiene igualmente el derecho de las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior para elegir a la Presidenta o Presidente y a la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República y además a los representantes nacionales y de la circunscripción del exterior; pudiendo ser elegidos para cualquier cargo. Las personas extranjeras residentes en el Ecuador tienen derecho al voto, siempre que hayan residido legalmente en el país al menos cinco años.

Se promueve la representación paritaria de mujeres y hombres en los cargos de nominación o designación de la función pública, en sus instancias de dirección y decisión, y en los partidos y movimientos políticos. En las candidaturas a las elecciones pluripersonales se respeta la participación alternada y secuencial.

–Sistema electoral o el derecho a ser elegido

En cuanto al sistema electoral las constituciones 1830,1835, 1843, 1845, 1851, 1852 para ser ciudadano y elector había que ser adinerado y hombre, con lo cual se aplicaba el sufragio censitario. Existieron Asambleas Electorales, las cuales se encargaban de elegir diputados de la provincia y los suplentes. Predominó el voto indirecto o mediante el "sistema de electores". Así, quien ostentaba la calidad de ciudadano, en elecciones primarias, designaba a la persona que, en segundo momento, elegiría al dignatario.

En las constituciones de 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, 1945, 1946 y 1967. La Constitución de 1861 eliminó a las Asambleas Parroquiales y en las Constituciones de 1867, 1878, 1884 y 1897 se llegó a establecer el sufragio directo y secreto.

Las Constituciones de 1906, 1929, 1945, 1946, 1967 instauraron las elecciones populares a través de votaciones directas e indirectas.

La Constitución de 1929 sería pionera, aunque únicamente para la elección de diputados, en el establecimiento de un régimen de representación de minorías, en lo que se denominaría sistema *de representación funcional*, que sería ratificado, aunque con ligeras variaciones, por las constituciones de 1945, 1946, 1967 y 1978. La Carta de 1929 prevé la representación funcional de dignatarios dentro de la cámara de diputados.

La representación funcional subsistió en las constituciones de 1945, 1946 y 1967, bajo el sistema de elección indirecta. Así, las ciudadanas y ciudadanos que integraban las diferentes ramas o actividades designaban, en primera instancia, a quienes serían elegibles por parte de la ciudadanía. La Carta Política de 1945, crea el Tribunal Supremo Electoral.

En la Carta de 1967, se establece el plebiscito para la consulta directa de la opinión ciudadana; el derecho de actuar en partidos políticos, con

excepción de los miembros de la Fuerza Pública y de los religiosos, clérigos y ministros de cualquier culto; el de presentar listas para las elecciones pluripersonales por parte de los partidos políticos reconocidos por el Tribunal Supremo Electoral.

En la de 1978, Esta Constitución reguló el proceso de consulta popular y la segunda vuelta electoral para la elección de Presidente y Vicepresidente de la República, quienes al igual que todas las demás autoridades de elección popular, no podían ser relegidos.

Se garantizó la representación proporcional de las minorías en las elecciones pluripersonales y se estableció el derecho de fundar partidos políticos y la obligatoriedad de estar afiliado a un partido político reconocido por el Tribunal Supremo Electoral, para ser candidato a cualquier dignidad.

En la 1998, Esta constitución, recoge aspectos que las otras constituciones no contemplaban, como por ejemplo: el habeas data, la revocatoria del mandato y la relección del Presidente y Vicepresidente de la República luego de transcurrido un período después de aquel para el cual fueron elegidos. Además la posibilidad de presentarse como candidatos los ciudadanos no afiliados ni auspiciados por partidos políticos.

En la del 2008, El sistema planteado por la Constitución de 2008 amplía en gran medida la base de electores y presenta un esquema institucional independiente de las demás funciones del Estado. Se ejercita ya las revocatorias de mandato, se prevé el referéndum para reformar la constitución, la consulta en temas importantes, la revocatoria del mandato, la fiscalización de los actos de decisión pública.

Crea el Tribunal Contencioso Electoral, como una Institución autónoma, encargada de garantizar los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía.

Esta Constitución, no se prevé en forma clara y precisa el sistema de cómo elegir a los representantes de las otras culturas como son los indígenas, afrodescendientes, ya con el sistema de elección lo que provoca o sigue provocando es la exclusión y estaría afectando al adjetivo intercultural, es por ello que esta representación debería ser directa de las comunidades sin participación política en movimientos o partidos políticos, donde continúa la exclusión y donde estas siempre "los mismos".

Así las instituciones estatales no son en su gran mayoría el reflejo de esta interculturalidad, es por ello que existe tarea no concluidas y que se debe trabajar para profundizar y llegar al verdadero dialogo que nos hemos propuesto con la interculturalidad.

Reformulación desde lo intercultural: el Estado plurinacional

En 1957 la OIT en el Convenio 107, trata en ese instrumento internacional de incluir a los pueblos indígenas y evitar su explotación, abrió la puerta para ir construyendo este sujeto como titular de derechos colectivos, hace que ya no se vean a los derecho como derechos netamente individuales, sino que son parte de una agrupación humana que tiene otra filosofía que no se sustenta en el individualismo sino en lo colectivo.

Considerar a la comunidad como colectivo y sujeto de derechos colectivos, esto hace que reciba la protección del derecho internacional de derechos humanos y con ello nazca esta categoría que es la comunidad indígena[64] como sujetos de *derechos colectivos*, pero, qué significado tiene?, esa es la interrogante que debemos contestar en esta parte de la investigación.

64 Raúl Llasag Fernández, "La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de *pluriculturalidad e interculturalidad*", en *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones. op.cit.* p. 188.

Antes de definir los derechos colectivos, estimo que es importante determinar lo que es una colectividad, ya que entendiendo esta realidad fáctica podemos comprender lo que es un derecho colectivo para posteriormente construir el objeto de la libertad dentro de esta filosofía.

Raúl Llasag[65] hace una diferencia de las colectividades que nuestra Constitución reconoce esta clase de derechos, que son: nacionalidad, pueblo, comunidad y comuna indígena.

> *Nacionalidad indígena* son colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura, que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tradicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad.
>
> *Pueblo indígena* son colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidas por sus propias formas de organización social, política, económica y jurídica que forman parte de un nacionalidad.
>
> *Comunidad indígena* es una forma nuclear de organización sociopolítica tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllu o centros, es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de las asambleas generales. Es decir, el espacio en donde se decide la organización social, económica, política y jurídica, en donde se ejercen las facultades legislativas y la administración de justicia.
>
> *Comuna indígena* es sinónimo de comunidad indígena. La denominación de comuna fue adoptado al interior del mundo indígena, a raíz de la vigencia de la Ley de Comunas dictada en 1937.

Patricio Morales, agrega una categoría, pero que no es titular de derechos colectivos, por su propia forma y expresión política, y es la

> *organización comunitaria*[66] es un grupo de individuos que dinamizan

65 Raúl Llasag Fernández, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad"*, en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones, op.cit.* p.188. Artículo 57 de la Constitución del Ecuador.

66 Patricio Morales P *Los hijos del Sol: Reflexiones sobre el pensamiento político de los pueblos indígenas en el Ecuador*, edición CODENPE, Quito, 2007,p. 19

> la capacidad organizativa de los seres humanos para resolver de manera comunitaria y colectiva las necesidades económicas y sociales, condiciones que motivan a desarrollar diferentes expresiones de supervivencia y autogestión. Ha permitido que los pueblos expresen sus propios pensamientos y propicien la resistencia y su reivindicación social." Pero esta última no tiene los derechos colectivos ni es sujeto de derechos.

Hecha la distinción debemos comprender como se desenvuelve sus integrantes en especial el individuo, María Mercedes Lema[67] nos da su testimonio en la relación entre la comunidad como sujeto de derechos colectivos y el individuo.

> el individuo está incluido es parte de la comunidad, por lo mismo en el momento en que se encuentra en esta relación debe precautelar los derechos individuales y colectivos, porque si este es afectado, el individuo estará incompleto, porque su yo está marcado por la existencia de ese colectivo, y aunque ese yo exista es solo temporal, lo contrario significaría el exterminio del pueblo y sus instituciones y de su propio ser, sería comparable con lo que sucede con un apátrida, no responde a nada en particular, sin embargo podrá escogerse a lo inmediato y conveniente, no posee referente histórico y social.

Nos sigue explicando:

> El ser colectivo sin embargo en el caso de los pueblos indígenas no responde como podría pensarse a la mera suma de individualidades, el ser colectivo está vinculado por las relaciones históricas, por una visión del mundo, códigos culturales y formas de expresión particulares. Es decir subjetividades y elementos visiblemente y diferenciadores como el idioma, códigos sociales y de comportamiento, inclusive la forma de vestir y nociones de bienestar; estas no se asocian únicamente al momento de reclamar un derecho, viven permanentemente articuladas constituyendo el sujeto colectivo...Eso precisamente se evidencia en el ejercicio de la administración de justicia, las transgresiones, cuando el comportamiento de un individuo altera o pone en peligro la permanencia de la comunidad.

---

67 María Mercedes Lema, *Sistema del Derecho Indígena en el Ecuador*, Editorial de la Corte Suprema de Justicia, Auspicio del Consejo de la Judicatura, primera edición, 2007,p.106. Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad, op.cit.* pp. 56, 57, 58. Esta autora hace un análisis desde la sociedad comprendida por Comte, Durkheim.

> Cuando esta transgresión es corregida mediante el restablecimiento del orden social colectivo, este sujeto vigila que la situación individual de uno de sus integrantes quede resuelta de manera que su situación sea un referente para la permanencia de la comunidad"

Concluye la autora

> Pero lo que hace la diferencia entre el sujeto colectivo denominado Comunidad Indígena es ese sentimiento de ligazón y pertenencia cultural, como particular condición que portan los individuos indígenas que constituyen Pueblos y Nacionalidades contemporáneos resultado de su continuidad histórica y que mantienen rasgos culturales diferenciadores a pesar del enorme impacto negativo de las políticas estatales que atentado contra su vigencia.

Para Estermann, la comunidad el ayllu es la célula de vida, pero también la base económica de subsistencia y de trueque interno. El runa se refiere a los miembros del ayllu por medio de la forma pronominal del sujeto exclusivo noqayku (nosotros), con lo que se denomina como sujeto colectivo, ya que su propia existencia depende de todos los demás.[68]

Este autor, fija principios éticos sociales andinos que tienen como punto de referencia los nexos naturales de la consanguinidad, de padrinazgo, del ayllu, por lo mismo se define con las categorías que tratan de aclararnos esta interpretación de la filosofía andina como es vivir en comunidad y estos son: reciprocidad, relacionalidad, complementariedad, correspondencia.[69]

Que es *la relacionalidad*?, parte que el hombre o runa es uno más en relación con la naturaleza que cumple una función como colaborador cósmico con una determinada función o tarea en el conjunto de relaciones[70] y con los demás seres, en ese sentido su comportamiento no

---

68 Josef Estermann, *Si el Sur fuera el Norte, op.cit.* p.p.83, 84,85.

69 Josef Estermann, *Si el Sur fuera el Norte, op.cit.* p. 24,25. Patricio Morales P *Los hijos del Sol: Reflexiones sobre el pensamiento político de los pueblos indígenas en el Ecuador,* edición CODENPE, Quito, 2007,p.p. 11-21. Catherine Walsh*Interculturalidad, Estado, Sociedad, op.cit.*p.216-223.

es de dominación o sometimiento de los demás a su voluntad, sino que debe ser

> ...el vínculo o interconexión entre todos los elementos que conforman la totalidad, los seres humanos que complementan, relacionan y autorregulan. Afirma la convivencia integral con el cosmos y con todas las variables (afectivas, ecológicas, éticas, estéticas, productivas, espirituales e intelectuales, etc.) que forman parte de él.[71]

Para Verónica Yuquilema, alumna de la Universidad de las Américas, quien realiza una investigación para su tesina de titulación sobre Justicia Indígena, sostiene sobre este principio

> La vida para los andinos es entendida como una trama, todos estamos unidos en una red, estamos interconectados, de allí el kausay que nos vincula con todo y con todos, el sujeto aislado no es posible de concebir. El runa andino es lo que es, desde el vinculo que le une a la naturaleza y a la comunidad, y es uno más cuando participa de las reuniones, de los trabajos comunitarios, de los problemas que se suscitan en ella; además de lo señalado lo más importante de formar parte del ayllu es ser un EJEMPLO para la generación que está creciendo, por tanto estas frente al cumplimiento de principios éticos sociales, éstos principios nacen de los nexos de consanguinidad, de padrinazgos y compadrazgos y del ayllu. En estas relaciones es de donde parte la concepción de justicia y de equilibrio, ése último es la base de lo que podemos llamar Justicia dentro de las comunidades.[72]

Cuando el hombre está incluido en la comunidad en esta relación debe respetar a todos los miembros en sus derechos individuales y colectivos.

---

70 Josef Estermann, *Si el Sur fuera el Norte, op.cit.* p. 79. En este punto el autor explica en la nota es la función que este debe cumplir para que el orden cósmico se mantenga en equilibrio. En este sentido el ser humano no es un fin en si mismo...porque siempre forma parte del fin que es el orden cósmico total. Parafrasear a Kant, el cosmos sin ser humano es ciego y el ser humano sin cosmos es vacío (un no ser).

71 Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad, op.cit.* p.217.

72 Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate,* trabajo inédito, Tesina para obtener el título de Abogada en la Universidad de las Américas-Quito (trabajo en prensa).

Qué es la *correspondencia*[73]

> los distintos aspectos o componentes de la realidad se corresponden de una manera armoniosa. No se trata como bien lo dice Estermann, de una correlación análogo-proporcional o de un nexo causal, sino de nexos relacionales de tipo cualitativo, simbólico, deliberativo, ritual y afectivo. Apunta a la existencia de una red de relaciones, una correlación entre lo cósmico y lo humano y lo extrahumano; lo orgánico y lo inorgánico; la vida y la muerte, lo bueno y lo malo, lo divino y lo humano.

Es por eso que en el momento en que existe algo que altera esta correspondencia o armonía para el testimonio de Verónica Yuquilema se conoce como el "LLAKI" o en su antónimo castellano armonía, que nace de la relación cosmogónica entre el runa y la Pachamama, precisamente de la convivencia perfecta de éstos es decir que el uno le brinde lo que el otro necesita, ésta comunicación implícita es el reflejo de lo que denominaríamos armonía, y en el caso del ayllu análogamente es el equilibrio o allí kawsay con todos los seres de la comunidad, lo que implica también una aprobación de los actos u omisiones que éste realice dentro del a comunidad.

> El llaki es un estado de incertidumbre y preocupación en que la comunidad se ve envuelta cuando existe una conflicto en que se ven afectados dos o más ayllu kuna, es por esto que para solucionarlo todos los miembros de la comunidad buscan los mejores medios y cada aporte es considerada como una posibilidad de retornar a la armonía, al equilibrio. El llaki es sentido de distintas formas, por ejemplo las mujeres con sus lamentos, los niños con sus inquietudes, los hombres con sus conversaciones sobre posibles soluciones y los más ancianos dando consejos fruto de experiencias vividas antes. En conjunto armar una respuesta saludable tanto para todos los vinculados en el conflicto (incluida la comunidad).[74]

Con lo anotado, para esta autora es notorio la relación estrecha entre la Pachamama, el ser humano y la sociedad comunitaria y precisamente de esta interrelación podemos aterrizar en que es entonces la

---

73 Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad, op.cit.* p.217

74 Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulacate,* op.cit. (trabajo en prensa)

justicia en el contexto andino?. La justicia dentro de esta cosmovisión parte del concepto de equilibrio, es decir, el runa andino en su rol de chakana buscará siempre mantener el orden y armonía tanto entre runakuna como entre el runa y la pachamama.

La *complementariedad:*[75] da especificidad a los dos anteriores. "Este principio afirma que ningún ente, acción u acontecimiento existe aislado o por sí mismo, sino que coexiste con su complemento específico. Eso quiere decir que no hay entes ni acontecimientos completos en sí. "cielo y tierra, sol y luna, claro oscuro, hombre y mujer."

La complementariedad apuntala la presencia del otro, de opuestos que puede ser al mismo tiempo complementarios y no necesariamente irreconocibles. Desde este perspectiva, el ser humano sólo tiene sentido desde la dualidad complementaria; similarmente, el individuo autónomo y separado es un ente incompleto sin su complemento dentro de una totalidad social.

Y por último, *la reciprocidad o ayni,*[76] la autora citando a Estermann,

> este principio no sólo compete a las interrelaciones humanas sino a todo tipo de interacción. La reciprocidad brota de la búsqueda de un equilibrio contradictorio entre identidad y diferencia, entre las fuerzas antagónicas de homogenización, y de inclusión y exclusión.

Para Morales, esta reciprocidad[77]

> se da en todos los ámbitos de la comunidad, en sus relaciones familiares y sociales, en el momento en que hay que dar para recibir esto es eminentemente humano y segundo la reciprocidad permitió la unidad entre familias, comunidades y entre pueblos socialmente diversos. En ámbito de los saberes, la reciprocidad es el eje fundamental del inter aprendizaje entre el ser humano, la comunidad y la organización, ya que es colectiva y social.

---

75 Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad,op.cit.* p.217, 218.
76 Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad, op.cit* p. 218.
77 Patricio Morales P *Los hijos del Sol: Reflexiones sobre el pensamiento político de los pueblos indígenas en el Ecuador,* op.cit. p. 8.

Con estos criterios la Comunidad es un todo, en la cual el hombre nació en ella y es una persona más de ese todo, donde debe relacionarse con los demás que hacen parte de su vida, tiene que respetarlos sino existiría un vacío, ya que es importante cada uno de ellos para su existencia, esto hace que su comportamiento forme una armonía con cada uno de ellos, estas situaciones propias de la convivencia humana en comunidad dan origen a códigos culturales y sociales que producen en los miembros de esa agrupación humana un sentido de pertenencia, ligazón a esa comunidad.

Pero, vivir en comunidad no solo significa ese ligazón con la misma sino que va más allá su relación con los demás entes que forman su cosmos o mundo, esto es, el sol, la tierra, la naturaleza, el aire, los animales todos son importantes para vivir en comunidad por ello también debe respetarlos y aprender a convivir con ellos como uno más, buscando la armonía entre el runa y su cosmos esto es en busca del buen vivir o sumay kausay.

En esa lógica cómo se pueden definir los derechos colectivos, ya que se ha realizado una aproximación a la comunidad indígena como una totalidad justificando como sujeto de derechos colectivos.

Para Lourdes Tibán Guala[78] los derechos colectivos, tienen anclaje en la diversidad lingüística, la pluralidad jurídica, la diversidad cósmica, y cultural de los pueblos y nacionalidades y esto le brinda los elementos necesarios para constituir la construcción de los mismos.

En consecuencia Tibán cita a Will Kymlicka quien define los derechos colectivos cuando "*aluden a los derechos acordados y ejercidos por las colectividades, donde estos derechos son distintos –quizá conflictivos- con los derechos otorgados a los individuos que forman la colectividad*"[79], es decir que no son los derechos individuales sino los derechos ejercidos por las colectividades.

78 Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*, editorial Pacheco, Quito, 2010, p. 113.

La CONAEI define a los derechos colectivos como:

> El conjunto de principios jurídicos, normas, prácticas y procedimientos que regulan los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas para su libre determinación, reivindicados por éstos y reconocidos por el Estado; identificados y cohesionados entre sí, que tiene como característica fundamental el de ser pueblos milenarios asentados ancestralmente en una jurisdicción territorial geográfica determinada, que ejercen un sistema colectivo, social, económico, cultural, político, legal, religioso, idioma.[80]

Podemos tomar en cuenta los conceptos anteriores y relacionarlos con la posición de Jacob Levy[81] podremos ver que este autor ha elaborado una síntesis de los derechos culturales o colectivos que suelen estar presentes en los discursos teóricos como en las políticas públicas de los Estados multiculturales. Se trata de una lista que comprenden tanto aquellas reivindicaciones que pueden parecer legítimas desde una óptica liberal y otras no.

Estos derechos colectivos son: las *exenciones* a las leyes que penalizan o dificultan prácticas culturales; (por ejemplo el no sacarse el sombrero y cortarse el guango o la trenza para los hombres Otavalos.); *Asistencia:* para llevar una serie de acciones que la mayoría puede realizar sin ayuda. De pedir subvenciones para difundir sus festivales tradicionales, su lengua. *Autogobierno:* en las cuales las propias comunidades eligen su autoridades, en el Ecuador estas autoridades pueden ejercer jurisdicción en la justicia indígenas;[82] *Reglas externas*, consisten en la restricciones de ciertas libertades para los no-miembros de la comunidad, establecida para la protección de la cultura de la comunidad. *Reglas internas:* que buscan normas hacia dentro del grupo para controlar la conducta de sus miembros; *Reconocimiento –obligatoriedad:* de sus

79 Will Kymlicka citado por Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador, op.cit.* p. 114

80 Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador, op.cit.* p. 114.

81 Miguel Carbonell, *La Constitución en serio;* Ed. Porrúa-UNAM, 3era. Edición, México, 2005, p. 102.

82 Artículo 171 de la Constitución del Ecuador.

prácticas jurídicas por el sistema jurídico de la mayoría; *Representación*: adecuada representación de las minorías en los grupos colegiados de la mayoría. *Demandas simbólicas* que comprenden cuestiones que tienen que ver con los elementos simbólicos que identifican a una determinada comunidad.

La Constitución del 2008 en el Capítulo IV Derechos de las Comunidades, Pueblo y Nacionalidades Indígenas, en especial en el artículo 57 hace una extensa cita de los derechos colectivos: Mantener desarrollar su identidad, sentido y pertenencia, tradiciones ancestrales y formas organizativas; No ser objeto de racismo o discriminación; Conservar la propiedad de sus tierras colectivas; Mantener la posesión de las tierras ancestrales: la consulta previa; conservar y promover sus prácticas en manejo de la biodiversidad; conservar y fomentar sus propias formas de convivencia y organización social; crear y desarrollar su derecho propio; no ser desplazados de sus tierras ancestrales; mantener y desarrollar conocimientos colectivos; mantener su patrimonio cultural; desarrollar la educación intercultural; mantener organizaciones que los representes; ser consultados por medidas legislativas que les puedan afectar; impulsar sus vestimentas; limitaciones de actividades militares.

Una vez definido, los derechos colectivos, Lourdes Tibán[83] al tratar sobre los derechos individuales explica que le pertenecen al individuo como persona, por ejemplo: el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad ante la ley, a la libertad de pensamiento, a la libertad de expresión, son los derechos que constituyen derechos humanos básicos para toda persona, independiente de su género, lengua, etnia o religión. Menciona que los derechos colectivos son aquellos que buscan el reconocimiento a una realidad colectiva, cuyos derechos pertenecen a la comuna, pueblo o nacionalidad como sujetos jurídicos.

---

83 Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador, op.cit.* p. 116.

Finaliza la Dra. Tibán,

> que cuando el movimiento indígena lucha porque se reconozcan sus derechos colectivos, no está atropellando o violando los derechos individuales, más bien, los hace suyos porque sabe que los indígenas no se sienten con "derecho a esos derechos" y cree que una de las formas de garantizar el ejercicio de los derechos individuales es precisamente reconociendo los derechos colectivos.[84]

Este pensamiento tiene su lógica, ya que los autores citados pertenecen a la CONAEI, para Catherine Walsh, esta organización hace un modelo de *una interculturalidad crítica*, (a lo contrario que propone la FENOCIN que hacen una intercultural funcional) por cuanto, parte de la autodeterminación, de la participación democrática plurinacional y de la interculturalidad como pueblos y por lo mismo el respeto a su cultura, economía, sistema jurídico, etc., pero pide que cuando se haga el dialogo se tomen en cuenta este respeto y se discutan los puntos en los cuales se encuentran las dificultades en el dialogo para ir eliminando los formas de colonización y no solamente las culturales.[85]

Podemos, concluir de lo manifestado por Lourdes Tibán, que los derechos individuales son reconocidos también por las comunidades, en cuanto que ambos son importante, pero, en opinión de la autora primero deben ser los derechos colectivos para fortalecer los individuales, por ejemplo: tengo mi idioma kiwcha si lo hago solo no voy a ser oído, pero si ese idioma está reconocido por la constitución como idioma para las relaciones interculturales, en primer lugar se fortalece el derecho colectivo de la identidad cultural y de idioma, luego el derecho individual de la libertad de expresión en mi propia lengua, otro caso sería el reconocimiento que cualquier hechos de índole penal deben ser informados en lengua materna, sino es nulo.

Ese reconocimiento de los derechos individuales por las comunidades

---

84 Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador*, op.cit. p. 117.

85 Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad, op.cit.* pp. 83–87.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

titulares de derechos colectivos generan la interrogante *cómo pueden coexistir ambos?*, Elisa Cruz Rueda, expresa que los

> derechos individuales son reconocidos en su relación con la comunidad ya que esta es el ámbito físico de su ejercicio, (...) pero es ésta la unidad básica y central de cualquier conducta, proyecto, meta o fin en torno a la comunidad (...) El individuo es reconocido con derechos cuando cumple sus obligaciones frente a la comunidad a partir de normas –generalmente orales- conocidas y aceptadas pues emanan de acuerdo de asamblea y de la resolución de conflictos concretos.[86]

En esta propuesta debemos retomar los criterios de Estermann, para explicar esta coexistencia, partiendo del criterio de la complementariedad, tanto los derechos individuales como los colectivos deben existir no como contrarios o peor aún como contradictorios, sino como reconocidos y complementos entre si, en busca de la armonía entre ambos ya que si partimos de la dualidad complementaria siempre existe un complemento para justificar su existencia, ya que por sí mismo no están completos no pueden existir.

Así mismo en la relacionalidad tiene que convivir con sus semejantes y cada uno es importante en ese engranaje social y debe respetarlos como seres humanos que son parte de esa comunidad, ya que si no lo respete con la libertad estaría afectando a la comunidad, es decir, al todo.

Debemos tomar en cuenta la reciprocidad, si le doy mi libertad el otro me entrega su libertad como complementariedad y relacionalidad, para poder sostener las relaciones comunitarias y sociales.

---

86 Elisa Cruz Rueda *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena, coordinadores* Rudolf Huber, Juan Martínez, Cecile Lachenal, Rosembert Ariza, auspiciante Fundación. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008, p. 39

La interculturalidad

Dentro de esta interculturalidad, la recuperación de la cultura, de la memoria y del derecho propio ancestral, ha sido lo que ha provoca el repensar en todas las manifestaciones del pensamiento de la sociedad ecuatoriana, como bien lo mencionó Enrique Ayala Mora, en la primera parte de este trabajo.

Nuestro objeto de estudio será el derecho ancestral, ¿dónde se origina el derecho indigena propio? ¿Qué es el derecho indígena? Y por último, ¿si en ese derecho existen o no penas privativas de libertad?

Para responder la primera pregunta, Fabio Ciaramelli, sostiene que el derecho no se puede originar desde una forma prejurídica, esto es, desde la razón o desde la naturaleza, sostiene que se origina desde la experiencia social que se generan por las expectativas y es así expone que los *grupos humanos* deben

> instituir un sistema de representaciones sociales que dé estabilidad y regularidad a sus propios comportamientos; y, puesto que estos comportamientos nunca están encaminados únicamente a la supervivencia física sino a la autoafirmación y por tanto a la salvaguarda y a la defensa de su propia identidad y de sus propios valores, el conjunto de las representaciones sociales que se acaba de mencionar es al mismo tiempo un sistema simbólico. Este último, de hecho, mientras ordena los comportamientos, les da al mismo tiempo un sentido o un significado en el que se puedan reconocerse como miembros del grupo. La transmisión de los modelos de comportamientos...en el mundo humano es en cambio de tipo cultural. Significados, valores, modelos de comportamientos y normas son pues los protagonistas de la vida cultural de cualquier sociedad.[87]

87 Fabio Ciaramelli, *Instituciones y normas, Sociedad global y filosofía del derecho*, traducción de Juan Ramón Capella, Editorial Trotta, Madrid-España, 2009, p. 26. Este autor critica en su obra la posición de Platón, quien es contrario a la democracia y sostiene que solos filósofos pueden dar orden a la sociedad; critica a Kant quien sostiene que la razón puede ser el origen del derecho como ser libre; y, por último critica a Kelsen, dice que el derecho es solo regla o ley y que este autor tiene problemas cuando habla de la justicia.

En ese sentido Claudio Malo González al hablar de qué es cultura? es "aquello que una comunidad ha creado y lo que ha llegado a ser gracias a esa creación; lo que ha producido en todos sus dominios donde ejerce su creatividad; (...) el conjunto de rasgos espirituales y materiales que, a lo largo de ese proceso, han llegado a modelar su identidad y a distinguirlas de otras"[88]

En consecuencia, en el caso ecuatoriano la cultura indígena o andina, se ha construido dentro de la comunidad indígena[89] donde se han realizado en forma milenaria actividades que la convirtieron en el núcleo o centro de las manifestaciones sociales, culturales, económicas y sujeto de derechos colectivos.

Lo que implica que es un sistema organizado, comunitario, intergeneracional, oral que ha logrado la recuperación de su identidad, con ello autoafirmarse y distinguirse de otras en especial de la occidental, lo que produce que sea aceptada como una cultura con rasgos que la diferencian y por lo mismo debe ser respetada sus prácticas culturales.

Esta cultura, es fruto de la recuperación de la memoria ancestral, para Verónica Yuquilema sostiene que ya existía desde hace más de 518 años, el Padre Bartolomé de las Casas, en su doctrina menciona "Que los indios eran humanos y que por tanto poseían la facultad de la razón, tenían sus propias leyes y gobiernos (y el derecho a éstos) los cuales debían ser respetados por la corona española".[90]

---

88 Claudio Malo González, *justicia indígena, Cultura e Interculturalidad, op.cit.* pp.18,19

89 "Comunidad indígena es una forma nuclear de organización sociopolítica tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denomina también ayllu o centros, es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de las asambleas generales. Es decir, el espacio en donde se decide la organización social, económica, política y jurídica, en donde se ejercen las facultades legislativas y la administración de justicia". Raul Llasag Fernández, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad"*, en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones, op.cit.* p. 181.

90 CONAIE *"Estructura legal de los sistemas jurídicos de los Pueblos y Nacionalidades Kichwa del Ecuador*, editorial Conaie, 2008, p.11, cita realizada por Verónica Yuquilema en su trabajo inédito.

Es por ello que considera esta autora que este ordenamiento o institución

> sin pensar en que alguien reconozca esas prácticas, las comunidades siguen viviendo y reviviendo su vida a través de sus vivencias en diferentes espacios. Es por ello, que este derecho, no se limita a su reconocimiento Constitucional, pues mucho antes de la llegada de los españoles este derecho, se ponía en vigencia en los conflictos existentes dentro de la convivencia de los pueblos originarios, concepción que parte de la cosmovisión y filosofía andina que los pueblos y nacionalidades poseen.[91]

Por esa razón, esta comunidad indígena al haber determinado su autonomía en sus prácticas culturales, hace que instituya y construya su propio ordenamiento jurídico, creando representaciones sociales para mantener su orden social y normas jurídicas para regular los comportamientos sociales, que al ser violentadas tienen coacción por cuanto son impuestas por autoridades propias de sus comunas.

Es por esa razón que el derecho propio de una sociedad y en el caso en particular de la comunidad indígena se puede entender como lo propone Fabio Ciaramelli,

> cuando hablamos de derecho, o sea de normas propiamente jurídicas presuponemos que en el universo cultural de una determinada sociedad se ha producido una diferenciación interna. Esto es: presuponemos que el momento prescriptivo o normativo, que como tal caracteriza al orden social o al sistema simbólico en su integridad, ha conquistado un espacio autónomo suyo, y que en el interior de tal espacio se produce a su vez una distinción entre los diversos tipos de prescripciones. Las normas jurídicas propiamente dichas son sólo las normas sancionables, esto es, aquellas cuya dimensión coercitiva no esta confiada genéricamente al control social (o al remordimiento de la conciencia o acaso post mortem a la justicia divina) sino a una autoridad pública reconocida y reconocible.[92]

---

91 Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulucate,* trabajo inédito, Tesina para obtener el título de Abogada en la Universidad de las Américas-Quito (trabajo en prensa)

92 Fabio Ciaramelli, *Instituciones y normas, Sociedad global y filosofía del derecho,* op.cit. p. 27. Este autor en su obra explica que se puede hablar de derecho como regla, como decisión y como ordenamiento o institución.

Esther Sánchez Botero, expresa que este derecho propio,

> cada pueblo indígena tiene su propio derecho propio y con este principios y procedimientos que se expresan de modo particular para arreglar asuntos que cada comunidad define como antijurídicos.[93] (...) se resguarda como productos culturales, ya que son el resultado de ideas que surgieron gracias a la existencia de cerebros y lenguajes humanos idóneos para comunicarlas, de modo que se volvieron exitosas y al pasar de un individuo a otro, fueran capaces de convertirse en "epidemias" que transcendieran socialmente y se convirtieran en cultura. Son justamente esos referentes cognitivos diferentes pero compartidos socialmente los que le dan carácter distinto a una sociedad.[94]

Carlos Pérez Guartambel dice que derecho indígena es

> el conjunto de preceptos, instituciones y procedimientos ancestrales, sustentadas en las cosmovisión filosófica presentes en la memoria colectiva, dinamizados y reconocidos por la comunidad cuya prevención y aplicación corresponde a sus autoridades, tutoras del natural equilibrio social.[95]

Esto hace que el derecho indígena tenga su propia estructura normativa y su organización, su propio espacio y desarrollo histórico, por último autoridades propias de cada comunidad, que tienen la competencia para aplicarlo cuando existan conductas antijurídicas.

Podemos mencionar en forma muy breve cuales son los principios que le rigen e identifican a éste derecho, en primer lugar las propuestas por la ECUARUNARI:

1. Milenaria: Viene al igual de la existencia de las propias colectividades,

---

93 Esther Sánchez Botero, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios Básicos, op.cit.* , p. 119.

94 Esther Sánchez Botero, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios Básicos,* op.cit.p.121.

95 Carlos Pérez, *Justicia Indígena*, editorial CONAIE, ECUARUNARI, Cuenca, 2010, p. 210.

podemos decir que los pueblos están sometidos a sus propias leyes porque éstas derivan de su autoridad como pueblos.

2. Colectiva: No pertenece a tal o cual cabildo, a tal generación peor a autoridad alguna, pertenece a la colectividad entera de ayer, de hoy y de mañana, no es derecho u obligación individual, su ejercicio y aplicación es responsabilidad comunitaria.

3. Es ágil, oportuna y dinámica: al ser un quehacer colectivo transgeneracional y que repara antes que reprime, optimiza, prioriza y utiliza al tiempo como medida reparadora, lo que le permite dar tratamiento y resolución en un tiempo relativamente corto. Junto a la agilidad se une la oportunidad estos dos elementos permiten una existencia dinámica del sistema legal indígena. No ya burocracia.

4. Está en permanente proceso de perfeccionamiento: al venir de generación en generación le permite estar en proceso de perfeccionamiento sin alcanza a ser la respuesta última a cada realidad y circunstancia que se presenta para su tratamiento.

5. Trascendencia: El sistema legal indígena se adapta a los diferentes lugares y tiempos, de acuerdo a los modos de vida se cada pueblo indígena.[96]

Para Raúl Ilaquiche, son: "*solidaridad, reciprocidad y colectividad*".[97]

En relación al primero, debemos entender que por el mismo criterio de la complementariedad y de la relacionalidad, hace que al ser parte de un todo que es por el cual se debe trabajar para su fortalecimiento, el indígena se preocupe lo que le sucede a su complemento dentro de esa comunidad, ya que si le pasa a ese algo este se sentirá vacío y por lo mismo se genera su sentimiento de solidaridad.

En cuanto a la reciprocidad, como habíamos mencionado en líneas anteriores, la misma convivencia social hace que se preocupen de dar y

96 ECUARUNARI, *Estructura legal y sistemas jurídicos de los Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador*. Edit. Ecuarunari, Ecuador, 2008. p. 44.

97 Citado por Verónica Yuquilema, Raul Ilaquiche, *Pluralismo Jurídico y administración de Justicia Indígena en Ecuador*, Edit. CONAIE, Ecuador, 2004 p. 30.

recibir en todos los momentos de su existencia, es por ello que el permanente agradecimiento de dar cuando piden ser compadre o cuando se les hace un favor enseguida el ofrecimiento desinteresado de entregar algo a cambio. Este principio genera la unión social permanente.

Por último, la colectividad significa que la comunidad es el centro de todo las actividades y por esa razón los derechos colectivos que permiten la identidad como organización social, en consecuencia la toma de decisiones deben ser en forma colectiva, para que las se sean de aceptación general o a través de resoluciones en casos en concreto, como se dijo en el momento en que existe alguna afectación a la correspondencia mediante la alteración de la armonía por medio del Llaki a todos les interesa y por lo mismo debe intervenir toda la colectividad que se siente afectada, su fin es para que vuelva la armonía.

Elisa Cruz Rueda sostiene que los principios jurídicos generales del derecho indígena son:

> 1.que la conducta humana esté de acuerdo con el orden social y natural, 2. Que la conducta humana contribuya a mantener y preservar ese orden (por ejemplo el respeto a la autoridad y a la comunidad; y, 3. Esas conductas ayuden a lograr la reproducción y la convivencia armónica (como aceptar y ejercer servicios y cargos sin remuneración). Otros principios son la obligatoriedad de realizar servicios, la reciprocidad el prestigio (que no necesariamente es económico).[98] (la numeración es mía).

Estos principios tienen íntima relación con los otros principios comunes en los pueblos kichwas del Ecuador, como es *"Ama killa, ama llulla, ama shua"*, no ser ocioso, no mentir y no robar.

Tomando en cuenta que cada uno de estos principios, podemos relacionarlos con los criterios expuestos por Elisa Cruz cuando se miente la conducta no se encuentra de acuerdo al orden social y no contribuye

98 Elisa Cruz Rueda, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena*, p. 40.

a mantenerlo, por cuanto no existe el respeto a la autoridad y a la comunidad.

Cuando es ocioso esto implica que no se está cumpliendo con las normas de solidaridad con la comunidad, además, se rompe la complementariedad y la correspondencia de la armonía social, ya que no se cumple con los actos que la comunidad requiere para su sostén como tal.

Peor aun cuando, se roba se altera la armonía del orden social y esa conducta igualmente altera el orden social y no se respeta a la comunidad, "*es la falta de reciprocidad en el intercambio de bienes*".[99]

En consecuencia estos principios tienen fuerza vinculante dentro de la comunidad y se ha elevado a rango constitucional,[100] estos términos para la Dra. Lourdes Tibán "tiene contenidos, esencia y espíritu más amplios y profundos. Así el vocablo "AMA" implica prohibición de no hacer",[101] por ello dice:

> que la vida requiere de acción y movimiento...no parar es no cumplir con nuestra condición de seres humanos con vocación de servicio; no robar implica que no se debe tomar de la naturaleza más allá de lo necesario porque la acumulación innecesaria de bienes que nos lleva a la falsa creencia de que mientras más tenemos somos más; no mentir quiere decir también, que debemos ser auténticos y no engañarnos a nosotros mismo creyéndonos más de lo que somos. Estos tres principios, así concebidos, constituyen la base de las normas de comportamiento de los pueblos indígenas que son obligatorias como cualquier ley.[102]

Lourdes Tibán menciona que estos principios antes de recibir reconocimiento constitucional ya existían y son milenarios, en ese sentido, los principios del *ama killa, ama llulla y ama shua*, explica Verónica Yuquilema surge a raíz de la colonización, pues, a los españoles les con-

---

99 Joseph Estermann, *Si el Sur fuera el norte"*, p.181.

100 Constitución del Ecuador Art. 83 (2).

101 Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, editorial Pacheco, Quito, 2010, p. 125.

102 Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos en el Ecuador*, p. 125.

venían que los indios sean: primero: honrados, no roben y no alcen la cabeza; segundo: que sean trabajadores, no sean ociosos y sigan trabajando en largas jornadas, se enriquecían a merced de ellos; y, por último, que sean sinceros y no mientan ya que si lo hacían Dios los iba a castigar, viéndolo desde ese punto de vista no resulta del todo descabellado; pero, sin perjuicio de éstas consideraciones, el runa siempre ha estado guiado de sinceridad, de valerosidad, de respeto a los demás[103] esto por su propia concepción de vida, en forma comunitaria, hace que estos valores éticos sociales-comunitarios sean los axiomas garantistas, parafraseando a Ferrajoli, que deberán ser aplicados por las autoridades de las comunidades en los eventos en que existan conductas que produzcan el *llaki*.

En cambio, los principios que rigen a la *administración de justicia indígena*, son:

El principio de reciprocidad: que es el dar y recibir; en las comunidades se ve reflejado en el *Ayni*. Cuando alguien muere en la comunidad cada familia nuclear lleva algo para ayudar en la comida, en éstos tiempos también dan dinero. ¿Por qué llevan algo siempre? Pues es una respuesta simple y que quizá no responda nada, simplemente porque nace de su corazón solidario y saben que en algún rato ellos también recibirán el mismo *yanapay* o como popularmente se dice "una prestadita de mano".[104]

Principio de Minga: Verónica Yuquilema explica que para el compañero saraguro Martín Cango "*Es una acción concreta comunitario, donde hay la participación voluntaria de parte de todos los comuneros*".

La minga está relacionada con el principio de colectividad propuesto por Raul Ilaquiche, que es el punto de partida para saber el porqué, al resolver conflictos en una comunidad, son participes todos y cada uno

103 Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la comunidad de Pulacate*, En prensa.
104 Ibíd.

de sus miembros, quienes ayudan dando sus puntos de vista, en otros casos, sus soluciones o en el caso de las mujeres, lamentado la desarmonía que ello encubre, porque en su sentir el *ayllu* está siendo afectado, el *llaki* atañe a todos y cada uno de los miembros de la comunidad pues el cometimiento de un "delito" constituye un mal ejemplo para la nueva generación y desequilibra el orden. [105]

Principio de Oralidad:

> (...) que se transmite a través de la sabiduría popular, a veces memoria, mitos, tradiciones o refranes, es decir que se transmiten por herencia social, por ejemplo en el Perú el "ayni" y el "ayllu" a pesar de ser instituciones pre-pizarrianas de organización jurídica social y política, en la actualidad son prácticas vigentes en muchas comunidades campesinas.[106]

Principio del Debido Proceso, también existe en este ordenamiento, se inicia con el conocimiento de la alteración de la armonía social de la comunidad, ante las autoridades de la comunidad que es el Cabildo y la Asamblea, se hace la investigación por una Comisión Investigadora, le piden al sospechoso de que diga la verdad que no mienta y que aporte prueba (el derecho a la defensa)[107] si se niega, se debe descubrir si existe o no la mentira de los hechos, por ello se debe investigar para revelar el suceso oscuro.[108]

Con todos estos principios, se constituyen como normas jurídicas prescriptivas, pero más que eso, por esa razón forman parte del derecho indígena o derecho propio y se vincula a la comunidad indígena que le da origen como expresión de su cultura, cumplen su función de man-

---

105 Ibíd.

106 *CAPAJ. Comisión Jurídica para el autodesarrollo de los pueblos originarios andinos,. Año 1995. http// www.puebloindio.org/dercons.htm.*

107 Constitución del Ecuador Art. 76, Convención Americana de Derecho Humanos Art. 8.

108 Esther Sánchez Botero, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena,* p. 129.

tener el orden social, como su armonía, de ser necesario se aplique en forma coercitiva a conducta antijurídicas. Pero este acto deben hacerlo las autoridades de esa comunidad.

Podemos concluir, que el derecho ancestral con todo lo señalado, hemos podido verificar que si tiene la calidad de un ordenamiento jurídico propio que es producto de una comunidad y por eso la razón se puede hablar que en el Ecuador existe un pluralismo jurídico como lo sostuvimos en el inicio de este trabajo producto de la transformaciones que expusimos.

Una vez definido el origen y lo que es el derecho indígena así como sus principios, podemos ver si dentro de ese derecho como se entiende la forma de coaccionar las conductas antijurídicas y si en estas existe o no la pena privativa de la libertad.

Para Lourdes Tibán Guala, cuando se violan los principios que habíamos comentado en párrafos anteriores aclara que :

> las sanciones impuestas al incumplimiento de estos principios no se consideran castigos, sino, formas de mantener el equilibrio y la armonía social de la comunidad. Así más que sanciones constituían la restitución de la espiritualidad, el resarcimiento del daño y la expulsión de los malos espíritus.[109]

Cuáles son estos castigos o formas de restablecer o mantener el equilibrio social?. Son: el baño en agua fría, el uso de la ortiga, el uso del látigo o vara de madera. La privación de la libertad personal en la cultura indígena como pena no tiene sentido peor aún existencia, según las opiniones de Elisa Cruz Rueda y Lourdes Tibán Guala.

Elisa Cruz Rueda, menciona que los sistema jurídicos tanto el occidental como andino pueden relacionarse pero, pueden ver el "mismo objeto de forma distinta y den como resultado como resultado distintas

109 Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos* ... p. 125.

alternativas para su solución. Por ejemplo, para el campo jurídico indígena el encarcelamiento no es un fin del ejercicio de hacer justicia; tampoco constituye la justicia y más bien es un medio o el primero de los mecanismos para lograrla. Es suficiente si se cumple el fin de calmar los ánimos y hacer que el culpable o quien cometió el error asuma su responsabilidad, inclusive se le deja libre para hacer lo necesario y reparar el daño; de lo contrario se utilizan otros medios, como la amonestación pública y la suspensión de derechos, o incluso la expulsión"[110]

Para Lourdes Tibán Guala, "Desde la cosmovisión indígena la cárcel no está aceptada dentro de su cultural porque viola su principio de AMA KILLA (no ser ocioso) y aplican otras sanciones que visto desde lo occidental puede ser violatorio de derechos."[111]

Cuáles son las razones para justificar la no existencia de la privación de la libertad como pena?

La *primera*, se infiere del propio pensamiento andino y de los mismos criterios éticos sociales comunitarios de Joseph Estermann,[112] sostiene que la filosofía indígena considera al ser humano, como uno más dentro de mundo o pacha, es decir, que todos los seres animados como inanimados son importantes para que se desarrolle y produzca la armonía dentro de él.

Además, siendo parte de este mundo también cumple una función de relacionador o puente[113] entre el sol, la luna y lluvia con la Pachamama.

Si se produce su exclusión en el momento de privarlo de su libertad, se rompe la armonía, no existiría el principio de la complementariedad

110 Elisa Cruz Rueda, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, artículo Principios generales del derecho indígena*, p. 37.

111 Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos ...*, op.cit.p. 127.

112 Joseph Estermann, *Si el Sur fuera el norte"*, pp. 153,154. Estos criterios son la complementariedad, reciprocidad, relacionalidad, correspondencia.

113 Joseph Estermann, op.cit. pp. 80,82

que pueda servir para la fecundación de la Pachamama, de los animales y seres humanos.

No se produciría el intercambio económico de su producción y ayuda solidaria. No existiría la reciprocidad, por cuanto el ser humano no podría ayudar a la Pachamama a brindarle sus frutos y él no podría cultivarla y cuidarla.

La *segunda* justificación, se desprende que es importante para la comunidad indígena, que ayude en la toma de decisiones, sea parte de la productividad económica, participe en las reuniones sociales como agradecimiento de todos los beneficios que recibe la comunidad, que participe de las manifestaciones culturales y en el ejercicio de cargos que son necesarios su desempeño.

Si se produce la privación de libertad, existe una ruptura de la armonía y equilibrio de la comunidad, ya que el runa en cada una de estas actividades es importante y necesario su ayuda, su presencia llena a la comunidad. Solo este ser humano no es nadie la comunidad estaría afectada en su continuidad.

Además, afectaría la propia identidad de la comunidad, ya que su exclusión deja de fortalecer a la misma, como decía Elisa Cruz, las conductas deben ayudar a lograr la reproducción y convivencia armónica de la misma, a pesar de que pudo cometer alguna acción contraria a las normas comunitarias no es el fin de la comunidad de que salga de dicha comunidad, si puede ayudar a restablecer lo perdido.

La *tercera* razón, tiene relación como dice Lourdes Tibán Guala que afecta el principio de AMA KILLA (no ser ocioso), que es lo que quiere decir dicha autora, que al tenerlo encerrado sin hacer ninguna actividad económica, social, cultural se esta violentando los principios de complementariedad, relacionalidad y reciprocidad.

Como sosteníamos su presencia en las actividades económicas de la comunidad son necesarias, ya que como dijimos se convierte en cuidador y cultivador de la Pachamama; ayuda en las obras que son necesarias para el mejoramiento de la comunidad. Además, como podría reparar el daño que produjo en el caso de robo o de muerte u otra conducta antijurídica.

La *cuarta*, tendría relación con la propuesta de Elisa Cruz Rueda,[114] cuando menciona que no tiene fin de hacer justicia ni un medio como sucede en la sociedad occidental, ya que la prisión preventiva se ordena en dos presupuestos para asegurar la comparecencia del procesado y para asegurar el cumplimiento de la pena.

La pena privativa de libertad se comprende como fin de hacer justicia ya que es el castigo para quien cometió un delito y desde la comprensión de Hegel es el fin último de privarlo de libertad.

En cambio, en la filosofía andina, como hemos sostenido en esta parte de la investigación mantenerlo en libertad implica el respeto como miembro de la comunidad, el de restablecer la convivencia armónica de la comunidad y de la pacha.

La *quinta* sería, el espacio es comunitario, todo tiene que ver con la misma participación colectiva en el conocimiento, sustanciación y resolución del *llaki* que afectaba la armonía de convivencia, hace que la comunidad resuelva mantenerlo libre para que realice las actividades de reparación.

En esa lógica, no se puede construir lugares de exclusión para alejar al culpable de los inocentes, ya que al comprender a todos les interesa y les afecta, no existe complicidad del delito, sino que la comunidad tiene el compromiso de buscar el restablecimiento de su armonía, como algo

114 Elisa Cruz Rueda, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, artículo *Principios generales del derecho indígena*, pp.37-38 .

esencial ya que eso fortalece su identidad, solidaridad y sus principios éticos sociales comunitarios. Si produce la exclusión o encerrar a ese runa sigue afectándola en su armonía, sin ninguna forma de solución.

La *sexta*, tiene que ver con la concepción del tiempo, siempre se busca la memoria ancestral, siendo cíclica[115] su concepción, que se entiende en primer lugar en el mundo andino no hay un concepto de tiempo y espacio, que todo es lo mismo se vive el presente y el pasado ahí mismo, que:

> el pasado no está realmente pasado, sino que interfiere, se penetra e influye en lo que pasa aquí y ahora. Muchos ritos andinos tiene el significado de hacer presentes hechos del pasado, es decir, de re presentar y a presentar simbólica y celebrativamente acontecimientos míticos, históricos y legendarios de un supuesto pasado(..) el tiempo no avanza de un estado inicial a un estado final, en una sola dirección, sino que puede progresar también en la dirección opuesta.[116]

Nos sigue explicando Estermann, que:

> no hay continuidad lineal ininterrumpida entre diferentes ciclos o épocas, el tiempo andino es radicalmente discontinuo y procede a maneras de saltos o revoluciones cósmicas. La idea occidental choca de progreso en el sentido de avance diacrónico hacia lo mejor, superior y más desarrollado choca fundamentalmente con la concepción cíclica andina de regreso a un estado más perfecto y ordenado(...) la idea occidental de desarrollo se basa principalmente en la idea de la acumulación y del perfeccionamiento moral (...) para el runa el verdadero desarrollo consiste en restablecer el orden cósmico equilibrado, regido por los principios de complementariedad, correspondencia y reciprocidad.[117]

Es decir, con lo anterior, se confirma una vez más porque no existe la pena privativa de la libertad, en primer lugar, la acción que altera la armonía de convivencia de la comunidad, no está interrumpiendo el tiempo que comunica como se entiende el modelo occidental, sino que

---

115 Joseph Estermann, op.cit. pp. 125,126.
116 Ibíd. pp. 126,127.
117 Ibíd. pp. 129,130.

más bien como no se tiene u tiempo lineal ni dialectico, sino en sobre saltos o revoluciones, esta conducta no afecta a nada de aquello. Sino a lo que se ha sostenido a la armonía.

El apropiarse del tiempo, no tiene el runa andino el concepto de apropiación de bienes sean materiales o inmateriales, ya que todo pertenece a la comunidad, peor aún el tiempo de su complemento que sirve al fortalecimiento de la comunidad indígena, por lo que no cabe concebir la privación de la libertad como una apropiación del tiempo del agresor.

Podemos sostener que la principal preocupación es el restablecimiento del orden del equilibrio y si es el tiempo anterior, lo que busca la comunidad es aquello, sin importar de tratar de recuperar o restablecer ese tiempo anterior.

En consecuencia, el derecho indígena no tiene previsto esta forma de pena en su estructura como ordenamiento jurídico, habíamos mencionado que existe otras formas para el restablecimiento de la armonía de la comunidad, estas son el agua fría, la ortiga y la vara o látigo.

En esta parte, tomaremos las reflexiones propias de Verónica Yuquilema[118] en su condición de indígena kiwcha de la comunidad de Pulucate, de la provincia de Chimborazo y su investigación de campo, como la recopilación de testimonios lo cual le permiten construir el significado que tiene cada una de estas formas.

Me limitare a citarla sin ningún comentario, ya que considero que el realizar una interpretación de la misma sería alterar de alguna manera ese sentido.

–El agua fria

> Cuando conversé con el tayta Manuel Allauca originario del Pueblo Waranka pero desde que contrajo matrimonio con Mama valeriana (*Mama*

118 Verónica Yuquilema, Op. Cit. En prensa

Yachay reconocida en el Pueblo Puruwá) forma parte del Pueblo Puruwá y le pregunté qué significa el agua para él, me contestó "El aguita es vida", al principio espere tener una respuesta mucho más "completa" es decir algo similar a lo que nos dicen los profesores en la Universidad, sin embargo, creo que ésta respuesta aunque parezca tan simple, lo es pero desde el punto de vista que no hay que darle tantas vuelta para referirse a este gran elemento de la *Pachamama*, que lo que nos brinda es vida, sino incluso no importaría si hacen uso indiscriminado de ella o que la contaminen.

En este contexto es necesario dar a conocer que dentro del mundo andino existen cuatro elementos o más bien *apuks*[119] importantes y son: *Yaku-Mama* (agua), *Nina* (fuego), *Wayra* (viento) y *Allpamama* (tierra). Cada uno representan seres con quienes interactuamos en cada oportunidad y que nos brindan su energía desde sus posibilidades.

Estos cuatro elementos que para el runa son respetados, para el mundo occidental no son más que recursos que deben ser aprovechados para obtener riqueza, sin importar cuales son las repercusiones. En este punto debo resaltar lo señalado por el mashi Carlos Yamberla, perteneciente al Pueblo Kichwa Otavalo, quien dice que los runas se desarrollan bajo dos órdenes: 1.- el orden social que es en el que se desarrolla las relaciones interpersonales, pero considerando el orden natural y 2.- el orden natural que es el respeto que tenemos y la sabiduría que nos brinda la Pachamama. Estos dos órdenes mencionan, que existe una relación de complementariedad y reciprocidad entre ellos, es decir que van de la mano.

Partir de esta percepción nos ayuda a comprender porque el runa se empeña en luchar y defender la *Pachamama*, él sabe que el agua debe ser para todos los seres humanos pero el modo en que pretenden apropiarse y abusar de ella (mirar con objeto de mercancía) es a lo que realmente se oponen. En todo caso es otro tema de análisis, lo pongo a colación para entender un poco por qué el agua merece respeto.

¿Por qué el agua es vida? ¿Qué representa el agua en la vida del *runa* andino?

Menciona Yuquilema que "Para responder la primera interrogante, debemos remitirnos a lo manifestado precisamente por el tayta Manuel quien dice que cuando tenemos contacto con él o ella (agua) liberamos

119 Deidad.

energías y dejamos de lado lo que nos hace daño, es decir su vida vuelve. Según él con el baño equilibramos nuestro yo interior, nos reencontramos y volvemos al equilibrio.

Para la segunda, recalco lo mencionado en una publicación "*El agua es un ser vivo, proveedor de vida y de animación del universo. Con el agua se dialoga, se le trata con cariño, se le cría*".[120] Esta es la percepción del agua, es un hermano más dentro del ayllu, es quien a través de sus poderes nos ayuda a recobrar el equilibrio de nuestra vida.

Mi madre cuando dice "*siento el cuerpo pesado, no tengo ganas de hacer nada*" busca en el agua su respuesta y su acción continua al decir eso es irse a dar un baño, y efectivamente cuando vuelve, su rostro y ánimo cambia. Esta experiencia puede resultar fuera de lo normal, y lo es, pues me atrevo a decir sin perjuicio que sea regla general, que solo los *runakuna* sentimos aquello, es reciprocación de energías.

Tanto el mashi Carlos Yamberla como el mashi Carlos Pérez Guartambel, originario de Cuenca, coinciden en que en la cosmovisión andina el agua es todo, dicen que somos agua y que volveremos a ser agua.

El agua no es un simple líquido, es verdaderamente fuente de vida, y según el Mashi Carlos Yamberla es el iniciador de la vida, y por tanto es el hilo conductor de la vida, señala también, que esta continuidad se manifiesta en forma pragmática en las prácticas culturales que se realiza en respeto a este ser.

¿Cómo ayuda el agua para solucionar el problema existente en la comunidad?

Considerando lo manifestado por el Mashi Carlos Yamberla "*el agua es el hilo de continuidad de la vida*" y que esta continuidad se "refleja en las prácticas culturales", pues nos lleva a concluir la relevancia del acompañamiento de agua en la solución de conflicto suscitado en la comunidad.

Ahora, las prácticas culturales que se realizan con el *ApukYaku* son varias y de acuerdo a las conversaciones mantenidas, ellos señalan los siguientes:

---

120 Publicación: La visión andina del agua. http://www.condesan.org/memoria/agua/VisionAndinaAgua.pdf.

El tayta Manuel haciendo referencia al baño dice que, hay baños que se hacen por costumbre, otros que se lo hacen para purificarse, otros para el florecimiento; de igual forma el mashi Carlos Yamberla, señala que existen baños que se lo hacen cotidianamente, para fiestas, para ceremonias, y dentro de estas ceremonias existen baños de inicio de ceremonia, de purificación, de sanación y de reciprocación con la *Yaku Mama*.

En el contexto de mi tema de investigación, estamos frente al baño que se lo hace con el fin de la purificación de aquel runa que por tener un desequilibrio en su interior ha sido capaz de cometer una falta que constituye un llaki para toda la comunidad.

Para el baño de purificación en el caso del cometimiento de una falta, el agua debe estar fría, esta es una característica muy importante tomarla en cuenta, ya que tiene una razón de ser así, más adelante explicaré el sentido de que sea fría.

–La ortiga

En la época del *KuyaRaymi*, es precisamente el momento en que los *runakuna* aprovechan para sembrar, porque saben que en esos tiempos tanto el agua a través de la lluvia ayuda para que la *allpamama* pueda acoger en sus surcos las semillas para fecundarla, esta siembra merece tanto respeto pues son las plantas las que luego nos ayudarán a seguir viviendo, es así que por ejemplo las mujeres cuando están en su luna (período de menstruación) no pueden ingresar a la *chakra* porque tanto la *allpamama* como las mujeres están cumpliendo el mismo rol de fecundación, por tanto, no pueden complementarse en esa época.

Las plantas son fuente de vida, el tayta Manuel Allauca me decía que son quienes limpian nuestras dolencias no solo físicas sino espirituales, y las plantitas que nacen en la misma *allpamamita* son las que nos devuelven el equilibrio si algún mal nos aqueja, él, muy sabiamente dice que *"la medicina para el ser humano está en la chakra que ha sido cultivada por nosotros mismos"* y yo respetuosamente complementaría con lo que los *taytakuna* Laurita Santillán y Fernando Chimba, dijeron en alguna ocasión *"las plantitas que se conocen como silvestres* (las que nacen en donde quieren) *son sembradas por la misma Pachamamita"*, tal es el caso de la ortiga que la encontramos en cualquier lugar."

De acuerdo a lo investigado sobre la ortiga, el mashi Dr. Carlos Pérez Guartambel señala que "*Es característico de esta planta el poseer unos pelos urticantes que tienen la forma de pequeñísimas ampollas llenas de un líquido irritante que al contactar con la piel vierten su contenido (...) sobre ella, provocando ronchas, escozor y prurito.*" (C. Pérez. *Justicia Indígena*. Año 2010. Segunda edición. p. 235) Es decir es una planta que por su característica produce cierto ardor, es decir calienta el cuerpo de quien está siendo frotado con ella.

La ortiga tiene una variedad, así: tenemos a la wagrachini(conocida también como ortiga negra), o la ortiga simple, la diferencia entre éstas dos es que la primera contiene más poderes curativos que la otra.

¿Por qué es usada esta planta y no otra en la solución del conflicto?

La ortiga es una plantita que contiene tanto nutrientes como poderes curativos que logran estabilizar al *runa* en todo su YO. En cuanto a los poderes curativos, la ortiga es usada en las comunidades para curar "resfríos, reumatismos, golpes, cansancio, de músculos (...). Hasta para una buena digestión y alimentación son utilizadas sus hojas en ensaladas.[121]

Esta planta al provocar ardor al contacto con el cuerpo, logra producir un efecto contrario pero complementario al que realiza el agua helada, es decir al unir el frío con el calor llega a un punto de equilibrio de energías. Hasta ahora no conozco de otra planta que tenga este poder.

Debo mencionar que la ortiga no es usada como tal, a efectos de producir dolor o sufrimiento, que es la percepción que se tiene, sino que ayuda a que el runa equilibre sus energías. Se habla de equilibrio porque existe "un algo" que no está bien que le incita a realizar una falta, entonces lo que la ortiga en unión con el agua es ayudar a volver a su estado normal al runa.

–Agua y ortiga

En el primer subtitulo de este capítulo mencioné como base primordial dos principios del que debe partir la comprensión del Derecho Indígena y señalé el principio de relacionalidad y complementariedad, y que ahora son necesarios para comprender la relación del agua y la ortiga y de ellos con el runa.

121 Carlos Pérez. *Justicia Indígena*. p. 236.

"Básicamente el principio que debe considerarse en este momento es el Principio de Complementariedad, ¿por qué?"

El mashi Luis Angel Saavedra, originario del pueblo Cayambi, al conversar sobre el tema del agua, la ortiga y el runa en la justicia indígena, muy acertadamente señalo que:

> Primero, si la persona comete una falta es porque está enfermo, es decir no hay un equilibrio de energías, entonces en función del principio de complementariedad existente en el caso del sol y la luna, del hombre y la mujer, en esta ocasión también existe tal relación entre el agua y la ortiga con el fin de ayudar a la persona. El cuerpo de la persona está inquieta, caliente y necesita de algo que en un primer momento lo estabilice e interviene el agua fría, que hace que se calme; luego dado que ya de cierta forma el cuerpo se ha estabilizado un poco, requiere de la acción de otro elemento más que coadyuve a que no se quede en ese estado de cierto modo de congelamiento, pues interviene la ortiga, que provoca calor y ardor. Cuando el agua y la ortiga se unen están complementándose para ayudar a que la persona equilibre sus energías y deje de lado las que no necesitaba.

En igual sentido, el tayta Manuel Allauca manifestó que "*El agua purifica y la planta corrige porque el cuerpo está caliente para hacer el daño*"

De estos dos puntos de vista hace a relucir la relevancia del principio de complementariedad en la que se basa el mundo andino, y que es la base fundamental para comprender las demás interaccione que existen.

Tanto el agua como la ortiga cumplen un rol particular y complementario para ayudar a solucionar el conflicto suscitado, la *Pachamama* mediante estos dos seres aporta también en la intención de la comunidad de retornar a un equilibrio de la armonía.

El látigo

No deseo ahondar en este tema, únicamente quiero manifestar que respecto al uso de látigos luego de realizar la purificación con los dos elementos anteriormente señalados, se encuentra no solo fuera de contexto sino más allá de eso, fuera de la realidad misma de las comunidades.

El látigo como tal pienso que es un rezago de los instrumentos que eran usado por los españoles durante su dominación a los pueblos originarios para hacer que los negros e "indios" los obedezcan. Simplemente esa práctica, dado el sincretismo que hemos aceptado, se ha quedado en las comunidades, no obstante de creer personalmente que no es correcto, pues no es propio de las comunidades.

Sin embargo, entrando a considerar la validez o no del uso del látigo, el Dr. Pérez Guartambel, narrando la realidad del pueblo Cañari, enfatiza en que si bien el látigo no fue usado durante la historia antes de los españoles por los pueblos andinos, sí se usaba una vara "es decir un pequeño tallo de *chakra*, retama o chilca que no provoca lesión.[122]

Además de aquello, según mi percepción considerando que una de las características del Derecho indígena es que está en proceso de adecuación continuo, es totalmente válido que se vayan adaptando ciertas cosas a las realidades, sin perjuicio de ir en contra de ciertos principios básicos como el de la vida y de la dignidad, y que en razón de esto se adopte ésta práctica como parte de la solución siempre y cuando se le dé un significado propio y legítimo.

En este sentido el Dr. Pérez, se refiere de este modo: "E*l látigo en determinadas comunidades indígenas se conocen como el rayo porque cae con fuerza, energía, y desde arriba del Hana Pacha para despertar las buenas energías que están adormecidas y que han sido soslayadas por las energías malignas provocando el desequilibrio de los miembros de la comunidad social.*" [123]

–La interculturalidad: su contenido

Una vez descrita en forma breve la crítica al modelo de la exclusión, la propuesta a este con el modelo explicativo de la interculturalidad, Enrique Ayala Mora,[124] nos invita a dar una construcción a este modelo que no debe ser un añadido más a la sociedad ecuatoriana, que no

122 Ibíd. p. 237.
123 Ibíd. p. 237.
124 Enrique Ayala Mora, "Justicia Indígenas" Judith Salgado, compiladora, *Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico*, Quito, Editorial UASB-AbyaYala, 2002, p.106.

cambia en su eje fundamental, sino que es como poner una cuña en el conjunto de la sociedad para transformarla radicalmente. Cuando se cambió la Constitución ecuatoriana, quitándole la naturaleza de religión al Estado, a la religión y se estableció el laicismo, no se hizo solo un cambio de adjetivo, se modificó la concepción del Estado y de la sociedad ecuatoriana. A la larga, el enfrentamiento del laicismo nos ocupó a los ecuatorianos durante un siglo. Hoy estamos en un proceso parecido de asunción de otras diversidades. Ya no religiosa y de conciencia, sino diversidades étnica y también regional. Eso supone repensar el Ecuador radicalmente. Pero, digámoslo con cuidado, los países cuando se rehacen pueden también dispararse, deshacerse, fracasar. Tenemos que hacerlo de manera que el país se consolide como una unidad hacia el futuro con garantías de supervivencia como proyecto nacional.

En razón de aquello debemos preguntarnos ¿qué es la interculturalidad? Es el modelo que surge, para Catherine Walsh, como una insurgencia[125] o visibilizar o reivindicación de las culturas que han sido olvidadas o no existentes, o culturas reconocidas pero subordinadas a la cultura dominante.

Esta insurgencia tiene como objetivo la desaparición de toda forma de poder de colonialidad[126] o decolonial como sostiene Catherine Walsh,[127] esto implica la superación de las construcciones del saber, cultura, historia, económica, política; eliminando el racismo, la desigualdad, la negación del otro, del etnocentrismo, de género, etnocidio, del trabajo que produzca esclavitud, etnofagia, patriarcalismo, del sexismo, del machismo; eliminando el carácter uninacional y monocultural del Estado.

---

125 Patricio Guerrero Arias *Interculturalidad y plurinacionalidad, escenarios de lucha de sentidos: entre la usurpación y la insurgencia simbólica.* Coordinador Ariruma Kowii Maldonado, en *Interculturalidad y Diversidad,* Quito, editora Corporación Editora Nacional-U. Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, colección Biblioteca General de Cultura nº. 20, 2011, p. 73.

126 Patricio Guerrero Arias *Interculturalidad y plurinacionalidad, escenarios de lucha de sentidos: entre la usurpación y la insurgencia simbólica. en Interculturalidad y Diversidad,* op. cit. p. 74. Catherine Walsh *Interculturalidad, Estado, Sociedad,* op. cit. p. 28.

127 Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad,* p. 153.

En primer lugar, la *interculturalidad* ha provocado la crisis de la visión monocultura de la sociedad dominante[128] de corte cultural occidental con rasgos europeizantes o anglo sajones[129] de excluir lo que no considera filosofías a otras maneras de pensar, ya que caen en ser cosmovisiones sin que puedan ayudar a explicar la realidad existente.

Aparece en un primer momento para mantener el espacio de dominación un nuevo concepto que es la *multiculturalidad. P*ara Catherine Walsh fue provocado por el Banco Mundial[130] al implementar "la política indígena" en las décadas de los noventa en el Ecuador.

Por ello estos autores al igual que Borrero García la interculturalidad es una superación de la pluriculturalidad o multiculturismo.

En segundo lugar, la insurgencia de la interculturalidad, para Boaventura de Souza Santos, consiste en la eliminación del universalismo de ciertas instituciones jurídicas como son los derechos humanos, la eliminación de la "monocultura del saber y del rigor del saber; mono cultural del tiempo lineal; lógica de la clasificación social; lógica de la clase dominante; la lógica productivista capitalista"[131] que se han constituido, como dice el autor en tobos fuertes que deben ser reconstruidos frente a la interculturalidad.[132]

En tercer lugar, el poder colonial de la economía, reflejada en la lógica productivista capitalista, es la economía de acumulación de capital, el mercado como única forma de desarrollo de los países, la economía de extracción sin pensar en la naturaleza y en los demás seres humanos

---

128 Raúl Llasag Fernández, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad"*, en *La Nueva Constitución del Ecuador*. op. cit. p. 179.

129 Joseph Estermann, *Si el Sur fuera el Norte, p.p.44, 45, 52, 53, 54.*

130 Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad,* op. cit. pp. 72,73,74

131 Boaneventura de Sousa Santos, *"Refundación del Estado en América Latina*, op. cit. pp. 46–51.

132 Boaventura de Sousa Santos *Derecho y Emancipación*, Pensamiento jurídico contemporáneo 2, op. cit. p p.157, 158. En ese mismo sentido Joseph Estermann, en su libro *"Si el sur fuera el Norte"*.

que vendrán, hace que la interculturalidad con la recuperación de la nueva forma de ver la economía comunitaria, solidaria y de armonía con los demás miembros de este mundo incluyendo la naturaleza.

En cuarto lugar, la crisis de la noción del tiempo lineal y que no se lo puede recuperar, si estás atrasado debes igualarte y de apropiación de su tiempo en el caso de las labores bajo régimen capitalista, frente a un tiempo incluyente circular de ver el pasado, presente y el futuro al mismo tiempo.

En quinto lugar, es la crisis de considerar que existe una sola forma de nación ecuatoriana, como sostiene Ayala Mora en el Ecuador no existe en forma clara dicha conformación, por la exclusión de otras existentes al momento de la conquista y luego en la república, es por ello que el primer concepto en ser reconstruido fue la nación y surge el de la plurinacionalidad como reconocimiento de la existencia de otras nacionalidades existentes en el Ecuador desde tiempo ancestrales.

En sexto lugar, la crisis se encuentra en las formas de organización política que tenemos como las formas de gobierno, de participación ciudadana, de inclusión social. Surge lo comunitario con una participación social mayor en la toma de decisiones del poder público y una concepción de que la comunidad es un todo compuesto por todos los seres que forma la realidad tanto la Pachamama, los humanos, los animales. Y por último, la construcción de los derechos humanos como una producción exclusivamente individual por una visión de derechos colectivos.

Es decir, la crisis entre otros conceptos ha provocado que la interculturalidad se convierta en el nuevo modelo que se convierta como lo dice Catherine Walsh en un marco para un proyecto activo y dinámico de la interculturalización; proyecto que asume la decolonialidad como requisito y obligación, impulsando un cambio profundo hacia la creación de un Estado y sociedad que operan a partir de articulaciones, coordinaciones e interrelaciones entre estas lógicas, racionalidades,

conceptos, practicas, pueblos y nacionalidades diferentes.[133] Raul Llasag citando a Catherine Walsh, la interculturalidad se funda en la necesidad de construir relaciones entre las diversidades, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos.[134]

Para la CONAIE la interculturalidad, es la relación armónica e igualitaria entre las diversas comunidades, pueblos y nacionalidades, hacia no indígenas respetando las diversas expresiones culturales (lengua, cosmovisión, costumbres, tradiciones, autodeterminación, epistemologías, etc.) reconociendo y respetando las diferencias y diversidades... no significa que se viva pacíficamente uno al lado del otro no más, sino una convivencia con interacción, intercambio y aprendizaje mutuo.[135]

Joseph Estermann, explica en su construcción cómo debe comprenderse la *Filosofía intercultural*; no se trata de una deconstrucción de la tradición occidental dominante, sino de una actitud filosófica alternativa, de una crítica del mismo quehacer filosófico, de sus presupuestos y métodos, de sus sujetos y de su institucionalidad. La crítica intercultural de paradigmas mono-culturales como para la elaboración y promoción de filosofías culturalmente situadas y contextualizadas. La crítica se dirige a cada filosofía que se considera "universal" en sentido a priori, es decir, que se concibe a si misma y se reproduce como metacultural. Es la recuperación y rehabilitación de tradiciones no occidentales como formas alternativas de racionalidad y praxis[136]

Es decir, para todos estos autores, la interculturalidad no significa destruir entre culturas que son diversas, sino como lo menciona Camilo Borrero García, en lo que atañe al mundo normativo, la interculturalidad supondría un presupuesto de partida: el respeto a la autonomía

---

133 Catherine Walsh, *Interculturalidad, Estado, Sociedad*, op. cit. p. 153.

134 Raul Llasag citando a Catherine Walsh, Raúl Llasag Fernández, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad*, en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado*. op. cit. p. 185.

135 Lourdes Tibán Guala, *Estado intercultural, plurinacional y derechos colectivos*, op. cit. p. 105

136 Josef Estermann, op. cit. p. 96, 97.

de las formas de derecho propio de cada cultura. Autonomía que sólo podría tener como límites los provenientes de un eventual consenso de las culturas involucradas, nunca la imposición en torno a valores que no necesariamente son compartidos con la misma fuerza o voluntad.[137]

Es por ello que la constitución y el nuevo ordenamiento jurídico y político que fueron objeto de este articulo han provocado cambios y búsqueda de este nuevo modelo que todos debemos buscar sin destruir culturas sino entenderlas para buscar este intercambio y construcción.

Conclusiones

- Que los hegemónicos a través de su discurso han determinado el contexto cultural, social y político, incluido el derecho como expresión clara de su dominación frente a la realidad social.
- En el Ecuador esto ha sucedido como una consecuencia lógica de ser parte de ese desarrollo europeo del derecho y principalmente del grupo hegemónico de la burguesía, por ello como producto de la modernidad hizo que la construcción sea de negación y buscando que la sociedad sea homogénea.
- Una vez que comienza la crítica como construcción o alternativa al discurso dominante, se comenzó a abrir puertas para buscar la reformulación de los conocimientos sesgados por el poder, la ideología.
- Como se ha verificado en el artículo hemos observado como se ha procedido a esta reformulación con la recuperación de nuestra realidad social, provocando cambios epistemológicos, políticos y jurídicos.

137 Camilo Borrero García, *artículo Multiculturismo o Interculturalidad?* Diana Carrillo, Santiago Patarroyo Rengifo, editores, *Derecho, Interculturalidad y Resistencia Étnica*, op. cit. p. 68.

- El articulo presenta la nueva realidad del Ecuador y su construcción hacia un estado intercultural como respeto de la otra y e igualdad de condiciones de la nueva construcción de lo político y jurídico.

Bibliografia

Ramiro Ávila Santamaría, " *El neo constitucionalismo transformador" El estado y el derecho en la constitución del 2008*, AbyaYala, Quito-Ecuador, 2011.

Ramiro Ávila S., Agustín Grijalva y Rubén Martínez editores, *Desafíos constitucionales, La Constitución ecuatoriana del 2008, en perspectiva,* artículo de Marco Aparicio, Serie Justicia y Derechos Humanos, Nro.2, edit. Ministerio de Justicia y DH y Tribunal Constitucional, Quito, 2008.

Ramiro Ávila S. y otros *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano, Los Principios de Aplicación de los Derechos,* INREDH, serie investigación Nro. 14, Quito, 2009.

Enrique Ayala Mora, "Justicia Indígenas" Judith Salgado, compiladora, "*Interculturalidad, Reformas constitucionales y pluralismo jurídico*", Editorial UASB-AbyaYala, Quito-Ecuador, 2002.

Boaneventura de Souza en su libro "*Refundación del Estado en América Latina" Perspectiva desde una epistemología del Sur*", Editorial AbyaYala, 2011.

Boaneventura de Souza Santos, "Plurinacionalidad" *Democracia en la diversidad*, Alberto Acosta y Esperanza Martínez (compiladores), *Paradojas de nuestro tiempo y la Plurinacionalidad*, AbyaYala, Quito Ecuador, 1era. Edición, 2009.

Catherine Walsh, "*Interculturalidad, Estado, Sociedad*" Luchas (de) coloniales de nuestra época. Editorial AbyaYala. UASB, 2009.

Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología. Aproximación desde un margen,* Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1998.

Luis Gracia Martin., *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*", Editorial Tirant lo Blanch, alternativa, Valencia, 2003.

Luis Gracia Martín, *Fundamentos del sistema penal,* Editorial Cevallos, 1era. Edición, Quito, 2010.

Luis Macas, *Construyendo desde la Historia, Resistencia del Movimiento Indígena en el Ecuador, en Plurinacionalidad Democracia en la diversidad,*

Alberto Acosta y Esperanza Martínez, compiladores, Ediciones AbyaYala, primera Edición, Quito, 2009, p.p. 82- 83.

Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.

Raúl Llasag Fernández, *La jurisdicción indígena en el contexto de los principios de pluriculturalidad e interculturalidad"*, en *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, derechos e instituciones*, Serie Estudios Jurídicos No. 30, UASB, Sede Ecuador, Corporación Editora Nacional, 2009.

Josef Estermann, *Si el sur fuera el Norte*, editorial AbyaYala, primera edición, Quito, 2008.

Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política*, Editorial Trotta, España, 3ra. Edición, año 2009.

_____, "*La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*", Editorial Fondo de Cultura Económico, Séptima reimpresión, 1999, México.

Juan Vicente Sola, *Derecho Constitucional*, editorial LexisNexisAbeledo-Perrot, 1era.edición, Buenos Aires, año 2006.

Agudelo Bentacur, *Estudio preliminar de Delitos y Penas de Cesare de Beccaria*, editorial Temis, Bogotá, 2006.

Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I*, Editorial Rubinzal Culzoni,, Santa Fe- Argentina, 2008.

Francisco J. Ansuátegui Roig, "*De los derechos y el Estado de Derecho*", Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos, Editorial U. Externado, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho Nro. 47, 1ra. Edición, Bogotá Colombia, año 2007.

Carlos de Cabo, *La Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, Miguel Carbonell compilador, La *Función Histórica del Constitucionalismo*, editorial Porrúa-UNAM, 1era. Edición, México, 2008.

Gustavo Zagrebelsky, *La Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, Miguel Carbonell compilador, La Constitución y sus normas, Editorial Porrua-UNAM, Miguel Carbonnell compilador, Mexico, 1era. Edición, 2008.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

José Luis Díaz Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales,* editorial Trotta, Madrid-España, 2003.

Nicolás Guastini, "Neconstitucionalismo", en *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*, Edición de Miguel Carbonell,, Editorial Trotta, Barcelona-España, cuarta edición,2009.

Miguel Carbonell, *Neconstitucionalismo y derechos fundamentales*, editorial Cevallos, 1era. Edición, Quito-Ecuador, 2010.

_____, *La Constitución en serio;* Ed. Porrúa-UNAM, 3era. Edición, México, 2005,

Jorge Baquerizo Minuche y Erick Leuschner Luque, "*Sobre Neconstitucionalismo, Principios y Ponderación*", Notas desde la teoría y la filosofía del Derecho", editorial EDILEXS.A, lima Perú, 2011.

Calogero Pizzolo, *Sociedad, Poder &Sociedad*, Editorial Ediar, Bueno Aires-Argentina, 1era. Edición, 2004.

Carlos Alberto Cárdenas Sierra y Edgar Antonio Guarín Ramírez, *Filosofía Política y Del Derecho: Tomás de Aquino en dialogo con Bobbio, Chomsky, Rawls y Alexy,* Editorial Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2010.

Maurizio Fioravanti, *Los Derechos Fundamentales, Apuntes de historia de las constituciones,* Traducción de Manuel Martínez, editorial Trotta, 6ta.edición, Madrid-España, 2009.

Luigi Ferrajoli "*Democracia y garantismo*" ,traducción de Perfecto Ibañez y otros, *La democracia constitucional* , editorial Trotta, Valencia, 2008.

Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris, Teoría del derecho y de la democracia.1. Teoría del Derecho,* editorial Trotta, Madrid, 2011.

Bjarne Melkevik, *Rawls o Habermas Un debate de filosofía del derecho* Trad. Claudia Cáceres, Universidad del Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Nro. 42, Bogotá Colombia, 2006.

Hans Welzel, "Introducción a la Filosofía del Derecho", Traducción Felipe González Vicen, Editorial IB de F, Montivideo, año 2005.

Oscar Mejía Quintana. *Justicia y Democracia Consensual La teoría neocontractualista en John Rawls,* editorial Siglo de Hombres editores, Ediciones Uniandes, Bogotá , 1997.

Thomas Hobbes, *Leviathan,* Capítulo XVI , editorial Losada, Buenos Aires-Argentina,2003.

Alex Van Weezel, *Pena y Sentido: estudio de derecho penal,* ed. ARA editores, Lima-Perú, 2008.

Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez,* traducción de Manuel Jiménez Redondo, estudio introductivo, editorial Trotta, tercera edición, Valencia-España, 2001.

Rafael AlcácerGuirao, "*Los fines del Derecho Penal: Una aproximación desde la filosofía política*", Editorial U. Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

María Cristina Patiño, *Libertad personal habeas corpus y estados excepcionales,* editorial Ibañez-Academia Colombiana de Abogacía, Tesis Doctorales 1, Bogotá, 2007.

Antonio-Enrique Pérez Luño, *Teoría del Derecho, una concepción de la experiencia jurídica,* con la colaboración de Carlos Alarcón, Rafael González y Antonio Ruiz, editorial Tecnos, séptima edición, Madrid, 2008.

Rodolfo Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales,* Editorial Legis-Universidad Nacional de Colombia, Primera Edición, Bogotá-Colombia, 2005.

Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional,* 1era. Reimpresión, edit. Astrea, Buenos Aires, 2000.

Patricio Morales P *Los hijos del Sol: Reflexiones sobre el pensamiento político de los pueblos indígenas en el Ecuador,* edición CODENPE, Quito, 2007.

Lourdes Tibán, *Estado Intercultural Plurinacional y Derechos Colectivos en el Ecuador,* editorial Pacheco, Quito, 2010.

Rudolf Huber, Juan Martínez, Cecile Lachenal, Rosembert Ariza, coordinadores, *Hacia sistemas jurídicos plurales, Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena,* auspiciante Fundación. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2008.

Perfecto Andrés Ibañez, "*Sobre la prueba y motivación*", El Estado actual de las ciencias penales, libro homenaje a la Universidad de Antioquia, editorial Ibañez, Compilador Armando Calle Calderón, Medellín-Colombia, 2009.

Oswaldo Alfredo Gozainí, *El Debido Proceso, Derecho Procesal constitucional,* Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1era edición, 2004.

Bernardo Feijoo Sánchez, *Retribución y Prevención General, un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal,* editorial IBdef, Buenos Aires, 2007.

Ana Messuti, *El tiempo como pena,* Editorial Calle Campomanes libros, Buenos Aires-Argentina, 2001.

CAPAJ. Comisión Jurídica para el autodesarrollo de los pueblos originarios andinos,. Año 1995. http// www.puebloindio.org/dercons.htm.

ECUARUNARI, Estructura legal y sistemas jurídicos de los Pueblos de la Nacionalidad Kichwa del Ecuador. Edit. Ecuarunari, Ecuador, 2008.

Raul Ilaquiche, Pluralismo Jurídico y administración de Justicia Indígena en Ecuador, Edit. CONAIE, Ecuador, 2004.

Fabio Ciaramelli, *Instituciones y normas, Sociedad global y filosofía del derecho,* traducción de Juan Ramón Capella, Editorial Trotta, Madrid-España, 2009.

CONAIE "*Estructura legal de los sistemas jurídicos de los Pueblos y Nacionalidades Kichwa del Ecuador,* editorial Conaie, 2008, p.11, cita realizada por Verónica Yuquilema en su trabajo inédito.

Verónica Yuquilema, *Justicia indígena en la Comunidad de Pulucate,* trabajo inédito, Tesina para obtener el título de Abogada en la Universidad de las Américas-Quito (trabajo en prensa).

Carlos Pérez, *Justicia Indígena,* editorial CONAEI, ECUARUNARI, segunda edición, Cuenca, 2010.

Jorge Hugo Rengel Valdivieso, *Análisis y Comentarios para el estudio del Código Penal Ecuatoriano,* Editorial SEDAB, Ecuador, 2004.

RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR ILÍCITO Y MECANISMOS JURÍDICOS EN EL SISTEMA ANDINO DE INTEGRACIÓN

Álvaro Román[1]

Introducción

El presente trabajo tiene como finalidad demostrar como los Estados en su autodeterminación y ejercicio de su soberanía estatal, pueden interrelacionarse con otros Estados a través de diversos mecanismos como son organizaciones internacionales, sean de cooperación, supranacionales o especiales, con objetivos e interés comunes sean estos económicos, políticos, sociales o culturales, buscando el desarrollo de cada uno de ellos y bienestar de sus ciudadanos.

Con esas condiciones suscriben y ratifican instrumentos internacionales, con objetos definidos donde se desenvolverá dicha relación, de allí que al aceptar el ejercicio de la autodeterminación se adquiere obligaciones internacionales y de no cumplirlas se produce la responsabilidad internacional del Estado.

Por lo mismo el organismo internacional en este caso la Comunidad Andina, debe ejercitar su potestad de investigación y determinación de

1 Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar.

dicho incumplimiento para que el Estado que se le atribuya esta violación repare o deje de actuar en forma ilícita.

Por eso es importante hacer el estudio en un primer momento descriptivo, para explicar cada una de los elementos propuestos y de ser posible realizar una aproximación crítica a los temas propuestos.

Los temas que se pone a consideración son los siguientes: 1. Transferencia por delegación de las competencias al organismo supranacional. Poder de integración. 2. Obligaciones internacionales y responsabilidad internacional de los Estados partes por ilícitos. 3. Mecanismos para determinar la responsabilidad internacional en los instrumentos del Sistema Andino de Integración.

Transferencia por delegación de las competencias al organismo supranacional. Poder de integración

Para iniciar el presente ensayo, responderemos a los siguientes cuestionamientos ¿cómo entender la soberanía en la actualidad? y ¿en qué consiste la transferencia por delegación de las competencias estatales al organismo supranacional?, no se pretende hacer un estudio extenso sino señalar muy brevemente el tema de la soberanía para ligar con la transferencia.

Para el filósofo Jürgen Habermas, "la compresión moderna, (de) "Estado" es un concepto definido jurídicamente que en el orden material hace referencia a un poder estatal soberano tanto interna como externamente."[2]

En esa lógica, ser soberano es tener el poder de mantener en el ámbito interior, la paz y el orden, por medio de la capacidad de imponer el ordenamiento jurídico estatal; y, en el ámbito exterior pueda proteger

2 Jürgen Habermas, *La inclusión del otro, Estudio de Teoría Política*, (Madrid, Editorial PAIDOS, 1999) 97.

exteriormente sus fronteras, además, tener la capacidad de autoafirmación, para ser considerado como sujeto de derecho internacional por su reconocimiento como miembro igual e independiente del sistema de Estados o en la sociedad internacional.

En el proceso histórico de Nación, se produjo un salto cualitativo en el siglo XVIII, de no considerar solo a la nobleza y al príncipe en la integración de la sociedad. Las revoluciones francesa como norteamericana, reconstruyen el concepto de la nación, incluyendo a la nueva integración social, a los súbditos como ciudadanos, quienes tienen derechos y al mismo tiempo la pertenencia a un pueblo definido culturalmente, esto trae como efecto una nueva forma de legitimación, transformando la soberanía del príncipe en la soberanía popular o del pueblo o poder constituyente.

Igualmente, se ve transforma la soberanía exterior, cuando se parte del concepto de Maquiavelo de autoafirmación al concepto de autoafirmación existencial de la nación, por lo que existe un tercer concepto de Libertad, ya no sólo el concepto de libertad individual y de autonomía política de los ciudadanos, sino la libertad de la nación que es una autodeterminación cooperativa propia de los ciudadanos autónomos.[3] Con esta visión cosmopolita debemos integrar la soberanía de la nación frente a las demás estados, tomando en cuenta el sistema económico interno como el mundial, es así como

El capitalismo desde el principio se desarrolló adoptando dimensiones planetarias, esta dinámica económica, liberada del conjunto del moderno sistema de Estados, ha contribuido más bien a la consolidación del Estado nacional.[4]

Esta realidad económica actual de buscar en primer una cooperación y luego una integración, crea una tensión con el concepto de nación natural.[5] Y esto es la soberanía del pueblo es absoluta y el concepto de

3 Jürgen Habermas, ibidem 90.
4 Ibidem 99.
5 Cfr. Ibídem 84-7

soberanía en cuanto ejercicio se ha transformado, convirtiéndose en el sustento y para consolidar al Derecho Internacional.

En ese sentido Calogero Pizzolo, entiende como soberanía como "un conjunto de competencias o atributos que, en cuanto a su titularidad en forma exclusiva radica en el pueblo, mientras que en relación a su ejercicio, pueden o no estar a cargo de los órganos estatales".[6]

Continua el profesor Pizzolo, quien tiene la titularidad de la soberanía es el pueblo[7] este jamás la pierde y tiene la exclusividad, pero, no implica monopolio en cuanto al ejercicio sino en cuanto a la titularidad de la competencia. Es decir, que el ejercicio tiene un límite infranqueable que es la titularidad del poder constituyente y esta es la razón fundamental para sostener que el ejercicio nunca es objeto de atribución a organismos internacionales.[8]

Pero si es delegable, cuando el pueblo en su autodeterminación celebra un contrato que es la Constitución, en el que se organiza el poder público y el reconocimiento de los derechos de los ciudadanos, siendo estos el poder constituido a quien se delega y son las funciones e instituciones del Estado, para ejerza en forma interna y externa, tipifica en las normas constitucionales la autorización que el poder constituyente otorga al poder constituido para que suscriba instrumentos internacionales, como los tratados de creación de los organismos internacionales y para el caso que nos ocupa de integración, esto se llama "poder de integración".[9]

---

6 Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración, Ensayo de una Teoría General,* (Buenos Aires, editorial EDIAR, 2002) 210.

7 En el caso del Ecuador la Constitución en Art. 1 inciso 2do.determina que "La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución".

8 Cfr. Calogero Pizzolo, ibídem 209

9 Cesar Montaño Galarza, *Problemas constitucionales de la integración,* (1era. edición, México DF, editorial Porrúa, Universidad Anahuac, Universidad Andina Simón Bolívar UASB, Red Internacional de juristas para la integración Americana, 2013) 175, poder de integración comprende una o más clausulas constitucionales que autorizan no solo la participación del Estado en organizaciones supranacionales, sino además la atribu-

En la Constitución de Bolivia el Art. 265 se compromete a la integración social, política, cultural y económica[10] en la Constitución de Colombia existe esta autorización varias normas constitucionales,[11] en el Ecuador también existe dichas normas generadoras.[12] Y en la Constitución de Perú nos explica Cesar Montaño no existe en el Preámbulo, pero en los deberes del Estado se promoverá la integración particularmente latinoamericana.[13]

Una vez explicado la reconstrucción de la soberanía hasta la actualidad y sus relación con las autorizaciones constitucionales andinas otorga, es importante para el tema propuesto y al no existir el espacio suficiente para el debate sobre si estas normas constitucionales ceden,

---

ción prácticamente incondicional de competencias soberanas para el ejercicio al nuevo poder público que se constituye, así como la asunción de múltiples obligaciones que antes no pesaba sobre el Estado nacional, y que afectan a las clásicas ramas del poder público, pudiendo llegar inclusive a lesionar la esfera de los derechos ciudadanos.

10 Cesar Montaño Galarza, ibídem 171.

11 En la Constitución de Colombia Preámbulo "y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana". Art. 9. "las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe". Art. 227. El Estado promoverá la integración económica, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados que sobre la base de equidad, igualdad y reciprocidad, creen organismo supranacionales, inclusive para conformar una comunidad Latinoamericana de naciones. La ley podrá establecer elecciones directas para la constitución del Parlamento Andino y del Parlamento Latinoamericano. Art. 150.16 de la Constitución de Colombia: Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejercer las siguientes funciones: (..) 16. Aprobar o improbar los tratados o convenios que el Gobierno celebre con otros Estados o con entidades de derecho internacional. Por medio de dichos tratados podrá el Estado sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional, transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica en otros Estados".

12 En la Constitución del Ecuador. Preámbulo "Un país democrático comprometido con la integración latinoamericana (..) las paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra". Art. 417 "los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetaran a lo establecido en la Constitución." Art. 423 la integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe, será objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá".

13 Ibídem 172.

transfieren, atribuyen o delegan competencias, en esta parte hemos tomado una decisión metodológica, por la transferencia mediante la delegación de competencias, como sustenta Cesar Montaño Galarza, la delegación es una forma de entregarle competencia al órgano público derivado para que ejerza competencia, pero se reserva el poder de recuperarla en cualquier momento,[14] además, esta es la posición que mantenemos y hemos explicando en líneas anteriores, con apoyo de la posición del profesor Pizzolo, que la titularidad del poder constituyente no se pierde y el ejercicio tiene que responder a este y es el soberano quien delega con autorizaciones.

Finalmente, tanto el poder constituyente que genera la Constitución, son la autoridad y norma última que legitiman los procesos de integración.

Esta autorización del poder constituyente y de las normas constitucionales para suscribir y ratificar los tratados internacionales de integración, los Estados en ejercicio de esa soberanía transfieren mediante delegación a los órganos internacionales supranacionales ciertas competencias.

¿Qué es el órgano supranacionalidad?[15] Es una forma de organización internacional, que se encuentra constituida por Estados que requieren esta modalidad para transfieren por delegación las competencias, con la finalidad de suprimir las discriminaciones[16] y fomentar la armonización jurídica[17] en las materias que se acuerden en el tratado fundacional como la económica, política, social y cultural, además, este

14 Cfr. Ibídem 90-1.

15 Ricardo Vigil Toledo, *La estructura jurídica de la Comunidad Andina*, (Quito, editorial Corporación Estudios Nacionales, Centro Andino de Estudios Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, Nro.10, 2015) 42.

16 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 03-AI-2006, sentencia de 23 de enero de 2008, en este caso se resuelve si las medidas de incumplimiento pueden pasar el test de necesidad proteccionista para afectar la no discriminación. Sustento esencial de la integración.

17 Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, proceso 114-AI-2004, sentencia 25 de agosto de 2004; proceso 10-IP-95, de 26 de junio de 1998. En estas dos resoluciones del Tribunal determinan la necesidad de armonizar, así como de la primacía del derecho comunitario.

órgano supranacional origina un ordenamiento jurídico que tiene primacía y es de aplicación directa e inmediata frente al ordenamiento jurídico interno.

Estas organizaciones internacionales supranacionales para mejor comprenderlas podemos analizarlas con los siguientes criterios objetivos[18] 1. Es la creación de una autoridad pública derivada de índole internacional. 2. Tiene su origen en tratados fundacionales que son producto de la autodeterminación y consentimiento de los Estados que se encuentran autorizados por sus Constituciones. 3. Se constituye un sistema jurídico que se origina normas primarias o fundacionales y sus órganos generan normas secundarias o derivadas. 4. En dicho Tratado tiene una finalidad, que es integrar a sus miembros suprimiendo las discriminaciones generadas, en las competencias transferidas sean estas económicas, sociales, culturales o políticas. 5. Este Derecho Comunitario o de Integración tiene primacía frente al derecho interno[19], pero con los límites tanto formales como materiales que propone Pedro Pablo Tremps,[20] así como en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-231-97[21] *los principios superiores del ordenamiento cons-*

18 Cfr. Ibídem 53-83. Cfr. En el mismo sentido Guillermo Chahin Lizcano, *El derecho comunitario en el constitucionalismo andino, en Integración Política y Constitución, Pedro Pérez Tremps, coordinador.* (Quito, editorial Corporación Editora Nacional, Tribunal Constitucional del Ecuador, Universidad Carlos III, Comunidad Europea, BBVA, 2004) 166-2.

19 Guillermo Chahin Lizcano, ibídem, 171. La primacía o preeminencia del derecho comunitario se refleja en la capacidad que se reconoce a las normas expedidas por los organismos de la comunidad para prevalecer sobre las normas del ordenamiento jurídico interno de los estados que le sean contrarias. En el mismo sentido César Montaño ibídem, 77- 2. En el mismo sentido cfr. Pablo Pérez Tremps *Constitución e Integración*, en *Integración Política y Constitución, Pedro Pérez Tremps, coordinador.* (Quito, editorial Corporación Editora Nacional, Tribunal Constitucional del Ecuador, Universidad Carlos III, Comunidad Europea, BBVA, 2004) 149-154.

20 Cfr. Pedro Pablo Tremps, *Constitución e integración*, ibídem, 146-9. Menciona que los límites formales son la ratificación que debe recibir del poder constituyente vía democracia directa. Y los materiales son la propia constitución, los derechos humanos y el principio democrático del Estado. En ese sentido el Tribunal de Justicia Andino en el proceso 90-IP-2008, en el literal B. párr. 4 y considerando segundo de la interpretativa sostiene que los derechos humanos son límites a cualquier normativa andina, en especial a la comercial o empresarial.

21 Sentencia que se pronunció por la Corte Constitucional de Colombia en el caso C-231-97, para la aprobación del Protocolo Modificatorio de la CAN, **DESARROLLO DEL**

titucional -respeto de los derechos humanos, vigencia del Estado social de derecho, de la democracia y de la separación de poderes, (las cursivas me pertenecen). En el Dictamen de Aprobación del Tratado Internacional la Corte Constitucional del Ecuador, introduce otro límite material que es el no colonialismo en cualquiera de sus formas.[22] En cuanto a los límites formales, solo Bolivia tiene el referéndum como forma de legitimación democrática de los Tratados.

Uno de estos organismos supranacionales es la Comunidad Andina de Naciones, siendo una organización subregional con personalidad jurídica internacional. Conformada en la actualidad por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú y por los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración (en adelante SAI). Sus antecedentes se remontan a 1969 cuando se firmó el Acuerdo de Cartagena, también conocido como Pacto Andino. La CAN inició sus funciones en agosto de 1997 con el Protocolo modificatorio del Acuerdo Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) suscrito en Trujillo-Perú el 10 de marzo de 1996.

ACUERDO DE CARTAGENA-Respeto de principios superiores en decisiones comunitarias. Si no se descubre el modo de impedir que al menos los principios superiores del ordenamiento constitucional -respeto de los derechos humanos, vigencia del Estado social de derecho, de la democracia y de la separación de poderes-, se preserven en la fase de ejecución del acuerdo, los órganos de la comunidad detentarían un poder constituyente que ninguno de los países imaginó conferirles. Sin embargo, esta hipótesis debe desecharse puesto que el desarrollo del tratado, en modo alguno, requiere que dichos principios dejen de observarse. Las facultades de las autoridades de la subregión se limitan al ejercicio de las competencias que se trasladan a la comunidad y éstas, como emanación de los diferentes pueblos soberanos, no comportan la posibilidad de quebrantar tales principios que, además de corresponder a la tradición de los países firmantes, se recogen en los tratados internacionales suscritos por ellos y que, por su condición de derecho imperativo, resultan oponibles y vinculantes en el seno de la comunidad creada. No cabe la menor duda de que los actos y decisiones comunitarias que violen los principios superiores deben reputarse ultra vires y ser anulados por denotar desviación de poder.

22 Dictamen Nro. 016-11-DTI-CC, caso Nro. 0022-11-TI.

Obligaciones y Responsabilidad internacional por ilícitos de los Estados partes de la Comunidad Andina de Naciones

–Obligaciones internacionales de los Estados partes de la Comunidad Andina de Naciones

Con la suscripción y ratificación del Tratado de creación, como del Protocolo modificatorio de la Comunidad Andina, los Estados integrantes señalaron como objetivos: profundizar la integración subregional andina, promover su proyección externa y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración. Mediante el mecanismo de la zona de mercado común latinoamericano, esto trae como consecuencia fundar este organismos de integración, por lo tanto, existe transferencias mediante delegación en las materias que han sido señaladas en este párrafo, por lo mismo para implementar y seguir con los criterios han creados organismos[23] que tenga un reflejo de los estados tradicionales como las funciones ejecutivas, legislativas y judicial.

Las competencias ejecutivas son ejercidas por el Consejo de Presidentes, Consejo de Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina y la Secretaria General; la judicial el Tribunal Andino de Justicia y el legislativo para el autor Parlamento Andino (con una reserva que no tiene una potestad legislativa real)[24],

23 Protocolo modificatorio del Acuerdo de Cartagena- Comunidad Andina. Artículo 6.- El Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones: El Consejo Presidencial Andino; El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores; La Comisión de la Comunidad Andina; La Secretaría General de la Comunidad Andina; El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; El Parlamento Andino; El Consejo Consultivo Empresarial; El Consejo Consultivo Laboral; La Corporación Andina de Fomento; El Fondo Latinoamericano de Reservas; El Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración y los demás que se creen en el marco del mismo; La Universidad Andina Simón Bolívar; Los Consejos Consultivos que establezca la Comisión; y, Los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

24 Protocolo modificatorio del Acuerdo de Cartagena- Comunidad Andina, Art. 43 literal e) Participar en la generación normativa del proceso mediante sugerencias a los órganos del Sistema de proyectos de normas sobre temas de interés común, para su incorporación en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina;

los que tienen la competencia son los demás órganos, excepto el Consejo de Presidentes que dicta políticas y el Tribunal Andino que emite sentencias e interpretación prejudiciales.

En ese sentido el artículo 1 del Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia (en adelante Tribunal o TAJ), se tipifican cuáles son las fuentes que rigen el Sistema de Integración Andino: El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, comprende: a) El Acuerdo de Cartagena, sus Protocolos e Instrumentos adicionales; b) El presente Tratado y sus Protocolos Modificatorios; c) Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina; d) Las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina; y e)Los Convenios de Complementación Industrial y otros que adopten los Países Miembros entre sí y en el marco del proceso de la integración subregional andina.

A más de estas fuentes, también debemos tener en cuenta, los actos unilaterales de cada país miembro, siempre que reúnan lo que exige el derecho internacional público, en cuanto a su forma como a su fondo, dentro de los primeros están: 1. Que los funcionarios que las realizan tengan la capacidad suficiente y en el ámbito de sus funciones, 2. Que dichas declaraciones tenga relación con la materia objeto de dicho acto unilateral. En los segundos, esto es al fondo: 1. Que esa declaración sea clara y precisa en relación al tema y 2. Que ese acto unilateral tenga la intención de creación de una obligación internacional en esa materia.[25]

Estos organismos de la Comunidad Andina dentro de sus competencias previstas en la normativa andina, producen según la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina del 12 de noviembre de 1999, recaída en el Proceso 07-AI-99, define que el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina se compone, principalmente de dos tipos de normas jurídicas: las originarias, primarias, constitucionales, que son contenidas en el Acuerdo de Cartagena y en el Tratado de crea-

25 Norka López Zamarripa, *Derecho Internacional Público*, (México, editorial Porrúa, Facultad de Derecho UNAM, 2014) 139-146.

ción del TJCA, y las normas derivadas o secundarias, que son las contenidas en las Decisiones del Consejo Andino de Cancilleres, de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaria General, lo que por lo demás ya había sido definido en la sentencia recaída en el proceso 1-IP-96, publicado en la *Gaceta Oficial,* nro. 257, de 14 de abril de 1997 y en el proceso 1-AI-96 del 24 publicado en la *Gaceta Oficial,* nro. 234, de 21 de noviembre de 1996.[26]

Es importante hacer esta diferencia entre normas primarias y secundarias, según el autor Vigil Toledo, considera que estas sentencias dejan en forma clara cuál es la "jerarquía de las normas vinculantes en su aplicación e interpretación"[27] y continua el mismo autor, que ninguna normativa puede ser contraria a las normas fundantes, pero en el caso de conflicto entre las primarias y las secundarias, serán aplicables las segundas porque ellas con normas comunitarias, a diferencias de las otras del SAI; que no dejan de ser de derecho internacional público.[28] Son este orden jurídico compuesto de estas normas las que constituyen las obligaciones internacionales que asumieron los Estados frente a la Comunidad Andina de Naciones.

Con estas aclaraciones, debemos determinar ¿Qué relación se procesa con el ordenamiento jurídico interno de cada estado y los efectos jurídicos que se producen? Entre otros se puede inferir de la misma normativa del Tratado del Tribunal:

a. Les genera a los Estados partes una obligación internacional,[29] en el

26 Ricardo Vigil Toledo, ibídem 30.

27 Ibídem 33.

28 Cfr. Ibídem 33.

29 Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia. Artículo 2.- Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina. Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR SIB-UCE

momento que brindaron su consentimiento, en ejercicio de su soberanía y transfirieron por delegación el ejercicio de ciertas competencias, para la generación del Tratado de creación de la Comunidad Andina de Naciones, y en el momento que fue ratificado por cada uno de estos países los vinculó, es decir, nacieron obligaciones estatales frente a este organismo supranacional.

Estas obligaciones en aplicación del principio de buena fe y de la obligatoriedad de cumplimiento de los tratados internacionales o *pacta sunt servanda*, previsto en este mismo Tratado del TAJ, debe adoptar las medidas necesarias para cumplir las normas y levantar los obstáculos que permitan su aplicación.[30] En el caso de la integración eliminar la discriminación comercial y económica.

Frente a este compromiso internacional, los órganos estatales internos para cumplir esta obligación deben tener una actividad permanente, sin caer en la inactividad, abandono o pasividad, frente actos contrarios, de ausencia de protesta o de reserva de derechos. Tampoco generar el efecto de retractación que se conoce como *stoppel* (las cursivas son mías)

Queda prohibido que se pueda alegar por parte de los Estado partes, para su incumplimiento legislación interna, excepto en los límites materiales que fueron explicados en líneas anteriores, lo cual provocaría la inaplicabilidad del derecho comunitario por el Estado por desviación del poder.

Tampoco se podrá alegar que se cumple otras normas de órganos internacionales ya que el Derecho comunitario tiene primacía pero el Tribunal confunde con la supremacía, en el proceso 114-AI-2004, sentencia de 25 de agosto de 2004. En esta misma sentencia se resolvió el tema de las obligaciones frente a otros órganos.

---

30 Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia. Artículo 4.- Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.

Además, cuando la normativa andina no haya sido desarrollada por la misma, y al no existir no le genera una obligación internacional.

b. Tiene primacía, conforme a las normas del Tratado de creación del Tribunal estas normas deben ser aplicadas en forma directa e inmediata desde su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo,[31] o cuando se disponga su vigencia diferida en cada país miembro.

En el instante que la competencia ha sido delegada a la Comunidad, esta se reserva el desarrollo normativo sobre esa materia, pero puede existir complemento indispensable conforme a las Interpretaciones Prejudiciales que ha pronunciado el Tribunal.[32] Y esto se presenta cuando las normas comunitarias han sido dictadas, la legislación interna no puede elaborar otras en el mismo sentido, sino solo cuando sea necesaria para su correcta aplicación.

c. Las normas primarias en el derecho internacional público son de aplicación incondicional y generan un cumplimiento obligatorio por los Estados partes que hayan brindado su consentimiento.Por lo mismo, los tratados fundacionales tiene estas posición dentro del ordenamiento jurídico andino; y siendo las secundarias hipotéticas que deben cumplir el supuesto de hecho para que se cumpla.

En el derecho internacional público la norma primaria tiene relación con las normas consuetudinarias. Y las secundarias son las regulan la obligación internacional y como consecuencia se activan cuando se violentan las primarias.

---

31 Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

32 Proceso 10-IP-94 Gaceta Oficial Nro. 177, 20 de abril de 1995; proceso 3-AI-96 de 24 de marzo de 1997.

d. La norma comunitaria debe estar en vigencia para que surta efectos. Así mismo, las normas derivadas no debe estar en contradicción con las normas constitutivas, y si lo están debe existir el control de convencionalidad mediante la acción de nulidad.[33]

e. En razón de la materia, esto es, las normas generan obligación internacional solamente en las competencias que le han sido transferidas mediante delegación a la Comunidad y que es objeto del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina de Naciones

f. Todo lo anterior debe respetar los límites tanto formales y materiales que se indicaron en líneas anteriores y respetando la Constitución de cada estado, no hay que olvidar que es esta en ejercicio del poder soberano del pueblo y del poder constituyente que autorizaron la existencia de la misma organización, tratado y como consecuencia de las normas comunitarias.

–Responsabilidad internacional por ilícitos de los Estados partes de la Comunidad Andina de Naciones.

En ninguno de los instrumentos del Sistema Andino de Integración, se ha desarrollado en forma clara y precisa *la responsabilidad por hechos como institución jurídica*, (las cursivas me pertenecen) pero se encuentra implícitamente en el Tratado de creación del Tribunal, cuando el mismo debe conocer las demandas que proponen sean los mismos estados partes o sujetos particulares sea colectivo o individual que se sienta afectado por el incumplimiento de la normativa andina.

---

33 Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia Art. Artículo **17.-** Corresponde al Tribunal declarar la nulidad de las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, de la Comisión de la Comunidad Andina, de las Resoluciones de la Secretaría General y de los Convenios a que se refiere el literal e) del Artículo 1, dictados o acordados con violación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, incluso por desviación de poder, cuando sean impugnados por algún País Miembro, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General o las personas naturales o jurídicas en las condiciones previstas en el Artículo 19 de este Tratado.

En el derecho internacional público se ha originado un instrumento internacional que ha recopilado veinte y cinco años de discusiones sobre este tema, esta codificado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, recopilado en la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Organización de Naciones Unidas (en adelante ONU),[34] en el cual ha sido desarrollado y descrito en forma extensa los principios, la responsabilidad y la reparación en la materia de responsabilidad por los hechos internacionalmente ilícitos.

Este instrumento complementara a las decisiones del Tribunal de Justicia Andino, convirtiéndose en un instrumento necesario para encontrar el mejor significado de las normas en esta materia, el no acogerlo provocaría una creación innecesaria de múltiples interpretaciones o criterios que no colaboran con la instrumentación del derecho internacional público y derecho comunitario o de integración, creando inseguridad jurídica.

Una vez explicada la falta de normativa, pero al mismo tiempo la conveniencia de integrar a la interpretación el instrumento internacional sobre responsabilidad internacional, debemos preguntarnos ¿cuantas responsabilidades existen?, para Silvina S. González Napolitano[35] existen dos:

1. La responsabilidad del Estado por actos ilícitos es cuando el Estado o sus órganos o funcionarios sea por acción o por omisión incumplen el derecho internacional respecto de otro Estado o de particulares; y,
2. Responsabilidad del Estado por actos no prohibidos por el derecho internacional, es cuando es un acto no prohibido por el derecho internacional pero genera daño a otro Estado o a una persona, esto es, cuando la acción no está prohibida pero es riesgosa, por ejemplo: como el envió de objetos al espacio ultraterrestre, el transporte de sustancias peligrosas.

34 Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nro. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr. 1y2).

35 Cfr. Silvina S. González Napolitano, *Responsabilidad Internacional del Estado por actos ilícitos,* (http:/www.uba.edu.ar. consulta 31 de julio de 2015). 2.

Por la extensión del trabajo y el tema propuesto solo estudiaremos la primera forma de responsabilidad, para ello debemos iniciar con la pregunta ¿Qué es la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos? La profesora Silvina González, sostiene "es la contraria a una obligación internacional en vigor, cualquiera sea su fuente. De acuerdo con el derecho internacional consuetudinario".[36]

En el caso andino, es el hecho que es contrario a la normativa descrita en el Art.1 del Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

¿Cómo se comprende la responsabilidad? Para Fernando Molina Fernández, la responsabilidad, es una palabra polisémica, que debe delimitarse su sentido, por ello propone que existen dos posiciones teóricas que la construyen en forma diferente

La primera mira al pasado, a los acontecimientos previos al hecho, e intenta encontrar antecedentes que expliquen su existencia, que sean "responsables" de su aparición. El segundo grupo mira más bien al futuro, a las consecuencias del hecho, e identifica quien o quienes deben responder de él, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a la existencia del hecho.[37]

Es decir, cuando se presente el hecho que debe ser analizado por el Juez, éste debe realizar su juicio de imputación o imputatio atribuyendo el hecho que fue producido por una acción u omisión libre, que implica que tuvo la voluntad de realizar, constituyéndose en esa causa libre y por lo mismo una vez realizada esta exteriorización que sería analizada en la imputación natural debemos complementarla con la imputación a la libertad.

Estaríamos analizando bajo el criterio de la primera posición, quien hizo el hecho será responsable, esto según el autor citado, constituye

36 Silvina S. González Napolitano, ibídem. 2.

37 Fernando Molina Fernández, *Responsabilidad jurídica y libertad*, (1era. Edición, Bogotá, editorial U. Externado de Colombia, 2002) 16.

la responsabilidad subjetiva, por ello debe aparecer la segunda posición que debe responder con la sanción y reparación por el hecho que causó. En esos instantes

Por lo general decimos que el autor debe ser "culpable" del hecho antijurídico. Con ello lo que se hace es fundir bajo una misma expresión los dos conceptos de responsabilidad que distinguimos anteriormente. Se habla de responsabilidad subjetiva para indicar la responsabilidad jurídica –imposición de penas y reparación- basada en la responsabilidad subjetiva o moral – causación culpable de hecho desvalorado-.[38] Podemos sostener que los estados en su calidad de sujetos del derecho internacional tienen autodeterminación para obligarse, pero al mismo tiempo implica responsabilidad frente a sus actos. Y por lo mismo deben responder con el reproche de las sanciones y reparaciones fijadas para el ilícito.

Esta actuación y responsabilidad no debe surgir de un acto de coacción sino de un acto de compromiso, que implica que rigen la leyes de libertad de convivencia igualitaria de los estados o de integración, a la cual los Estado se vincularon no como acto de puro poder, sino que en un deber de respeto y de cumplimiento de esas normas, que en el aspecto democrático fueron participes del debate y por lo mismo en esa actuación y condición de autor nace el compromiso de cumplir dicha normas comunitarias. Normas comunitarias que se generaron con la participación activa y que los Estados entregaron su consentimiento para vincularse a las mismas.

¿Cuáles son los elementos que se necesitan para que exista la responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos? De lo expuesto en líneas anteriores podemos deducir que son los elementos subjetivos y objetivos.

---

38 Cfr. Fernando Molina Fernández, ibídem. 72.

–Elemento objetivo

Según la codificación de las ONU, 56/83, "Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consiste en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y, b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado."[39]

Esta normativa internacional, se refiere al comportamiento con el objeto de abarcar las dos formas de actuar sea por acción o por omisión. La primera es una actuación positiva que se materializa con la actuación del Estado sea vía de elaboración de leyes, reglamentos o decisiones de los órganos correspondientes que puedan afectar la supresión de las discriminaciones que existen a productos de los Estados miembros de la CAN. La segunda es cuando, se espera una conducta por parte del Estado, sea para armonizar su actuación con la normativa andina y no realiza o deja de hacerlo o no tuvo la debida diligencia.

Según la autora Silvina González, sostiene que la calificación de este comportamiento se realiza conforme al Derecho internacional, no importa si dentro del derecho interno es licito.[40]

Este comportamiento debe provocar la violación de una obligación internacional del Estado, en este punto debemos rescatar que no se refiere solamente a la normativa que sirve de fuente al Derecho internacional que se encuentra en el Art. 28 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, sino al ser amplía "Constituye una violación de una obligación internacional del Estado", puede ser recogida por cualquier ordenamiento internacional para su aplicación, así lo ha realizado en forma implícita la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en su sentencias a integrado conceptos y principios de esta Resolución de la Asamblea General de la ONU. Y este órgano de dere-

39 Documentos oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nro. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr. 1y2). Art.2.

40 Ibídem 3. En ese mismo sentido Julio Barboza, *Uso de la fuerza. Responsabilidad internacional,* (Buenos Aires, editorial Zavalía, 2006) 75.

chos humanos ha determinado la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en el instante que se incumple con el ordenamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.[41] Esta posición coadyuva a la propuesta de este trabajo que si puede ser integrada esta normativa del derecho internacional público a la interpretación del TJCA.

Siguiendo con el análisis, la normativa del Sistema de Integración Andino, que se encuentra reconocida en el Art. 1 del Tratado del TJCA, es incumplida por algún comportamiento de los Estado parte, esto le ocasiona la responsabilidad internacional. No importa si este comportamiento es título de dolo o de culpa, tan solo debe ser violatorio de una norma que le genero obligación internacional.

Retomando la posición de Fernández Molina, se debe regresar al pasado para encontrar la causa, en este caso el comportamiento del Estado que produjo la violación de la obligación internacional recogida en la norma comunitaria y en ese momento el Juez Andino, luego del análisis de la prueba tanto del demandante como de la Secretaria, según sea el caso y de la prueba de descargo del Estado, deberá valorar y concluir si se puede o no atribuirle o imputarle dicho comportamiento a la violación de la obligación.

Y en forma posterior, en la misma sentencia detener la violación de la norma y sancionar al Estado infractor con la reparación.

–Elementos subjetivo

En este elemento el autor Julio Barboza, sostiene que el comportamiento debe ser atribuido a un sujeto del derecho internacional que por excelencia es un Estado, pero existen personas que actúan y con su comportamiento también se le atribuye al Estado, esto se llama "hecho del Estado".[42] En esta resolución de la ONU, hace una tipifica-

41 Cfr. Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de fecha 29/07/1988, párr. 170, 172, 173.
42 Julio Barboza, ibídem, 77.

ción bastante completa tratando de cubrir los actos que se pueden entender son imputables al comportamiento del Estado. Así tenemos:

a. Comportamiento de los órganos del Estado; b. Comportamiento de una persona o entidad que ejerce atribuciones del poder público; c. Comportamiento de un órgano puesto a disposición de un Estado por otro Estado; d. Extralimitación en la competencia o contravención de instrucciones; e. Comportamiento bajo la dirección o control del Estado; f. Comportamiento en caso de ausencia o defecto de las autoridades oficiales; g. Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole; h. Comportamiento que el Estado reconoce y adopta como propio.

En cualquier de los comportamientos descritos se le puede atribuir al Estado y por lo mismo existe la responsabilidad internacional por ilícitos en violación a la obligaciones internacionales que debió respetar.

Mecanismos jurídicos para determinar la responsabilidad internacional en los instrumentos del Sistema Andino de Integración.

Existen dos clases de mecanismo dentro de la Comunidad Andina, el primero de carácter político y el segundo de carácter jurídico.

El primer mecanismo tiene íntima relación con el derecho internacional de normas blandas o *soft law,* éste es requerido por los Estados cuando no se ponen de acuerdo en ciertas normas y por lo mismo requieren de esta técnica, así como no asumen jurisdicciones que les obliguen al cumplimiento y acuerdan mecanismos de solución de conflictos como la negociación, mediación. Así como las medidas de carácter político de orden económico unilateral de los miembros de la comunidad como son sanciones de impedir las exportaciones, etc.[43]

43 Cfr. Marina C. Brilman, *Permanencia y cambio de la normatividad en el derecho internacional,* en *Derecho internacional: Poder y límites del derecho en la sociedad glo-*

En relación al segundo mecanismo, podemos encontrar que el Sistema de Integración Andino, a partir del Protocolo modificatorio del Acuerdo Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) que introduce normas que reestructuran el mismo por la Comunidad Andina de Naciones, y por la creación del Sistema Andino de Integración, suscrito en Trujillo-Perú, el 10 de marzo de 1996. Decidieron la creación del Parlamento Andino, y órgano integrante del Sistema Andino de Integración el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.[44]

Además, el Tratado de creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, le otorga competencias y ser "es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina", también Juez de los conflictos entre los Estados o entre los particulares y los Estados, como consecuencia es garante de la declaración del derecho comunitario y de su interpretación para tutelar su aplicación por parte de los Estados miembros de la Comunidad andina.

En su Tratado de creación el TJCA, existen garantías jurisdiccionales que son las siguientes: 1. La acción de nulidad; 2. La acción de incumplimiento; 3. La interpretación prejudicial; 4. La acción de omisión o inactividad. 5. Función arbitral, y 6. Jurisdicción laboral.

Con los argumentos planteados en líneas anteriores debemos continuar en la investigación de los elementos de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos, para lo cual analizaremos en un primer momento las acciones de incumplimiento y la interpretación prejudicial. Si existen casos en la función arbitral según la información y el

bal, René Ureña (coordinador), Serie Global, (Bogotá, Universidad de los Andes Facultad de Derecho, ediciones, Uniandes, 2015) 145.

44 Protocolo modificatorio del Acuerdo de Cartagena. Artículo 6.- El Sistema Andino de Integración está conformado por los siguientes órganos e instituciones: (...) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; (...). En relación al Tribunal es un órgano del Sistema y consta en el protocolo modificatorio en la Sección E. Del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ART. 40. El Tribunal de Justicia es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina. ART. 41. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se rige por el Tratado de su creación, sus protocolos modificatorios y el presente acuerdo. El Tribunal tiene su sede en la ciudad de Quito, Ecuador.

criterio de Cesar Montaño no se han puesto en marcha dicha actividad y por lo mismo no será objeto de estudio.

–Acción de incumplimiento

Esta garantía se encuentra regulada en los artículos 23 al 31 del Tratado de creación del TJCA. En esa normativa se señala que la legitimidad activa, para proponer esta acción puede ser otro Estado parte, así como las personas individuales como colectivas, cuando se sienta afectados en sus derechos.

Conforme lo anota Ricardo Vigil Toledo, en la sentencia de 24 de diciembre de 1998, en el Proceso 2-AI-97, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 391, de 11 de diciembre de 1998, ha descrito que esta acción está dividida en dos momentos.

Un primer momento administrativo de la Secretaria General donde el órgano comunitario dialoga con el Estado parte que supuestamente ha incumplido, para permitirle corregir su conducta en esta primera etapa de formulación de observaciones por la Secretaria[45] En su naturaleza esta es una institución del derecho blando que no coacciona al Estado al cumplimiento, sino que todavía está en un ámbito discrecional del mismo. Y por lo mismo sería de carácter político como habíamos señalado al inicio de este apartado, ya que es la Secretaria la que pretende solucionar con el Estado para que deje sin efecto el acto violatorio de la normativa andina.

Un segundo momento es el contencioso, como lo menciona la sentencia comentada, en este momento procesal, es la Secretaria o los privados los que pueden proponer dicha acción ante el TJCA, estimo que es obligación de los accionantes el determinar el hecho ilícito que le puede generar responsabilidad internacional, al Estado que incumple.

45 Ibídem 95. En mismo sentido el Ricardo Vigil Toledo, cita que la Secretaria realizo el informe de incumplimiento del Perú, pero no interpuso la acción ante el TJCA, por lo que acudieron directamente las empresas, esto consta en el proceso 05-AI-2008, publicado en la Gaceta Oficial Nro. 1824, de 26 de abril de 2010.

Una vez verificado la existencia del hecho se debe subsumir o adecuar a los elementos subjetivos y objetivos que nos sirven de filtros para determinar la existencia o no de dicha responsabilidad, esta atribución o imputación la realiza el Tribunal cuando resuelve el proceso en sentencia.

En la sentencia del Tribunal, en el Proceso 114-AI-2004, de 8 de diciembre de 2005,[46] (p. 24, párrafo 3), cuando explica la naturaleza de la acción de incumplimiento, ha considerado lo siguiente:

> Los artículos 23, 24 y 25 del Tratado de creación (...) establecen las etapas que necesariamente tienen que debe agotarse ante el Órgano Ejecutivo de la Comunidad, indicando que la Secretaria General (...) iniciara la investigación por el posible incumpliento de un País miembro de sus obligaciones asumidas a nivel comunitario (...) a través de las notas correspondiente, en la cual se expresen los motivos que hagan presumir que *la conducta cuestionada no se adecúa al ordenamiento jurídico* comunitario, señalando *las normas supuestamente infringidas*. (Las cursivas son mías)

Así mismo esta sentencia en la parte que resuelve sobre la violación del Art. 4 del Tratado de Creación del TJCA y del Art. 266 de la Decisión 486, (p. 49) motiva:

> Por lo tanto, el artículo 266 de la Decisión 486, consagra a los Países Miembros una faculta de hacer, cual es la de proteger los datos de prueba contra todo uso comercial desleal (...) la República de Colombia, al emitir el Decreto 2085 en su artículo 3, ha violado su obligación de hacer.

La sentencia comentada reconoce los elementos subjetivos y objetivos que debe reunir el comportamiento del Estado, para ser declarada su responsabilidad internacional sin mencionar el instrumento internacional de la Asamblea General de la ONU.

---

46 Cfr. En ese mismo sentido existen sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que determinan en forma general los elementos subjetivo y objetivo. Proceso 3-AI-96 sentencia de 23 de septiembre de 1996. Proceso 53-AI-99, sentencia de 14 de marzo de 2001.

Como se expone en sus razonamientos el Tribunal, menciona el comportamiento de un Estado sin especificar el órgano, sino en forma general se refiere a la Republica de Colombia este es la acción ya que tenía una obligación de hacer. Así mismo se determina cual es la norma comunitaria incumplida que el Art. 266 de la Decisión 486 así como el Art. 4 del Tratado de creación del TJCA, con lo cual se determina el elemento objetivo y por lo mismo existe la responsabilidad internacional por un hecho ilícito.

Además, se ha cumplido con el primer elemento también propuesto por Molina Fernández de encontrar la causa que género la violación, así como el segundo elemento de la propuesta del autor comentado, en la parte resolutiva de la sentencia en el considerando Tercero: le manda a la Republica de Colombia "a adoptar medidas que fueren necesarias para restablecer el ordenamiento jurídico comunitario, debiendo abstenerse de realizar actos de cualquier naturaleza que impidan u obstaculicen su aplicación", en esta parte el Tribunal deja en forma discrecional y amplía a que Colombia realice dicha reparación. Se puede hacer una crítica que a pesar de que existe un Tribunal este como resuelve sigue aplicando el derecho internacional blanco ya que el segundo elemento de la responsabilidad posterior de responder con una sanción hubiera sido eliminar la norma violatoria, pero los Jueces Andinos tomando una resolución ambigua, política y no jurídica a pesar de que quieren darle este matiz.

Por la extensión del presente trabajo no ha podido tratar temas de las eximentes de responsabilidad estatal. Considero que puedo dejar planteado que en el Proceso 3-AI-96 de 23 de septiembre de 1996, el Estado colombiano, en su defensa alega estado de necesidad (pág. 19-20), conforme a los Arts. 78 y 79 del Acuerdo de Cartagena en relación un problema de balance de pagos, que también se lo podría analizar como unas contra medidas. El Tribunal no hace ningun análisis sobre las alegaciones en la parte de pertinencia de la prueba técnica. Y solo se concentra en el incumplimiento.

Conclusiones

1. La soberanía siempre radica en el pueblo, el ejercicio de la misma puede transferirse por delegación.

2. La delegación es la forma más adecuada ya que, es la entrega de la competencia en forma provisional y no definitiva, por lo que se puede recuperar en cualquier instante ese ejercicio de la competencia. La entrega total significa federalismo y no integración.

3. La obligación internacional se origina en la vinculación del Estado en el momento que en su autodeterminación presta su consentimiento para formar este nuevo órgano supranacional.

4. El nuevo ordenamiento jurídico puede tener primacía, pero eso no implica supremacía como se ha podidos leer en los fallos del TJCA, que confunde estos dos términos.

5. El derecho comunitario tiene límites formales y materiales. Los primeros que tenga una autorización constitucional para determinar el poder de integración y sea el caso el de su aprobación vía democracia directa. Y en el segundo, los derechos humanos el sistema democrático y la estructura del estado, así como la propia Constitución.

5. La vinculación del ordenamiento interno al ordenamiento internacional comunitario o de integración, generan obligaciones internacionales al Estado que consintió en la formación de este nuevo organismo internacional. Estas obligaciones son la vinculación a cumplir con las normas de dicho órgano supranacional, con los límites anotados en el numeral anterior.

6. En el caso de que el Estado no cumpla con estas normas se origina una responsabilidad internacional no interna, por lo que el órgano supranacional debe investigar dicha violación y determinar mediante sentencia la responsabilidad.

7. La responsabilidad internacional por el hecho ilícito es cuando se reúnen dos elementos estos son: el subjetivo y el objetivo. El subjetivo es el comportamiento del Estado sin importar dolo o culpa, sino es la valoración de la acción como estado. El elemento objetivo es la violación de la norma comunitaria.

8. En el caso analizado la parte resolutiva cumple con el primer criterio de la responsabilidad determinado la causa, no cumple adecuadamente el segundo criterio, ya que es ambiguo, político poco jurídico.

Bibliografía

Julio Barboza, *Uso de la fuerza. Responsabilidad internacional,* Buenos Aires, editorial Zavalía, 2006.

Marina C. Brilman, *Permanencia y cambio de la normatividad en el derecho internacional,* en *Derecho internacional: Poder y límites del derecho en la sociedad global,* René Ureña (coordinador), Serie Global, Bogotá, Universidad de los Andes Facultad de Derecho, ediciones, Uniandes, 2015.

Guillermo Chahin Lizcano, *El derecho comunitario en el constitucionalismo andino, en Integración Política y Constitución, Pedro Pérez Tremps, coordinador.* Quito, editorial Corporación Editora Nacional, Tribunal Constitucional del Ecuador, Universidad Carlos III, Comunidad Europea, BBVA, 2004

Silvina S. González Napolitano, *Responsabilidad Internacional del Estado por actos ilícitos,* http:/www.uba.edu.ar. Consulta 31 de agosto de 2015.

Jürgen Habermas, *La inclusión del otro, Estudio de Teoría Política*, Madrid, Editorial PAIDOS, 1999.

Norka López Zamarripa, *Derecho Internacional Público,* México, editorial Porrúa, Facultad de Derecho UNAM, 2014.

Fernando Molina Fernández, *Responsabilidad jurídica y libertad,* (1era. Edición, Bogotá, editorial U. Externado de Colombia, 2002.

Cesar Montaño Galarza, *Problemas constitucionales de la integración,* 1era. Edición, México DF, editorial Porrúa, Universidad Anahuac, Universidad Andina Simón Bolívar UASB, Red Internacional de juristas para la integración Americana, 2013

Pablo Pérez Tremps *Constitución e Integración*, en *Integración, Política y Constitución, Pedro Pérez Tremps, coordinador.* Quito, editorial Corporación Editora Nacional, Tribunal Constitucional del Ecuador, Universidad Carlos III, Comunidad Europea, BBVA, 2004.

Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración, Ensayo de una Teoría General,* (Buenos Aires, editorial EDIAR, 2002).

Ricardo Vigil Toledo, *La estructura jurídica de la Comunidad Andina,* Quito, editorial Corporación Estudios Nacionales, Centro Andino de Estudios Internacionales, Universidad Andina Simón Bolívar, Nro.10, 2015.

NORMATIVA INTERNACIONAL

Documentos oficiales de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nro. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr. 1y2).

Protocolo modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)

Tratado de creación del Tribunal Andino de Justicia.

NORMATIVA ECUATORIANA

Constitución de la República del Ecuador.

SENTENCIAS INTERNACIONALES

Corte Constitucional de Colombia, sentencia caso C-231-97.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 10-IP-94 Gaceta Oficial Nro. 177, 20 de abril de 1995;

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 3-AI-96 de 24 de marzo de 1997.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 53-AI-99, sentencia de 14 de marzo de 2001.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 114-AI-2004, de 8 de diciembre de 2005.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Proceso 10-IP-95, de 26 de junio de 1998

SENTENCIAS NACIONALES

Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen Nro. 016-11-DTI-CC, caso Nro. 0022-11-TI.

EL PROBLEMA DE LA INCOSTITUCIONALIDAD DE LA OMISIÓN IMPROPIA DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Mauricio Enrique Pacheco[1]

Resumen

Este tema del delito de comisión por omisión es abordado en forma muy sintética desde la perspectiva de la dogmática penal desarrollada por varios tratadistas clásicos en relación con las fuentes de garantía y la calidad de garante. El autor advierten el peligro de que este tipo de infracción penal contemplada en la parte general del COIP adolezca de vicios de inconstitucionalidad por violación al principio de legalidad penal mediante la utilización de la analogía como mecanismo de adecuación de la omisión a la acción, teniendo en cuenta que además existen grandes vacíos de punibilidad dado el estrecho margen en el que actúa el garante teniendo únicamente la ley y el contrato como sus fuentes.

Introducción

No es simple coincidencia el que muchos autores e investigadores re-

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

presentativos del Derecho Penal tengan el unánime criterio de que esta importante ciencia experimenta un proceso acentuado de transformación en dirección contraria a la preocupación contenida en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Si éstos ven en el horizonte un sistema penal más respetuoso de las libertades individuales la tendencia moderna apunta a una reducción de las esferas limitadoras del poder punitivo que se rinden ante una política criminal que desespera frente el avance incontenible de las tasas de criminalidad e inseguridad.

El Derecho penal está en constante expansión con la incorporación de tipos penales y la criminalización de conductas que traspasan los límites impuestos por el principio de mínima intervención penal. Vivimos una época de expansión del poder punitivo del Estado hacia campos antes vedados gracias al intenso trabajo de racionalización que se viene construyendo desde la creación del Estado moderno producto de la Revolución Francesa. No se trata solo de la expansión cuantitativa de conductas criminales sino la implosión que se experimenta en algunas instituciones penales por la incorporación de elementos interpretativos expansivos y analógicos a la hora de definir los límites del poder de punición del Estado, tal es el caso de los delitos de comisión por omisión u omisión impropia en relación con la posición de garante del sujeto activo de la infracción.

La dogmática penal quizá ha dedicado mucho esfuerzo al estudio de los delitos de acción más que a los de omisión por lo que torna necesario que los criterios de imputación para estos últimos sea racional y garantista de los derechos fundamentales porque ante la carencia de un desarrollo teórico el Estado y los jueces no pierden la oportunidad de limitar las garantías e imponer decisiones arbitrarias, como bien afirma Donna.[2]

2 Donna Edgardo A (20106). Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 197 .

La comisión por omisión

Las relaciones sociales e intersubjetivas del individuo con su entorno tiene contenidos que la legislación los ha recogido atendiendo a su manifestación externa sea como actos de hacer y no hacer. Es decir activando procesos causales, en el primer caso, o dejando que estos sigan su curso en el caso del segundo, relaciones de la persona con el mundo externo ejecutadas bajo presupuestos de libertad e independencia. Estos comportamientos activos u omisivos que si caen dentro del ámbito punitivo son tipificados como infracciones por la ley penal.

Según la doctrina los delitos omisivos se pueden presentar bajo dos situaciones fácticas diferentes: la omisión propia y la omisión impropia o denominada en la actualidad como comisión por omisión. La primera hace referencia a la actitud de desobediencia del sujeto a lo que le ordena hacer la ley sin que el resultado tenga importancia determinante. La comisión por omisión, en cambio, es el comportamiento deliberado de una persona que prefiere no evitar un resultado dañoso cuando se encuentra en posición de garante. Si no existe resultado no habrá delito de comisión por omisión. Es importante anotar que las omisiones propias "...infringen mandatos sin lesionar derechos subjetivos..." y en la comisión por omisión "...se detecta la presencia, en relación con ellas, de un evento natura listico caracterizado como lesión de un bien jurídico..."[3]

En nuestro caso concreto las infracciones penales bajo la modalidad de la omisión están descritas en el Art. 23 del COIP pero con la novedad que la omisión propia no se encuentra definida en un tipo general sino que se remite al marco individualizado de los delitos de la parte especial del COIP. Efectivamente encontramos, por ejemplo, la insolvencia fraudulenta tipificada en el Art. 205; el abandono de personas del art. 153; el delito de desatención del servicio de salud, Art. 218; El prevaricato de los jueces o árbitros, Art.268; Art. 276 del delito de omisión de

3 Silva Sánchez Jesús (2010). El delito de omisión. Editorial B de F. Buenos Aires. Pág. 394

SIB-UCE

denuncia por parte de un profesional de la salud; la contravención contra la tutela judicial efectivas del Art. 277; El inciso segundo del delito de cohecho del Art. 280; Art. 282 del delito de incumplimiento de decisiones legitimas de autoridad competenteArt.295, la negativa a prestar auxilio solicitado por autoridad civil a personal de la fuerza pública; quienes incumplan el deber de denunciar previsto en el Art. 422Art. 311 del ocultamiento de información; un caso de defraudaciones bursátiles del art. 313Art.319 omisión de control de lavado de activos; la sedición, art. 342; traición a la patria, art. 353; omisión en el abastecimiento, art. 355; omisión en el aviso de deserción, Art. 358; financiación de terrorismo, Art.367; y en los casos verificados en los delitos de tránsito. Es un sistema cerrado.

En el caso de los delitos de comisión por omisión el Art. 28 del COIP los califica como delitos de Omisión dolosa que contiene los siguientes elementos:

1.- Se refiere a comportamientos humanos.
2.- Que deliberadamente prefiere no evitar un resultado material típico
3.- Estando en posición de garante.

El mismo Art. 28 inciso final califica la posición de garante a la persona que cumple con los siguientes requisitos:

a.- La persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia
b.- Que los bienes jurídicos en custodia deben ser los referidos a la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico.
c.- Que con su omisión haya provocado o incrementado precedentemente un riesgo.
d.- Que ese riesgo se verifique en el resultado. Es decir que resulte determinante en la afectación del bien jurídico.

De una primera lectura del art. 28 del COIP, que regula el delito de comisión por omisión, podemos afirmar, y ese es el objetivo o la hipótesis con el que desarrollaremos este artículo, que el marco regulatorio de este delito en nuestro código penal deja abierta la puerta para que con-

ductas violatorias al principio de solidaridad establecido en el marco constitucional presenten márgenes amplios de impunidad al diseñar un sistema de garantía cuyas únicas fuentes son el contrato y la ley, dejando de lado otras fuentes de posición de garante como son la asunción voluntaria, la comunidad de vida, la comunidad de riesgo y la injerencia, que si están contempladas en la mayoría de las legislaciones penales de Latinoamérica y el mundo.

El delito de comisión por omisión generalmente carece de una redacción clara y explícita en un tipo penal determinado. Se lo extrae luego de un proceso de inferencia. Los delitos de omisión simple están especificados en tipos penales de la parte especial, como es el caso de las defraudaciones bursátiles del Artículo. 313, Articulo .319 referido a la omisión de control de lavado de activos; la sedición en artículo. 342, del COIP.

La comisión por omisión se aplica a los delitos de resultado porque la verificación de esta consecuencia es la parte más determinante en el proceso de imputación y admiten la tentativa como es el caso del homicidio omisivo doloso, así como la modalidad culposa y además es un tipo de delito cualificado porque es sujeto activo del mismo únicamente quien se encuentra en posición de garante.

Si el tipo penal específico que describe un delito de comisión por omisión contenga una pena específica ésta deberá ser impuesta. Pero si no se encuentra el delito de omisión impropia tipificado como tal de forma específica, la pena será equivalente al delito de comisión. Así lo establece el Art. 23 segundo inciso del COIP Esta forma de equiparación genera una serie de problemas graves de carácter constitucional y legal que al decir de Zaffaroni, por ejemplo, es una especie de mal necesario aunque la Constitución prohíba la analogía en la construcción del tipo penal.[4] El juez deberá utilizar la analogía bajo ciertos límites precisos. Los delitos de comisión por omisión admite el sistema de numerus

4 Zaffaroni Eugenio (2005). Manual de Derecho Penal. Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires. Pag.444

clausus. Solo se aplica para los delitos en contra de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico (Art. 23.2 del COIP), sin que esto signifique que la Constitución o la misma ley confieran el carácter de garante para otro tipo de delitos.

La posición de garante

La relación entre deber jurídico formal y posición de garante es un problema que se origina a partir del siglo XIX.[5] Después de Feuerbach la teoría del deber jurídico de obrar se derivaba de la posición de garante hasta después de la segunda guerra mundial en donde se equipara ambos aspectos como de origen común. En lo posterior y hasta la actualidad se discute que los deberes jurídicos pueden surgir incluso de una base no legal como son las relaciones de comunidad.

Por otro lado, como anotamos anteriormente el sujeto activo no corresponde a cualquier persona sino a una especial o calificada, como es el garante. Es especial porque no toda persona tiene la exigencia de obrar positivamente para salvaguardar el bien jurídico que el derecho quiere proteger. Solo de hacerlo las personas que tienen alguna relación muy particular con el bien jurídico protegido.

Garante es la persona que tiene el deber o la obligación jurídica de velar que una o varias personas determinadas no se vean expuestas a sufrir un menoscabo a sus bienes jurídicos frente a una fuente de peligro o de riesgo. Es jurídico porque esa exigencia es impuesta por la ley penal con todas las prerrogativas de castigo estatal que su desobediencia implica. De tal manera que no es una obligación moral sino legal y no se refiere al deber de evitar el resultado sino de hacer todo lo posible para que éste no se verifique. El castigo previsto en la ley no tiene su razón de ser en la no evitación o en la producción del resultado sino en la ausencia de una acción o conducta tendiente a evitar ese resultado no querido por la ley.

5 Schunemann Berd. Ob. cit. pag.262.

El sujeto activo debe evitar iniciar o poner en marcha o generar procesos causales que conduzcan a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados pertenecientes a ciertas personas que se encuentran bajo su cuidado y protección. Su conducta estará orientada a desviar o anular esos procesos causales bajo amenaza de sanción en caso de no realizarla.

Visto desde el lado de la víctima garante es "...una persona determinada que esta llamada de un modo especial a la protección del bien jurídico puesto en peligro y que todo el resto de los coparticipes confían y pueden confiar en la intervención activa de esa persona...".[6] La inobservancia omisiva o de comisión de los deberes de garante fundamentan una imputación jurídico-penal expresada en los siguientes planos:

a) Deberes de aseguramiento por el que el garante tiene bajo su responsabilidad la administración de una fuente de peligro, como es el caso de quien tiene la obligación de asegurar las rieles y verificar la estructura de una rueda moscovita.

b) Deberes de salvamento frente a un peligro que puede lesionar bienes jurídicos de terceros. Su deber consistiría en anular o minimizar los efectos. Por ejemplo, quien realizar una construcción de un edificio tiene que tomar todas las medidas para que los transeúntes no resulten afectados por alguna caída de material o algún hueco abierto por esta causa.

c) Los deberes por asunción voluntaria que amplía el ámbito de su garantía que genera expectativas de protección eficientes. Ejemplo, quien voluntariamente ayuda a cruzar la calle a una anciana asume la posición de garante y no puede abandonarla en la mitad de la vía..

6 Jescheck Hans H. Tratado de derecho penal. Parte general. Editorial comares SL. Granada. 2014. Pág. 668.

¿Basta solo la posición de garante para la imputación penal del delito de comisión por omisión?

Algunos autores sostienen que efectivamente basta esa posición para atribuirle el resultado que se ha concretado con el riesgo. Por ejemplo, la sola calidad de médico sería condición suficiente para para constituirse garante de la vida de un paciente, teoría que genera un estado de ausencia de limitaciones. Por el contrario, la posición de Jesús María Silva Sánchez sostiene que no basta la sola condición de garante porque no toma en cuenta situaciones en las cuales el peligro o daño puede provenir no solo de la misma omisión sino de terceros, de la víctima o de un suceso natural.[7]

Es pertinente la observación que realiza varios autores cuando sostienen que se trata de posiciones especiales de garantía porque si bien es cierto que todo garante tiene el deber de actuar no todo el que tiene el deber de actuar es garante, por ejemplo, el dependiente de una tienda de armas no tiene el deber de omitir vender un arma aunque sepa que el comprador cometerá delitos, porque no tiene la calidad de garante de la vida e integridad de alguna posible víctima.

En este sentido, nuestra legislación adopta un lineamiento materialista que no se agota en la sola condición de garante para ser sujeto activo del delito de omisión impropia. El tipo penal de la omisión en el COIP requiere de una conducta precedente que produzca o incremente un riesgo jurídicamente no permitido sobre los bienes jurídicos objeto de protección y no solo la calidad de garante otorgada por la ley o el contrato, lo que permitirá diferenciar los grupos de casos en los que el peligro o riesgo provienen de la misma víctima o terceros o de un caso fortuito.[8]

---

7 Luzón Peña, Diego. Estudios penales. PP]U. –Barcelona. 1991

8 Forero Juan C (2005). El delito de omisión en el nuevo Código Penal. Editorial Legis. Bogotá. Pág. 97 a 103

¿Cómo se determinan los límites de la posición de garante?

Existen dos tipos de garante. En el primer grupo se encuentran todos a quienes se les responsabiliza el resultado lesivo como si ellos mismos lo hubieran causado. Los otros responden por una omisión propia agravada por el resultado, tal responsabilidad obedecen a criterios de delimitación que nos informan que no todo daño o puesta en peligro de un bien jurídico debe serle atribuido al garante.

De allí la importancia de establecer los límites y las características de los deberes de garante. Claro que éstos dependen del contenido de la fuente del deber jurídico y del mismo caso concreto, aspecto que ha generado la aparición de dos teorías: la teoría formal del deber jurídico la teoría material o de las funciones.

–La teoría formal del deber jurídico

El origen del aparecimiento de esta teoría vincula al fracaso del positivismo de encontrar en la simple causalidad la pretendida condición suficiente de que no impedir la producción de un resultado equivale a ocasionarlo. La teoría de las fuentes formales pretende explicar que la omisión es típica o equivalente a la acción cuando la obligación de impedir el resultado lesivo provenía de la ley y el contrato.

La teoría formal de tipo causalista, ya superada en la actualidad, pero que curiosamente la adopta el COIP, considera que los delitos de comisión por omisión se asientan en presupuestos como la existencia de una acción esperada que se omite; que exista afectación a un bien jurídico; que exista una relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado. En este contexto, la acción se equipara a la omisión si se verifica que la existencia de un deber jurídico de actuar provenga de la ley, del contrato, o del hecho precedente. Verificada esta fuente habría que establecer la causalidad hipotética o la infracción de un determinado deber jurídico para poder establecer la equivalencia entre la acción y omisión.

Feuerbach señaló como fuentes formales de la posición de garante a la ley y al contrato, la primera o razón jurídica como emanación de la voluntad general; y el contrato como expresión de la autonomía de la voluntad de las partes para adquirir ciertos deberes jurídicos.[9]

Posteriormente se creó otra de carácter material: la conducta peligrosa precedente, que no es una fuente formal porque carece de fundamentación jurídica la obligación de conjurar el peligro que el sujeto activo generó mediante una conducta previa o precedente.

–La ley como fuente formal

Quizá es la primera y la más importante fuente de posiciones de garante. A través de esta se establecen por ejemplo, como mencionamos, en la constitución, en el Código Civil y el Código de la Niñez y de la Adolescencia, se establecen los deberes de garante del padre en relación con la vida, salud, protección, educación y la manutención de los hijos, así como también los deberes de auxilio entre esposos. Si una madre no alimenta a su hijo podría ser culpable del delito de homicidio por comisión por omisión.

El deber jurídico y la calidad de garante debe estar consagrado también en leyes distintas a la ley penal, como las administrativas, mercantiles, laborales y otras más en atención a la calidad de accesorio tiene el Derecho penal frente a situaciones que pueden tornarse injustas al sancionar conductas autorizadas o permitidas por otras ramas del derecho.[10] Caso contrario se trataría de una omisión propia especialmente de aquellas personas que no tienen una obligación especial o particular de garantizar la vida e integridad de otras, sino solo la obligación de prestar socorro. Ni que decir de otras que solo constituyen obligaciones de carácter moral.

---

9 Benavente Hesbert (2007) La omisión: concepto e imputación objetiva. Fabián J.Di Placido Editor. Buenos Aires. Pag.128.

10 Schunemann Bernd (2009). Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia. Editorial Marcial Pons. Madrid. Pág. 267

La problemática de la ley como fuente formal de garantía está en que existen múltiples relaciones que no constan en la ley como es el caso de los deberes de auxilio en parejas del mismo sexo o en uniones de hecho. O las relaciones entre un tío y su sobrino, o entre consuegros que viven juntos. La ley es insuficiente. Por el ejemplo la niñera q u e al ser despedido que ve como se ahoga el niño en la piscina y no hace nada porque estaba despedido de su trabajo y no estaba obligada a esa prestación especial. No sería responsable de un delito de comisión por omisión (homicidio) con una pena de diez a trece años (Art.144 del COIP) sino simplemente al delito de omisión propia de abandono de personas tipificado en el Art. 153 del COIP el mismo que establece una pena de uno a tres años de prisión. La diferencia punitiva es abismal dada la dependería a la vigencia o no de un contrato, de acuerdo con nuestra legislación penal del Art. 23 y 28 del COIP que no tiene en cuenta el grado de intencionalidad dañosa existente, que en ambos casos el mismo. La adopción de la teoría de las fuentes formales no significo sino una respuesta a las objeciones de inconstitucionalidad por la inexistencia de normas que fundamenten la posición de garante.[11]

Sin embargo esta posición entra en crisis por la adopción de principi9s constitucionales flexibilizadores de la garantía ofrecida por el principio de legalidad de las fuentes.

–El contrato como fuente formal

Es la asunción voluntaria que realiza un sujeto que asume la posición de garante de un bien jurídico por la sola firma de un contrato que así lo estipula. De esta forma se constituyen en garantes la niñera que cuida a un niño durante el tiempo de la vigencia del contrato; el salvavidas en la playa: el electricista: el plomero, el vigilante nocturno o guardia privado, entre otros.

Pero sabemos que no toda obligación contractual genera una obligación de constituirse en garante excepto que del contenido del contrato

11 Benavente Hesbert (2007) La omisión: concepto e imputación objetiva. Fabián J.Di Placido Editor. Buenos Aires. Pag.130.

surja una particular obligación voluntaria de asumir cierta posición de garante.

El contrato como fuente de deberes jurídicos generadores de posiciones de garante incluye una serie de situaciones fácticas que por ser fuentes puramente formales no repararon en la legitimidad de estas fuentes ni en los límites que deben establecerse. No caben dentro de esta fuente los deberes entre novios o amigos íntimos, entre familiares con grados cercanos de consanguinidad que vivieran juntos porque sencillamente no existe ninguna obligación de carácter legal o contractual que rija esa relación. Cuál es el papel de un garante en un contrato nulo y sin valor jurídico, por ejemplo.

En vista de la serie de limitaciones producto de la ausencia de cuestionamientos sobre el tema de la legitimidad y los límites de estas fuentes, esta teoría cayó en desuso.

–El actuar precedente y peligroso

Lo primero que debemos observar en nuestra legislación penal es que el Art. 28 del COIP hace referencia a que la posición de garante proviene de quien teniendo un contrato o la ley ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulta determinante en la afectación del bien jurídico protegido. El actuar precedente, en este caso, no se refiere a que éste se verifica primero como un hecho generador de la condición de garante, independientemente de si la ley o el contrato lo constituyan como tal. Por el contrario, el actuar precedente de nuestra legislación se refiere a un hecho factico que se produce ex post a la condición de garante. Es decir, primero debe existir la ley o el contrato como antecedente de la constitución de garante y posteriormente debe haber un hecho o actuar precedente para la generación del resultado lesivo. El actuar precedente no hace referencia a una condición sine qua non y previa a la calidad de garante sino a la causa ontológica del resultado. Por tanto el actuar precedente del Art. 22 inciso segundo del COIP no es el mismo al que se refiere la doctrina.

Esta fuente no está contemplada en el COIP, como lo acabamos de señalar, y la doctrina refiere como tal a aquellos hechos en los cuales el agente ha creado un peligro con su actuar precedente y que posteriormente el resultado lesivo se concreta. Por ejemplo, en el evento de que un automovilista atropelle a un peatón y lo deje abandonado en la vía sin prestarle la ayuda que hubiera salvado su vida. El atropello como actuar precedente lo constituye en garante de la vida del peatón independientemente de que la ley o el contrato lo hagan. La ausencia de esta fuente de garantía en el COIP hace que estas conductas no configuren como un delito de homicidio por comisión por omisión dolosa sino simplemente como un delito de abandono de personas (Art.153) (omisión propia) que se castiga con una pena mínima.

En concreto, la persona que mediante un actuar precedente genera un riesgo o peligro a un bien jurídico protegido y si de verificarse este peligro no evita el resultado lesivo debe responder penalmente como si éste lo hubiera realizado. El problema de esta teoría es que genera una cadena de causalidad interminable en donde todo riesgo por mínimo que sea genera un deber de actuar y constituye al sujeto en calidad de garante de cualquier resultado lesivo que se produjese. Si se atendiera a esta concepción originaria todas las personas responderían por todos los resultados porque ontológicamente siempre encontraríamos un lugar en alguna cadena de causalidad. Buscando restringir el ámbito de aplicación posteriormente se defendió la idea de que solo los hechos peligrosos y próximos serían considerados pero no hubo acuerdo sobre qué es lo que entendemos como peligrosos y próximos.

–Critica a las teorías formales

La concepción de la teoría formal de los deberes jurídicos adoptada por el COIP tiene el defecto de constituirse en una institución amplificadora de posiciones de garantía sin límites. Por ejemplo el Art. 69 la Constitución de la República del Ecuador, numeral 1, prescribe que el padre y la madre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, sobre los hijos, en especial cuando se encuentren separados

de ellos. Sin embargo este deber jurídico que sitúa a los padres en posición de garante tiene el defecto de su exagerada generalización. Efectivamente, no repara en precisar si los hijos son mayores o menores de edad, si se encuentran emancipados o no. Podríamos deducir que los padres se han constituido en garantes del cuidado de sus hijos desde el nacimiento hasta su muerte constituyendo fronteras de responsabilidad prácticamente sin límites. Donna[12] menciona las sentencias absurdas que se dictaron en Alemania al tener más en cuenta las fuentes de la posición de garantía antes que la relación del omitente con el bien jurídico afectado, como por ejemplo la sentencia por la cual se sentencia al padre del delito de comisión por omisión por no haber impedido que su hijo cometiera un delito del que el padre nada sabía.

De la misma manera, el contrato como fuente de deberes de protección a los bienes jurídicos, es muy reducido y estrecho. A contrario sensu de la fuente legal podremos afirmar que en los contratos, las obligaciones son más precisas y limitadas. En el caso de la niñera, por decir algo, las obligaciones de protección en calidad de garante asumida por la celebración del mismo, se limitaría al tiempo de su vigencia, a los horarios de su prestación, fuera de los cuales la condición de garante se extinguiría generando consigo daños y afectaciones a los bienes jurídicos que estaban bajo su protección. En el caso de matrimonios nulos, en la relación entre tíos y sobrinos, abuelos y nietos, incluso entre quienes tienen estrecha relación de afinidad y consanguinidad y que viven en relación de comunidad que no están precisados en la ley ni en el contrato no generan situaciones de asunción de posiciones de garante, aunque el sentido de justicia, equidad y humanidad nos digan lo contrario.

Esta pretendida intención de abarcar y simplificar todas las fuentes de garantía, al igual que recurrir a generalidades y determinantes extensos y poco claros de las posiciones de garante llevaron a replantear radicalmente estas fuentes del deber de garantía.

12 Donna Edgardo A (20106). Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Pág. 261

–La Teoría material o de las Funciones de la calidad de garante

Frente a las serias deficiencias que planteaba la teoría de las fuentes formales se construyó una teoría basada en la teoría de las funciones de Armin Kaufmann. Atiende al sentido social de los deberes jurídicos, la relación funcional material entre una persona y determinados bienes jurídicos. Para los sustentadores de este modelo no es el precedente legal o contractual la fuente de los deberes de protección y cuidado de una persona para con el bien jurídico de otra, sino la asunción fáctica de "*...una función de protección del bien jurídico, o del control de una fuente de peligro...*".[13]

En este sentido es garante quien ostenta deberes de protección y de vigilancia (deberes de custodia y deberes de aseguramiento según la propuesta de Jescheck)[14] de los bienes jurídicos sobre determinadas fuentes de peligro que los amenacen. Estos deberes pueden originarse en una estrecha comunidad de vida, de la conducta voluntaria del sujeto y de la comunidad de riesgo.

En otras palabras, se distinguen dos grupos de fuentes de deber:

–Situaciones que originan y crean deberes de garantía sobre bienes jurídicos

En este grupo encontramos casos como:

a. *Relaciones familiares muy cercanas.*- Entre las que se encuentran las situaciones de los padres y su relación con sus hijos menores de edad; de parientes y hasta amigos que viven en comunidad. La garantía no se fundamenta en estrechos vínculos familiares construidos por la ley sino en una relación de íntima relación social, de convivencia intima

13 Cerezo Mir José (2013). Derecho Penal. Parte General. Editorial. Tecnos. Buenos Aires. Pag.983.
14 Jeschekc Hans. Obra citada. Pág. 669

en un lugar común. Quienes viven en comunidad de vida son garantes recíprocos por la existencia de vínculos afectivos. La obligación jurídica creada por el entorno existencial de estrecha convivencia hace que se conviertan en garantes de las otras personas por las que responderán, en caso de una lesión a los bienes jurídicos de su garantizado, no como simples acciones omisivas que podrían incluso enervar su responsabilidad penal, sino por delitos de comisión por omisión.

Así por ejemplo el sobrino que vive con su tío anciano en la misma casa asume la calidad de garante y responderá por la lesión a los bienes jurídicos de su tío si deliberadamente no permitió que lo vea un médico o no le suministró los medicamentos que debía proporcionarlos, a consecuencia de lo cual falleció.

La teoría formal adoptada por el COIP no calificaría como un delito de comisión por omisión, de presentarse este caso, porque en ninguna parte de la ley o del ordenamiento jurídico ecuatoriano prescribe deberes de cuidado y protección entre tío y sobrino.

b. *La asunción voluntaria de la posición de garante.*- Se asume voluntariamente la protección del bien jurídico independientemente de la validez del contrato. Si la niñera se comprometía a cuidar a un niño de dos años de edad hasta determinada hora en que vienen los padres, la niñera dejaría de tener la calidad de garante originado en el contrato si los padres no llegaran todavía a esa hora. Abandonar al niño en esas condiciones hace ver que el contrato no es suficiente fundamento de la constitución de garantía porque la niñera debería asumir voluntariamente la calidad de garante de los bienes jurídicos del niño hasta que vengan sus padres por fuera del tiempo estipulado en el contrato.

El COIP legisla sin tener en cuenta que lo determinante para asumir la calidad de garante no es la validez de un contrato que ya ha terminado sino la asunción real y voluntaria de la posición de garante por un tiempo que prolonga su duración sin excederse en demasía los limites. Además la posición de garantía por asunción voluntaria no termina

únicamente con esa condición sino que debe ser consumada cuando existe una verdadera dependencia del sujeto u objeto protegido respecto del garante. Por ejemplo: alguien se compromete a ser guía de montaña en la asunción de un nevado a un grupo de compañeros de aventura. Dejarlos abandonados a su suerte en cualquier momento a pretexto de mediar entre esa persona y los excursionistas un contrato, resulta condenar a aquellos a situaciones peligrosas que de terminar en una muerte de alguno de ellos, caería dentro de ciertos márgenes de impunidad.

Igualmente quien asume la conducción de un menor de edad abandonado para ayudarlo a encontrar a sus padres asume voluntariamente la calidad de garante de ciertos bienes jurídicos del menor. En esa condición mal podría abandonar nuevamente al niño si no encuentra a sus padres a título de ser un garante voluntario.

c. *Comunidad de riesgo*.- Cuando frente a empresas o actividades muy arriesgadas y peligrosas un grupo de personas se convierte en garante de las otras. Debe ser previamente concertada y no originarse de manera causal. Se basa en el principio de confianza por el cual nadie podría emprender una empresa peligrosa sin la confianza de que todos se van a ayudar y auxiliar en caso de que suceda un accidente. De acuerdo con el sistema adoptado, el COIP no califica como delito de comisión por omisión si el grupo de excursionistas decide abandonar a su suerte a un compañero herido bajo el pretexto de retrasarlos en el descenso de la montaña. A lo mucho esta conducta podría encuadrarse dentro de los presupuestos de la omisión de socorro del Art. 153 del COIP.

–Deberes de vigilancia de determinadas fuentes de peligro

Las fuentes potenciales de riesgos son aquellas condiciones creadas o preexistentes que pueden generar situaciones que ponga en peligro o lesionen bienes jurídicos de otras personas. De tal manera que el sujeto o garante tiene el deber de vigilar esa fuente de riesgos bajo la amenaza

de asumir la responsabilidad por los resultados que originen la omisión. Se pueden verificar los siguientes casos:

a. *Vigilancia de una fuente de riesgo preexistente.*- Existen fuentes de riesgo que deben ser vigiladas por el sujeto activo. Estas fuentes de riesgo pueden ser maquinas, cables, estanques, animales o personas peligrosas o indeseadas. Estas fuentes no son creadas por el garante. Son preexistentes.

La fuente del deber jurídico derivaría de la ley o del contrato. Si no existen estos antecedentes la infracción omisiva, según el COIP, no sería penalmente relevantes a título de comisión por omisión.

b. *Injerencia o actuar precedente.*- El sujeto que haya creado un riesgo de lesión para un bien jurídico queda en posición de garante por lo que deberá asumir su obligación de vigilancia para que ese peligro no se transforme en lesión. Esta asunción automática del deber de garantía que asume el sujeto implica el surgimiento de un deber de evitación del resultado que amenaza con producirse. De concretarse el resultado lesivo responderá a título de comisión por omisión siempre que el sujeto activo conozca del riesgo creado y que el riesgo sea típicamente relevante. Si el sujeto desconocía el riesgo de su conducta elimina las presencia del dolo y por tanto la injerencia. Este tipo de situaciones que tienen que ver, en una buena cantidad de casos, en conductas relacionadas con las actividades de producción de bienes de consumo en donde la posición de generador de riesgos jurídicamente permitidos por parte de las industrias podrían derivar en el consumo de productos peligrosos para la salud que no podrían catalogarse como delitos de comisión por omisión porque la calidad de garante que adquiere la empresa o las personas jurídicas o naturales no provienen de la ley ni del contrato, constituyéndose una nueva fuente de impunidad.

–La cláusula de la equivalencia

Está superada la idea de que los delitos de acción y los omisivos son

equivalentes desde el punto de vista valorativo. Los tipos penales incluyen también conductas o comportamiento omisivos que igualmente conducen a la producción del mismo resultado que se hubiera alcanzado mediante una conducta comisiva. Igual resultado consigue el medico que deja de morir a un paciente por no proporcionarle los medicamentos como si el fallecimiento se produjera por suministro equivocado de los mismos. La acción tiende a ser equiparada con lo omisión. El hacer y el no hacer.

Pero en este proceso surgen varios problemas a la hora de valorar comportamientos omisivos que difícilmente conducirían a una equiparación en el resultado. ¿Quién no procura ayuda a quien acaba de asaltarle por las heridas sufridas por su propio disparo comete homicidio?. Una cosa es la omisión del deber de socorro, que no existe en nuestra legislación penal, y otra muy diferente la comisión por omisión. Pero muy difícilmente podríamos coincidir que quien omite la ayuda al que le acaba de asaltar comete un delito de homicidio en los términos del Art. 23 inciso segundo del COIP.

El problema de inconstitucionalidad de la imputación de la comisión por omisión

La imputación de la producción de un resultado que corresponde a un tipo penal de acción a una persona que omitió realizar lo necesario para evitar ese resultado lesivo depende de si el tipo penal de la comisión por omisión se encuentre tipificado en la parte general o en la parte especial, en cada una de las formas que aceptan el delito omisivo.

Si el tipo penal de la omisión impropia, inserto en la parte general, pretendiendo constituirse en una formula general, aplicable a los distintos casos específicos, con el que se propone castigar a quien ostentando la condición de garante no evita un resultado que afecta un bien jurídico protegido estaríamos frente a un problema constitucional por agresión al principio de legalidad consagrado en la constitución y en la ley, por

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
SIB-UCE

la pretendida punición utilizando ilegítimamente la estructura del injusto penal de acción.

Si la persona que matare a otro (Art.144 del COIP) es un delito de acción positiva de matar castigada con una pena que va de los 10 a los 13 años, no tiene por qué acoplarse ni aplicarse por analogía a otra conducta que no hubiera evitado la muerte de una persona, sin que deje de afectarse el principio de legalidad por la aplicación de la prohibición de la analogía in mala partem. Usualmente la extensión del tipo penal tiene como justificación la reducción del margen de impunidad que tienen los múltiples casos que se dejarían de castigar si es que se individualiza en la parte especial cada uno de los tipos omisivos impropios porque la ley no abarcaría la totalidad de los casos que se presentan en la vida real, asunto un tanto cuestionado.

En legislaciones como la nuestra, que cuentan con el tipo omisivo en la parte general del COIP (Arts. 23 y 28), lo ideal sería que el diseño de la norma jurídica positiva se aplicase estrictamente al ámbito de los casos en donde resulte evidente e incuestionable la equiparación entre los actos de comisión y los actos de omisión.

Los vacíos e imprecisiones generados en la aplicación podrían ser cubiertos con la expectativa que genere el desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina como mecanismo al que se tenga que recurrir para evitar una posible extralimitación del poder punitivo cuando se juzgue casos concretos. En este sentido Jescheck agrega que en la legislación alemana los delitos de omisión impropios no regulados por escrito todavía no superan los cuestionamientos de la utilización de la analogía, del faltamiento al mandato de certeza sobre las obligaciones del garante y de la equivalencia entre acción y omisión en relación con la pena.[15] Aspecto que personalmente creo no se supera con la jurisprudencia porque su mera utilización no deja de utilizar la analogía proscrita por la misma doctrina y por la Constitución. El problema está en que se pretende subsanar una inconstitucionalidad desde el plano for-

15 Jescheck Hans H. Tratado de derecho penal. Parte general. Ob.cit. Pág. 635 a 637.

mal cuando el problema es material o de fondo "...y el derecho debe formarse progresivamente por obra del legislador (...) la ampliación de la punibilidad sin ley que así lo disponga es un procedimiento arbitrario, no reglado y, por ende, inconstitucional..." dice en el mismo sentido el tratadista argentino Terragni.[16]

En relación con el principio de certeza éste direcciona al legislador para que la redacción de los tipos penales contenga un presupuesto de hecho claro y preciso, sin ambigüedades. El ciudadano debe saber con precisión cual es la conducta que está penalmente prohibida realizar a fin de satisfacer las exigencias de la norma penal. En los delitos de comisión por omisión el omitente realiza una conducta negativa de no evitar el resultado lesivo, conducta totalmente diferente a la que podría realizar el sujeto activo y que sin embargo por un análisis o juicio estrictamente valorativo se termina equiparándola por analogía. En otras palabras, no existe un tipo penal específico que detalle en forma clara cuál es la conducta o presupuesto factico y cuál es la pena a ser impuesta en caso de que se verifique la conducta penalmente relevante. No evitar la violación a una mujer no equivale al acto de violación porque simplemente el omitente no ejecuto la conducta descrita en el tipo penal de violación, aspecto que no se compadece con el principio constitucional del nullun crimen nulla pena sine lege del Art. 76 numeral 3.

Otro problema encontramos en la redacción misma del Articulo 28 del COIP, en relación con el inciso segundo del Art. 23, a diferencia de la legislación colombiana, es que no especifica las situaciones ni las fuentes de la posición de garante obligando a los jueces a utilizar la dogmática penal y los principios generales del derecho como fuentes indirectas[17] para llenar una compleja situación típica que debía constar

16 Terragni Marco A(2011). Delitos de Omisión y posición de garante en derecho penal. Rubinzal – Culzoni. Editores. Buenos Aires. Pag.217

17 La doctrina es una fuente del derecho penal ecuatoriano según lo establece el Art. 28 del COFJ Art. 28

Que manda a que las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia. Los principios generales del derecho, así como la doc-

por escrito y cumpliendo con los mandatos del principio de legalidad: lex certa, stricta, scripta y previa.

En la misma dirección se pronuncia Zaffaroni[18] cuando menciona que los tipos de omisión impropia (denominados por Zaffaroni como tipos omisivos impropios) están escritos pero tienen una considerable proporción inferior frente a los no escritos por lo que los jueces penales deben realizar construcciones analógicas a fin de establecer cláusulas de equivalencia o correspondencia, según fuere, del caso entre acción y omisión. Por más que la ley defina y habilite estas cláusulas analógicas no dejan por ello de ser inconstitucionales, "*...nunca la legislación penal autoritaria consagró la analogía libremente, sino conforme a pautas que señalaba el propio legislador...*".[19]

No entiende Zaffaroni por qué debe existir una formula general para crear tipos penales de omisión impropia analógicamente si existen en la actualidad tipos omisivos impropios escritos. Frente a los reparos en este sentido se refuta con los siguientes contraargumentos

Es falso pensar que si el legislador tipifica la mayor cantidad de tipos omisivos en la parte especial va a existir una expansión del derecho penal o no se va abarcar todos los casos previstos. La duda proviene de que son los mismos argumentos que utilizan los totalitarismos para etizar el derecho penal. Es decir, para penalizar comportamientos puramente morales.

No es posible salvar el principio de legalidad penal con el deber legal que proviene de otros campos del derecho, como el Derecho Civil. Las faltas al deber en esos cuerpos legales no tienen por qué trasladarse al campo penal, si ya tienen su propio tratamiento.

---

trina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.

18 Zaffaroni Eugenio R (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. Ediciones EDIAR. Buenos Aires. Pag.440 a 450.

19 Zaffaroni Eugenio R (2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. Ob. Cit. Pag.448.

Desde la intuición o desde la valoración jurídica no se puede equiparar la conducta omisiva con la conducta activa. Son diferentes. Los delitos de comisión contra la vida, integridad física, sexual, salud y libertad contienen múltiples tipos penales que los cubren perfectamente y que en nada perjudica un proceso de tipificación de los delitos de omisión impropia.

Además toda la teoría de la construcción del garante y de la posición de garantía quedaría insubsistente porque se atendería la redacción del tipo omisivo concreto.

En la actualidad, aun en el evento de que existan extensa lagunas de impunidad frente a las omisiones delictivas, el ordenamiento jurídico nacional e internacional no permite que sean llenadas bajo el criterio analógico y discrecional de los jueces.

El problema de las lagunas de impunidad en la comisión por omisión

De una primera lectura del art. 28 del COIP que regula el delito de comisión por omisión podemos afirmar, y es otra hipótesis secundaria que abordamos en este artículo, que el marco regulatorio del mismo en nuestro COIP deja abierta la puerta para que conductas violatorias al principio de solidaridad establecido en el marco constitucional presenten márgenes amplios de impunidad al diseñar un sistema de garantía cuyas únicas fuentes son el contrato y la ley, dejando de lado otras fuentes de posición de garante como son la asunción voluntaria, la comunidad de vida, la comunidad de riesgo y la injerencia, que si están contempladas en la mayoría de las legislaciones penales de Latinoamérica y el mundo.

–El principio de solidaridad

La primera idea que nos viene al mencionar el termino solidaridad es

la idea de ayuda al prójimo menos favorecido, idea que tiene su origen en el cristianismo[20] como un mecanismo para lograr estrechas los márgenes de desigualdad entre los menos favorecidos. Con la Revolución Francesa y el constitucionalismo moderno la idea de solidaridad se transformó en un concepto marginal frente al individualismo que terminó con cualquier idea original de confraternidad e igualdad en una sociedad dominada por el derecho de propiedad y por el criterio patrimonialista de organización social.

La solidaridad desde el punto de vista constitucional adopta la forma de una obligación de actuar frente a un deber impuesto por el ordenamiento jurídico. Los individuos asumen la responsabilidad de ceder sus posiciones de ventaja frente a los intereses de la comunidad como una forma de vivir y desarrollarse en paz y seguridad. Esta prestación es complementaria a la realizada por el Estado que deja, por lo menos en una buena parte, de ser al único encargado de conseguir el bien común.

La Constitución de la Republica en el Artículo 1 establece que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia social cuyo deber fundamental es el de planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la distribución equitativa de los recursos y la riqueza para acceder al buen vivir, así como promover el desarrollo equitativo y solidario de todas las regiones del país. Frente al Estado liberal y frente al Estado benefactor este modelo de estado basado en la justicia social implica un desplazamiento de la legalidad y la seguridad jurídica como centro de gravedad hacia el valor de la justicia como realidad social,[21] en el que el deber de solidaridad adquiere fundamental relevancia en las relaciones entre la comunidad.

20 Gómez Pavajeu Carlos. Aspectos liberales y sociales del Derecho penal. Ediciones Nueva Jurídica.Bogota.2014. Págs. 347 a 647. Profundiza la historia del principio de solidaridad rastreándolo desde la antigüedad hasta las concepciones del judaísmo y del cristianismo. La influencia cristiana es determinante porque según el autor, el cristianismo construye su moral sobre la base las prohibiciones y no sobre los mandatos. Es decir, sobre el no hacer antes que en el hacer. La omisión adquiere gran relevancia.

21 Gómez Pavajeu Carlos. Aspectos liberales y sociales del Derecho penal. Ediciones Nueva Juridica.Bogota.2014. Págs. 473.

El constituyente si bien es cierto no incluye expresamente la palabra Solidaridad como una característica del Estado en el Art. 1 de la CRE sin embargo el termino justicia social conlleva implícita la adopción del principio de solidaridad como el eje central, junto con la dignidad humana, que se desparrama por todo el entramado de la norma constitucional. Efectivamente, el principio de solidaridad es el instrumento principal para la consecución de los fines del Estado en la educación (Art.27), en la salud(Art.32), en la seguridad social(Art. 34), en el ejercicio de los derechos de libertad (Art. 66 inciso 9no por el que se compromete a practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en la distribución de sus bienes y servicios, la participación ciudadana desde el principio de solidaridad(Art. 95), la organización de los gobiernos autónomos y descentralizados(Art. 238), la generación de recursos propios de los GAD (Art. 270), las políticas de inclusión y equidad social(Art.340), el régimen de seguridad social(Art.367), los daños ambientales(Art.397) y la políticas de relaciones internacionales(Art. 416). Es difícil imaginar la organización normativa constitucional por fuera del principio de solidaridad como instrumento primordial y eficiente de lograr los contenidos del buen vivir dentro del plano de la responsabilidad proveniente del Estado. Pero esta concepción del estado constitucional de derechos y justicia social elimina la concepción paternalista por la cual los individuos y las comunidades dependen de la acción exclusiva del Estado para su desarrollo. Este rediseño constitucional incorpora al individuo como fuente generadora de deberes y responsabilidades para con el bienestar de la sociedad. El estado deja de ser el único responsable de este empeño y a través del principio de solidaridad los particulares adquieren una carga en relación con la organización social y el cumplimiento de los deberes constitucionales de prestar solidaridad.

En efecto el Art. 83 de la CRE crea un sistema de deberes y obligaciones para los ciudadanos ecuatorianos. El numeral 9no prescribe que es su obligación el practicar la justicia y la solidaridad en el ejercicio de sus derechos y en el desfrute de bienes y servicios. ¿Qué significa esta disposición? El principio de solidaridad implica responder con conductas

humanitarias frente a situaciones en las cuales exista un peligro, creado por el o por terceros, a bienes jurídicos importantes como la vida, la integridad o la salud de otras personas. Pero no solo debe limitarse a una actuación frente a catástrofes, accidentes o emergencias, sino a situaciones en las cuales el Estado también depende de la contribución de los individuos para alcanzar finalidades de justicia social.

El Art. 1 del Coip al establecer que una de las finalidades del código es limitar el poder punitivo del estado implica directamente la protección de los bienes jurídicos, entre ellos, los derechos fundamentales de los individuos consagrados en el bloque de constitucionalidad y otorga al principio de solidaridad un valor instrumental para alcanzar este objetivo a través de exigencias jurídicas de sacrificio o desprendimientos de intereses propios en beneficio de los otros. Es el deber impuesto a toda persona por la sola condición de vivir y pertenecer a una comunidad, lo que implica una vinculación de su actividad particular en apoyo o beneficio de sus pares sociales. Significa un esfuerzo por cooperar con sus semejantes para facilitar el ejercicio de sus derechos fundamentales como un aspecto complementario de la actividad del Estado para concretar la finalidad del buen vivir. El Art. 83 de la CRE determina esa complementariedad al crear un sistema de responsabilidades en el cual el individuo no solo es sujeto de obligaciones por parte del Estado sino de deberes y responsabilidades para con sus semejantes y para con el mismo Estado. Es decir, dejaron de ser simples deberes morales paras mutar a obligaciones jurídicas cuya inobservancia viene acompañada de consecuencias jurídicas, entre las cuales se encuentran las de naturaleza penal, fijadas por la ley.

Pero esta exigibilidad implica e impone al legislador la tarea del desarrollo un marco normativo penal que consagre y particularice los deberes y obligaciones de los particulares más allá de las prescripciones constitucionales. Las infracciones a estos deberes no implica considerar al principio de solidaridad como un bien jurídico en sí mismo porque llevaría a la sanción por conductas omisivas como la tentativa imposible y otros comportamientos meramente negativos que no es el

caso analizarlas. Lo que debemos rescatar es que el principio de solidaridad únicamente debe utilizarse como un criterio de imputación penal en la afectación de bienes jurídicos fundamentales no como una conducta positiva, actuante, del individuo porque se transformaría en una especie de vigilante autoritario. Por el contrario, debe estar limitada y contemplada estrictamente por la ley gracias a la cual los deberes constitucionales adquieren validez jurídica, eficacia y exigibilidad. La reserva de ley debe garantizar la existencia de los limites, los requisitos, el alcance del deber constitucional, las obligaciones concretas y específicas, las sanciones correspondientes en caso de incumplimiento, los tipos de bienes jurídicos protegidos, condiciones que en materia penal deber ser lo suficientemente claras, precisas y cerradas.

En este sentido, el deber jurídico que lleva implícito el principio de solidaridad se vería reflejado plenamente si el desarrollo normativo establecería la posibilidad de que sean otras fuentes de garantía que no sean la ley y el contrato para constituir al garante en un administrador de riegos particular que cubra situaciones que la ley y el contrato no alcanzan a cobijar.

Conclusión

En síntesis, sabemos que ningún tipo penal de la parte especial puede abarcar una clase de delitos de comisión por omisión pues éstos vienen a constituir una pretensión política criminal que el legislador no ha previsto de acuerdo al principio de legalidad y que tiene por finalidad el castigar con iguales penas a conductas semejantes y parecidas a las que si se encuentran tipificadas como delitos. Lo llamativo en la omisión impropia es que el juez es quien debe encontrar una fuente de la obligación de actuar, para la aplicación práctica, porque a la ley penal le resulta imposible proporcionar una plataforma de tipos penales de comisión por omisión dada la aparente dificultad de tipificar cada caso de las variadas posibilidades que se pueden dar. Aspecto que conduce a la búsqueda de criterios o teorías generales a partir de las cuales cas-

tigar la ausencia de legal de la obligación de evitar el resultado, utilizando para ello la muleta de apoyo que constituyen los delitos de comisión.

Lastimosamente estas teorías formales y materiales tienen como supuesto, impreciso y peligroso, el significado de la indefinible opinión general que no siendo medible ni demostrable ni verificable, conduce al plano de la subjetividad del juez aplicador de justicia, la calificación de un sujeto como supuesto garante. Aspecto que conlleva una evidente tarea de creación artificiosa de derecho ala signar calidades jurídicas como la de garante sin el sustento legal exigido.

Clero que autores como Molina Javier[22] refutan la idea central de Zaffaroni y de todos los penalistas que creen en la inconstitucionalidad de los delitos de omisión impropia fundamentados en la imposibilidad de la verificación de la garantía de certeza (mandato de determinación) en la redacción de los tipos penales porque, a su criterio, limitaría el ámbito de aplicación que tienen los jueces al momento de resolver los casos. Sin negar el grado de incertidumbre que existe en relación con las figuras de la comisión por omisión plantea que una posible solución al problema de la inconstitucionalidad sea, para nuestro caso, reformar el Art. 23 y 28 del COIP y construir una figura de la omisión impropia en la que la limitación de la punición sea la característica central en cuyo seno la posición de garantía sea divisible e identificable, donde el error sobre la existencia de la posición de garante tenga un lugar importante y donde el principio de *ultima ratio* y la interpretación *pro homine* de las normas penales sean los principales instrumentos de aplicación por parte del juez.

Posición con la que no estoy de acuerdo porque el desarrollo dogmático de la comisión por omisión ha sido extenso por parte de los juristas y filósofos del Derecho penal y el estado de la discusión actual sorprendentemente nos lleva al mismo punto de partida: no existen consensos

22 Molina Gonzalo J. (2014). *Delitos de omisión impropia*. Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires. Pas. 502 a 526.

y las soluciones teóricas aplicadas a las legislaciones penales de países que tienen una clausula general para este tipo de delitos, no han llegado a ningún acuerdo, a tal punto que frente a los vacíos e incertidumbres que generan las múltiples teorías de posición de garante y de sus fuentes, han hecho que cada juez utilice un modelo particular de un autor determinado en contraposición de otros jueces que utilizan otros modelos de otros autores, generando un grado máximo de inseguridad jurídica. Por ello urge la declaratoria de inconstitucionalidad del Art. 23, inciso segundo y 28 del COIP y el desarrollo de tipos penales inspirados principalmente en el principio de mínima intervención penal para tipificar los delitos de comisión por omisión en la parte especial del COIP.

En relación con las graves lagunas de impunidad que existirían en el art. 28 del COIP al dejar únicamente al contrato y a la ley como fuentes únicas de garantía, marginando del tratamiento jurídico a circunstancias que en otras legislaciones han sido adoptadas como fuentes efectivas frente a las limitadas y complicadas posibilidades que ofrecen las fuentes constantes en el COIP. De *lege ferenda* el fundamento de una futura reforma al COIP en materia de la comisión por omisión debe incluir además la revisión de los orígenes del deber de garantía que podría tener incluso un satisfactorio fundamento constitucional.

Bibliografía

Benavente Hesbert (2007) *La omisión: concepto e imputación objetiva.* Fabián J.Di Placido Editor. Buenos Aires.

Cerezo Mir José (2013). *Derecho Penal. Parte General.* Editorial. Tecnos. Buenos Aires.

Gómez Pavajeu Carlos. *Aspectos liberales y sociales del Derecho penal.* Ediciones Nueva Juridica.Bogota.2014.

Jescheck Hans H. *Tratado de derecho penal. Parte general.* Editorial Comares SL. Granada. 2014.

Donna Edgardo A (20106). *Derecho Penal. Parte General.* Tomo IV. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires.

Forero Juan C (2005). *El delito de omisión en el nuevo Código Penal.* Editorial Legis. Bogotá.

Luzón Peña, Diego. *Estudios penales.* PPU. –Barcelona. 1991

Molina Gonzalo J. (2014). *Delitos de omisión impropia.* Rubinzal Culzoni Editores. Buenos Aires.

Schunemann Bernd (2009). *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia.* Editorial Marcial Pons. Madrid.

Silva Sánchez Jesús (2010). *El delito de omisión.* Editorial B de F. Buenos Aires.

Terragni Marco A(2011). *Delitos de Omisión y posición de garante en derecho penal.* Rubinzal–Culzoni Editores. Buenos Aires.

Zaffaroni Eugenio R (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General.* Ediciones EDIAR. Buenos Aires.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y EL PROCESO PENAL EN LA LEGISLACIÓN ACTUAL

Merck Benavides[1]

Resumen

La administración de justicia penal en Ecuador, se enfoca en respetar los derechos y garantías de los ciudadanos contemplados en la Constitución de la República, tratados, convenios internacionales y la ley, se observó que como principal objetivo, es el de sancionar a quienes infrinjan la normativa jurídica por el cometimiento de una infracción, quienes fueron reprimidos con penas privativas de libertad, económicas u otras, pero en la actualidad se ha demostrado que éstos mecanismos punitivos, no brindan un avance favorable en la rehabilitación y posterior reinserción del delincuente a la sociedad, puesto que inclusive en algunos casos se han llegado a violar sus derechos humanos; por tal motivo es menester que los operadores de justicia penal, debieron realiza un efectivo empleo de los sistemas penales que tienden a garantizar el fiel cumplimiento del debido proceso, con la aplicación de procedimientos regulados en la ley procesal penal, entre los cuales se puede mencionar: el principio de oportunidad, la conciliación, el procedimiento abreviado, expedito, directo y la suspensión condicional de la pena, los cuales deben ser reformulados por el legislador, con la

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

finalidad de garantizar los derechos fundamentales de la víctima y del ofensor, tomando en cuenta que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia, a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita, considerando que el Derecho Penal es de última ratio, por lo que el Estado debería hacer efectivo el *ius puniendi*, de manera equilibrada buscando mecanismos alternativos de solución de conflictos y fundamentalmente cumpliendo el principio constitucional de mínima intervención penal.

Introducción

La administración de justicia penal, está orientada a proteger los bienes jurídicos protegidos de los miembros de la sociedad, reprimiendo aquellos delitos tipificados y sancionados en la ley penal, cuya legislación está conformada por un conjunto de principios, derechos y garantías encaminadas a proteger el efectivo cumplimiento del debido proceso, para que se efectivice de manera adecuada el ius puniendi por parte del Estado, en base a lo que preceptúa los convenios internacionales de derechos humanos, la Constitución de la República y la ley, donde se tutela entre los aspectos más relevantes los siguientes: el derecho de defensa, la presunción de inocencia, el principio de legalidad, proporcionalidad, eficacia probatoria, indubio pro reo, favorabilidad, mínima intervención penal, celeridad, contradicción e inmediación.

En consecuencia, es menester que los juzgadores cumplan su función con probidad, dictando sus resoluciones con apego estricto a la normativa jurídica vigente, la doctrina y la jurisprudencia; los jueces están caracterizados de una peculiaridad llamada independencia e imparcialidad, con la finalidad de que sus resoluciones no se vean influenciadas por ningún factor interno o externo, ni favorezca a uno u otro sujeto procesal, dado que el juez es el garante del fiel cumplimiento de los derechos de los intervinientes en el proceso penal.

En la mayoría de países del mundo, la administración de justicia penal, consiste en emprender medios coercitivos en contra de quienes han in-

fringido la ley penal y sobretodo de los más vulnerables, de modo que la aplicación de la justicia debe ser otorgada para todas las personas en igualdad de condiciones, sin ningún tipo de discriminación, sino por el contario respetándose los derechos y garantías de la víctima y del procesado y con el cumplimiento del debido proceso de manera eficiente por parte de los operadores de justicia.

El Derecho Procesal Penal, tiene la tarea de hacer efectiva la referida justicia, a través de una serie de procedimientos contemplados en la norma jurídica, direccionados a realizar una investigación con el objeto de encontrar la verdad material o procesal, función que le corresponde al fiscal, quien es el titular del ejercicio público de la acción, para que luego, el juzgador valore las pruebas de cargo y descargo en base a las reglas de la sana crítica y finalmente pronuncie la respectiva sentencia o resolución debidamente motivada, la cual de ser condenatoria, debe propender con la pena impuesta al procesado, una la rehabilitación integral del mismo y su posterior reinserción a la sociedad, así como la reparación integral a la víctima, fomentándose una cultura de paz y armonía social y si no se prueba la existencia de la infracción y la culpabilidad del infractor o existe duda razonable, la sentencia ratificará su estado de inocencia.

En la actualidad, los medios coercitivos como formas de sanción, ya sean privativos de libertad, pecuniarios u otros, no han proporcionado una respuesta positiva a la rehabilitación del delincuente, menos aún a una reinserción adecuada en la sociedad, si bien la normativa jurídica nacional como internacional, establecen mecanismos de rehabilitación para el infractor, produciendo en muchas ocasiones que el infractor se convierta en reincidente en la comisión de delitos de la misma clase o de mayor gravedad e incluso puede generarse una discriminación en todos los aspectos, principalmente en los campos: laboral, social, educativo y económico.

Por consiguiente, la administración de justicia penal a través de los jueces, debe enfocarse a garantizar de manera certera los derechos, principios y garantías consagrados en las normas jurídicas nacionales e

SIB-UCE

internacionales, es especial considerando la favorabilidad, economía procesal, proporcionalidad de la pena y los demás que forman parte del bloque de los derechos humanos; y es así, como se pretende conseguir resultados favorables a través de la aplicación del principio de oportunidad y mínima intervención, proporcionando al proceso penal celeridad y efectividad jurídica, beneficiando de este modo al Estado, a la víctima y al procesado, e instaurando además, una correcta aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos penales, garantizándole al ofendido la reparación integral por los daños causados y logrando que el infractor sufra el juicio de reproche en los delitos graves, mientras que en los leves o delitos de bagatela, el juzgador a petición del fiscal, aplique los procedimientos legales que no permiten imponer penas privativas de libertad o ni se inicie el proceso penal en cuyo caso la autoridad judicial ordena la libertad del sospechoso previo al trámite legal correspondiente.

En esta investigación se realiza un análisis de carácter documental, obtenida de varios libros y artículos que tienen como autores una serie de tratadistas expertos en el Derecho Penal y la investigación científica, así como de la Ciencia y Dogmática Penal, con la finalidad de mejorar la legislación penal ecuatoriana actual y como consecuencia de ello alcanzar una administración de justicia más ágil y eficaz a través de la aplicación de los procedimientos ordinario, especiales, principio de oportunidad y mecanismos alternativos de solución de conflictos.

En consecuencia del análisis de la situación problemática expuesta anteriormente y el estudio sobre la administración de justicia penal a través de los procedimientos legales que franquea la ley, posibilitaron conformar el diseño teórico de una investigación, dirigida a solucionar el siguiente problema científico identificado: ¿Cómo lograr mayor celeridad y eficacia en la administración de justicia penal mediante los procedimientos legales, garantizando el debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y victimario?.

El objeto de investigación del tema en estudio es: La administración de justicia penal y el campo de acción de la investigación es: La celeridad y eficacia de la administración de justicia penal mediante los procedimientos legales garantizando el debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y victimario. Me planteo la hipótesis que el desarrollo de un estudio jurídico sobre la celeridad y eficiencia de la administración de justicia penal mediante los procedimientos legales, para garantizar el debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y victimario. El objetivo general de esta investigación es: desarrollar un estudio jurídico sobre la celeridad y eficacia de la administración de justicia penal mediante los procedimientos legales, para garantizar el debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y victimario. Los objetivos específicos, que posibilitan dar cumplimiento al objetivo general, son:

a. Realizar un estudio jurídico sobre la celeridad y eficacia de la administración de justicia penal mediante los procedimientos legales.
b. Validar la presente investigación en base al criterio de expertos.

La novedad científica de esta investigación es: La reforma legal sobre los procedimientos especiales y mecanismos alternativos de solución de conflictos, y el desarrollo de un modelo de aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, que garanticen los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso procesado, contribuyendo a la celeridad de los procesos judiciales y a la disminución de la carga laboral de los operadores de justicia.

Marco teórico referencial de la investigación: Justicia penal y social

La administración de justicia penal, está encaminada a proteger los bienes jurídicos protegidos de las y los ciudadanos, sancionando los delitos que se encuentran tipificados en la ley penal, para lo cual, es necesario reconocer que el objeto que protege la administración de jus-

ticia penal se encuentra constituido por el conjunto de principios requeridos para que se cumpla la función del Derecho Penal, con la prestación que entrega a la sociedad. Es así que la Norma Suprema de la República del Ecuador, contiene disposiciones encaminadas a la protección eficaz del debido proceso, que incluye derechos y garantías básicas del derecho a la defensa, la presunción de inocencia, la correcta aplicación del principio de legalidad, de proporcionalidad, determinación de la eficacia probatoria, el indubio pro reo; la normativa penal siempre debe ser coherente a los principios constitucionales y a los tratados internacionales de derechos humanos, que contienen garantías y principios pertinentes a la administración de justicia penal.

Para que se cumplan los postulados básicos de la justicia penal, es necesario que las y los jueces administren justicia de manera independiente e imparcial, esto es, sin ningún tipo de injerencia interna ni externa, ni favoreciendo a uno u otro sujeto procesal, dado que las resoluciones parcializadas, tergiversan el sentido de la justicia, entonces el juez debe ser garante de los derechos de las partes, estableciendo un equilibrio y seguridad jurídica. Gargarella, sostiene que la discusión más importante de la Filosofía Política tiene relación con el uso de la fuerza coercitiva por parte del Estado y como se relaciona con la justicia penal, pues a través de los aspectos básicos de las políticas penales se puede llegar a resolver problemas cruciales vinculados con la justicia social, (Gargarella, 2008, pp. 77-80).

Por lo tanto esta relación entre las justicias penal y social anteriormente indicadas, permite reflexionar la forma como se administra justicia en la mayoría de los países del mundo, aclarando que se usan medios coercitivos en contra de los infractores y sobretodo de los más vulnerables, lo cual significa que existe una discriminación de aquellos, razón por la cual, los Estados siempre deben pensar, a través de sus gobernantes y de los operadores de justicia penal, en especial de los jueces que administran justicia en esta materia, la indicada justicia es genérica, es decir para todos los habitantes de una sociedad determinada, en igualdad de condiciones, sin discriminación de ninguna na-

turaleza, sino más bien cumpliendo el debido proceso y respetando los derechos y garantías de los justiciables.

Le corresponde al Derecho Procesal Penal, hacer efectiva la justicia, a través de los diferentes procedimientos que se encuentran regulados por la ley, mediante los cuales se realiza una investigación integral, con la finalidad de encontrar la verdad material o procesal y así dictar una sentencia justa, sancionando al infractor o absolviéndole de culpa en los casos que así lo amerite, todo esto en base a las pruebas de cargo y de descargo investigadas previamente por el fiscal, ya que esta autoridad tiene la obligación de cumplir con un principio constitucional y legal, como es el de objetividad, que significa buscar pruebas de cargo y descargo respecto del infractor. 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 social, (Muñoz Conde y García, 2010, p. 132) por lo indicado, la aplicación de la norma penal, es en relación al presupuesto fáctico y todo lo que tiene relación con la vida social, donde se comete la infracción.

Objeto del proceso penal y del derecho penal

Roxin, asevera que el objeto del proceso penal tiene que ver con el procesado que ha cometido acciones punibles, y en el caso de encontrarle responsable, cuáles serían las consecuencias jurídicas, diferenciando con lo que es el objeto del proceso que se refiere únicamente al hecho de la acusación de la persona procesada, es decir, que la identidad del objeto del proceso tiene dos componentes: la identidad de la persona y la identidad del hecho, (Roxin, 2003, pp. 159-160) en consecuencia, el juzgador debe considerar en primer término al sujeto activo del delito, mismo que debe estar debidamente identificado e individualizado, para que acto seguido, busque el nexo causal con el hecho delictivo cometido y relacione estos dos aspectos con la norma jurídica que tipifica y sanciona esa acción u omisión que violenta un bien jurídico protegido en contra de la víctima.

Armenta, al referirse al proceso penal manifiesta que:

> (...) el fin fundamental del proceso penal es la actuación del ius puniendi estatal que obedece o proviene, esencialmente de la atribución exclusiva al Estado, de la facultad de imponer penas; el Estado tiene la facultad, pero también el deber, de castigar las conductas delictivas, de las que tenga conocimiento y esa facultad – deber sólo pueden ejercitarlo los Jueces y Tribunales a través del proceso penal. (Armenta, 2009, pp. 27-28)

Esto es que el *ius puniendi* que le corresponde al Estado, se lo efectiviza a través del inicio de un proceso penal, que está a cargo del fiscal y según lo que dispone la ley, constituye el titular del ejercicio público de la acción, correspondiéndoles a los jueces y tribunales, administrar justicia, respetando los principios y garantías establecidos en la Constitución de la República y en los tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos, para que luego de valorar las pruebas de cargo y de descargo en base a las reglas de la sana crítica, dictar una sentencia justa que permita garantizar la rehabilitación integral del infractor y la paz social y será condenatoria cuando se pruebe la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, caso contrario, o de existir duda razonable sobre la responsabilidad del sujeto activo del delito, se ratificará su estado de inocencia.

Thompson, considera que:

> (...) la mayoría de los jueces posee una formación jurídica, inadecuada para evaluar, en el mundo complejo de hoy, las consecuencias económicas, sociales y criminológicas del delito que han de juzgar y de la sanción que eventualmente pronunciarán; las penas clásicas (prisión y multa) no han probado la eficacia que de ellas esperaba el legislador; se carece de lineamientos generales para la articulación coherente de una política criminal moderna y progresiva. (Thompson, 1989, p. 43)

Entonces el Derecho Penal tiene como finalidad imponer una sanción al que ha cometido un delito, ya sea por acción u omisión, pero es verdad que ni las penas privativas de libertad ni las económicas u otras, han dado una respuesta positiva, respecto de la rehabilitación integral

del delincuente, considerando que si bien es cierto, las normas jurídicas nacionales e internacionales, establecen los lineamientos como debe ser rehabilitado el infractor, en la realidad, al no darse cumplimiento a dicha normativa jurídica, se violan los derechos humanos de dichas personas y lo que es más, al no ser rehabilitado de manera efectiva, en el futuro se convierten en reincidentes en la comisión de delitos e incluso por discriminación de la propia sociedad en todos los campos, en especial el educativo, laboral, social y económico.

Es de importancia hacer referencia a lo que es el Derecho Penal, su propósito y de manera concreta cuando se lo debe aplicar, tomando en cuenta que la Constitución de la República, hace referencia a que la Fiscalía General del Estado, debe regirse por el principio de mínima intervención penal, considerándolo al mismo desde el punto de vista del Derecho Sustantivo y Adjetivo Penal (última ratio). Muñoz, al referirse al Derecho Penal, manifiesta que son normas vinculantes que deben ser respetadas por todos los miembros de la comunidad y que el sistema elegido es la sanción cuando una persona incumple la norma penal; y, que el titular del orden jurídico es el Estado, que es el reflejo de un determinado orden social que permite regular la convivencia de un modo organizado y pacífico, (Muñoz, 1999, pp. 10-18) por lo que las normas jurídicas de carácter penal, antes de ser dictadas por el legislador, se debe realizar un análisis previo de la necesidad social de las mismas, considerando que su finalidad es la de garantizar el orden social y los bienes jurídicos protegidos que han sido considerados por la normativa penal, en base a una realidad socioeconómica, política y el avance de la ciencia y la tecnología.

Vigo, considera a la justicia como la medida de todos los actos buenos y de las virtudes respectivas donde se requiere la prudencia jurídica para discernir lo justo y la voluntad de querer darlo, considera la prudencia como la que inhibe en la razón práctica y la justicia en la voluntad, considerando que el juez cumple una función de discernimiento racional, pero la justicia controla ese apetito espiritual cuyo objetivo es lo suyo de cada uno y el querer que este sea recibido por su titular,

por lo que el juzgador debe gozar de una razón prudencial para que sea justo en cada caso puesto en su conocimiento, ya que los miembros de la sociedad están convencidos que ir al juez es ir a la justicia, entonces el juez debe tomar conciencia de su función porque es el único que otorga justicia, pues el ciudadano común que asiste a un despacho judicial, piensa en primer término en la imagen de un juez, el cual debe demostrar ser una persona íntegra y respetada por los demás. (Vigo, 2009, pp. 361-362)

El proceso penal tiene como finalidad fundamental, materializar la aplicación del Derecho Sustantivo Penal, para lo cual es necesario que exista una víctima, que es la que sufre el gravamen como consecuencia de la comisión del delito, para luego activar la acción penal por parte del titular de la misma, que al tratarse de los delitos del ejercicio público de la acción, es el fiscal, autoridad administrativa que según la Constitución de la República y la ley, es quien debe realizar la investigación previa sino se trata de un delito flagrante o iniciar la correspondiente instrucción si tiene los elementos de convicción suficientes, en una audiencia oral, pública y contradictoria que debe llevarse a cabo ante el juez de garantías penales.

Los artículos 194 y 195 de la Constitución de la República regulan que la Fiscalía General del Estado, es una institución que forma parte de la Función Judicial que goza de autonomía y actúa con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal. Pero es importante considerar que el fiscal tiene la obligación de realizar una investigación integral, es decir buscando elementos de convicción de cargo y de descargo, vale decir, que ese sujeto procesal "fiscal" a quien le interesa buscar la verdad material cuando sea posible o por lo menos la verdad procesal, tiene un misión esencial en el proceso penal que es cumplir con el principio de objetividad y los casos que ameritan llevarlos ante los jueces competentes, caso contrario está facultado para desestimar una denuncia o abstenerse de acusar.

El tratadista Viada, al referirse a los fines del proceso penal manifiesta:

> Ello nos deriva ahora a dos fines objetivos básicos del derecho procesal penal: por un lado-como hemos dicho-la materialización del derecho penal tratando de establecer una verdad material respetuosa con los derechos fundamentales; y, por otro, evitar la condena de los inocentes. Esa finalidad, que parece perfectamente coherente con la vigencia de un sistema procesal propio de un sistema político democrático, obliga en mi opinión a establecer un modelo de proceso que garantice-hasta donde eso es posible en la elaboración de una norma humana-las posibilidades de defensa individual frente a las acusaciones que reclaman una sanción de naturaleza penal." (Viada, 2010, pp. 2-3)

Principios procesales

El procesado tiene derecho a la defensa tanto material como técnica; la primera la ejercita por sus propios derechos de manera personal, la segunda le corresponde al abogado de su elección y confianza o de un defensor público en el caso de que no cuente con los recursos económicos para contratar un profesional con conocimientos suficientes del Derecho Penal, pero es necesario aclarar que durante todo el proceso penal incluso en la impugnación, el procesado goza de la presunción de inocencia, hasta cuando se dicte sentencia condenatoria y ésta se encuentre ejecutoriada.

El artículo 76. 2 de la Constitución de la República del Ecuador 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 (...) 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".

Cuando la norma constitucional hace referencia al debido proceso, tiene relación con los derechos, principios y garantías que tienen la víctima y el victimario, pero la norma constitucional antes referida, tiene

relación exclusivamente con la garantía de presunción de inocencia del procesado, misma que subsiste hasta cuando exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, y solo allí pierde esa presunción y se puede afirmar que se trata ya de un sentenciado, autor o cómplice de la comisión de un delito.

El juzgador tiene que actuar suponiendo los principios de independencia e imparcialidad, como dispone el artículo 76.7, k) de la Constitución de la República del Ecuador, esto es que no puede ni debe recibir ningún tipo de influencia para tomar la decisión en un caso concreto, ya sea esta de carácter social, económica, política o de cualquier otra índole, porque su actuación con independencia le permite administrar justicia, dando a cada quien lo que le corresponde, generando credibilidad en los justiciables y la sociedad en general; cuando hablamos del principio de imparcialidad significa que el juez durante la tramitación de todo el proceso penal no puede realizar actos que le favorezcan a uno de los sujetos procesales, como por ejemplo hacer prueba de oficio, ya sea examinando, contra-examinando a testigos o peritos, o pidiendo aclaraciones o ampliaciones a los mismos, siendo la única excepción la de solicitar explicaciones; si el juez practica prueba de oficio, no solo violenta el principio de imparcialidad sino, también, el principio dispositivo comprendido desde el punto de vista del Derecho Procesal Penal.

Pero, además es necesario que dentro del proceso penal se cumpla con el principio de igualdad regulado en el artículo 5.5. Código Orgánico Integral Penal, siendo obligación de los servidores judiciales hacer efectivo el cumplimiento de este principio, mismo que dispone:

> Artículo 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principio: (...) 5. Igualdad: es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad.

El tratadista Viada, al referirse a este principio expresa:

> La existencia de diferencias económicas de mayores medios materiales para articular la defensa por unos ciudadanos respecto de otros, o la configuración del código penal como un conjunto de preceptos que enmarcan un tipo de criminalidad marginal, conforme a los postulados no nos sirve para establecer un criterio sobre una cuestión cualquiera que sea la opinión que sirve estas cuestiones se sostenga. Pero si analizamos por un lado la existencia de preceptos procesales carentes por un completo de sentido en el contexto de una delincuencia ordinaria, tal y como ocurre por ejemplo con la inmunidades parlamentarias... a pesar de la jurisprudencia restrictiva establecida por el Tribunal Constitucional de España, vemos que las diferencias entre el tratamiento procesal a unas personas respecto de otras es enorme. (Viada, 2010, p. 13)

Por tanto es necesario que los jueces o magistrados en cada uno de los casos puestos a su jurisdicción y competencia, procuren que se cumpla el principio de igualdad, esto es si el fiscal es el que acusa, el procesado de manera obligatoria debe tener a su lado un abogado defensor privado o público, que garantice el derecho a su defensa y de manera general se debe cumplir con el mandato constitucional establecido en el artículo 11.2 de la Carta Magna que dice:

> Artículo. 11.-"El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 2. Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

De esta manera, se busca asegurar el debido proceso, donde los resultados sean apegados a la realidad del caso, pero siempre respetando

los derechos de cada uno de los sujetos procesales, porque el juez tiene una obligación ineludible, que es la de garantizar el trato igualitario a todos los que participan en el proceso penal, porque el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, donde el juzgador es eminente garantista.

Con el referido modelo constitucional de derechos y justicia lo que se pretende, es que los derechos de los sujetos procesales prevalezcan dentro de un proceso penal y de esta manera los resultados sean más humanizados desde el punto de vista judicial, principalmente en el Derecho Penal, es así que el tratadista Zambrano, nos expone que:

> El debido proceso es un derecho constitucional, por tanto, es de rango superior e impregna a todo el sistema jurídico de un país; en consecuencia nada ni nadie pueden sustraerse de él. Todos los actos y procedimientos de los funcionarios de los órganos de poder público deben ceñirse a él, de lo contrario, atentarían contra el estado de derecho". (Zambrano, 2009, p.7)

En consecuencia los juzgadores deben cumplir en cada una de sus actuaciones con el debido proceso, esto es respetando los derechos de los justiciables, dado que la rama del Derecho Penal, es una área muy sensible dentro de la sociedad, ya que pone en juego la libertad de una persona y la restitución de los daños causados a la víctima, aspectos que se encuentran regulados en la legislación interna e internacional.

En el ejercicio público de la acción los actos procesales gozan de legalidad, es decir, que estos actos deben ser realizados con apego a lo que determina la Constitución de la República y la ley; según Perdomo, indica:

> (...) el principio de legalidad hace relación a la obligación de todos los órganos de las ramas del poder público del Estado-legislativa, ejecutiva y judicial-y sus representantes de dirigir sus actuaciones conforme al derecho vigente, esto es, al conjunto de normas que el legislador ha consagrado como derecho positivo y que responden a la evolución cultural de una sociedad determinada, en esa medida también materializadas" (Perdomo, 2005, p. 22)

Este principio determina y obliga a los órganos de justicia a hacer lo que establece la ley, dado que así se garantiza un correcto actuar dentro del proceso penal, evitando actos de corruptela dentro del proceso y de manera especial deben garantizar la independencia e imparcialidad, por cuanto constituyen los principios que permiten que los justiciables y la sociedad en general, tengan credibilidad en la justicia.

Según lo que determina el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5.1, 2 y 3, este principio de legalidad además de regular las actuaciones de los servidores públicos también establece los parámetros dentro de los cuales se va a desarrollar el proceso penal y los derechos que se generan dentro del mismo, para salvaguardar el derecho a la igualdad que brinda la Constitución de la República y los convenios internacionales de derechos humanos. En este orden de ideas, es preciso destacar que en la actualidad, la nueva normativa penal instaurada en el ordenamiento jurídico es de carácter mixto, es decir, que tiene una mezcla de sistemas, tales como como el finalismo, causalismo y otros sistemas jurídico penales, tratando de obtener resultados visibles y prácticos del modelo de gestión y los procesos que se están adecuando a la realidad nacional. Sobre este tema Wensel, explica la "finalidad" o actividad finalista de la acción, afirmando que:

> (...) se basa en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal, puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos de distinta índole y dirigir su actividad según un plan tendiente a la obtención de esos objetivos, sobre la base de su conocimiento causal previo, está en condiciones de dirigir los distintos actos de su actividad de tal forma que dirige el suceder causal exterior hacia el objetivo y lo sobre determina así de modo finalista. La finalidad es un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo. (Wensel, 1951, pp. 19-20)

Por otra parte se puede apreciar que el ordenamiento jurídico vigente, trata de observar el resultado del delito, y, como éste puede ser solucionado de una manera práctica y pacífica, donde los resultados sean los más apropiados, tanto para la víctima como para el procesado, desde un punto de vista de los derechos humanos, para lo cual, el juez

está en la obligación de aplicar mecanismos alternativos de solución de conflictos penales, buscando siempre que la víctima sea resarcida en la reparación integral de manera oportuna y por otra parte el procesado no sufra el juicio de reproche y por ende no se le aplique una sanción, siempre que estas actuaciones procesales sean en delitos de poca trascendencia social. En ese sentido el derecho penal al ser de última ratio, debe efectivizarse a través del fiscal y de los jueces competentes en materia penal, en los delitos graves, que lesionan bienes jurídicos protegidos como la vida, la libertad sexual, la salud pública y otros que afectan a los derechos humanos de los ciudadanos.

Dentro de la administración de justicia penal, el juez tiene la obligación de considerar el principio de proporcionalidad, tomando en cuenta el acto doloso o culposo que se cometió y la forma en la que se pretende restituir el daño causado. Al respecto el tratadista Carrión, manifiesta: "Esta garantía constitucional impide que el legislador imponga penas muy drásticas y desproporcionadas. En todo el sistema jurídico debe primar la proporcionalidad entre infractores y penas: en los asuntos penales (...)." (Carrión, 2013, p. 14). Es así que la sanción que se imponga dentro del proceso debe estar relacionada con el acto cometido, según lo que establece el artículo 76 numeral 6 de la Constitución de la República ya que tampoco se puede lesionar algún derecho del infractor y todas las decisiones que se tomen dentro del proceso deberán estar sujetas a lo determinado en la ley y el nivel de satisfacción que surta a la víctima y las posibilidades del procesado.

Como se manifestó en las primeras líneas de este artículo, en lo que respecta a las atribuciones del fiscal, y, el nuevo modelo del proceso penal en aplicación de los principios de oportunidad y de mínima intervención penal, se pretende obtener resultados prácticos, donde los procesos penales sean de poca duración y con efectividad jurídica, considerando el aspecto procesal tripartita: Estado, víctima y procesado, garantizando la agilidad y celeridad dentro del proceso penal y una eficiente aplicación del Derecho. Es así que el tratadista Villanueva, manifiesta que:

> (...) la concepción de derecho penal mínimo (vigente y posible), acorde a las tendencias más elaboradas de la ciencia penal contemporánea, cimentada en sistemáticos y sólidos cuerpos normativos (sustantivos y adjetivos), de suerte que la criminalización, judicialización y desjudicialización de ciertos comportamientos desviados (delictivos) se hará lejos de la actual codificación e instrumentalización inútil del derecho penal. (Villanueva, 2011, p. 159)

El autor de este artículo considera que cuando el juez a petición del fiscal aplica el principio de oportunidad, constituye un procedimiento legal con la intervención del órgano jurisdiccional competente.

La mínima intervención penal

La mínima intervención establecida en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal, apoyado con este precepto, se demuestra que el objetivo del nuevo ordenamiento jurídico es que el Derecho Penal se torne de *"ultima ratio"* o última opción, es decir que la vía penal se la ventile en casos donde las nuevas alternativas expuestas por el Código Orgánico Integral Penal no cumplan con su función como es el caso de la conciliación, el procedimiento abreviado, la suspensión condicional de la pena y el principio de oportunidad, los cuales tendrán como finalidad tratar de que el proceso sea más rápido, efectivo y eficaz, éstos se aplicarán en virtud de la reparación integral a los daños causados a la víctima, en los casos en que la ley lo permita; además de que el trato que obtendrá el procesado será más humanitario, prevaleciendo la posibilidad para que éste pueda resarcir la reparación integral, sin necesidad de daño sicológico, moral, económico o social dentro del proceso, a más de perder un derecho tan preciado y poco valorado como es el derecho a la libertad. Cabe señalar que el Ecuador no cuenta con una política penitenciaria adecuada a su realidad, puesto que no existe una rehabilitación dentro estos centros destinados a cumplir las penas impuestas a los sentenciados, los mismos que no cuentan con una infraestructura y personal adecuado para cumplir el objetivo que es la rehabilitación integral.

SIB-UCE

La mínima intervención es un mecanismo jurídico válido dentro de la legislación penal ecuatoriana y se apoya con el principio de oportunidad, estos se incorporan a nuestra legislación como una necesidad práctica, apegada a la realidad nacional, pues bien, no hay que olvidar que incluso con la entrada en vigencia del nuevo cuerpo normativo jurídico penal, los procesos penales siguen siendo demasiado largos y poco efectivos, puesto que muchos de ellos se quedan en la impunidad, sin una sentencia firme en contra del infractor y peor aún que la persona que sufrió la violación de su derecho o bien jurídico protegido, no logra obtener la reparación integral.

Ahora bien, lo que se pretende realizar es que los sujetos procesales actúen de una manera más directa y práctica en favor de su propio beneficio. En este orden de ideas y al referirse al principio de oportunidad como mecanismo de política criminal Perdomo, señala:

> La aplicación del principio de oportunidad habrá que tener en cuenta en el caso concreto ante qué clase de normas se está, pues cuando ésta sea una con estructura el principio será imprescindible el ejercicio de ponderación por parte del fiscal para garantizar así la adecuada protección de los derechos fundamentales; los beneficios en un caso en concreto implique la renuncia al ejercicio de la acción penal deberán justificar los perjuicios que ello cause para la protección de los derechos fundamentales implicados en el caso en concreto. (Perdomo, 2005, p. 52.)

Con este postulado podemos apreciar que el fiscal toma una gran importancia dentro de lo que es el proceso penal y principalmente dentro del ejercicio público de la acción, pues él es el encargado de acusar y dirigir la investigación penal, pero en aplicación de este principio se deberá dar de una forma reglada, pues tienen que cumplirse los requisitos establecidos para aplicar dicho principio y en los casos o tipos de delitos que la ley determina, como es el caso del artículo 412 del Código Orgánico Integral Penal, asegurando que no se violente ningún derecho de los sujetos procesales.

Es necesario mencionar que la aplicación del principio de oportunidad, está sujeto a un procedimiento legal, en el cual lo que deberá primar

es la reparación integral a la víctima (daño material e inmaterial), según lo establece el artículo 77 del Código Orgánico Integral Penal. Pues, al restituir el daño ocasionado a la víctima, se está subsanando de alguna manera el derecho violado y por ello es posible llegar a una solución pacífica, mediante cualquier mecanismo de solución alternativa, como es la conciliación o el principio de oportunidad, con la única pretensión de atender los conflictos penales por parte de la justicia de manera ágil, en cumplimiento del principio de celeridad, donde se privilegie el derecho a la reparación integral de la víctima.

¿Pero cuál sería el método más adecuado para poder llegar a esta reparación integral? Si no se fijó el monto o el valor económico a pagarse a la víctima, como consecuencia de la reparación integral en la sentencia en la que se resuelve la situación jurídica principal del procesado, por parte del juzgador competente, por no haberse justificado el daño material e inmaterial con la prueba correspondiente, el mecanismo procesal más apropiado es la conciliación, pues es un procedimiento donde están actuando directamente el procesado y la víctima, lo que significa que al llegar a un acuerdo de voluntades se finiquita todo lo relacionado con la reparación integral, ya que en el sistema penal, es necesario que se cumpla con el principios de economía procesal, celeridad y eficacia, principios jurídicos que permite resolver la situación jurídica de la víctima y el procesado de manera adecuada y oportuna.

La justicia penal siempre debe buscar la paz social y el bien común, tomando en cuenta eso sí, que el Derecho Penal es de última ratio y consecuentemente debe ser aplicado por los operadores de justicia, siempre y cuando no existan otros mecanismos extrapenales que permitan dar una solución justa al litigio que nace generalmente entre dos personas, que en materia penal toman la designación de víctima y victimario, quienes buscan que su situación jurídica se solucione lo más pronto posible, es decir teniendo en cuenta el principio de mínima intervención penal, siendo el objetivo primordial que en la administración de justicia penal se cumpla el principio de celeridad.

La discusión

Del análisis realizado es preciso manifestar que la administración de justicia penal, se caracteriza porque frente a un presupuesto fáctico o hecho delictivo, nacen jurídicamente la víctima y el ofensor, que son los sujetos procesales que deben enfrentar el proceso penal correspondiente, ya sea éste el ordinario, los procedimientos especiales o los mecanismos alternativos de solución de conflictos, pero que lo relevante es que el fiscal y los jueces competentes están obligados a resolver la situación jurídica en un tiempo prudencial, en franco cumplimiento del debido proceso, para que todo lo actuado tenga plena validez jurídica.

En este orden de ideas, cabe mencionar que el sistema acusatorio oral que se encuentra vigente en Ecuador y en varios países del mundo, privilegia la celeridad en la resolución de los conflictos penales, en estricto cumplimiento de las normas legales y constitucionales vigentes, así como las normas internacionales de derechos humanos, pero que al existir ciertas leyes que son contradictorias con otras y de manera fundamental con las constitucionales e internacionales, la administración de justicia no opera de manera eficiente a través de sus operadores de justicia, en particular los fiscales y jueces, quienes tienen una actuación directa en casa uno de los casos puestos a su conocimiento, razón por la cual es prioritario que el legislador luego del estudio de la doctrina actual, la jurisprudencia nacional y de organismos internacionales, así como en base a un estudio científico sobre este tema, dicten leyes sabias y de gran beneficio para la sociedad, que realmente garanticen los derechos de los justiciables.

En este contexto, corresponde hacer referencia a la función de fiscales y jueces competentes en materia penal, operadores de justicia que más de ser conocedores y especialistas en Derecho Penal y las demás ciencias que se relacionan con esta rama del Derecho, deben gozar de carrera fiscal y judicial, respectivamente, para que sea la experiencia, la investigación, la capacitación continua y permanente, los aspectos que les acredite su actuar diario en el cumplimiento de su deber.

De igual forma dichos operadores de justicia deben actuar en estricto cumplimiento de los principios de independencia e imparcialidad, y por sobre todo lo dicho deben ser acreedores de lo más innato del ser humano, los valores éticos y morales, que están impregnados en su propio yo, en la sangre que corre por sus venas, en su pensamiento y en su vida misma. Pues de la actuación transparente de los operadores de justicia, depende que los justiciables y la sociedad, tengan credibilidad en la administración de justicia penal, la cual constituye la columna vertebral para garantizar la paz social.

En consecuencia es necesario manifestar que para alcanzar la celeridad de la administración de justicia penal, así como para solucionar algunos asuntos controvertidos constantes en la ley penal, es necesario que se preparen proyectos de reformas tendientes a cumplir con lo que de manera amplia se conoce como tutela judicial efectiva, esto para alcanzar una solución a mediano plazo; pero de manera urgente es preciso que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, expida resoluciones en los casos en los que existen dudas u obscuridad en el Código Orgánico Integral Penal, tendientes a dar las directrices pertinentes para la correcta aplicación de la normativa jurídica vigente en el país y de esa forma unificar los criterios entre todos los operadores de justicia penal.

Conclusiones

Los principios de celeridad y eficiencia tienen una relación directa y constante en la administración de justicia penal, por cuanto los procedimientos legales vigentes en el Derecho Procesal Penal, que se efectivizan a través de los operadores de justicia y en especial del juzgador que es eminentemente garantista, deben cumplir y hacer cumplir el debido proceso y el respeto de los derechos fundamentales de la víctima y victimario, aspecto que ante las falencias jurídicas existentes en la legislación penal vigente y la falta de preparación de ciertos fiscales y jueces, genera una justicia no creíble por parte de los justiciables y la sociedad.

Algunos de los procedimientos judiciales vigentes en la legislación penal de Ecuador, al no estar debidamente regulados por la ley, en especial el directo, abreviado y el principio de oportunidad, violan los derechos y garantías de la víctima y ofensor, tales como el derecho de defensa porque no se les da el tiempo suficiente para preparar su defensa, el derecho a la igualdad, la tutela judicial efectiva y la mínima intervención del Estado, en la solución de los conflictos sociales.

El estudio exploratorio realizado, posibilitó efectuar el diseño y el marco teórico referencial de la investigación, sobre las reformas legales que debe implementar el legislador respecto de los procedimientos legales tales como: abreviado, directo, expedito, suspensión condicional de la pena, conciliación y el desarrollo de un modelo para la aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal, que garanticen los derechos fundamentales de la víctima y del sospechoso o procesado, contribuyendo a la celeridad de los procesos judiciales y a la disminución de la carga laboral de los operadores de la justicia en Ecuador.

Bibliografía

Armenta, T. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Penal.* Madrid, España: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Carrión, L. (2013). *El Debido Proceso.* Ecuador: Ediciones Cueva Carrión.

Gargarella, R. (2008). *De la justicia penal a la justicia social.* Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre.

Muñoz Conde, F. y García, M. (2010). *Derecho Penal, Parte General.* Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Muñoz Conde, F. (1999). *Derecho Penal y Control Social.* Bogotá, Colombia: Nomos S.A.

Perdomo, J. (2005). *Fundamentos Constitucionales y Teórico –Penales, y su Regulación en el Derecho Procesal Penal Colombiano.* Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Roxin, C. (2003). *Derecho Procesal Penal.* Buenos Aires, Argentina: El Puerto.

Thompson, J. (1989). *Justicia Penal en Centroamérica y Caribe.* Madrid, España: Closas-Orcoyen, S.L.

Viada, S. (2010). *Los Fines del Proceso Penal.* Madrid, España: Editorial LA LEY.

Vigo, R. (2009). *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo.* Buenos Aires, Argentina: Ábaco.

Villanueva, J. (2011). *El principio de oportunidad justicia restaurativa. Transicional y* Transaccional-*Mediación Penal y Conciliación Civil-en el Sistema Penal Acusatorio.* Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA.

Wensel, H. (1951). *Teoría de la Acción Finalista.* Buenos Aires, Argentina: Biblioteca Jurídica Argentina.

Zambrano, M. (2009). *Los Principios Constituciónales del Debido Proceso y las Garantías Jurisdiccionales.* Ecuador: Ph EDICIONES.

EL DERECHO PROBATORIO COMO GARANTÍA PROCESAL DEL ENCAUSADO

Rubén Darío Castro[1]

Resumen

Admitir la naturaleza político-ideológica del Derecho procesal penal y del ejercicio del *ius puniendi* del Estado permite apreciar que el Derecho adjetivo es *la voluntad de dominio para sí* que tiene, como posibilidad verificable, la vulneración de la defensa del encausado. De ello se concluye que la *politización* de las judicaturas no deviene solo del carácter del Derecho procesal. La cuestión refiere a la naturaleza de la Función Judicial -que es política- y a las relaciones determinadas por ciertas condicionantes de las fuerzas en torno al poder que definen si el aparto judicial está o no al servicio del autoritarismo o de otras posibilidades de ejercicio del poder. Tal subordinación opera también cuando no hay dictadura o gobiernos no autoritarios. En este contexto, reflexionar sobre el Derecho probatorio, qué es la prueba y para qué sirve en el proceso, contribuye a esclarecer dos cuestiones centrales: 1.- que el derecho probatorio constituye una de las más importantes garantías procesales; en general (no solo en el ámbito penal) es inconcebible el Derecho procesal sin derecho probatorio; y, 2.- por lo mismo, constituye garantía al procesado sobre la calidad de la prueba de la acusación (aquí muestra su real potencial como garantía). A la luz de estas

1 Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador

SIB-UCE

reflexiones será posible apreciar la importancia de la teoría de la prueba prohibida, en el propósito de advertir a las partes procesales y a los jueces las violaciones y actuaciones ilegales que, por ser tales, carecen de eficacia procesal.

El sentido político ideológico del Derecho procesal penal

Según Goldschmidt "... los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general." y, "...la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución".[2] En López Barja (2014: 1428) "El derecho procesal penal *es un derecho con una gran carga ideológica*. No es únicamente una cuestión técnica el que la regulación del proceso se realice de una u otra forma, sino que su *trasfondo político* aflora constantemente"[3] (cursivas mías).

Las referencias muestran la naturaleza política del *ius puniendi* del Estado, del Derecho procesal penal, de los órganos de actuación penal. La utilización del Derecho procesal penal deviene en acción política cuyo complemento es la tipificación (otra cara de la medalla) encargada al Derecho penal sustantivo; los dos integran la misma necesidad de dominio que va de la determinación de lo sancionable a la capacidad sancionatoria legitimada en las normas de procedimiento, como factor sustancial de eficacia del primero. La connotación política de las esferas jurídico-penales corresponde a la necesidad del dominio social y, por ello, es parte de su esencia.

---

2 Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, II, 1961, pp.110 y ss. Citado por López Barja, en Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Aranzadi, Madrid. 2014, pp. 1427 y 1428

3 Ver también Jiménez De Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. T II, Buenos Aires, 1964, pgs. 13 y ss.; Pabón, Germán. *Lógica del Indicio en Materia Criminal*. T I, 2007, pgs. 35, 36, 39 y 40; y Gómez, Juan Luis. *El proceso penal constitucionalizado*. Bogotá, 2013, pg. 829 y ss.; Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*, parte general. Barcelona, 1990, pgs. 137 y 138; Hormazabal, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*. Barcelona, 1991, pg. 145.

De lo anterior se advierte la imprecisa apreciación sobre la "politización" de las judicaturas que la asume como instrumentalización circunstancial, o determinada por el carácter flexible o riguroso del Derecho procesal penal. Lo evidente es la *naturaleza política* de la Función Judicial que está sujeta a la misma dinámica de todas las *relaciones políticas*. Las relaciones de fuerzas en el poder determinan si el aparato judicial está o no al servicio del autoritarismo o de otras posibilidades de gerencia social; su utilización no es exclusiva de gobiernos autoritarios o similares; muchos son los casos de gobiernos de perfil democrático institucional[4] en que ocurre lo mismo y, en ocasiones, sin ninguna necesidad de cuidar las apariencias. Los casos de Ecuador y Venezuela o de Nicaragua y México, son elocuentes.

La naturaleza instrumental del Derecho y de la judicatura devela que, en el proceso penal, la defensa tiene la connotación de *defensa política* frente al poder. El *principio de defensa* y el *derecho al debido proceso*, en ese sentido, asoman como figuras procesales de connotación no solo técnico-procedimental porque son factor básico de aseguramiento del interés del encausado ante la posibilidad del abuso del poder. JELLINEK (aludiendo al *status libertatis* y *status civitatis*) ya da cuenta de que la doctrina jurídica desde hace mucho lo admite de ese modo[5] y se ha profundizado con las actuales tendencias neo constitucionalistas. Y, aunque la cuestión implica un conflicto de intereses entre los de la comunidad jurídica y los de los ciudadanos sospechosos, de ningún

4 Entiendo por *gobiernos democrático institucionales* a aquellos que devienen de procesos electorales formales y ejercen sus funciones en el marco de un orden constitucional predeterminado, sin que ello necesariamente implique que su práctica política o el ejercicio de sus atribuciones sea democrática entre los actores políticos del sistema. Esto último también depende de la correlación de fuerzas entre éstos.

5 En López Barja, cit. pg. 172. En el mismo se sentido, se puede consultar a Bernal Cuéllar, Jaime. *El proceso Penal*, T I, Bogotá, 2013, pgs. 45 y ss.; Rosas, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T I, Lima, 2015, pgs. 104 y ss.; Gimeno Sendra, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 2014, pgs. 39 y ss.; Guerrero, Oscar. *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Bogotá, 2005, pgs. XV y ss.; Neyra, José. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T I, Lima, 2015, pgs. 41 y ss.; Gomez, Juan. *El Proceso Penal Constitucionalizado*. Bogotá, 2013, pgs. 181 y ss.; 229 y ss.; Cubas, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación*. Lima, 2009, pg. 47.

modo se justifica cualquier actuación estatal desde el Derecho procesal penal (BAUMANN, p.16).

El *principio de defensa* es, así, un mecanismo jurídico-político de contención a la actuación arbitraria del poder público que ocurre, precisamente, a través de la judicatura y los otros instrumentos de la política criminal del Estado. Su mayor o menor amplitud va a depender de las relaciones de fuerza de los actores sociales en favor o desmedro de los derechos fundamentales de los individuos. El mecanismo es una necesidad de prevención ante la acción estatal en cualquiera de los escenarios. Entendido que es la naturaleza estatal de dominio la que se expresa en la acción contra los miembros de la sociedad en la esfera de lo jurídico-penal, la única certeza de que ella no se convierta en aflictiva a los derechos y permita certeza en la defensa y aplicación de éstos, es lograr que se incorpore al derecho procesal penal (que tiene sesgo ideológico y político), lo más ampliamente posible, un conjunto de garantías en favor del procesado.

De lo anterior es posible determinar que el sentido ideológico político del Derecho procesal penal puede operar en *dos sentidos contradictorios*: 1) el que le imprime el Estado y su voluntad de dominio, como *voluntad para sí;*[6] y, 2) el sentido que la relación de fuerzas posibilita en una dirección de protección a los sujetos sometidos a esa voluntad de dominio que se expresaría en las determinaciones jurídico-procesales que tutelan derechos subjetivos y, sobre todo, sus libertades. El Derecho adjetivo, en cuanto *voluntad de dominio para sí*, sufre un resquebrajamiento como sucede en todo el Derecho que, sin embargo de ser el instrumento de la voluntad de dominio para obligar, admite formas jurídicas *opuestas* o *extrañas* a su naturaleza, como resultado de la acción política de los actores sociales y su capacidad de legitimar intereses o de ilegitimar las prácticas y medios de dominación social que,

6 Marx definía a la existencia material de la clase social, como clase *en sí*. A la existencia de la clase social como sujeto que adopta conciencia de sus intereses y los defiende, denominó *clase para sí*. En tanto el Estado responde a esos intereses de clase y es el que, sobre todo en el ámbito del ius puniendi, determina qué es sancionable y las actuaciones para imponer las sanciones, el Derecho Adjetivo expresa esa voluntad de clase *para si*.

de paso, es lo que le da apariencia de sistema normativo derivado del interés social y no de la naturaleza explicada. *El derecho probatorio es, en tal sentido, una de esas formas jurídicas tutelares.*

Derecho probatorio y prueba

Cabe, primero, diferenciar entre *prueba* y *derecho probatorio*. Éste correspondería a un ámbito más amplio que contiene a las pruebas judiciales y en general la verificación social de hechos[7] o "la prueba en sus múltiples manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal"; la prueba, como institución jurídico-procesal, referiría a las "...reglas reguladoras de la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso". El *derecho probatorio* no ha de confundirse con la *prueba*, sobre todo, porque tienen entidades jurídicas diferentes. Ésta corresponde a la actividad procesal orientada a la convicción del juez sobre la verdad procesal, él refiere a la potestad o capacidad jurídica de las partes procesales de requerir al juez la actuación de las pruebas que sean de su interés. El derecho, nace ligado a la pretensión procesal; la prueba es el complemento de ella y condición necesaria de su éxito. El derecho probatorio deviene de la necesidad de la defensa que plasma en el proceso la posibilidad eficaz de incorporar la prueba; en tanto que ésta es el objeto de esa posibilidad. Aquél no es susceptible de oposición judicial o de las partes, con la sola excepción de los límites expresos determinados por el régimen jurídico (parte del Derecho público que excluye la discrecionalidad judicial o la interferencia de la contraparte) y goza de la prerrogativa de "*reserva de ley*" para limitar su ejercicio y se orienta por el *principio del máximo de eficacia*[8] para su plena realización, en tanto que ésta admite la posibilidad de exclusión del juez o la

7 La *prueba*, referiría a las "...reglas reguladoras de la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso." (Devis Echandía. 1970: 15, 16 y 37)

8 Sobre el *principio del máximo de eficacia* se puede revisar en Castro, Rubén. *Aspectos medulares del nuevo poder constituyente*. Loja, 2007, pg. 12 y ss.

contradicción de las partes. El derecho probatorio es un derecho subjetivo, en tanto que la prueba constituye, en principio, una actividad procesal. Más aún, dada la diferencia entre actos de investigación y de prueba (éstos se producen en el juicio oral ante el tribunal competente para conocer la causa; los que no se realizan en tal juicio, son actos de investigación),[9] cabe insistir en que el derecho probatorio atraviesa toda la actuación de la autoridad pública relacionada con la gestión penal y, por ello, abarca los actos de investigación.

Finalmente, no podría existir la prueba sin el derecho probatorio como condición jurídica procesal preexistente y entre los dos elementos hay una relación de *continente* y *contenido*; de *esencia* y *fenómeno*; y, de *causa* a *efecto*.

El derecho probatorio, en sistemas jurídicos democráticos que superaron el proceso inquisitivo, ha admitido al encausado como sujeto procesal (en razón de los cambios en el paradigma de la persona y su dignidad dentro del proceso penal) y, por ello, permite su defensa libre otorgándole la *capacidad de requerir* a la judicatura la actividad probatoria y la introducción de prueba al proceso, como elemento sustancial que plasma su ejercicio; por ello, las normas sobre el derecho probatorio tienen como destinatario al aparato judicial. La prueba es, así, *la concreción y aplicación eficaz del derecho subjetivo*; es atribución del encausado y su defensa que se ejerce con la misma dinámica de la relación entre ciudadano y autoridad (entre mandante y mandatario) y por ello, el juez no puede restringirlo (solo admite las *excepciones o limitaciones expresas* del régimen puesto que, además, es parte del Derecho Público) so pena de incurrir en violación y, sobre todo, afectar la integridad del proceso. Se desprende que este derecho

9 Pueden encontrarse otras referencias en Gimeno Sendra, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Colex Editorial. Cuarta Edición. Madrid. 2014, pp. 184 y ss; López Barja, Jacobo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Aranzadi. Sexta Edición. Tomo I. España. 2014, pp. 1440 y ss.. Rivera Martínez, Carlos, quien alude al *Blaks Law Dictionary* (de Henry Black, West Piblishing, Co. 1996) en *Comentarios sobre el Derecho Probatorio puertorriqueño*, en el Programa de Capacitación Judicial en el Proceso de Transición al Nuevo Código de Procedimiento Penal, en Puerto Rico, 2001.

goza de una prerrogativa de "reserva de ley" para la limitación a su ejercicio; y, en principio, su régimen se orienta por el *principio del máximo de eficacia*[10] ya que de su plenitud depende su real eficacia.

En la segunda relación, la prueba *expresa la naturaleza*[11] *y la existencia procesal* del derecho probatorio. El derecho probatorio constituye piedra angular del principio de defensa y del derecho al debido proceso en el sistema acusatorio. Por ello, en la medida en que ella se incorpora al proceso realiza u objetiva el derecho probatorio de modo concreto. De ahí que la actividad probatoria exija considerar todas las posibilidades de prueba, de modo que la actuación sesgada o fraudulenta, dirigida a ocultar lo que fuere favorable al encausado atenta contra su derecho y podría afectar a la integridad del proceso.

En la tercera, cabe decir que la prueba es el efecto directo y relevante del derecho probatorio; así, en el proceso debe existir prueba como evidencia del ejercicio del derecho probatorio. En el proceso penal el derecho probatorio constituye un aspecto vinculante para el Estado. Puesto que la *presunción de inocencia* es condición sustancial del proceso penal, del principio de defensa y del derecho al debido proceso, el derecho probatorio funciona en dos direcciones en favor del encausado: la primera, que le permite requerir a la autoridad judicial la actividad probatoria en su defensa; y, la segunda, que obliga a la autoridad pública a contar con prueba contra del encausado sin ocultar la que le fuere favorable. Si la investigación penal nunca ha de poder encontrar únicamente elementos de imputación contra el investigado, ella arroja, necesariamente, aspectos favorables y desfavorables a la persecución penal; y, la actuación idónea de la autoridad pública debe expresarse en la comprensión íntegra de la realidad. Por ello es indispensable que la autoridad exponga toda la prueba encontrada, es decir, la favorable y la desfavorable a los intereses de la acusación.

---

10 Sobre el *principio del máximo de eficacia* se puede revisar en Castro, Rubén. *Aspectos medulares del nuevo poder constituyente*. Loja, 2007, pg. 12 y ss.

11 Sobre la naturaleza del derecho probatorio ver Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires. 1970, pgs. 41 y ss.; y, Cañon, Pedro. *Teoría y práctica de la prueba judicial*. Bogotá, 2013, pg. 7 y ss.

El derecho probatorio en lo penal expresa el segundo sentido ideológico arriba anotado (el que la relación de fuerzas posibilita en una dirección de protección a los sujetos sometidos a la voluntad de dominio y se expresaría en normas que tutelan derechos subjetivos y, sobre todo, sus libertades) resquebrajando el control y la hegemonía del proceso a favor del Estado y, lo que es más, actuando como mecanismo de protección contra la posibilidad de abuso de la acción estatal o de la autoridad. Podríamos caracterizarlo, en consecuencia, del siguiente modo:

- Es un derecho de libertad o de defensa frente al Estado (que consagra la necesidad de limitar el poder estatal, en cuanto expresa el sentido ideológico que se contrapone a la voluntad de dominio como hegemónica en el proceso penal);
- Tiene estatus de garantía que goza de fundamento constitucional;
- Se constituye y fundamenta en consideración a la persona (a su dignidad) antes que a las cosas y los hechos;
- Es un derecho que admite ser regulado solo mediante ley (principio de reserva de ley).[12]

–Consideraciones sobre la prueba en el ámbito procesal penal

La prueba judicial según DEVIS ECHANDÍA (1970), en principio, ha de entenderse como "...todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos." (pp. 29 y 34).[13] De modo que ella corresponde, como ya hemos indicado, a una actividad procesal más que a la sola existencia de datos o información que son, sin duda, un aspecto. Esta visión, por lo mismo, corresponde a una apreciación dinámica o dialéctica de la prueba.

---

12 Ver también Lopez Barja, *Tratado...*, T I, pgs. 177, 178; 1190; 1490 y 1491.

13 Ver también en Barrios, Boris. *Ideología...* cit. pgs. 59 y ss.; Vanegas, David. *La investigación...* cit. pg. 187; Cañon Ramirez, Pedro. *Teoría y práctica ...* cit., pgs. 2-4; Rosas, Jorge. *Tratado de ...* cit. T II, pgs. 39 y ss.

En el proceso penal la actividad probatoria está orientada a indagar, verificar, esclarecer lo que es el objeto de la causa penal, para determinar si ha ocurrido y de qué forma se produjo. Hay quienes dicen que pretende provocar un juicio de *certeza* sobre lo acontecido.[14] Se presenta como la necesidad de comprobar y verificar todo objeto de conocimiento; es actividad de verificación de la exactitud de las afirmaciones realizadas, es decir, de que dichas afirmaciones coinciden con la realidad. Es la necesidad de demostrar, verificar o investigar la verdad de lo afirmado en el proceso. También podría entenderse como la actividad de las partes procesales dirigida a crear evidencia necesaria para obtener la convicción del juez o tribunal decisor sobre los hechos por ellas afirmados, y sujeta a exigencias normativas que aseguran su licitud.[15] En esta misma dirección Carmignani (1979) había definido las *pruebas criminales* como los "...actos legítimos mediante los cuales algunas circunstancias sirven para descubrir un delito o para demostrar la inocencia." (pp. 204-205) y hacía depender su eficacia de la *certeza moral* o de la *probabilidad* que ella crea en el juzgador, entendido que la primera "...no es más que una opinión humana..." que debe estar regulada por la ley. Lopez Barja (2014) dice que "...es un acto procesal que *tiene por finalidad convencer al juez de la verdad de la afirmación de un hecho*. Por consiguiente, la prueba implica un hecho (...) o un acto procesal concretado en un hecho (también en el caso de la presentación de un documento) que debe permitir conocer otro hecho." (TII, pg. 1439 y ss.; cursivas mías).

Se colige que probar[16] no es una yuxtaposición de datos de la realidad

14 "La finalidad de la labor probatoria es poner en claro si un determinado suceso (o situación) se ha producido realmente o, en su caso, si se ha producido en una forma determinada. Con el auxilio de la instrucción probatoria, el averiguador intenta formarse un juicio acertado sobre el estado de los hechos (...)" Erich Dohring, Buenos Aires, *La prueba, su práctica y apreciación*, Ediciones jurídicas Europa – América, 1972, pgs. 12 y 13 (citado por Pabón, Germán en *Lógica* ... T I, cit. pg. 21)

15 Ver en Cubas, Víctor, *El nuevo proceso*... cit. pg. 264; y, Gimeno Sendra, Víctor. *Manual*... cit. pg. 427

16 También consultar sobre el significado de probar, en Rodríguez, Orlando. *Prueba ilícita penal*. Bogotá, 2014, pgs. 15 y 16. También ver en Devis Echandía, op. cit. T I, 1970, pgs. 10 a 12. Allí se alude a la posición de Dellepiane que estima la prueba y la actividad probatoria como perteneciente al ámbito de las ciencias *reconstructivas*. Sobre lo que

sino, sobre todo, la aportación de un complejo de elementos conexos, relacionados, con evidencia de interrelación como la que ocurre entre la causa, el efecto y las condiciones, de modo que la admisión de uno permite la admisión de su consecuente.[17]

–Importancia y trascendencia de la prueba

Una primera necesidad que surge de esas reflexiones es apreciar la importancia procesal de la prueba en cuanto es actividad probatoria. Para Lopez Barja (2014)

> la prueba constituye una pieza *clave* y *esencial* dentro del sistema. (...) es, o debe ser, el *eje principal de un proceso* y por ello *de la misma en definitiva depende la realización de la justicia material.* La prueba es, y ha sido, la *piedra angular* de todo el sistema de justicia, y así los cambios habidos, los avances y retrocesos siempre han incidido en ella.

Luego, alude a que en el análisis hay que referirse, también, al "...curioso dogma de la verdad, relativo a que mientras en el proceso civil se busca la *verdad formal* por el contrario en el proceso penal lo que ha de averiguarse es la *verdad material.*" (pg. 1429, cursivas mías).[18] Se colige, primero, que la institución procesal de la prueba constituye el

---

es la prueba también puede consultarse a Ferrer, Jordi. *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión.* En AA. VV. Estudios sobre la prueba. UNAM, México, 2006, pg. 30.

17 "La prueba judicial puede definirse como el 'proceso demostrativo, o inventivo, mediante el cual el juez llega al conocimiento de la conexión que tiene lugar entre varios elementos, y que produce en su ánimo la certeza en torno a la verdad de un hecho'. La prueba es, (...) el resultado de varios elementos, que surge de la relación que tiene lugar entre ellos, los cuales, a su vez, concurren a formarla. Tal relación o conexión es el efecto y al mismo tiempo la causa del conocimiento; en ella está verdaderamente la sustancia de la prueba. La prueba, porque es conocer, es por eso mismo proceder, es desarrollo y, al mismo tiempo acuerdo"; y, en otra parte, "La prueba es verdadera síntesis, verdadero sistema, verdadera constituidora de la unidad en la multiplicidad; no simple suma, *coacervatio*, de los datos singulares", Giovanni Brichetti, *La evidencia en el derecho procesal penal,* Buenos Aires, Ediciones jurídicas Europa-América, 1973, págs. 7, 9 y 12. (citado por Pabón, 2007, T I, pgs. 21 y 22).

18 Lopez Barja también realiza una reflexión sobre las diversas corrientes que, sobre qué entender por la verdad que debe ser tratada en el proceso, existen. pgs. 1432 a 1439.

elemento basal del proceso en el que se expresa y consolidan varios aspectos del proceso en general y, en el caso del proceso penal, con mayor razón: en ella se pone en evidencia la eficacia de principios como el de la defensa, el derecho al debido proceso y, desde luego, el principio fundamental de la presunción de inocencia. Una segunda consideración que se desprende, alude a la relación entre actividad probatoria y la verdad.

Sobre este aspecto, Neyra (2015), citando a Taruffo establece que la importancia de la prueba estaría en que tendría como propósito la reconstrucción conceptual del hecho de un modo comparable y demostrable; y, concluye que la verdad absoluta no es alcanzable, lo que no implica que no haya posibilidad de acceder al conocimiento de la verdad relativa (T II, pg. 221 y ss.). Este aspecto trascendente de la prueba obliga a una reflexión que rebasa el mero campo de la normativa y de la doctrina jurídica,[19] y a ciertas consideraciones de orden epistemológico.

–La cuestión de la verdad y el derecho probatorio

La cuestión alude a lo que hemos de entender por *verdad* en el proceso penal.

Se sostiene que el modelo acusatorio procura la construcción colectiva de un consenso sobre la verdad que implica confrontación de las visiones y argumentación de las partes y el convencimiento del juez, que rompería el "monopolio"[20] del Estado sobre el proceso penal y la ver-

19 Esto evidencia la imposibilidad de mantener el estudio del Derecho fuera de otras posibilidades de análisis de la realidad; y, por ello, la subjetiva apreciación de los puristas que pretenden convertir al objeto de la ciencia jurídica en algo aprehensible solo desde las categorías y conceptos jurídicos que, siendo sensatos, por si mismos ya son construcciones que no corresponden al solo campo del Derecho.

20 En la teoría jurídica el uso del concepto *monopolio* es usual para referirse a la elaboración normativa. Esa monopolización es cuestionada por las concepciones clásicas y actuales del pluralismo jurídico. El concepto tiene pertinencia en la Economía y por mayor claridad y propiedad del concepto, prefiero usar el de *hegemonía*, especialmente por las connotaciones de orden ideológico y político que supone.

dad. Carnelutti distingue entre *verdad real* y *verdad procesal*; ésta ha de tenerse como una que coincida con la verdad material so pena de ser una "no verdad".[21] Ferrajoli (18995, p. 48) también admite la *verdad fáctica* y *verdad formal*; en la proposición aprobada por un juez, dice, en realidad es posible apreciar dos: una *fáctica o de hecho* y otra, *jurídica o de derecho* que son proposiciones *asertivas, empíricas o cognoscitivas*, en el sentido de que es "predicable su verdad o su falsedad (...) conforme a la investigación empírica". La verdad de la primera, que es fáctica, es probable mediante la prueba sobre el acaecimiento del hecho (es una *quaestio facti*). La segunda, sobre la verdad jurídica, corresponde probar mediante una interpretación del significado de la norma que califica al hecho como delito (es una *quaestio iuris*). Las dos son parte de la verdad procesal.

Sin embargo, respecto de la posibilidad de acceder a la verdad fáctica, hay diferencias notables. Hassemer alude a lo que la ciencia y el método científico permiten y critica las deficiencias del proceso penal cuando requiere de los jueces solo la libre convicción y no hipótesis científicamente contrastadas. Bernal (2013, ps. 2014 y ss.) estima dos cuestiones importantes en la consideración de la verdad: 1.- que ella está *definida* por los requisitos de validez que impone cada ámbito del saber; y, 2.- que cualquier afirmación, por lo mismo, debe *satisfacer los criterios de veracidad* definidos en cada ámbito. Para Calamandrei, puesto que la materia del proceso son hechos *pasados* (fuera de la realidad actual), lo acertado es estimar que se busca *certeza*, como también afirmaría Dellepiane.[22] Para Taruffo la verdad es algo irrelevante

21 BETTIOL, contrario a la visión de que la actividad probatoria serviría a la configuración de una verdad formal, ha dicho que "...pretender que el legislador haya querido con esta elección la no verdad, sería, todavía antes que un grave mal entendimiento en el plano jurídico, un verdadero y propio absurdo lógico, moral y político". *Instituciones del derecho penal y procesal.* 1977, pg. 249 (citado por Lopez Barja, op. cit. T I, pg. 1434).

22 De inicio, esta fuerte consideración deja fuera de toda duda la imposibilidad de la verdad absoluta. Lo que no existe en la realidad empírica, convierte a su aprehensión en una actividad puramente abstracta. Sin embargo, esta reflexión no distingue las diferencias entre las ciencias de la naturaleza y otras que trabajan con puras abstracciones (como la matemática) y con objetos no reproducibles experimentalmente (como en las ciencias sociales) y pretendería conformarnos con una "verdad" construida solo de

en el proceso, y es un juego retórico persuasivo o solo aplicación de métodos y modelos semióticos a los problemas jurídicos.[23] Otros sostienen que se trata de alcanzar un *grado de suficiencia precisa* (que implicaría la probabilidad, la verosimilitud) aunque estas tesis son cuestionadas porque terminarían en la utilización del proceso penal como instrumento peligroso.[24] Lopez Barja (2014) coincide con Baumann en que se trata de esclarecer los hechos y sostiene que la tesis de la verdad material ha sido superada para sustituirla por la tesis de la *obtención formalizada de la verdad* o de la *verdad forense* que no refiere a la prueba como posibilidad de obtener la verdad sino el convencimiento del juez (ps. 1433 a 1439).[25] Lo que expone Goldschmidt (1936) muestra que estas reflexiones no son recientes y provienen del proceso civil; él dice que las pruebas son actos de parte por el principio dispositivo destinadas a convencer al juez; la verdad es relativa (simple verosimilitud) y debe, por eso, permitirse que sea apreciada por un patrón subjetivo, el convencimiento del juez (ps. 253 a 256). Sin embargo de que no ha de ser posible la verdad absoluta (en ningún ámbito de la realidad lo es), tampoco estimo acertada la postura que termina en un escepticismo jurídico.

Apuntes críticos sobre la cuestión de la verdad en el proceso penal

Una primera observación sobre este tema refiere a si el dilema de la verdad material o de la verdad formal es, en realidad, *la cuestión* a resolver. Me parece que eso no agota todo el problema. Si se trata de tener certeza o captar lo más posible del objeto de la prueba, lo que debería ser materia de discusión *no es la primacía una posibilidad de*

modo argumental. Muchos juristas estiman que esa es la función de la actividad probatoria, habilitar en el proceso una actividad argumental que sea capaz de convencer o persuadir al juez.

23 Ver Nisimblat, Nattan. *Derecho probatorio...* 2013. pgs. 95 y ss.

24 La observación viene de Lopez Barja, op. cit. pg. 1435

25 Este autor explicita que en materia procesal penal no cabe admitir que el fin justifica los medios y que ningún interés de la sociedad, por muy elevado que fuere, justifica ninguna violación a los derechos de libertad de los ciudadanos.

verdad o la exclusión de una, sino la relación entre ellas, de modo que no se renuncie a la necesidad de la objetividad probatoria ni se consienta, en ese escenario, las consabidas y reiteradas actuaciones negligentes del juez (en todos los ámbitos procesales) y abusivas de la fiscalía (en materia penal). La *verdad* (abstracta) no existe ni puede probarse y la pretensión jurídico-procesal resulta impedida de lograrla (la ciencia no podría semejante pretensión, peor la regla creada por el poder cuyo fin no es comprobar sino sancionar). Pero que la posibilidad de conocer la realidad existe no es un aserto caprichoso. Varios siglos de producción científica lo demuestran.

Debemos, entonces, ubicarnos en el ámbito particular de nuestra ciencia (los objetos con los que trabajamos son, sobre todo, de naturaleza cualitativa). Y que el hecho o la conducta juzgable ya no existan como realidad presente no significa que no es posible determinar lo ocurrido. Por lo demás, en estricto sentido, la prueba en el proceso penal no refiere solo a la conducta sino a sus efectos; eso es lo que se admite como demostrado al juez y a su convicción. ¿No se juzga la mayoría de casos por los resultados del acto o por los resultados de la omisión?

Esto pone en evidencia que la necesidad está en la posibilidad de determinar las relaciones que no siempre requieren demostración fáctica sino demostración abstracta pero objetiva, como en la ciencia. Lo contrario implica admitir que el juzgamiento es relativamente falso, inseguro e imposible de corregirlo.[26] Lo jurídico expresa desde su inicio los aspectos de la realidad social que lo condicionan. La situación concreta del acto individualizado o producido por uno o más sujetos, también forma parte del ámbito de la realidad. Los dos ámbitos (normativo y fáctico) no se excluyen sino que convergen y se corresponden. Por ello, esta posición implica optar por una propuesta diferente. Pabón Gómez

26 Esta postura escéptica es, obviamente, cuestionable y, más, inadmisible. Es apreciable que para los estadios en que debieron vivir algunos juristas, los límites objetivos sobre la posibilidad de aprehender la realidad les haya justificado considerar que el juez y las partes estaban impedidos de acceder a un criterio de verdad más objetivo, pero ¡con todo lo que ha avanzado hasta hoy la ciencia!, seguir manteniendo los mismos niveles de pesimismo cognitivo, no parece ser el mejor camino para nadie.

(2007, ps. 180 y ss.) aborda lo que llama la *teoría de la verdad como correspondencia* (que defiende Ferrajoli en el proceso penal) y que, en resumen, atiende al concepto de *adecuación típica* que condensaría los aspectos jurídicos y fácticos, como vimos, en tanto incluyen al elemento típico del ámbito jurídico cuando al elemento relacionado con la conducta (entendida como integración objetivo-subjetiva del sujeto).

Lo dicho obliga a una segunda consideración. Una perspectiva epistemológica refiere a *cómo debe propiciarse su aprehensión; y, los límites y posibilidades de esa aprehensión en el proceso.* En la misma teoría del conocimiento hay algunas relaciones relevantes a considerar: una, que entre el conocimiento y el ser hay una relación indubitable e incuestionable; otra, que el ser es el fundamento de la verdad; tercero, que el único criterio de verdad es la práctica que es, también, la base del conocimiento; cuarto, que solo en la posibilidad de coincidencia entre el ser y el pensamiento hay posibilidad de veracidad del conocimiento; y, quinto, que no se puede probar lo que no se conoce.

Lo dicho, en el ámbito de lo procesal, más todavía para el penal, obliga a asumir que los hechos sometidos a juzgamiento son, sin excepción, objetos de la realidad (del ser); que, por lo mismo, son posibles de aprehensión intelectiva dependiendo de la investigación, su método y el nivel de profundidad que se propicie; y, que la posibilidad de validación de lo conocido debe implicar una suerte de *validación práctica* de lo que se logra conocer para admitirlo como probado. Las exigencias que debe imponer un régimen procesal sustentado en el método científico, conduciría no a establecer reglas de valoración sino elementos metodológicos de demostración para satisfacer las exigencias de la decisión. En el debate mayoritario parece existir una especie de resistencia a admitir que lo planteado es posible en el ámbito jurídico procesal y, en la medida en que no exista posibilidad de coincidencia, el proceso penal seguirá destinado a encontrar excusas para no aprovechar el desarrollo de la ciencia con todas sus consecuencias en la actividad probatoria. Lo constatable, de otra parte, es que en lo que va del proceso penal acusatorio, cuando existe entereza y acuciosidad probatoria las posibili-

dades de objeción a la verdad procesal disminuyen y las opciones de discrecionalidad que se autorizan al juez bajo la sana crítica[27] o la libre convicción, le obligan a motivar sus decisiones con mayor objetividad. De ello, la necesidad de un *método científico* de prueba o lo que debería ser un *método probatorio de mínima objetividad* que, como diría Dhoring, permita una actividad procesal en la que "*se busca crear una concepción del estado de los hechos que sea segura, vinculante también para terceros, o poner en claro que tal concepción no es asequible*"; como posibilidad de relacionamiento de los aspectos de la realidad, de la norma y del proceso.

Por ello, lo que corresponde es habilitar los mecanismos de investigación de la realidad del caso, determinar normas que se orienten al máximo de eficacia para facilitarla. Visto el sentido ideológico político del derecho procesal, de lo que se trata –desde los derechos de las personas– es de lograr poner a la administración de justicia encima de los intereses del poder y de quienes incurren en delitos relevantes, como única posibilidad de garantizar una administración de justicia objetiva a los ciudadanos honestos o involucrados en delitos por razones que no son precisamente penales. La cuestión se revela no solo como meramente epistemológica sino, también como política.

El derecho probatorio como garantía procesal con fundamento constitucional

El concepto de *garantía* no siempre resulta muy delimitado ni semántica ni jurídicamente. La confusión con derecho subjetivo o con derecho fundamental, o con norma de jerarquía suprema, o con principio jurídico, no agota la comprensión de lo que es. Para muchos estudiosos ni siquiera constituye concepto jurídico a tomar en cuenta. Sin embargo, para propósito de este trabajo, he de comprender como *garan-*

27 Ver Germán Pabón Gómez, *De la casación y la revisión penal, en el estado social y democrático de derecho*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1999, pág. 219. Ver también en T I de *lógica del indicio*...pgs. 40 y 41.

tía jurídica a la *condición* fijada por el ordenamiento nacional e internacional *en favor de los sujetos jurídicos, sus actos y relaciones*, cuya *supremacía* permite blindarlos ante *decisiones o actos violatorios (de cualquier ámbito o nivel) de otros sujetos y de la autoridad pública*; por lo mismo, dicha condición no puede ser sometida o sujeta a éstos en ninguna circunstancia por lo que causa, como *efectos*, de una parte, *la invalidez* de lo que fuere el origen jurídico de su violación y, de otra, *la reparación* de los daños causados. Así, puede estar en diversos niveles y expresarse en diversas formas del ordenamiento. Unas pueden constituir *principios* (como la seguridad jurídica) o pueden corresponder a un *derecho subjetivo* (como el derecho al debido proceso); o pueden existir garantías *de jerarquía constitucional* (como las dos anteriores) o *de jerarquía legal* (como la legítima defensa). Ahora cabe intentar una ubicación del derecho probatorio y de la prueba.

Cuando tratamos sobre derecho probatorio y la prueba, dijimos que tiene la *condición de garantía con fundamento constitucional*. El sustantivo usado alude no solo a un estatus del derecho sino y, sobre todo, a la situación que se produce como consecuencia de las relaciones que tiene en el ordenamiento y resultan de la naturaleza del derecho, es decir, de las que tiene con principios jurídicos y con otros derechos. Y la determinación de que se trata de garantía *con fundamento constitucional* implica que es algo más que garantía constitucional; no solo es derecho reconocido constitucionalmente sino que tiene vínculos con principios o derechos correlativos de jerarquía constitucional o que pertenecen al bloque de constitucionalidad[28] lo que no significa que aquí se agotan las relaciones con otros principios o derechos. De aquí la amplia y relevante relación del derecho probatorio en el ámbito del Derecho en general y del Derecho procesal penal, en particular[29] y permite apreciar que estamos ante uno de los derechos de mayor connotación en el Derecho procesal como ya referimos cuando hablamos de

28 La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 76 contiene una evidencia de estas relaciones. Forma parte de ese bloque, por ejemplo, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos "Pacto De San José De Costa Rica", suscrita en San José de Costa Rica el 22-11-1969.

29 Ver anexo 1

SIB-UCE

su importancia. Podría afirmar que tiene la misma naturaleza de esos principios, es parte de su misma lógica y proceso de desarrollo histórico-social, o -como se puede advertir con otros casos- es la razón o fundamento de la admisión social y legitimación política de varios de los principios. Por ejemplo ¿no era una adulteración la presunción de inocencia en el sistema inquisitivo que, además, suponía el régimen de prueba legal o tasada?; ¿ese contexto no era aflictivo o restrictivo al principio?. Esas coexistencias ponen en evidencia la sinuosa marcha del proceso histórico que también se nutre de impertinencias porque el poder hace intentos por legitimarse aun falseando los avances del progreso histórico, o la lucha social obliga a incorporar, aunque parcialmente, lo que ella impone en el entorno internacional, como vimos.

De lo dicho se desprenden dos cuestiones centrales: 1.- la jerarquía del derecho probatorio y la prueba como actividad procesal que los ubica en la cúspide del ordenamiento jurídico al formar parte del ámbito constitucional o del bloque de constitucionalidad (son superiores a otros derechos y principios de jerarquía legal); 2.- refiere a la posibilidad de colisión entre ellos y otros principios y derechos y en la que tendrán supremacía debido a la necesidad de eficacia de principios que les son inmanentes, como es el caso de la seguridad jurídica, por ejemplo.

Debido a que el derecho probatorio corresponde a la posibilidad de sancionar siempre que exista prueba eficaz de la infracción y de la responsabilidad penales, deviene en garantía no solo por el avance ideológico sobre el uso de la fuerza sino porque privilegia al individuo y su dignidad sobre el *ius puniendi* estatal. De este modo se erige en el ámbito más trascendente e importante del Derecho procesal penal aún por encima de las potestades públicas sobre la averiguación y la sanción. Esta lógica que nace de la misma realidad procesal, determina que las normas del debido proceso y las del régimen probatorio que son normas de garantía con fundamento constitucional, no favorezcan a cualquiera de las partes sino, de modo específico y excluyente, al encausado. Ello, por lo mismo, descarta que existan normas que favorezcan a la acusación. A todas luces sería injusto y desproporcionado que

a quien tiene ventaja se le dote de más mecanismos de actuación procesal en desmedro del que no los tiene o los posee limitadamente. Y, esa misma lógica es la obliga a la autoridad pública a no poder limitarlas sino en casos excepcionales y no por medio de cualquier acto normativo sino únicamente mediante ley; y, dado que están relacionadas con derechos fundamentales, al legislador le corresponde solo limitarlas mediante ley orgánica.[30]

La calidad de la prueba de la acusación: sustancial efecto de la garantía procesal

Como sostiene buena parte de la doctrina, el proceso penal se dirige contra del encausado (la acción y el proceso penal que impone el Estado se orientan a atacar su presunción de inocencia). La evidente confrontación de partes desiguales, una de ellas en gran desventaja, orienta las garantías jurídicas al encausado[31] y la favorabilidad la tiene por fundamento junto a la condición humana del encausado y su dignidad que le hace sujeto (no objeto) del proceso y, por lo mismo, titular de sus derechos, íntegros, entre los cuales está su buen nombre y reputación social que llevan a la presunción de inocencia[32]. Así, en el proceso penal, la carga procesal[33] corresponde a la acusación y cualquier sesgo en favor de ella constituye una violación a las garantías del encausado o, dicho de otro modo, es una pretensión de limitar la garantía o una posibilidad de otorgar favor a la acusación. Por lo visto, entonces, no pueden aligerarse las exigencias de la comprobación de la verdad

30 Lopez Barja, ídem. Pg. 1490 y 1491

31 Esto no implica que las garantías a otras partes (como la víctima), en cuanto precautelan sus derechos fundamentales también, queden excluidas. El énfasis se pone en la relación Estado-encausado.

32 La experiencia social muestra que los infractores son la excepción y cualquier acusado puede ser ofendido por el ius puniendi estatal o el interés público de sanción penal cuando no se demuestra su responsabilidad.

33 Ver Gimeno Sendra, *Manual ..., cit.* pg. 427 y ss.; sin embargo deja muy claro que "... una vez probados los de la acusación, la defensa, para obtener una sentencia absolutoria, tiene la carga de la prueba de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes."; Devis Echandía, Hernando. *Teoría ...*, cit. pgs. 137 y 539 y ss.; Nisimblat, Nattan. *Los principios...*, cit., pg.191 y 192.

procesal en favor de la acusación. Estas exigencias *cualifican la prueba* que ella debe obtener e introducir al proceso; esto no alude solo a las fuentes o a los medios,[34] o a la objetividad, idoneidad y pertinencia[35] sino a la juridicidad[36] de la misma.

La calidad de la prueba de la acusación no se limita a su eficacia demostrativa o persuasiva en relación a la verdad procesal sino a lago más relevante: su licitud. Una cuestión es la eficacia probatoria relacionada con la pertinencia y la evidencia de nexos causales que ella pueda aportar en el proceso; y otra, su validez jurídica, es decir, su licitud, como lo planteó Beling[37] y ya lo advertía Carmignani (1979), por ejemplo, cuando aludía a los requisitos para que una confesión sea *legítima* (ps. 221 y ss.).

Las garantías jurídicas al acusado más que interesarse en los aspectos de la eficacia (lo que no supone que son ajenos), se refieren a la validez. La desigualdad procesal entre la acusación y el sujeto encausado advierte de la posibilidad de las prácticas características del sistema inquisitorial. En el sistema acusatorio no se ha de permitir la posibilidad de alcanzar la verdad "a cualquier precio" porque, de otra parte, aquello implicaría el desmoronamiento del sistema o la existencia de una inconsistencia moral y jurídica que lo descalifica.[38]

El Estado o la autoridad no pueden restablecer el orden jurídico, violándolo. El axioma de que nadie podrá beneficiarse de su propio dolo, ubica fuera de toda posibilidad jurídica a la existencia de prueba obtenida sin el cumplimiento de las exigencias del régimen jurídico. Esta es una condición necesaria de la existencia del Estado constitucional y

---

34 Autores como Cañon parece que restringen el problema a los medios y fuentes de la prueba y en ese marco se refieren a la pertinencia, admisibilidad, licitud y conducencia. Ver op. cit., pg. 199.

35 Ya nos referimos al principio de pertinencia. Ver Art. 454.5 del COIP.

36 Ver Art. 454.6 del COIP

37 Ver Rosas, Jorge. *Tratado...* cit.. pg. 332; y Rodríguez, Orlando. *Prueba ilícita penal.* Bogotá, 2014, pg. 19; Cubas, Víctor. *El nuevo proceso...*, cit. pg. 363.

38 Sobre estas inconsistencias ver Rodríguez, Orlando, ídem., pgs. 20, 24 y 38.

de derechos. Por ello, ante la ilicitud de la prueba penal nos abocamos a la inadmisión de una actuación de autoridad pública violatoria de la norma jurídica y, lo que es más, violatoria de derechos que deben ser objeto de tutela.

La calidad de la prueba de la acusación tiene, por tanto, enorme relevancia procesal porque se vuelve imposible que la judicatura pueda sostener una decisión sobre prueba afectada en su validez sin incurrir en violación al debido proceso.[39] Nada que sea ilícitamente obtenido puede ser tenido como prueba contra el encausado, como admite la doctrina al referirse al principio, cláusula o regla de exclusión.[40]

El debate sobre la posibilidad de exclusión de esta prueba parece nacer de las diversas denominaciones que se han intentado sobre ella (algunos la califican de ilícita, ilegal, ilegalmente obtenida, ilegalmente admitida y, finalmente, como prohibiciones probatorias);[41] por eso comparto la denominación de *prueba prohibida* puesto que ella implica la imposibilidad de aceptación procesal. Lo prohibido es lo que no debe ocurrir ni debe ser admitido jurídicamente, por oposición al principio de que a nadie puede impedírsele lo que no está prohibido por la ley que, si bien, corresponde al derecho privado, es válido para el propósito de la denominación que debe dejar expuesta la naturaleza de lo que denomina. La prueba que es clasificada bajo esta calidad es la que la autoridad pública no solo no debería presentarla a juicio ni admitirla, sino que no debería ni pretender obtenerla por ser contraria

---

39 Ver Lopez Barja, *Tratado...* cit., pgs. 1489 y ss.; Kai Ambos. *El uso "Transnacional" de prueba obtenida por medio de tortura,* en *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal penal.* Lima, 2010, pgs. 479 y ss.; Gimeno Sendra, Vicente. *Manual ...*, cit., pg. 430; ROSAS, Jorge. *Tratado...*, cit., pgs. 327 y ss.; Bernal, Jaime. *El proceso ...*, cit., pgs. 282 y ss.

40 Lopez Barja hacer referencia al *principio de exclusión* (ver op.cit. pg. 1505); Rosas, se refiere a ella como *regla* (ver op. cit. pgs.333 y ss.); en igual sentido, Urbano, op. cit., pg. 152. Neyra se remite a ella como *efecto* (ver op. cit., pg. 429 y ss.). El mismo autor en el apartado al que refiere la cita anterior, analiza las diversas corrientes sobre la aplicación de la regla o principio de exclusión. Rosas también establece factores a tener en cuenta para la aplicación de la regla y acude a sentencias del Tribunal Constitucional colombiano.

41 Esta puntualización pertenece también a Lopez Barja, op. cit. pg. 1489.

a los fundamentos del Estado constitucional de derechos que está llamada a respetar y precautelar.[42]

La autoridad pública está limitada por el principio de legalidad que determina que no ha de hacer sino aquello que le está expresamente autorizado. Sin embargo, la limitación no corresponde solo a la inexistencia de atribución sino que va mucho más allá, es una prohibición (relativa a la no violación de derechos fundamentales) que se la impone a toda persona y, obliga a la autoridad también como persona.

42 Ponerla en evidencia, debería ser causa de sanción a sus responsables.

Anexo

Entre los principios constitucionales y legales (estos, de naturaleza procesal, sobre todo) que innegablemente tienen relación con el derecho probatorio y la prueba están los siguientes:[43]

De *seguridad jurídica*,[44]
De *legalidad*,[45]
De *tutela judicial efectiva*,[46]
De *gratuidad de la justicia*,[47]
De *impugnabilidad o de doble instancia*,[48]
De *prohibición de doble juzgamiento por la misma causa o non bis in ídem*,[49]
De *presunción de inocencia*,[50]

---

43 En Echandía Devis, *Teoría General ...*, T I cit., pg. 114 y ss. hay un estudio detenido de cada uno de los principios que él considera como principios generales de la prueba judicial. Ver también Barrios, *Ideología...*, cit., pgs. 109 y ss.; y, Neyra, *Tratado de ...*, cit., pgs. 251 y ss.

44 Larenz, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Madrid, 1985, pg. 46. Citado por López Barja en *Tratado ... op. cit.* T I, pg. 160; y Arts. 11.1; 11.3; 11.4; 11.8 y, 82 de la Constitución ecuatoriana.

45 Ver Arts. 66.3 c) y 76.3 de la Constitución ecuatoriana. El Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) instituye los principios de legalidad, jurisdicción y competencia y establece que: "La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones. // Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley. // Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. // Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley. // No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto." Ver Art. 5.1 COIP.

46 Arts. 75; 77.1; 169; 172; y, 174 de la Constitución ecuatoriana y 23 del COFJ y López Barja, ídem, pg. 1239.

47 Art. 168.4 y 191 de la Constitución ecuatoriana.

48 Ver Art. 76.7 m); 77.14; y, 173 ídem.; y Art. 5.5 del COIP.

49 Ver Art. 76.7 i) ídem.; y Art. 5.9 del COIP.

50 Ver Arts. 11.5 y 76.2 ídem.; y 5.4 del COIP.

El *In dubio pro reo,*[51]
El *principio acusatorio,*[52]
De *defensa,*[53]
De *igualdad de armas,*[54]
De *contradicción o de audiencia,*[55]
De *concentración,*[56]
De *inmediación,*[57]
De *libre valoración de la prueba,*[58]
De *oportunidad,*[59]
De *libertad probatoria,*[60]
De *investigación formalizada de la verdad,*[61]
De *aportación,*[62];
De *oficialidad,*
De *pertinencia,*[63]
De *publicidad,*[64]
De *libre circulación de pruebas en el proceso penal,*[65]

---

51 Ver López Barja, ídem. pgs. 242 a 244. Ver Arts. 76.5 de la Constitución ecuatoriana; 5.2 y 5.3 del COIP.

52 López Barja, Idem. pgs. 223 a 234 y 1438. Ver Art. 77.3 y 77.4 de la Constitución ecuatoriana.

53 López Barja, Idem. pg. 236. Ver Arts. 66.29; 76.7 a) y b); y, 77.1, 77.6, 77.7, 77.11; y, 191 de la Constitución ecuatoriana.

54 López Barja, Idem. pgs. 236 y ss.; y, 1166 . Ver Arts. 11.2; 66.4; y 76.7 c) de la Constitución ecuatoriana; y, 5.5 y 454.7 del COIP.

55 López Barja, Idem. pgs. 240, 241.; ver Art. 76.4; 76.7 c) y h); 168.6 de la Constitución ecuatoriana; y, 5.13 y 454.3 del COIP.

56 López Barja, Idem. pgs. 244 y 245; y, Art. 5.12 del COIP.

57 Idem. pgs. 245 y 246; y, Arts. 75 y 169 de la Constitución ecuatoriana; y, 6 del Código Orgánico General de Procesos de Ecuador; y, 5.17 y 454.2 del COIP.

58 López Barja, Idem. pgs. 246 y 247; y, Art. 5.18 del COIP.

59 Ver Art. 454.1 COIP.

60 Ver Art. 76.7 j) de la Constitución ecuatoriana; y, Art. 454.4 del COIP.

61 López Barja, Idem. pgs. 235 y 236; y, 455. Ver Art. 76.7 l) de la Constitución ecuatoriana; y, Art. 5.21 del COIP.

62 Gimeno Sendra, *Manual* ... cit., pg. 427.

63 Ver Art. 454.5 del COIP.

64 Arts. Art. 76.7 d); 168.5 de la Constitución ecuatoriana; Art. 13 del COFJ; y, Art. 5.16 del COIP.

65 López Barja, Idem. pg. 1486.

De *prohibición de utilización de métodos probatorios ilítos,*[66]
De *lealtad procesal y buena fe,*[67]
De *intimidad.*[68]

Algunos derechos relevantes con los cuales el derecho probatorio y la prueba guardan relación.

Debido a que el proceso penal está dirigido contra el encausado, la relación fundamental corresponde a garantías que se han incorporado al proceso penal como derechos del encausado y a los que estimo como *derechos conexos* con el derecho probatorio; entre ellos:

A ser juzgado por un *Juez ordinario predeterminado por la Ley,*[69]
Derecho al *debido proceso (due process),*[70]
Derecho *a no declarar ni autoincriminarse,*[71]
Derecho *a ser informado,*[72]
Derecho *a la interpretación y traducción,*[73]
Derecho *a contar asistencia de un abogado,*[74]
Derecho a *comunicación con los familiares, el empleador y autoridades consulares,*[75]
Salvaguardias para acusados considerados vulnerables.[76]

---

66 Ver Gómez, Juan Luis. *El proceso penal...* op. cit., pg. 549. Art. 66.3 c) de la Constitución ecuatoriana; y, Art. 6.4 y 454.6 COIP.
67 Ver Art. 5.21 COIP; y , Art. 26 COFJ.
68 Ver Art. 66 (#19, 20, 21 y 22) de la Constitución ecuatoriana; Art. 5.10 y 5.20 COIP; y, Art. 7 COGP.
69 Ver Art. 76.7 k) y 169 (#1 y 2) de la Constitución ecuatoriana.
70 El Art. 76 de la Constitución ecuatoriana está dedicado a determinar las garantías básicas de este derecho. Ver también Art. 194.
71 López Barja, Idem. pgs. 493 y ss.; 1239. Ver Arts. 66.11; 76.7 e); y, 77.7 c) de la Constitución ecuatoriana; y, Art. 5.8 del COIP.
72 Ver Art. 77.3 y 77.4 ídem.
73 Ver Art. 76.7 f) ídem.
74 Ver Art. 76.7 e) y g); 77.4; y, 191 ídem.
75 Ver Art. 77 (#4, 5 y 6) ídem.
76 Ver Art. 76.7 j) de la Constitución ecuatoriana

Bibliografía

Baumann, Jürgen, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, trad. FINZI. 1986.

Barrios, Boris. *Ideología de la prueba penal.* Segunda Edición. Editora Jurídica de Colombia. 2004.

Bernal Cuéllar, Jaime. *El proceso Penal*, T I, Sexta Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2013.

Cañon, Pedro. *Teoría y práctica de la prueba judicial.* Segunda Edición. ECOE Ediciones. Bogotá, 2013.

Carmignani, Giovanni. *Elementos de Derecho Criminal.* Editorial TEMIS. Bogotá. 1979.

Castro, Rubén. *Aspectos medulares del nuevo poder constituyente.* Editorial de la Universidad Nacional de Loja. Loja, 2007.

Cubas, Víctor. *El nuevo proceso penal peruano. Teoría y práctica de su implementación.* PALESTRA Editores S.A.C., Lima, 2009.

Devis Echandia, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial.* Víctor de Zavalia, Editor. Buenos Aires. 1970.

Dohring Erich. *La prueba, su práctica y apreciación*, Ediciones jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1972.

Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón.* Editorial TROTTA. Madrid, 1995.

Ferrer, Jordi. *La valoración de la prueba: verdad de los enunciados probatorios y justificación de la decisión.* En AA. VV. Estudios sobre la prueba. UNAM, México, 2006.

Gimeno Sendra, Vicente. *Manual de Derecho Procesal Penal.* 4ta. Edición. Editorial COLEX. Madrid, 2014.

Goldschmidt, James. *Derecho Procesal Civil.* EDITORIAL LABOR. Buenos Aires. 1936.

Goldschmidt, James, *Principios generales del proceso,* T II. Buenos Aires. 1961.

Gómez, Juan Luis. *El proceso penal constitucionalizado*. Grupo IBAÑEZ. Bogotá, 2013.

Guerrero, Oscar. *Fundamentos Teórico Constitucionales del Nuevo Proceso Penal*. Grupo IBAÑEZ, Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2005.

Hormazabal, Hernán. *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*. Barcelona, 1991.

Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. T II, 4ta. Edición. Editorial LOSADA. Buenos Aires, 1964.

Kai Ambos. *El uso "Transnacional" de prueba obtenida por medio de tortura*, en *Fundamentos y ensayos críticos de Derecho Penal y Procesal penal*. Editorial Palestra. Lima, 2010.

Lopez Barja, Jacobo. *Tratado de derecho Procesal* Penal. T I, Sexta Edición. ARANZADI. España. 2014

Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*, parte general. Barcelona, 1990.

Nisimblat, Nattan. *Derecho probatorio. Introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá.2013

Neyra, José. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. T I, IDEMSA, Lima, 2015.

Pabon, Germán. *Lógica del Indicio en Materia Criminal*. T I, 3ra. Edición, Grupo IBAÑEZ, Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2007.

Rodríguez, Orlando. *Prueba ilícita penal*. Segunda Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2014

Rosas, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, T I, Jurista Editores. Lima, 2015.

Vanegas, David. *La investigación previa en la nueva ley de procedimiento penal*. Biblioteca Jurídica DIKE. Bogotá. 2002

ANALISIS DE LA CATEGORIZACIÓN DE LAS LESIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA MÉDICO LEGAL EN EL COIP

Freddy Herrera

Introducción

La Medicina Legal como ciencia auxiliar en la administración de Justicia elabora informes periciales apegados a las regulaciones que se derivan de la normativa legal, en el país sin embargo el desconocimiento de la ciencia médica y de la salud por parte de los legisladores ha provocado que elaboren leyes que dificultan la labor pericial, se ha asumido a la ciencia médica como una ciencia exacta al resumir las enfermedades a factores numéricos.

El presente ensayo pretende analizar desde la perspectiva médico legal el acoplamiento que debe tener la ley y las regulaciones del derecho penal con la ciencia médica a fín de que esta pueda informar a los administradores de justicia en forma adecuada practica y clara apegándose a la verdad histórica y se convierta en un instrumento científico al servicio de la Justicia y la sociedad.

---

1 Catedrático de Medicina Legal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

SIB-UCE

La ciencia médica es una rama del saber científico inexacto que está marcada por la existencia múltiples factores que hacen que la evolución de una enfermedad o trauma en algunas ocasiones sea impredecible. Estos factores que modifican la evolución de una enfermedad o traumatismo son múltiples y variables que van desde la edad del paciente, enfermedad previa, estado nutricional, tipo de traumatismo, objeto causante de la lesión, intensidad del trauma, etc. Estos factores hacen que el pronóstico, llámese en la terminología legal tiempo de incapacidad dificulta su precisión, tomando en cuenta que luego de una pericia médico legal (PML) se debe establecer el pronóstico o tiempo de incapacidad se corre el riesgo de fallar en la precisión que exige cuando se debe establecer tiempos de incapacidad tal cual lo menciona el COIP en el artículo 152.

La medicina legal debe informar al administrador de justicia la gravedad de las lesiones que presenta la victima producto de una agresión física o producto de un hecho violento, y en base a ese diagnóstico y pronostico el fiscal impulsara el tipo penal y si es el caso el juez sancionara al infractor, sin embargo frente a las variables y dificultades de ser exactos en el cálculo del tiempo de incapacidad se debe determinar la gravedad de la lesión de forma cualitativa y no cuantitativa.

Desarrollo

Los litigios por daños personales son uno de los puntos más comunes de contacto que el público general tiene con la Unidades de Medicina Legal, y es parte integral de la percepción pública sobre el sistema legal. Los daños personales afectan a la sociedad en relación con cuestiones tales como el sistema para la organización del trabajo, la seguridad social y las medidas adoptadas al prevenir accidentes.

La esencia de la administración de justicia es que quien lesiona a su víctima debe reparar en forma integral el daño ocasionado para restaurar el equilibrio moral entre ellos.

El médico perito trabaja con conocimientos y técnicas necesarias e imprescindibles para llegar a establecer diagnósticos precisos. Se considera que la evaluación clínica y funcional de las secuelas de lesiones traumáticas, tiene importantes y trascendentes repercusiones en los distintos órdenes judiciales donde se requiere: penal, civil y laboral, pues hace referencia a delitos y situaciones que se producen habitualmente en escenarios cotidianos de la vida (laborales y de tránsito vehicular), o son mucho más específicas, pero también habituales (violencia de género, agresiones y otros).

La valoración médico legal debe ser integral, esto quiere decir que se debe considerar los aspectos físicos y psíquicos del daño, que sea claro, objetivo, sistemático y comprensible.

El objetivo del examen pericial efectuado es la valoración de daño corporal, que debe promover la correcta descripción y análisis del evento, y el mecanismo de producción de los daños (de los elementos de daños temporales y permanentes), el peso del nexo de causalidad, y la fecha aproximada de la curación o estabilización de las lesiones, para su posterior evaluación de los diversos parámetros de daño en la persona, en función del marco legal de la pericia.

El protocolo de actuación del Médico Legista debe tomar en cuenta las múltiples variables que afectan la evolución de una lesión traumática como son los antecedentes pasados patológicos de la víctima, estado nutricional, biotipo morfológico, fármacos que esté recibiendo, estado emocional o psicológico.

Procedimiento en la evaluación médico legal

Una de las evidencias físicas más importantes ante un caso de lesiones es la misma lesión y su correcta documentación puede convertirla en prueba en audiencia de juicio oral.

El examen médico legal está estructurado en cuatro tiempos, los mismos que pueden ser menos dependiendo de la complejidad del caso y consisten en:

–Anamnesis
–Examen físico
–Exámenes de laboratorio o complementarios
–Diagnóstico y pronostico

–Anamnesis

Llamado también interrogatorio que consiste en el relato ordenado, coherente, lógico y claro de los hechos que sucedieron antes, durante y después del hecho violento llámese agresión física, exposición a factor traumático o circunstancia inesperada. Esta parte de la evaluación médica es subjetiva, es decir está sujeta al criterio de la víctima que detalla los hechos que dependiendo del nivel de cultura o de su entender puede ser diferente a la realidad por lo que el explorador debe orientar en el relato sin alterar el sentido del mismo. Esta subjetividad también corre el riesgo de alejarse de la verdad de acuerdo a la conveniencia de la presunta víctima la misma que puede intentar crear una escena irreal y es por estas razones que la anamnesis en ocasiones puede no ser de trascendencia técnica al momento de establecer las conclusiones del informe pericial.

Es de esperar que la anamnesis sea corroborada con los hallazgos del examen físico que se realizara a la presunta víctima.

–Examen físico

Constituye la parte más importante de la evaluación médica pues mediante la aplicación de los sentidos se explora al paciente en búsqueda de elementos objetivos, medibles o verificables de las lesiones o trastornos que pudo haber ocasionado el hecho violento. Consisten en:

–Inspección. Usando el sentido de la vista, observar la actitud de la presunta víctima, dificultad o limitación para actividades habituales como sentarse, caminar, acostarse, etc. Destacar si acude apoyado en algún artefacto que le ayude a movilizarse como muletas, silla de ruedas.
–Palpación. Es reconocer signos ayudándose del tacto, se estudia la superficie del cuerpo desde la cabeza hasta los pies, en búsqueda de alteraciones anatómicas.
–Percusión. En este procedimiento se debe dar pequeños golpes en la superficie del cuerpo que se explore la búsqueda de sonidos característicos que denoten la consistencia de los órganos.
–Auscultación. Se utiliza el sentido de la audición para descubrir los ruidos que causan los órganos en funcionamiento y distinguir lo normal de lo patológico.

Durante el examen físico aplicando los cuatro tiempos se obtendrá signos positivos que comprueben o confirmen un hecho violento mediante el hallazgo de las lesiones.

Tanto en el examen, como al registrar los hallazgos en el informe pericial, se deben considerar los siguientes aspectos:

–Características y descripción detallada:

- Identificación del tipo de lesión (por ejemplo: equimosis, escoriación, herida, etc.).
- Forma (por ejemplo: circular, ovalada, regular, irregular, lineal, elíptica, estrellada, etc.).
- Tamaño (por ejemplo: de 15 centímetros de longitud; de 6 centímetros de diámetro; de tres por cinco centímetros, etc.).
- Dirección, sentido o trazo (por ejemplo: longitudinal, horizontal, oblicua, anteroposterior, supero-inferior, etc.).
- Color.
- Consistencia, contextura (por ejemplo: blando, duro, renitente, rugoso, nodular, queloide, etc.).

- Peculiaridades de los bordes (por ejemplo: regulares, irregulares, edematizados, etc.).
- Lesión patrón o patrón de lesiones.
- Evidencia (o ausencia) de intervención médica (por ejemplo: sutura, inmovilización y descripción de la misma, oclusión oftalmológica, etc.).
- Presencia o ausencia de signos de infección u otra complicación.
- Periodo evolutivo en el que se encuentra la lesión al momento del examen (cuando sea el caso describir los signos de resolución, cicatrización, consolidación o regeneración, en proceso o concluida).
- Presencia o ausencia de residuos macroscópicos de disparo.
- Evidencia de alteraciones funcionales al examen clínico (alteraciones fisiológicas físicas y/o psíquicas).
- Cualquier otra característica particular de importancia para la investigación (por ejemplo: signos de hipoxia, etc.).

–Ubicación de la lesión

Es fundamental precisar la ubicación de la lesión considerando al individuo examinado en posición anatómica normal y teniendo en cuenta las diferentes regiones, planos, caras y líneas de referencia anatómica. Adicionalmente, se pueden utilizar otros puntos de referencia, de fácil comprensión para las personas no médicas; por ejemplo, la línea de implantación del cabello, las cejas, el ombligo, etc.

–Exámenes de laboratorio y complementarios

Son estudios complementarios que ayudan a esclarecer el diagnóstico pueden ser estudios de imagen o estudios de sangre.

Estudios de imagen. Lo constituyen: placas radiográficas, ECO, Tomografía, Tomografías contrastadas o con reconstrucción en 3D.

Estudios de sangre. Biometría hemática y test de alcohol, drogas, o fármacos.

La utilización de estos estudios complementarios es de acuerdo a la necesidad de cada caso en particular.

–Diagnóstico

Luego de haber recopilado la información valiosa de la anamnesis, examen físico y estudios complementarios, se agrupa el trastorno en síndromes, sea este respiratorio, cardiovascular, neurológico, musculoesquelético, etc. Se jerarquizará el órgano lesionado y se establecerá el o los diagnósticos pertinentes. No se debe olvidar que la valoración del paciente es individual único e irrepetible.

En este proceso resulta imprescindible para concluir el peritaje, el estudio de los documentos de atención del médico general y otros médicos especialistas que hayan tratado al paciente, de ahí que se trasciende el campo médico-legal.

–Pronóstico

La recuperación y rehabilitación médica para que una víctima retome sus actividades habituales está supeditada a múltiples factores que determinan la velocidad de recuperación, esto quiere decir que cada persona posee una condición individual que hará que las lesiones tengan su propia evolución.

Estas variables dependen: de la víctima, de las circunstancias y del agresor.

Tabla N° 1
Factores que influyen en la gravedad de las lesiones

Variable	Tipo de factor de influencia
Edad	Humano – victima
Estado nutricional	Humano – victima
Genero	Humano – victima
Patologías previas	Humano – victima
Objeto que causo la lesión	Agresor
Ubicación de las lesiones	Agresor
Gravedad de las lesiones	Humano – victima
Intensidad o modo como se emplea el arma	Agresor
Calidad de atención medica	Circunstancial
Tiempo postramatismo	Circunstancial
Secuelas	Humano – victima, agresor, circunstancial

Fuente: Herrera Almagro Freddy German
Elaborado por: Herrera Almagro Freddy German

Edad: los extremos de la vida como son la niñez y la vejez son factores que retardan la curación o reparación, en el primer caso la inmadurez de los tejidos no permiten la reparación inmediata, y en la vejez son células que pueden tener deterioro o una funcionalidad deficiente. Los jóvenes y adultos jóvenes por poseer mayor vitalidad y órganos maduros tienen una fisiología que ayuda a la pronta reparación celular y tisular.

Estado nutricional: el buen estado nutricional hace que ante cualquier traumatismo la respuesta fisiológica de reparación celular sea eficaz e inmediata, el sistema inmunológico responde en forma oportuna con la formación de tejido regenerativo.

Patologías previas: las enfermedades son un factor importante de retardo de consolidación de fracturas o retardo de la formación de fibroblastos o de formación de tejido de reparación como ejemplos se puede

poner enfermedades crónicas como la diabetes, hipertensión arterial, obesidad, diferentes tipos de cáncer, dislipidemias, etc.

Género: la respuesta a los traumatismos suele ser mejor en los hombres que en las mujeres, en algunos casos puede ser ventajoso tener más masa muscular como efecto de resistencia a traumatismos.

Tipo de objeto que causa la lesión: el tipo de objeto empleado como mecanismo de lesión tiene efecto directo en la gravedad de la lesión, al usar una arma blanca y deslizarla sobre la piel ocasionara con seguridad una herida con pérdida de sangre, un golpe con la mano abierta podrá ocasionar una contusión simple como por ejemplo una equimosis, si comparamos los dos traumatismos, el de menor intensidad será la mano. Los objetos que causan las lesiones son de variadas características, se debe tomar en cuenta que muchos de ellos son objetos que fueron elaborados para una determinada función y se pueden convertir en instrumentos de ataque por lo que se habla de objetos que circunstancialmente se convierten en armas. Estos pueden ser:

Objetos contundentes: Que se caracterizan por poseer peso, tener un cuerpo de forma variada circular, rectangular, alargada, etc. Pero no poseer borde afilados ni punta, son los objetos más comunes que se emplean para causar lesiones, como por ejemplo: piedra, palo, libro, celular, lámpara, olla, bate de beisbol, pelota, llantas de vehículo, impacto de un vehículo, plancha, cuchara, látigo, correa, cuerdas, etc..
Regiones del cuerpo humano también pueden ser empleados como objetos que causan lesiones: dientes humanos, cabeza, mano, mano haciendo puño, codo, rodilla, pie.
Objetos con borde filo y peso (armas blancas): estos objetos se caracterizan por poseer un borde afilado, punta, peso, pueden tener una, dos o las tres características antes mencionadas en la misma arma.

***Objetos mecánicos*:** suelen ser artefactos que se emplean en lugares de trabajo, como máquinas manuales, complejas, eléctricas, hidráulicas, industriales, usadas en carpintería, mecánica, etc. estos se incluyen: mo-

ladoras, sierras eléctricas, escopleadora, taladora, fresadora, torno, cepilladora, etc.
Como es fácil analizar, un objeto mecánico o que responda a la fuerza motriz, eléctrica o hidráulica será capaz de causar mayor daño que a un objeto que sea empleado por la fuerza humana.

Ubicación: la ubicación anatómica del traumatismo va relacionado directamente de la gravedad de las lesiones, que no en todos los casos será así, pues existirán lesiones que solo por su ubicación pueden representar riego pero por la profundidad es posible que sea una lesión menos, como por ejemplo una herida en región precordial, si penetra a tórax pero no llega a lesionar ni corazón ni pulmones, por su ubicación anatómica pudo ser peligrosa, pero por su profundidad no lo fue.

Gravedad. La gravedad de la lesión está asociada a los factores individuales de la víctima como ya se ha explicado, esta gravedad depende además del órgano lesionado, es posible que la lesión no haya ido más allá de ocasionar un traumatismo en la piel, tejidos blandos y músculo, si la lesión se profundiza puede llegar a comprometer la vida de esta persona, llegando a causar una hemorragia aguda. La interpretación de la gravedad va íntimamente relacionada con la zona anatómica comprometida tomando en cuenta también el tamaño de la lesión, la profundidad, de la misma y la trascendencia fisiológica de la misma, no será igual una laceración pulmonar que una laceración de las asas intestinales, en el primer caso es una urgencia médica que pone en riesgo la vida de la víctima (dependiendo de las circunstancias), en el segundo caso es una lesión delicada que amerita tratamiento urgente, pero que el tiempo de la resolución puede ser de menor prisa que la lesión del pulmón o del corazón.
Como un factor no determinante sino más bien orientativo se puede realizar una escala de urgencia de atención médica de acuerdo al órgano lesionado de mayor a menor:
- Corazón, cerebro, grandes vasos sanguíneos
- Pulmones, hígado, ojos
- Bazo, vasos sanguíneos medianos
- Riñones

- Intestinos
- Traumas faciales, huesos
- Vasos sanguíneos menores
- Musculo esquelético
- Piel

Esta escala de importancia se sujeta a la gravedad de las lesiones de acuerdo al órgano lesionado, esto quiere decir que la lesión del corazón es más grave que una lesión ósea.

En esta escala no se toma en consideración los casos en los que hay las lesiones mixtas es decir más de un órgano afectado, pues se trataría de pacientes politraumatizados en los que la sumatoria de lesiones va a complicar en forma exponencial su estado de vitalidad.

Intensidad o forma del empleo del arma: este factor influye en las consecuencias que se deriven del hecho violento, una misma arma, empleada de diferente manera puede causar lesiones de distinto nivel de gravedad, como por ejemplo un machete que es una herramienta utilizada en el campo para labores de agricultura puede ser usada como una arma, posee borde filo y peso, al emplear el borde filo y con la fuerza impulsada por el agresor actúa también el peso lo que causará en la victima una herida en piel, tejido celular subcutáneo y musculo incluso puede llegar a fracturar hueso, si la misma arma es utilizada por la hoja o cuerpo (superficie plana) al impactar en la piel es posible que cause una equimosis que es una lesión menor.

Tiempo postramatismo. El tiempo transcurrido desde que recibió el trauma hasta la atención médica: en algunas ocasiones lesiones no graves pueden llevar a la muerte debido a la tardanza de la atención médica que puede ser circunstancial, esto se da en poblaciones alejadas de las capitales de provincias, o en ciudades pequeñas que no cuentan con servicios de mayor complejidad de atención en salud y pacientes que requieren atención especializada.

Calidad de atención médica (oportuna y adecuada): la atención médica puede ser deficiente y una lesión menor llevar a complicaciones serias

en la salud de la víctima. Esta atención medica inadecuada puede deberse a dos razones básicas, que el centro hospitalario no cuente con los insumos necesarios o que la calidad de atención sanitaria dada por el personal de salud sea deficiente, en este último caso se estaría relacionándose con mala práctica profesional.

Tiempo de recuperación: esta variable constituye un elemento que por el número de factores que influyen en la rehabilitación de la víctima debe ser individualizado en cada paciente tomando en cuenta cada factor si este perjudica o beneficia su rápida recuperación.

Secuelas

La valoración de las secuelas luego de un traumatismo se debe valorar luego de la estabilización del paciente y también posterior al tratamiento que haya recibido, en casi todos los casos esta medición tomara algunas semanas o meses posteriores al evento traumático. Esto quiere decir que las secuelas se verificaran en un segundo tiempo.

Todos estos factores mencionados deben ser tomados en cuenta el momento de establecer el pronóstico, los mismos que se los asociara también con los niveles de afectación a la persona en cuanto a su desenvolvimiento como un ente social, para esto se debe tomar en cuenta la "Clasificación internacional del funcionamiento, de la discapacidad y de la salud", la evaluación puede ser en varios niveles:

- funciones corporales
- estructuras corporales
- deficiencias, actividad
- participación, limitaciones en la actividad
- restricciones en la participación y factores ambientales

Concausas

Es el factor o factores que actúan modificando la evolución normal de una lesión. Su intervención, si bien agrava las consecuencias inmediatas o mediatas de la lesión no tiene repercusión en cuanto a agravar la pena, salvo en los casos en que era conocida su existencia, como factor potencial o real, por el autor. Es decir que la concausa ignorada por el autor, no se agrega al resultado de la lesión; la responsabilidad penal es solo por el daño directamente producido.

Existen tres formas de relacionar la concausa con el hecho en que se produjo la lesión: preexistente, simultánea o sobreviniente.

La concausa preexistente también se llama estado anterior y son todas las malformaciones congénitas (situs inversus, agenesia de un órgano doble, etcétera), los estados fisiológicos (embarazo, digestión, etcétera), los estados patológicos localizados o que constituyen enfermedades generales (tumores óseos y aneurismas, diabetes o hipertensión).

La concausa simultánea corresponde a hechos que derivan de la acción traumática inmediatamente a la acción violenta como por ejemplo, si una persona recibe un golpe de puño en el rostro, posiblemente la víctima se desplome al piso, y se puede golpear el cráneo, esto le puede causar un trauma craneoencefálico talvez más grave que el golpe de puño.

La concausa sobreviniente son las consecuencias que suceden posteriores al hecho violento, puede estar relacionado a procesos infecciosos que comprometan la salud de la víctima.

Incapacidad médico-legal

El COIP considera las lesiones en el artículo 152, que dice: "daño, incapacidad o enfermedad...".

La incapacidad médico-legal es uno de los conceptos fundamentales de la pericia médico legal, utilizada como medida indirecta para que la autoridad pueda definir la competencia, determinar aspectos procedimentales y tasar la sanción en aquellos casos en los cuales se investiga y procesa por el delito de lesiones, solo o en concurso con otras conductas punibles.

Desde la perspectiva jurídico-forense la incapacidad médico legal, se ha entendido como el tiempo necesario que se requiere para hacer entrar la parte enferma en las condiciones que constituyen la salud y no como una incapacidad laboral

Al respecto dice José Vicente Concha en su tratado de *Derecho Penal*

> No determina la ley cuál sea la especie de enfermedad o incapacidad que se ha de tener en cuenta para medir el castigo. En esta materia hay opiniones diferentes: unos creen que la incapacidad de trabajar se refiere a las tareas habituales o profesionales, otros piensan que se refiere al trabajo corporal. La segunda opinión es la que prevalece entre los autores y en la jurisprudencia para la imposición de la pena, en atención al carácter de las heridas que se gradúa por el término que dura el individuo inhábil para trabajar corporalmente. De otra manera sucedería que el mayor o menor castigo no dependerá sino de la profesión u oficio del individuo lesionado, lo cual es inadmisible a todas luces.

Se debe aclarar que el término "trabajo corporal" ha sido tomado en su concepción más amplia, es decir que no se refiere a la realización de ninguna labor, tarea o actividad en particular, por parte de una persona, sino a su funcionamiento integral que incluye tanto lo orgánico y material, como los aspectos funcionales y psíquicos que hacen parte de la salud, independientemente del sexo, raza, edad u ocupación del individuo afectado. En este sentido concuerdan buena parte de los autores en materia de Medicina Forense.

Así pues, la incapacidad médico-legal es un criterio clínico con fines jurídicos, que establece un perito médico basado en el análisis sobre la gravedad del daño (características, magnitud de la lesión, compromiso

estructural y/o funcional, entre otros) y el tiempo necesario para el proceso de reparación de la alteración orgánica y/o fisiopatológica ocasionada.

Debe evaluarse la afectación de la salud de la persona de manera global e íntegra.

Se concluye, entonces, según el Reglamento Técnico para el Abordaje Integral de Lesiones en Clínica Forense (Colombia 2010), que la incapacidad médico legal se fija únicamente con los criterios clínicos de tiempo de reparación de la alteración orgánica y/o fisiopatológica causada y gravedad de la lesión. No es criterio para fijar la incapacidad médico legal la ocupación del lesionado, ya que la incapacidad variaría de acuerdo con la ocupación de la persona y no con la gravedad del daño ocasionado; además, el bien jurídico tutelado en el delito de lesiones personales, en todas las personas es el mismo: la integridad personal. Siempre que el perito pueda conocer integralmente las lesiones, podrá tener criterio para fijar la incapacidad médico-legal; por el contrario, si no se conoce la magnitud, características y gravedad de la lesión, no podrá fijar la incapacidad médico-legal.

Teniendo en cuenta que según el artículo 152 del COIP, la pena no aumentará en relación con la incapacidad aunque esta sobrepase los 90 días, y considerando que gran parte de las lesiones logran su reparación a más tardar alrededor de los 150 días, no se recomienda ampliar la incapacidad médico legal por encima de este término, pues de persistir la alteración en la salud sería más adecuado calificar el daño como secuela médico legal.

Es decir, en un caso en el cual se ha establecido la máxima incapacidad médico-legal de 150 días, la gravedad de la lesión se verá reflejada además por la secuela que pueda ser establecida y no únicamente por el número de días de incapacidad médico-legal.

En caso de que existan varias lesiones simultáneas, la incapacidad se determina teniendo en cuenta los días de incapacidad que amerita colocar a la lesión más grave y/o que requiera mayor tiempo de reparación.

Incapacidad médico-legal provisional

Es aquella que fija el perito médico cuando ha valorado a una víctima de un delito flagrante por lo tanto las lesiones son muy recientes y se encuentran en proceso de inicial de reparación y se desconoce el resultado final de esa reparación, inclusive puede desconocerse algunos diagnósticos debido a la inmediatez con la que se realiza la valoración médico legal; constituye un pronóstico teórico que se hace sobre la duración y gravedad de una lesión. La incapacidad provisional se puede modificar en posteriores reconocimientos, ampliándose cuando se presentan complicaciones, o reduciéndose cuando la evolución real de la lesión se da en menor tiempo al pronosticado.

El término "provisional" es un calificativo de la incapacidad médico legal, que hace referencia a un "mientras evoluciona la lesión".

Es importante que el perito consigne en el informe pericial la necesidad de realizar la nueva valoración al finalizar el número de días establecido.

Incapacidad médico-legal definitiva

Se elabora cuando termina el proceso de reparación de la lesión, es un concepto que busca acercarse al tiempo real de reparación. En algunos casos se puede precisar la incapacidad definitiva en forma temprana cuando aun estando en fase de reparación celular se cuenta con elementos de certeza de que no existirán complicaciones.

En la incapacidad definitiva también se podrá establecer secuelas, es necesario aclarar que para modificar la incapacidad provisional de debe fundamentar con nuevos elementos de juicio que no podía proveerse inicialmente o cuando se detecta que se cometió un error al fijarla, en definitiva se debe justificar la variación de la incapacidad.

Secuelas médico-legales

Se entiende como secuela médico-legal aquella alteración orgánica, funcional, o psíquica que afecta de manera considerable la forma y/o la función y que persiste o persistirá más allá del tiempo esperable para lograr la reparación de la alteración orgánica y/o fisiopatológica causada, es decir más allá de la incapacidad médico-legal. Las secuelas, al igual que la incapacidad médico-legal, constituyen una medida útil para definir aspectos procedimentales y de dosificación de la sanción en lesiones personales.

En casos especiales se pueden presentarse simultáneamente la incapacidad médico legal y las secuelas como por ejemplo la deformidad, perturbación funcional, como en la amputación de algún un miembro, la pérdida de los ojos, etc.

Es obligación del perito documentar tanto a la incapacidad médico-legal, como las secuelas encontradas al momento del examen.

Corresponde al juez y no al perito determinar la pena, y en aquellos casos en los cuales se presentan varios resultados como consecuencia de un mismo acto lesivo de la integridad personal.

–Deformidad física

Es aquella alteración que afecta externamente, de manera marcada u ostensible la estética corporal, es decir la forma y/o la simetría del cuerpo en reposo o en movimiento.

La alteración debe ser notoria a simple vista, sin necesidad de que el observador se aproxime al examinado. Para estas valoraciones se debe considerar a la persona desnuda, es decir sin importar si las ropas cubren o no el defecto. Ni el género, ni la moda, ni la edad, ni la ocupación deben influir en esta apreciación.

No toda cicatriz constituye una deformidad física; se requiere que altere la estética corporal y que además de ser visible sea notoria, es decir, marcada u ostensible. Por otra parte, no todas las deformidades físicas se producen por cicatrices; existen muchas alteraciones que pueden afectar notoriamente la estética corporal, en algunos casos evidentes tanto en reposo, como en movimiento (por ejemplo, una amputación de la mano) y en otros tan solo con la persona en movimiento (por ejemplo, la cojera producida por una luxación de la cadera).

Cuando se está determinando la deformidad física hay que tomar en cuenta el concepto el estado de salud previo; es decir, en aquellos casos en los cuales la persona examinada tenga una alteración estética ocurrida previamente a los hechos que se investigan, para fijar la secuela el perito debe considerar si la actual situación empeora el defecto existente o si lo encontrado actualmente no supera dicho defecto.

–Deformidad física que afecta el rostro

Cuando la deformidad afecta el rostro, se presenta un agravante punitivo. El rostro, desde el punto de vista forense, comprende el espacio anatómico delimitado en la parte superior por el borde de implantación del cabello; lateralmente por el reborde de los pabellones auriculares, de forma tal que hacen parte del rostro; y en la parte inferior por el reborde del maxilar inferior. En las personas calvas o alopécicas, el límite superior del rostro va hasta el vértex o punto más alto del cráneo.

En conclusión, para efectos forenses, el rostro comprende el área de visión que se tiene del rostro, vista por una persona de frente y a la misma altura, región anatómica que debe evaluarse en todos los planos

posibles (perfil, antero superior, etc.) ya que puede presentarse un defecto que sea más evidenciable en la vista de perfil, por ejemplo.

Como se mencionó anteriormente, no toda cicatriz en el espacio anatómico descrito constituye una deformidad física que afecta el rostro; se requiere que altere la estética del rostro y que además de ser visible sea notoria, es decir, marcada u ostensible. Por otra parte, no todas las deformidades físicas que afectan el rostro se producen por cicatrices; existen muchas alteraciones que pueden afectar notoriamente la forma y/o la simetría del rostro, tanto en reposo, como en movimiento, y otras que tan solo son evidentes con el rostro en movimiento (por ejemplo, al sonreír, al hablar, etc.).

También en estos casos, cuando la persona examinada tenga una alteración estética en el rostro ocurrida previamente a los hechos que se investigan, para fijar esta secuela debe tenerse en cuenta si la actual situación empeora el defecto existente o si lo encontrado actualmente no supera dicho defecto.

–Disminución de la capacidad funcional

Es la disminución considerable de la función de un órgano o miembro sin que se pierda o anule la función. También en este caso se requiere que la función se haya limitado de manera significativa, pues no toda disfunción constituye una secuela médico legal.

En el ámbito jurídico-forense se considera como "órgano", el conjunto de tejidos que interactúan simultáneamente en el ejercicio de una misma función.

Equivale al concepto de sistema que se tiene en la medicina clínica. El término "miembro" se refiere a cada una de las cuatro extremidades y al pene (miembro viril).

Así pues, el concepto de órgano implica que todas aquellas funciones

desempeñadas por varias estructuras y tejidos conforman en su conjunto un solo órgano, por lo que deben ser valoradas de manera integral. Por ejemplo, el órgano de la excreción urinaria está constituido por los dos riñones, uréteres, vejiga y uretra, pues dichas funciones se realizan con el concurso de ellos en forma conjunta; de igual forma, las dos manos constituyen el órgano de la prensión y las dos extremidades inferiores en su conjunto el órgano de la locomoción. La valoración de la secuela funcional en estos casos incluye la valoración integral de la merma de la función del sistema (órgano), basada en evidencia médica objetiva.

–Pérdida anatómica o funcional

Pérdida funcional

Se llama pérdida funcional de órgano a la anulación completa o casi completa de la función del mismo, con la conservación de la estructura anatómica. A diferencia de la perturbación funcional, en la que hay una disminución o desmejora en la función de un órgano, en la pérdida funcional existe una supresión o anulación completa o casi completa de la función principal del órgano; por ejemplo, cuando una persona sufre una intoxicación con alcohol metílico y como consecuencia presenta amaurosis bilateral.

En lo que a las cuatro extremidades respecta, existe pérdida funcional de miembro, cuando se ha perdido completamente o casi completamente, la funcionalidad de uno de los miembros, a pesar de conservarse las estructuras anatómicas (por ejemplo, una monoplejía). También se configura una pérdida funcional de miembro, cuando se ha realizado una amputación, así:

Para el caso del miembro viril existe pérdida funcional cuando se ha perdido completamente la funcionalidad del mismo a pesar de conservarse su estructura anatómica.

Pérdida anatómica

Existe pérdida anatómica de órgano cuando se produce la extirpación completa o casi completa del órgano-sistema, es decir de las estructuras principales que interactúan simultáneamente en el ejercicio de una misma función. Por ejemplo, la enucleación de ambos ojos constituye una pérdida anatómica del órgano de la visión, y del sentido de la vista; la amputación de las dos manos constituye una pérdida anatómica del órgano-sistema de la prensión, una histerectomía constituye una pérdida anatómica del órgano de la gestación.

La pérdida anatómica de un miembro inferior se configura cuando se ha realizado su desarticulación del tronco, o su amputación a cualquier nivel desde los cóndilos femorales hacia arriba. La pérdida anatómica de un miembro superior, cuando este se desarticula o se amputa a cualquier nivel por encima del codo.

Para el caso del miembro viril se considera pérdida anatómica la amputación del pene a cualquier nivel.

Calificación de las lesiones

El COIP establece una escala o rango de gravedad de las lesiones agrupadas en el tiempo de incapacidad (factor numérico)

Tabla 2
Lesiones y pena

Tiempo de incapacidad	Pena
4 a 8 días	30 a 60 días
9 a 30 días	2 meses a 1 año
31 a 90 días	1 a 3 años
Grave enfermedad o una disminución de sus facultades físicas o mentales o una incapacidad o enfermedad, que no siendo permanente, supere los noventa días	3 a 5 años
Enajenación mental, pérdida de un sentido o de la facultad del habla, inutilidad para el trabajo, incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano o alguna grave enfermedad transmisible e incurable	5 a 7 años

Fuente: COIP
Elaborado por: Freddy German Herrera Almagro

En la tabla se observa que las lesiones han sido calificadas bajo dos características:

-cuantitativo (factor numérico) en días de incapacidad, y
-cualitativo (factor de calidad) en gravedad de las lesiones o secuelas.

Como se ha explicado la Medicina no es una ciencia exacta y calificar las lesiones por tiempo de incapacidad es un error, lo correcto es calificar de acuerdo a la gravedad de las lesiones.

La normativa del COIP debe modificarse para validar las lesiones en relación a un criterio cualitativo y así permitir que el traumatismo sea calificado como levísimo, leve, moderado, grave o muy grave, así mismo se debe permitir cualificar en casos especiales, en las que haya perdida de órganos que de acuerdo a su trascendencia funcional o vital debe ser graduado.

Tabla 3
Relación valoración cualitativa de lesiones - COIP

Incapacidades	Equivalencia al COIP
a. Lesiones levísimas	Menos de tres días de incapacidad
b. Lesiones leves	De cuatro a ocho días de incapacidad
c. Lesiones moderadas	De nueve días a sesenta días de incapacidad
d. Lesiones graves	De sesenta a noventa días de incapacidad
e. Lesiones gravísimas	Más de noventa días de incapa cidad y que ponen en riesgo la vida en el momento de la valora ción médico legal.
Pérdida de un órgano no principal o segmento corporal que sea menor del 5% de superficie corporal	
Pérdida parcial de un órgano	
Incapacidad permanente parcial de la funcionalidad de algún órgano o de algún sentido	
Perdida de un órgano principal o pérdida total de la función de algún sentido	
Incapacidad permanente de la funcionalidad en forma global	

Fuente: Herrera Almagro Freddy German
Elaborado por: Herrera Almagro Freddy German

Conclusiones

En todos las valoraciones de la incapacidad el fiscal deberá determinar la intencionalidad de las lesiones en base a los elementos de convicción y a las circunstancias en las que se dio el hecho violento, debido a que esa intencionalidad puede marcar la diferencia entre la relación causa–efecto.

Ejemplificando, podemos decir que si una persona quiere matar a otra utilizando un arma de fuego, le dispara pero falla el tiro y la bala no da en el blanco sino que roza en el cuerpo; es posible que el resultado sea una excoriación o hasta una herida contusa superficial y es posible que la incapacidad sea una lesión leve.

La pericia Médico Legal constituye un elemento importante como instrumento de prueba para demostrar la teoría del juicio. La descripción correcta de las lesiones sirve para identificar al objeto causante de la lesión.

Es de trascendental importancia la recategorización de las lesiones de acuerdo a un factor cualitativo (gravedad) en lugar de la categorización actual que lo hace el COIP con el criterio cuantitativo (numérico por días de incapacidad) debido a que los múltiples factores que modifican la velocidad de recuperación de la víctima pueden hacer cometer equivocaciones en la precisión de la estimación del tiempo de recuperación.

En la determinación de la incapacidad médico-legal se deben tener en cuenta las condiciones específicas de la persona evaluada que puedan incidir en la evolución clínica de la lesión (por ejemplo, la edad, el estado previo de salud, las circunstancias en las cuales se produjo la lesión, si hubo o no manejo médico y de qué tipo, entre otras).

El informe pericial debe concluir con escasa aplicación de términos técnicos, y médicamente correcta.

Bibliografía

Código Orgánico Integral Penal (COIP) (Ecuador), 10 de febrero de 2014, R.O. Sup. No. 180, Art. 152.

Colombia, Instituto Nacional de Ciencias Forenses, *Reglamento Técnico para el Abordaje Integral de Lesiones en Clínica Forense*, 1 de octubre del 2010.

FERNÁNDEZ, A. E. (2014), *Guía Práctica de lesiones* (Barcelona, ELSEVIER), p. 7, 9, 11.

GRETTCHEN, F. S. (2015, Junio) *Importancia de la estabilidad lesional en la valoración del daño corporal* SCIELO [en línea] N°2. Disponible en: http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0001-60022015000200002&lng=pt&nrm=iso [19 de mayo de 2017 23:05]

GUARDERAS, C. (ed.) (1990). *El examen médico* (2a. ed.). Quito. p. 3, 49, 81.

OJEDA, G., José A. (2007). *Valoración de la incapacidad laboral.* España: Ediciones Díaz de Santos.

PALAFOX, V. R. (2013). *Fundamentos en la práctica de autopsia y medicina legal* México: Editorial El Manual Moderno. Retrieved from http://site.ebrary.com/lib/bgeneralucesp/reader.action?docID=10889948

PEREYRA, G. (18 de agosto 2016). *Lesiones leves o graves: ¿qué criterios definen el delito?* Recuperado el 19 de mayo del 2017 22:40 http://elcomercio.pe/peru/lesiones-leves-graves-criterios-definen-delito-248457.

SOLÓRZANO, M. (1993). *Medicina Legal, Criminalística y Toxicología para abogados* (2ª Ed.) Bogotá: Edi

LOS AUTORES

Dr. Mauricio Enrique Pacheco
Doctorando en Derecho y Gobernanza por la Universidad de Salamanca, España. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Dr. Álvaro Román Márquez
Doctorando en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador y de la Universidad Andina Simón Bolívar.

Dr. Merck Benavides
Doctorando en Derecho y Gobernanza por la Universidad de Salamanca, España. Catedrático de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Dr. Rubén Darío Castro
Doctorando en Derecho y Gobernanza por la Universidad de Salamanca, España. Catedrático de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador

Dr. Freddy Herrera
Catedrático de Medicina Legal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador.

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres de PPL Impresores, Quito, Ecuador,
el 10 de diciembre de 2017.

La Universidad Central del Ecuador, es el referente histórico más importante de la universidad en la República del Ecuador. Ubicada en la capital Quito tuvo su origen en la unión de las Universidades: San Fulgencio (1586) de los Agustinos, San Gregorio Magno (1651) de los Jesuitas y Santo Tomás de Aquino (1681) de los Dominicos. De la Real Universidad Publica Santo Tomas se fundó la Universidad Central de Quito que en la presidencia de Vicente Rocafuerte se concreta la recreación definitiva de la Universidad Central del Ecuador (UCE), sustituyendo la palabra "Quito" por "Ecuador", en 1836, denominación con la que se conoce hasta el día de hoy.

La catedra de derecho canónico y civil se impartía como catedra desde la Universidad San Fulgencio en 1686, continuando la Real y Pontificia Real de San Gregorio. El 18 de marzo de 1826, el Congreso de Cundinamarca, expide la Ley estableciendo Universidades Centrales en las capitales de los Departamentos de Cundinamarca, Venezuela y Ecuador. Entre las materias impartidas se contaban las relacionadas con las carreras de Medicina, Derecho Civil y Canónico, y Filosofía y Teología, lo que determina que las facultades de Medicina y Jurisprudencia sean las facultades más antiguas, por cuyas aulas han transitado los personajes políticos y científicos más importantes del país.

Este libro recoge, desde el Derecho en general, una parte del sinnúmero de las preocupaciones académicas de los docentes e investigadores de nuestra Facultad de Jurisprudencia y que no tienen otro objetivo que contribuir al perfeccionamiento del ordenamiento jurídico ecuatoriano en términos de eficiencia y eficacia de un orden social democrático y respetuoso de los derechos fundamentales. Estas investigaciones han contado con el apoyo de las autoridades dentro del marco de restricciones que atravesamos pero que no han sido obstáculos para conjuntamente con la coordinación trabajar en el proceso de revisión de pares como requisito previo e ineludible para el auspicio institucional que respalda su publicación de estos libros, en cumplimiento de lo que ordena la normativa y la legislación universitaria que avala este producto cognoscitivo realizado por este selecto grupo de Docentes.

UNIVERSIDAD CENTRAL
DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ISBN 978-9942-30-447-6