

# MEMORIAS

## I CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

Universidad de Otavalo - Ecuador  
Escuela de Derecho, Posgrados y  
Práctica Jurídica de Morelos - México

**I CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO  
PENAL**

**UNIVERSIDAD DE OTAVALO-ECUADOR**

**ESCUELA DE DERECHO, POSGRADOS Y PRÁCTICA  
JURÍDICA DE MORELOS-MÉXICO**

© Universidad de Otavalo  
Carrera de Derecho

MEMORIAS  
I CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL

Msc. Andrea Subía C.  
Compiladora

Primera edición 2021  
ISBN: 978-9942-772-34-3

Comité Científico

Msc. Danny Cifuentes  
PhD. Frank Mila  
Msc. Elizabeth Maldonado  
Msc. Andrea Subía  
Msc. Pablo Mendoza

Revisores de Estilo

PhD. Frank Mila  
MSc. Sonia Zerpa  
MSc. Erlin Estrada

Coordinador Externo  
PhD. Miguel Ángel Falcón Vega

Director de Investigación - Universidad de Otavalo

Msc. Jorge Mantilla Salgado

[investigación@uotavalo.edu.ec](mailto:investigación@uotavalo.edu.ec)

Diagramación Tatiana Ballesteros

© Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total o parcialmente, ni registrada ni transmitida por sistemas de recuperación de información de ninguna forma ni por medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, fotocopia o cualquier otro sin el permiso previo por escrito del editor.

## ÍNDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA MSc. José Sebastian Cornejo	10
LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES EN LA DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA PROHIBIDA. MSc. Juan Carlos Gómez Nieto	29
CRÍTICAS AL COIP DESDE LA DOGMÁTICA PENAL. PhD. Frank Luis Mila	55
LOS RECURSOS EN MATERIA PENAL EN MÉXICO PhD. Miguel Ángel Falcón Vega	71
LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA PROCESAL EN LA JURISDICCIÓN PENAL ECUATORIANA. MSc. David Jacho	55
LA CRISIS DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN LA REALIDAD ECUATORIANA Dr. Christian Masapanta	99
LA CASACIÓN PENAL EN EL ECUADOR Dr. Richard Villagómez	115
REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Dr. Ricardo Tapia	125

LA SOLICITUD DE UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL Dr. Arturo Ampudia	133
LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES EN MÉXICO Dr. José Luis Jaime Olmos	146
LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO EN LA EMPRESA Dr. Fausto Vázquez	152
HÁBEAS CORPUS, UN ANÁLISIS DESDE LA ÓPTICA PENAL MSc. Karla Yánez Yánez MSc. Andrea Subía Cabrera	168
TÉCNICAS DE CONTRAINTERROGATORIO MSc. Paúl Gallardo	187
EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN MÉXICO MSc. Jorge Gamboa	200
ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL COHECHO MSc. Javier de la Cadena	214
EL RÉGIMEN PENITENCIARIO EN EL ECUADOR MSc. Adrián Rojas	229

## INTRODUCCIÓN

El I Congreso de Derecho Penal desarrollado durante los días 08, 09 y 10 de diciembre de 2021, por la Carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo, Imbabura-Ecuador, en conjunto con la Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica de Morelos-México, representa un hito y punto de partida para institucionalización de eventos de este nivel tanto para la Universidad de Otavalo como para la Escuela de Derecho de Morelos.

En tal sentido, en el desarrollo del Congreso se presentaron diversas ponencias que se pasearon por los tópicos de Derecho penal en su parte general y del Derecho penal en su parte procesal, ello de conformidad con las nuevas tendencias del derecho penal, que parten de la idea de los procesos penales de corte acusatorio que presentan elementos característicos en pro de la salvaguarda de derechos individuales propios de los Estados de Derecho al igual que los aspectos materiales relativos al estudio del delito, particularmente elementos relativos a la limitación del ejercicio del poder punitivo.

Al respecto, se contó con la participación de 16 ponencias magistrales, entre los que destacaban docentes, magistrados y funcionarios de distintos países, entre ellos, Ecuador, México, Venezuela y Colombia, lo

cual aseguró la intervención de ponentes expertos de primer nivel, que forman parte de la academia a nivel nacional e internacional.

Entre los temas abordados en el Congreso destacaron el análisis de los delitos en contra de la administración pública, en particular el cohecho y el fenómeno de la corrupción como fenómeno social; el estudio a nivel dogmático de los diversos contenidos esenciales del Código Orgánico Integral Penal, desde un punto de vista crítico y propositivo sobre la base de los principios y el análisis de la crisis del sistema penitenciario en la realidad ecuatoriana desde una visión garantista.

Por otra parte, se abordó lo relativo a la teoría general del delito y la empresa; los conocimientos especiales a nivel de dogmática; el recurso de casación en el derecho procesal penal, así como el hábeas corpus y las técnicas del contrainterrogatorio en audiencia penal.

Como corolario, se abordaron aspectos atinentes al el sistema penal y procesal del Estado mexicano mediante distintas ponencias, entre las que destacaron las basadas en el proceso de extinción de dominio en México; los recursos penales en México; reflexiones sobre el Derecho Penal del enemigo y las limitaciones a los derechos fundamentales; la solicitud de un procedimiento abreviado en la audiencia de juicio oral, y la Justicia Penal para Adolescentes en México.

Dicho lo anterior, en el presente libro de memorias se presentan los diversos postulados que se desarrollaron durante los tres días del

Congreso con la finalidad de realizar una transferencia de conocimientos de un evento que contribuye en el desarrollo de las ciencias penales y trasciende del plano local.

Msc. Andrea Subía

PhD. Frank Mila

# LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

MSc. José Sebastián Cornejo<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Candidato a Doctor (PhD) en Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires. Master en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Master en Derecho Procesal y Litigación oral por la Universidad SEK. Docente de la Maestría en Derecho Penal mención Derecho Procesal Penal de la Universidad de Otavalo. Docente de la Universidad Técnica del Norte. Autor de más de 25 libros de derecho.

El día de hoy, me voy a concentrar en realizar una ponencia respecto a los delitos contra la administración pública. Previo a concentrarnos en el análisis del tema propuesto, es necesario partir del enfoque del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es decir, cómo el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha ido avanzando y cómo el ordenamiento en materia penal ha sido duramente cuestionado respecto a la implementación del Código Orgánico Integral Penal del año 2014.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano teníamos un principal inconveniente el cual era la dispersión de normas penales que se encontraban en cuerpos de carácter no penal. Y ese fue uno de los principales argumentos que fue utilizado para la incorporación del Código Orgánico Integral Penal.

Otro de los argumentos utilizados para la incorporación de este cuerpo normativo fue que teníamos que ajustarnos a la norma constitucional en relación a la implementación de la Constitución del 2008 y consecuentemente, la necesidad de ajustarnos a un modelo procesal equiparable al del Código Procesal Penal, modelo para Iberoamérica.

Todos estos argumentos sirvieron para implementar lo que el día de hoy se conoce como Código Orgánico Integral Penal. Este cuerpo normativo ha sido cuestionado. Tanto por los procedimientos

especiales como por los diferentes tipos penales establecidos dentro de este cuerpo normativo.

En esta ocasión me voy a concentrar de manera exclusiva analizar los delitos contra la administración pública. Cuando nosotros hablamos de los delitos contra la Administración pública, lo primero que nos va a venir a la mente es el concepto de administración pública, la cual conlleva un ejercicio de distinción entre el derecho administrativo y el derecho penal. Ya que cuando nosotros hablamos del derecho penal sabemos que el derecho penal es un derecho de *última ratio*, es un derecho de castigar y es por eso que surge la configuración del denominado *ius puniendi* dentro de los ordenamientos jurídicos, el mismo que se encuentra interrelacionado con el desarrollo de crímenes y fases que parten desde la la ideación, la planificación y la ejecución.

Todos estos elementos a nosotros nos van a servir de base para explicar como el sistema penal va a poder actuar en un determinado momento y cuándo el sistema penal no deberá actuar. Esta división va a servirnos para poder ir estructurando un modelo de entendimiento que cuando se refiere a los delitos de la administración pública tienen que partir de la configuración típica establecida dentro de nuestro cuerpo normativo.

Cuando nosotros hablamos de responsabilidades, sabemos perfectamente que tenemos responsabilidades civiles, responsabilidades penales y responsabilidades de índole

administrativa. Entonces hay que ser muy cuidadosos cuando nosotros queremos realizar la imputación de un determinado delito para no confundirnos. Y es por eso que cuando nos encontramos ante una modalidad delictual ya sea por omisión o por acción tenemos que ser cuidadosos en verificar si nos encontramos en la esfera penal o en la administrativa.

Bajo esos elementos es necesario que nosotros replanteemos el modelo de la administración pública. Y, cuando nosotros hablamos de la administración pública, lo primero que se nos viene a la mente es el modelo de gestión que el Estado ha venido realizando y está realizando de forma constante día a día. A tal punto que la administración pública debe ser entendida dentro del ejercicio de la división de las funciones establecidas dentro del ordenamiento jurídico y, nos vamos a centrar en el análisis del Poder Ejecutivo, ya que dentro del Poder Ejecutivo está configurado el apareamiento de los diferentes ministerios, secretarías, etc. y cómo cada uno de estos tienen un objetivo específico que tienen que cumplir. ¿Cuál es el objetivo específico? Es en relación al marcaje del desarrollo, del cumplimiento de estrategias y del cumplimiento, en este caso de las competencias entregadas por parte de la Constitución y la ley.

Bajo esos elementos, nosotros vamos a decir entonces que la Administración Pública es una organización y es una organización que tiene a su cargo un ejercicio de dirección y un ejercicio de gestión. Y

este ejercicio de dirección y gestión se divide en una administración general del Estado, que es aquella administración que se va a desarrollar dentro de un programa de gobierno, es decir, vamos a tener una administración autonómica que tal vez genera un ejercicio de desarrollo de competencias propias que puede verse reflejado en relación a la distribución de temas de descentralización, desconcentración, y básicamente autonomía por pura entrega de competencias, que lo vamos a ver reflejado, por ejemplo, en el tema de los gobiernos autónomos descentralizados.

Ahora bien, una vez que hemos entendido brevemente este concepto de ejercicio de cómo funciona la administración pública, es necesario que nos planteemos cuál fue la necesidad de nuestros legisladores para la implementación de los tipos penales relativos a combatir delitos en contra de la administración pública.

Este concepto de ejercicio de cómo funciona la administración pública, implica la necesidad de nuestros legisladores para justificar la implementación de los tipos penales relativos a combatir estos delitos en contra de la administración pública. Y en ese sentido, nosotros nos vamos a topar con algo sumamente interesante que tiene que ver con la configuración de una mirada directa en relación a cómo la legislación penal ha ido evolucionando y cómo la legislación penal ha tenido un fin definido. El fin definido como nosotros conocemos de la administración penal hace alusión a la necesidad de un ejercicio de

protección de lo que se conoce como bienes jurídicos protegidos o tutelados. A tal punto que la administración penal hace alusión a la necesidad de un ejercicio de protección.

Es decir, nosotros vamos a interrelacionar esto incluso con una perspectiva de la criminología que va a basarse desde la configuración del delito, del delincuente y la pena. Porque estos son elementos esenciales que, dentro del desarrollo del estudio del derecho penal, van a confluir en un determinado momento y van a tener un ejercicio de funcionalidad específica. Para que se entienda de mejor manera, cuando nosotros hablamos de un delito, tenemos que estudiar cuáles son los factores que dieron lugar al ejercicio de la aparición de esta modalidad, que posteriormente será catalogada como delictual y que consecuentemente tendrá un imperativo de prohibición dentro de la configuración de la estructura de la norma jurídica penal, que tiene una premisa y una consecuencia jurídica, que no es otra cosa que el modelo del ejercicio de la sanción penal y el modelo del delincuente.

¿Cuál es el perfil criminológico que tiene la persona que posiblemente va a generar la comisión de estos tipos de modalidades delictuales? Vamos a encontrarnos con elementos que vienen incluso desde cuestionar la perspectiva de que el delincuente se creía en un inicio, con una teoría que en la actualidad se encuentra en desuso, de que el delincuente nace y más bien no es así, sino que nos hemos

ido dando cuenta que el delincuente se hace y se hace en relación a los múltiples factores que pueden encontrarse dentro de la sociedad.

Consecuentemente, a ello, cuando nosotros ya nos referimos a este concepto de la necesidad de tipos penales que protejan la administración pública. Yo creo que uno de los tipos penales que nos va a venir a la mente y que es uno de los tipos penales que ha sido desarrollado, y analizado desde hace varios años atrás. Es el tipo penal de peculado. ¿En qué consiste este tipo penal de peculado? Este tipo penal de peculado primero tiene una determinación dentro de la configuración de la estructura típica que hace alusión a que tenemos sujetos activos calificados.

¿Quiénes son los sujetos activos calificados de este tipo penal? Nos vamos a encontrar con servidores públicos o aquellas personas que actúan en ejercicio de una potestad estatal y que se encuentran obviamente configurados y ejerciendo funciones dentro del ejercicio de la administración pública, conforme lo ha determinado el artículo 225 de nuestra norma constitucional.

Bajo esos elementos, vamos a entender que otro elemento central, si se quiere llamar así, dentro de la configuración de este tipo de peculado, es que este tipo de peculado tiene que buscar un rédito. Y este rédito se refleja en un beneficio propio y un beneficio de un tercero, mediante la configuración de ciertos verbos que hacen alusión, por ejemplo, a temas de abuso, a temas de apropiación, a temas de distracción, a

temas de disposición que tienen que ver tanto con bienes muebles, que tienen que ver con bienes inmuebles, con dineros públicos o dineros de carácter privado.

Es decir, este tipo penal es uno de los tipos penales principales que nosotros tenemos que analizar. Cuando hablamos de la configuración del apareamiento de estos modelos marcados como una lucha constante en contra de la corrupción, es necesario definir a la corrupción como un elemento central que ha sido desarrollado, ha sido estudiado y ha sido cuestionado varios años atrás, y que sigue presente hasta nuestros días.

¿En qué sentido? Uno de los principales discursos es buscar la lucha contra la corrupción. Pero el planteamiento esencial que tenemos que traer a debate es cómo luchamos contra la corrupción. Tal vez luchar contra la corrupción se la debería realizar con la implementación de tipos penales y por qué lo planteo de esta forma, porque parecería ser que esa es la única solución que estamos dando frente a la lucha contra la corrupción.

Cuando iniciamos el desarrollo de la pandemia empezó a generarse un efecto de producción de la comisión de ciertas modalidades catalogadas como delincuenciales, que tenía que ver, por ejemplo, con el tema de compra de pruebas PCR, que tenía que ver con el tema de compras de mascarillas sobre apreciando los valores existentes dentro del mercado y qué es lo que sucedió. Estábamos frente a la comisión

de tipos penales que tienen que ver con actos de corrupción que eran ejecutados por parte de funcionarios públicos que se encontraban liderando o eran parte de ciertas instituciones públicas y ostentaban un cargo de un ejercicio de confianza. Entonces bajo esos elementos. Ustedes recordarán que meses más adelante salió este famoso proyecto de ley anticorrupción y que se convirtió ya en una reforma del Código Orgánico Integral Penal denominada como Ley Anticorrupción. Dentro de esta ley anticorrupción hay que criticar algunos elementos, explicados a continuación.

Si revisamos la exposición de motivos de esta ley anticorrupción, a mí me llama la atención que la exposición de motivos como conocemos genera la necesidad de justificar de una manera adecuada y de una manera motivada la necesidad de la implementación de un nuevo cuerpo legal que en este caso reforme o modifique al Código Orgánico Integral Penal, en el sentido de ver la necesidad de la implementación de nuevos tipos penales. ¿Y por qué lo digo de esta forma? Si revisamos esta ley anticorrupción, la mayoría de los cambios realizados dentro de esta ley anticorrupción son modificaciones de los tipos penales en relación al ejercicio de tutela de la administración pública y la implementación de nuevos tipos penales que buscan generar un ejercicio de combate en contra de estas modalidades denominadas como corrupción.

¿Qué es lo que pasó? Y creo que ahí entendimos un concepto, erróneo ya que cuando realizamos esta lucha contra la corrupción, lo primero que a nosotros nos viene a la mente es la aplicación del rango de penas y creemos que mientras la pena sea más alta, la pena es mejor ya que cumple su objetivo de evitar la comisión de nuevas actuaciones, generando un ejercicio de represión. Y talvez esto está descontextualizado. ¿Bajo qué consideración? Cuando hablamos de la teoría general de la pena, nos vamos a concentrar en analizar criterios de retribución, nos vamos a concentrar en analizar criterios que tienen que estar interconectados con el sistema de rehabilitación social que tienen que ver con temas de reincidencia, resocialización, rehabilitación, reinserción del individuo infractor a la sociedad.

Por ello hay que plantear que el modelo de tratamiento que se les está dando a estas personas que han cometido actos de corrupción no puede ser el mismo modelo de tratamiento que le puedo dar a una persona por cometer, por ejemplo, un tipo penal de homicidio, un tipo penal de asesinato o un tipo penal de secuestro, etc.

Bajo estos elementos hemos tenido una lucha constante en relación a estas modalidades de corrupción. ¿Por qué? Porque la corrupción es un mal que han padecido todas las sociedades, y podríamos decir que este mal ha aparecido desde el comienzo del Estado en relación a la existencia de ciertos elementos, de una configuración de poder.

¿Por qué digo una configuración de poder? Porque para realizar estos actos de corrupción las personas, es decir, los funcionarios públicos, tienen que ostentar un cargo y un cargo de relevancia que determine un ejercicio de mando dentro de una entidad pública. ¿En qué sentido? En esencia, en el sentido de que el ejercicio de las funciones que están realizando le permitan realizar un ejercicio de abuso o de disposición a otra tercera persona para que realice ciertas actuaciones, por ejemplo, solicitar un proceso de contratación directo.

Es decir, bajo esto vamos a vernos inmiscuidos con algunos elementos. Primero, el elemento central es el cargo público y este cargo público está interrelacionado con el concepto de servidor o funcionario público, y este servidor o funcionario público, por ejemplo, dentro del tipo de peculado es aquella persona que ha incumplido su deber a cada persona, que ha incumplido su responsabilidad y que incluso ha quebrantado las normas profesionales, morales y éticas que han sido establecidas dentro del modelo de nuestra sociedad. ¿Por qué? Porque este funcionario tiene un ejercicio de competencia muy bien marcado y distribuido que así lo determina, por ejemplo, el mismo artículo 227 de la norma constitucional establece que los funcionarios públicos podrán hacer única y exclusivamente lo que les determina la Constitución y la ley.

El segundo elemento, que se hace alusión es que el funcionario público tiene que tener un interés privado en relación a obtener un beneficio

del ejercicio público que está realizando. Y el tercer elemento, es que en cualquier momento este funcionario público se va a ver inmiscuido en un ejercicio que puede tener relación con el elemento de moral y ética, en el sentido de que ustedes alguna vez han de haber escuchado esta frase que hace alusión a que cada persona trata de verificar cuál es el precio de otra persona, frase que se refleja cuando, un funcionario o servidor público pone precio a una decisión ilegal tomada en el ejercicio de su cargo o función.

Entonces, estos son los elementos con los cuales nos vamos a encontrar cuando hablamos de corrupción, la misma que es un sinónimo de daño a un ejercicio de confianza legítima dentro de un ordenamiento jurídico, porque las personas en este caso confiamos en la administración pública, confiamos en que los funcionarios y los servidores son personas probas, son personas correctas, son personas que tienen una labor de servicio.

Y es por eso que hemos escuchado también que aquel funcionario público no es aquella persona que tiene una intención de generar riqueza, porque si es que tiene intención de generar riqueza, tendría que realizar una actividad dentro del ejercicio privado que le permita obtener riqueza, cuando nosotros hablamos del concepto de corrupción, este concepto está interrelacionado con el funcionario público, y con las afectaciones que una mala decisión de este causa para toda la sociedad, para que se entienda de mejor manera cuando

sucedieron actos de corrupción en la pandemia se nos perjudicó a todos, porque nos dejaron sin obras, nos dejaron sin escuelas, nos dejaron sin presupuesto para salud, etc.

Estos actos de corrupción han sido perseguidos a través de la implementación incluso de procesos más dinámicos, rápidos que busquen obtener sentencias condenatorias en el menor tiempo posible. Pero aquí nos estamos olvidando y estamos descuidando lo trascendental dentro del ejercicio de estos tipos penales relativos a modelos de corrupción, que lo que nos interesa a nosotros como sociedad, más allá de que una persona esté cumpliendo una pena privativa de libertad, es que esa persona nos devuelva el dinero que se ha llevado producto de la comisión de estos tipos penales. Para que ese dinero pueda ser invertido en obras educativas, pueda ser invertido en hospitales, pueda ser reinvertido en acceso a la educación, etc. Eso es lo que realmente a nosotros nos interesa.

¿Qué más nos interesa? Nos interesa que el ejercicio de coerción por parte del Estado se refleje en la aplicación de multas de carácter patrimonial aquellas personas que cometieron actos de corrupción. Y ahí es donde vamos analizar la figura del comiso penal la cual Ustedes recordarán que, dentro de este proceso de lucha contra la corrupción, se habló de la recuperación de fondos públicos, se planteó hace algunos años atrás por parte de la Fiscalía General del Estado, un proyecto denominado Ley de Extinción de Dominio, un proyecto que tuvo un

tratamiento diferenciado y que finalmente no surgió los efectos que se buscaba. Con esta ley de extinción de dominio que cabe recalcar, no es nueva, sino más bien es una interpolación de legislación boliviana. Se presentó un proyecto de ley de extinción de dominio que lo que busca era recuperar en este caso el dinero producto de la comisión de delitos relativos a peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, testaferrismo, etcétera.

¿Qué es lo que sucedió? Lo que sucedió es que, dentro de este proyecto de ley de extinción de dominio lo que se buscaba era generar una figura diferente al comiso penal que está más direccionado, al tema de responsabilidad de personas jurídicas, y nos trae a colación a la palestra que dentro de este proyecto de ley de extinción de dominio se realizaron las cosas de una manera no adecuada, porque por un lado, tenemos la visión de recuperar los bienes, pero por otro lado, tenemos que respetar los principios, deberes, derechos y obligaciones de toda persona dentro del desarrollo de un proceso penal. ¿A qué me refiero? Al principio de presunción de inocencia, principio de legalidad y al principio de mínima intervención penal.

El principio de presunción de inocencia, sufrió una afectación, porque este proyecto de ley de extinción, de dominio, determinaba que simplemente con la acusación del cometimiento de un delito de cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito, se le procedía a retirar las propiedades. ¿Y qué es lo que se está configurando? No es otra cosa

que la figura de confiscación que ustedes saben está prohibida, de manera constitucional.

Más adelante, si es que alguien tiene una sentencia, ratificatoria del estado de inocencia, se le devuelve y si es que usted tiene una sentencia de culpabilidad, no le devuelven los bienes. ¿Qué es lo que pasa? Todavía usted no ha sido declarado responsable en materia penal, ya que cuando usted tenga una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada recién podremos hablar del desvanecimiento de la presunción de inocencia. Entonces ese fue uno de los principales elementos, por los cuales este proyecto de ley de extinción de dominio, fue declarado inconstitucional y no avanzó como un elemento necesario para buscar la lucha contra la corrupción.

¿Qué más nos vamos a topar aquí? Como lo habíamos dicho la corrupción, sin lugar a dudas, deteriora un ejercicio de legitimidad política dentro de un contexto democrático, incluso nos pone a pensar cómo se está realizando un correcto direccionamiento de las instituciones y cuando no se realiza un correcto ejercicio de administración dentro de las instituciones, podríamos hablar incluso de un gobierno ineficaz. Un gobierno que no está aplicando una política adecuada en dicho sentido, nos vamos a topar con el concepto del tipo penal, por ejemplo, de peculado establecido en el artículo 178 de nuestro Código Orgánico Integral Penal, que implica que este tipo

penal tiene una potestad directa de ejercicio de sanción con una pena elevada y que tiene ciertas características específicas.

Como la modalidad de dolo, es decir, que tiene estos elementos cognitivos, estos elementos volitivos de que existe la intención y el conocimiento para cometer este tipo penal que incluso contiene diferenciación de penas que van desde los 10 a 13 años, y desde los 5 a 7 años. ¿Y qué más nos vamos a encontrar dentro de este tipo penal?, creo que la principal crítica que podríamos hacer a este tipo penal, es que, de conformidad con la reforma, dentro de esta ley anticorrupción se generó una ampliación del tipo penal de peculado y ahora se constituye como peculado, incluso al ejercicio profesional del abogado. El abogado que se reúna para cerrar un negocio, un proceso de contratación pública, podría estar inmerso dentro de un posible tipo penal de peculado. Tal vez es un efecto de manera colateral de una posible criminalización.

¿Qué más nos vamos a encontrar dentro de estos famosos tipos penales o delitos contra la administración pública? El delito de enriquecimiento ilícito, ¿en qué consiste este delito de enriquecimiento ilícito? el enriquecimiento ilícito corresponde a un grupo de delitos que, como conocemos, afectan la eficiencia de la administración pública. ¿Por qué? Porque es un tipo penal que busca reprimir un ejercicio de corrupción entendido como lo habíamos dicho hace un momento, como un mal generalizado, como un mal que genera desconfianza, como una

afectación a la gestión adecuada del ejercicio de la administración pública que genera un efecto colateral al ciudadano. Porque básicamente con este tipo penal de enriquecimiento ilícito, lo que se está logrando es que la persona incremente su patrimonio de manera injustificada. ¿En relación a qué? a recibir favores, a la solicitud de coimas, a ciertas características propias del tipo penal, como, por ejemplo, un incremento patrimonial injustificado, que no esté proporcional al ejercicio o producto de su función para que se entienda de mejor manera se presenta el siguiente ejemplo:

Es como que el día de hoy yo gano un sueldo de 4000 dólares mensuales y resulta que mensualmente estoy recibiendo en la cuenta cerca de 20000 dólares y estoy obteniendo un incremento injustificado que no tengo la posibilidad de justificar por otra actividad económica, etc., sino que simplemente aparece ese dinero en mi cuenta que llama la atención dentro del ejercicio de la administración pública, que podría ser producto de la comisión de una actuación catalogada como ilícita, que en este caso se marcaría dentro del tipo penal de enriquecimiento ilícito.

Este tipo penal de enriquecimiento ilícito a mí me parece que es un tipo penal bastante interesante y es uno de los tipos penales más comunes dentro del ejercicio de la administración pública ya que dentro de esta gama de delitos, lo que le interesa al funcionario que realiza o comete este tipo de delitos, en su mayoría, es acrecentar su patrimonio, es decir,

tratar de generar riqueza. Y ahí es lo que yo les decía, que se genera un ejercicio de distorsión de la visión, del ejercicio de la administración pública como tal.

Vamos a tener otro elemento con esta ley anticorrupción, que generó la reforma, en el Código Orgánico Integral Penal apareció un tipo penal bastante interesante que tiene que ver con el sobreprecio en los procesos de contratación pública. Desde mi perspectiva, este es un tipo penal innecesario y lo voy a explicar por qué todas las actuaciones de las modalidades delincuenciales que se ejecutaron en el contexto de la pandemia no es que quedaban en impunidad, podían ser procesadas y sancionadas por tipos penales de peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito o incluso el mismo tipo penal de lavado de activos.

Sin embargo, se tomó en consideración la necesidad de no generar en este caso el procesamiento de estos tipos penales y ver la necesidad de la implementación de un tipo penal específico. Pero aquí el legislador no se dio cuenta que el principal problema que nosotros teníamos es en la ley, del Sistema Nacional de Contratación Pública y en el Reglamento General de la Ley Orgánica, el Sistema Nacional de Contratación Pública, porque dentro de la Ley tenemos un vacío normativo grave, que hace alusión a la posibilidad de contratación en estado de emergencia.

¿Y en qué consiste esta contratación en estado de emergencia? Esta contratación en estado de emergencia hace alusión, por ejemplo, a la posibilidad de que yo realice un contrato de manera directa cuando me encuentro en una situación de emergencia. Qué mejor situación de emergencia que la que nosotros estamos viviendo hasta la actualidad, que es el tema de la pandemia, entonces se podría realizar procesos de contratación directa y teníamos este ejercicio de diferenciación entre el derecho administrativo y el derecho penal. Es decir, habría que ver si es que estas modalidades delincuenciales eran sujetas, por ejemplo, a la aplicación de una glosa o eran sujetas, a la aplicación dentro del contexto del sistema penal.

Finalmente, para cerrar como idea dentro de la configuración de estos delitos en contra de la administración pública, es que la corrupción es un tema inminente. Incluso la corrupción ha sido considerada como un posible delito de lesa humanidad en relación a una afectación colateral a todos los individuos que nos encontramos dentro de una sociedad. Pero me parece que tenemos que replantear el modelo que nosotros tenemos actualmente y no sólo verificar un esquema de sanción, sino un esquema de ejercicio de implementación de políticas públicas en diferentes aristas que permite combatir de mejor manera el desarrollo de los procesos en contra de la corrupción.

# LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES EN LA DETERMINACIÓN DE LA CONDUCTA PROHIBIDA.

MSc. Juan Carlos Gómez Nieto<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, con estudios de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Litigante en Derecho Penal y Disciplinario. Docente de pregrado de las Universidades Autónoma de Bucaramanga e Industrial de Santander. Miembro de diversos grupos de investigación relacionados con dogmática penal y autor de varios textos relacionados con la misma materia. Miembro de la Junta directiva del Colegio de Abogados Penalistas de Colombia – Capítulo Santander.

Esta ponencia abordará un tema fuerte en dogmática del derecho penal, del hecho punible que puede denominarse como la incidencia de los conocimientos especiales del sujeto de imputación a la hora de determinar si una conducta está prohibida o no para el derecho penal.

Tenemos entonces nuestro título inicial para establecer en primera medida cuál es la problemática que vamos a trabajar, me gusta siempre abordarlo con los casos problemáticos que creo que hacen más ilustrativo el problema de investigación. Estos casos son extraídos de la dogmática tradicional, tanto alemana como española, y que obviamente también utilizamos aquí en Latinoamérica a la hora de presentar la problemática.

El primer caso lo vamos a denominar el caso del mesero que indica lo siguiente: Un estudiante de química que realiza su trabajo de tesis sobre el estudio de distintas clases de hongos, ingresa a trabajar como mesero de un prestigioso restaurante, en ese contexto, observa como el cocinero del restaurante prepara un plato con una clase de hongos que a partir de los estudios que cursa en la universidad, conoce que son tóxicos al punto de poder causar la muerte de quienes los ingieren. Sin embargo, decide no inmiscuirse en la situación y sirve el plato de comida del comensal, quien muere a causa de la toxicidad de la comida. Veamos cómo este caso podríamos analizarlo desde el ámbito de lo que es el delito de homicidio. El que básicamente está consagrado de

la misma manera desde un punto de vista universal, el que mata a otro.

Podemos entender que en este caso este mesero ha matado a otro. Y lo más importante, ¿cómo podemos tener en cuenta ese conocimiento que incluso el comensal desconoce? Nadie, salvo el mesero en este restaurante, tiene la capacidad no sólo de conocer la toxicidad del plato de comida, sino que además nadie sabe que él cuenta con dichos conocimientos especiales que le permiten admitir la situación.

Luego miraremos cómo esto se resuelve desde el punto de vista de las categorías del delito. ¿Puede responder este mesero por el delito de homicidio o por algún otro delito? Veamos este segundo caso, es un caso en la vida real, obviamente vamos desde lo sustancial, en lo idéntico, pero hay que tener en cuenta que este es un caso que se origina a partir de la práctica judicial de Perú, uno de nuestros países vecinos lo vamos a denominar el caso del taxista. Tal vez algunos lo reconozcan a partir de alguna lectura, de algunos textos que hace el profesor José Antonio Carrión.

Básicamente, el caso es el siguiente: Un taxista, al transportar a un cliente, observa por el espejo retrovisor cómo este prepara un revólver cargando de balas. Al ser interrogado por el taxista, el cliente comenta que al llegar a su lugar de destino dará muerte a una persona acusándola de traidora. Vemos aquí cómo el taxista podría venir a ser responsable por el delito de homicidio, en este caso como un posible

cómplice. Nuevamente vemos cómo dentro del ejercicio del rol de taxista que implica llevar a un cliente del punto A al punto B, tiene un conocimiento de lo que ese pasajero hará y presta su servicio. Entonces podríamos entender que es el prestar una ayuda en este caso anterior, concomitante, posterior o incluso las tres. Ahora que tiene conocimiento de la acción que llevará a cabo su cliente en ese oficio de taxista.

El tercer caso es el del vendedor de cuchillos, muy conocido sobre todo a partir de los estudios que sobre el mismo hace Roxin en materia de prohibición de regreso y principio de confianza.

El caso es el siguiente: en el marco de una pelea desencadenada dentro de una tienda, uno de los sujetos involucrados le pide, le pide al vendedor que le venda un cuchillo. El vendedor le entrega el objeto con el que el aguerrido comprador produce lesiones serias o incluso muerte al contrincante. Fíjense que aquí nuevamente nos encontramos lo que normalmente sería una conducta permitida, neutral, legal. Pero cuando esa prestación podría perder esa neutralidad justamente a partir de la situación en concreto y claramente en clave del conocimiento que tiene aquí, en este caso el vendedor de cuchillos.

El siguiente caso es el del panadero: un hombre se presenta en una panadería y le pide al panadero que le venda un pastel con el cual planea disfrazar el veneno que usará para producirle la muerte a su esposa. El panadero, conocedor de la situación, vende el pastel e incluso

ofrece un postre. ¿Qué disfraz haría mejor el sabor del veneno? Fíjense que nosotros podemos observar ese segundo párrafo como una variante del caso inicial. ¿Qué pasa primero, si el panadero vende ese pastelillo, ese pan, este pastel, solamente a sabiendas de que con él se le producirá la muerte a la esposa del comprador? Pero si tiene alguna variación en el caso, el hecho de que el panadero no sólo lo venda, sino que suministre, sugiera la utilización de otro artículo que disfraza mejor el sabor del veneno. Nuevamente estamos hablando aquí de una posible complicidad que se derivaría de lo que en principio podríamos entender como una acción neutral.

El último de los casos que me interesa trabajar, indica que Pedro se dedica a la venta de productos que son utilizados para la producción de alimentos. La empresa B le compró una gran cantidad de productos para el desarrollo de sus actividades y le informa cómo serán usados, lo cual diera lugar a la contaminación del medio ambiente. Aun así, Pedro vende los productos. Fíjense que aquí nuevamente tenemos una acción neutral de vender unos productos que pueden ser utilizados por una empresa. Pero el vendedor tiene conocimiento que la forma a la cual serán utilizadas o utilizado dichos implementos, pues continúan sin contaminar el ambiente que a día de hoy en América Latina se trata de un tipo penal que si bien hay diferencias en la forma en la cual está consagrado, pues tenemos delitos que protegen el bien jurídico del medio ambiente.

Bueno, algunos podrán pensar puede parecer una temática exclusivamente de manual, ¿verdad? Para resolver casos de laboratorio que no tiene ninguna incidencia práctica. Bueno, no podríamos estar más equivocados porque en nuestras sociedades modernas aparecen tipos penales como el de lavado de activos y el tipo penal de lavado de activos, entre otras cosas que de acuerdo a las modificaciones mundiales y no a excepción de ello las latinoamericanas, pues existe una pluralidad de verbos rectores que convierten en este tipo en uno de conducta alternativa, casi que cualquier acción daría lugar a un lavado de activos y estamos frente al objeto material que el mismo delito consagra.

Entonces podríamos pensar ¿Qué pasa con el abogado que asesora una empresa, y esta empresa le ha consultado sobre la manera de evadir los controles que el Estado ha ideado para materia de control de lavado de activos? ¿O qué pasa con el asesoramiento médico legal? El contable que se realiza para un grupo delincuencia, hasta alguna podríamos trazar alguna línea según la cual estos comportamientos, que no solamente obedecen al ejercicio de una profesión lícita, podrían entonces perder esa licitud y tornarse en un comportamiento relevante para el derecho penal. O bien dando lugar a la autoría de un delito o bien a la complicidad del delito de un tercero. Ese va a ser nuestro interrogante principal sobre este tema que quiero manejar con ustedes.

Me gusta utilizar una figura de la mitología griega, tal vez algunos ya conozcan, básicamente a mí me gusta asimilar la figura del hombre medio, que es un elemento paradigmático de la teoría de la imputación objetiva sobre la cual vamos a hablar. Me gusta comparar esa figura del hombre o del humano medio, del buen padre, de familia y demás, con una figura que se llama “El Lecho de Procusto”.

¿En qué consiste el mito de Procusto? Básicamente en que en el camino que conduciría a Atenas había una criatura que era hija de un dios, y esta criatura se dedicaba a recibir personas en su casa como invitados, y decía que les prometía una buena noche de fiesta y de comida solamente con que ellos cumplieran una condición. La condición es que ellos debían probarse en un catre, en una cama que él tenía. Si ellos cabían dentro de la cama, podrían pasar la noche, comer, beber, luego dormir y al día siguiente irse. Pero si eran o muy grandes o muy pequeños, la condición sería que, si eran muy grandes, daban permiso a Procusto para que les cortase las extremidades que sobresalía de la cama y si eran muy pequeños, les permitirías estirarlos hasta que entraran en las proporciones de esta cama. Lo que no sabían los viajeros era que la cama tenía una trampa, y después de que Procusto probaba a sus inquilinos y lo agasaja, y brindaba una fiesta, movía unos mecanismos de la cama que podrían hacer o bien más grande o más pequeña, y así asegurarse el fatal resultado.

Vamos a ver qué relación existe con la figura del hombre medio en materia de la imputación objetiva. Ahora me interesa que tengamos claro que la problemática que hay de fondo en materia de imputación objetiva y justamente a partir de cual conocimiento y cual capacidad es relevante para hacer el juicio de imputación en sede de tipicidad, se corresponde con una problemática de, por un lado, “deber”, y, por otro lado, “poder”.

Se me puede hacer responsable solamente por el hecho de tener un deber o como diría alguna frase muy conocida materia el derecho, el deber implica que yo pueda cumplir con esa obligación. Pero, por otro lado, si a todo lo que yo esté en posibilidad de evitar me fundamenta a mí un deber de índole penal, pensemos en el caso del mesero. El hecho de que él cuente con un conocimiento especial lo obliga, valga la redundancia, especialmente para evitar la muerte de un cliente del restaurante. De manera que, si no lo hace, responde por homicidio, es decir, adquiere un deber especial de evitar esa muerte, o bastaría con la infracción de un deber general, por ejemplo, que daría lugar a una omisión de socorro.

Ahora bien, veamos que nos indica la dogmática penal moderna, cuando nosotros hablamos de la problemática de los conocimientos especiales, resulta necesario hacer una precisión inicial de carácter conceptual. Primero, que es el conocimiento, que es una pregunta bastante difícil. Podríamos rastrearla incluso desde el ámbito de la

filosofía, la epistemología y demás. Pero más allá de eso, entender cómo podemos clasificar entre un conocimiento especial y un conocimiento no especial. Lo primero es que vamos a entender por conocimiento: los datos susceptibles de ser aprehendidos por un determinado sujeto a partir de su racionalidad.

Estos conocimientos, a su vez, pueden verse agrupados en dos categorías, en primer lugar, el conocimiento sobre la configuración del mundo, y el segundo, sobre las leyes que rigen la forma en la que el mundo está conformado. Entonces, sobre las cosas que conforman el mundo y sobre la forma en que dichas cosas se conforman o se comportan y el conocimiento especial vendrían a ser aquellos conocimientos que un sujeto ostenta y que se encuentran por encima de la media, es decir, para que podamos considerar un conocimiento como especial. Previamente debemos haber podido establecer un parámetro según el cual un conocimiento no sea especial. Es decir, un conocimiento básico que vamos a ver cómo la dogmática del derecho penal ha intentado construirlo mayor o menormente convincente el argumento y cómo. De ahí se desprende que todo lo que esté por encima sea un conocimiento especial.

Muy bien, ¿dónde surge el problema? ¿dónde surge esta diferenciación entre el conocimiento especial y el no especial? Todos recordaremos que, dentro de la discusión y la evolución dogmática de la teoría del

delito, podemos establecer dos grandes corrientes, sobre todo en Alemania, el denominado causalismo y el determinado finalismo.

Estas corrientes tienen sus respectivos representantes a la cabeza, cuando nos ubicamos en el causalismo en derecho penal, recordaremos que para estos autores lo importante era entender la acción como un movimiento voluntario, sin preguntarnos por el contenido de esa voluntad que genera un resultado en el mundo exterior. Esa relación entre acción y resultado se explica a partir de leyes causales que son empíricamente constatables. Es decir, ley de causa y efecto.

La teoría de la equivalencia de las condiciones dice simplemente si nosotros, al tratar de explicar un suceso, suprimimos mentalmente un aporte cuyo resultado en concreto dejase de generarse, entonces existe relación de causalidad. Ejemplo muy sencillo si Juan dispara con un arma de fuego a la cabeza de Pedro y Pedro muere, bastará para entender si hay una relación causal a la pregunta mentalmente dispuesta a la siguiente forma, si anula, hacemos el disparo que realiza el sujeto A a la humanidad del sujeto B. El sujeto deja de morir en esa situación en concreto.

Si la respuesta es sí, entonces hay relación de causalidad. Si la respuesta es no, entonces no la hay. No necesito extenderme para que todos tengamos claro que esa teoría no resolvió absolutamente nada y, por el contrario, generaba problemas en punto a que todo aporte causal entonces tendría sentido delictivo y además de ello, no

podríamos diferenciar entre autores y partícipes porque todos en mayor o menor medida, e incluso a partir de la teoría o de la fórmula causal que hemos expuesto, tendría igual valor.

Por eso su nombre es de la equivalencia a las condiciones, es igualmente causal el disparar sobre la víctima, que el prestar el arma, que el fabricarla, que el vender las municiones, que el inventar el revólver o el de dar vida al homicida o a la víctima. Todas esas aportaciones, al ser suprimidas mentalmente, dejan de producir el resultado o muerte del sujeto B, y, por tanto, todos serían autores a partir de esta teoría causal de la acción.

Eso nos llevó a que apareciese el neo causalismo, postulado de un movimiento filosófico que buscó establecer que sobre todo para cosas como las ciencias humanas. El hecho de que hoy la ciencia esté en condiciones de explicar muchas cosas desde el punto de vista empírico, no significa que, por ejemplo, temas como el determinar la responsabilidad penal, pues se limiten a la constatación empírica de relaciones conyugales. Debe haber algo más: un filtro jurídico que nos permite establecer cuando alguien responde o no penalmente.

Y, entonces aparece lo que normalmente conocemos como el pensamiento neoclásico o como este movimiento, el neo causalismo en materia de derecho penal, que en cuanto a la discusión de la causalidad como elemento de la responsabilidad penal, no es que a esa causalidad empíricamente constatable hay que añadirle algo más, pero ese algo

más se va a llamar, por ejemplo, relevancia de esa relación causal desde el plano jurídico u otras otros apellidos que reciben estas causalidades en lo que normalmente se conoce como las teorías individualizadas ahora de la causalidad.

Ahora bien, ¿qué ocurre en este punto? Que en este momento de la evolución del derecho penal hay unos autores que proponen que cómo debe determinarse cuál de esas relaciones causales es relevante para la imputación desde el punto de vista del derecho penal, es aquella según la cual será causa todo aquel evento que conforme al conocimiento general abstracto que tendría cualquier persona sobre las reglas de la vida. Sólo de la lógica de la experiencia, es decir, lo que podríamos catalogar como un conocimiento nomológico fundamentado en experiencias.

Entonces es el que podría conducir mayormente o no a una responsabilidad penal y no una mera constatación de una relación de causalidad. Nosotros no podemos entender que el hecho de que un hombre y una mujer conciban a un niño y ese niño crezca y ese niño al crecer luego a cierta edad, decida causarle la muerte a otro. No podemos entender que el haberle dado vida a ese niño, pues era poner una causa relevante para que ese niño el día de mañana siendo adulto, mate a otra persona.

Tratar de establecer que no toda relación causal lleva implícita una relevancia jurídico penal y a estas corrientes se le llamó las teorías

individualizadas de la causalidad, hay muchas, casi que una por cada autor que intentó plantear esta solución, pero lo que nos interesa establecer es que a partir de un componente de la previsibilidad, que es lo que se introduce ahora en el ámbito de la responsabilidad penal, será relevante todo curso causal que conforme a la previsibilidad de una persona abstracta, un hombre medio, un humano medio prudente, habría tenido por ciertas que esas aportaciones que realiza habrían producido un determinado resultado que pertenece a un tipo penal.

Piénsese en los casos previamente expuestos. Si usted puede prever que el plato de comida podrá causarle la muerte al comensal, absténgase de servirlo, o si lo sirve, sabrá que responde penalmente, y así con los demás casos. Entonces el elemento de la previsibilidad empieza en materia de imputación objetiva a establecerse como uno de los elementos determinantes para saber cuándo un comportamiento significa una aportación causa, representa la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Esta es una cuestión que realmente tenemos clara cuando llegamos a autores como, por ejemplo, Richard Honig, quien por primera vez en materia de derecho penal nos habla de imputación objetiva en materia de responsabilidad penal, es el primero que utiliza esa terminología. Y en comentario o esas ideas de Honig de entender que una cosa es la relación causal y otra cosa es la determinación de la relevancia, de la relevancia jurídica del comportamiento.

Es lo que nos trae a que a día de hoy podamos hablar de cómo es abordada la problemática en tres autores fundamentales que representan tres modelos de pensamientos diferentes en lo que tienen que ver con el derecho penal. El primero de ellos el profesor Roxin, nos dice al respecto, entiende que la teoría de la imputación objetiva es un elemento de la tipicidad en los delitos de resultado y que tiene una mayor capacidad de rendimiento en materia de delito imprudente.

Si revisamos, por ejemplo, el Manual de Derecho Penal de Roxin, encontraremos que para él el lugar o el papel de la imputación objetiva es básicamente el ser un elemento de los tipos penales de resultado y que es especialmente utilizado en materia de delito imprudente.

No es una estructura común irrelevante, casi que trascendente, como la vamos a ver en otros autores, sino que para reducir es un elemento más que tiene especial rendimiento en materia de delito imprudente. La estructura de la imputación objetiva de Roxin la podríamos entender de la siguiente manera, es la relación de causalidad necesaria, pero no es suficiente.

Es decir, en cada caso, si se trata de un delito de resultado, usted debe establecer primero si entre la acción del sujeto de imputación y el resultado, existe una relación de causalidad. Y para ello utilice justamente la teoría, la equivalencia a las condiciones de la cual ya hemos hablado. Pero a continuación, usted debe cumplir con tres pasos que ya no son de establecimiento o de verificación de la relación causal,

sino de carácter jurídico o valorativo. El primero es determinar si la persona con su actuar ha creado un riesgo desaprobado. Segundo, si ese riesgo creado por el autor se ha representado en el resultado en concreto, y finalmente, si el riesgo creado y realizado en el resultado es uno de los riesgos que están prohibidos por el tipo penal en concreto que estamos estudiando, no nos interesa entrar en él en los pormenores de cómo se constituye cada uno de estos criterios jurídicos de imputación de Roxin, pero sí es importante abordarlos en un punto.

¿A dónde iría esta problemática de los conocimientos especiales? Pues bien, cuando hablamos de ese requisito que aquí nos aparece como Roxin nos va a decir lo siguiente, más allá de la relación causal en el ordenamiento jurídico de las sociedades liberales, aparecen regulaciones jurídicas y extra jurídicas sobre los riesgos inherentes a la vida en sociedad, entonces cada uno de nosotros sabe que manejar un vehículo automotor es riesgoso y aun así lo hacemos todos los días de la vida. En este momento estaremos conectados a esta charla por un dispositivo que puede ser un celular, puede ser un televisor, puede ser una tableta, puede ser lo que sea, y en todos esos casos ese mecanismo utiliza corriente eléctrica.

Lo cual se traduce en que sabemos que utilizará para todos con corriente eléctrica, implican un riesgo, pero no dejamos de hacerlo, y si este evento hubiese sido presencial, todos los ponentes habríamos tomado seguramente un avión para poder concurrir al auditorio que la

universidad hubiese designado para este evento. En todos estos casos, esos comportamientos resultan riesgosos y el hecho de que yo me accidente en un vehículo se me avería un aparato y eso me produzca, por ejemplo, una lesión personal o que se caiga un avión, no necesariamente implicará que alguien ha de responder penalmente por ese hecho, porque, por ejemplo, el accidente de tránsito puede ser inevitable.

Segundo, puede que a nadie sea imputable la falla eléctrica, o bien de mi dispositivo, o bien del fluido eléctrico. Puede que el avión se haya caído por cuestiones meteorológicas indeterminables, por la tripulación o por los entes de control del tráfico aéreo. ¿Entonces, hacia dónde vamos? Que realmente lo que importa no es si ocurre un daño o si quiero un resultado que está perteneciente a una descripción típica, sino si ese resultado ha sido causado porque alguien se comportó de manera indebida elevando ese riesgo que era tolerado al punto en el cual no se ha tolerado socialmente.

Si no era evitable el accidente de tránsito, se produjo porque el señor conductor del vehículo, no respetó la prelación vial o se saltó una señal de pare o cruzó en una intersección cuando su semáforo estaba en color rojo, o porque, señor peatón, usted cruzó por una zona donde no era tráfico para peatones y además sin mirar y salir intempestivamente a la vía.

El producto de fábrica venía defectuoso, de manera que cuando lo conecté explotó. Vamos a ver entonces ¿quién es el fabricante? ¿Quién era la persona a cargo del control calidad del producto? por ejemplo, o si alguien lo averió y en el tercero en estos casos, pues miraremos si, por ejemplo, la aeronave se encontraba en óptimas condiciones o si, por el contrario, esta cuestión de tráfico aéreo debió haber sido advertida por la autoridad competente, quien no lo realizó u omitió el hecho de prohibir la salida de la aeronave por un tema económico.

En fin, lo importante es establecer, no si se genera el resultado muerte, lesión, daño en la cosa, sino más bien si ese resultado ha sido el producto de que alguien se ha comportado de manera indebida, conforme a normas jurídicas y extra jurídicas que regulan todos los ámbitos sociales. Ahora bien, ¿cómo se determina esa creación o no de un riesgo desaprobada? Roxin y la doctrina dominante establecen que este es un juicio que se realiza desde una perspectiva denominada como ex ante. Es decir, al momento en el cual el sujeto imputación actúa y pierde la inhabilidad.

Para esto voy a usar el ejemplo clásico del guardagujas de las vías de un tren. Una persona trabaja dando o manejando el tráfico de un tren de una determinada ciudad, pero resulta que él observa que sobre la vía número 2 por la cual transita el tren ha sufrido de un derrumbe, entonces de inmediato cambia el trayecto del tren de la vía 1 a la vía 2. Pero una vez el tren ha pasado por la intersección y se mete por esa

vía número 2, sobre esa vía también se produce un derrumbe que acaba con las vidas de todos los ocupantes del tren.

Pregunta: ¿existe una relación de causalidad entre el comportamiento del guardagujas y la muerte de los ocupantes del tren? Acudimos a la teoría de la equivalencia de las condiciones e indicamos que, si el guardagujas no hubiese cambiado la vía de la 1 a la 2, pues no habrían muerto los ocupantes del tren en la vía 2.

Muy bien, ahora el guardagujas ha creado un riesgo desaprobado cuando cambia la vía de la 1 a la 2 para el tren y diríamos bueno, desde la perspectiva ex ante lo que él hizo fue disminuir un riesgo de segura colisión con uno de tránsito sin obstáculos, el hecho de que de forma posterior, imprevisible e indomable, ese alud también haya ocurrido en la vía número dos, pues no podría grabarlo de responsabilidad penal, porque el juicio se hace desde la perspectiva ex ante, es decir, cuando él realiza el cambio y ya no puede corregir.

Es decir, ex ante situaciones de disminución de riesgo, aun cuando ex post el riesgo sea idéntico al que se pretendió evitar. Fíjense lo importante del riesgo ex ante. Y se trata de utilizar criterios jurídicos y extra jurídicos para determinar cuando alguien se ha comportado de manera indebida en punto a esto. ¿Que nos va a decir Roxin? Roxin va a decir mire la fórmula para determinar cuándo alguien ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado. Es el de la prognosis objetivo posterior, así la va a denominar. Es más, no es una denominación que

él dé, sino que se adscribe a una postura de un autor que lo precedió, que le dio ese nombre a esa explicación y la prognosis objetivo posterior no es otra sino afirmar que para el juicio de si hay o no la creación de un riesgo desaprobado en materia de derecho penal, debe recurrirse a los conocimientos que tendría cualquier persona en el lugar del autor. Aparece esa ficción normativa, sumándole los conocimientos y capacidades especiales del sujeto de imputación en concreto. Entonces dice que los conocimientos y capacidades especiales que están por encima de los que tendría un hombre medio.

En tal sentido, siempre serán tenidos en cuenta para poder determinar la responsabilidad penal en el ámbito del tipo y concretamente para la imputación objetiva del tipo, lo cual implica que, en el caso del mesero, en el caso del taxista, el del vendedor de cuchillos, el del panadero, y también en el de la venta de productos que pueden resultar un problema para el medio ambiente en todos ellos, habrá la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, porque el conocimiento especial siempre es tenido en cuenta para la imputación de responsabilidad penal. Eso nos dice Roxin, esto nos dice la doctrina dominante y esto nos dice la mayoría de la jurisprudencia de los países latinoamericanos. Vamos ahora con el segundo de nuestros autores importantes, en este caso el profesor Jakobs, profesor emérito de la Universidad de Bonn, a diferencia de Roxin, nos va a decir que no, miren, ustedes tienen un error fundamental y es que ustedes creen que una persona, por el

hecho de ser individuo, responde con toda su individualidad, es decir, con todo lo que yo soy como individuo, puedo tener como base para hacer un juicio de imputación de responsabilidad, ya que dice no es que las personas, si bien somos individuos, es decir, si bien tenemos un componente natural histórico, no se actúa en sociedad como individuo sino como persona.

Por tanto, el concepto de persona es una construcción social y jurídica, y sólo en la medida en la cual yo tengo un rol o una posición de garantía en un determinado escenario de interacción social, pues ese será mi fundamento de responsabilidad penal. Entonces hay que distinguir entre el conocimiento relevante para ser persona y el conocimiento que una persona puede o no tener como individuo, pero que no tendrá relevancia jurídico penal.

Entonces, a partir de esta cuestión, Jakobs aborda el problema, hay tres momentos de su teoría, los cuales, pues básicamente hace esta propuesta de cómo se deben manejar estos casos como los que hemos expuesto al iniciar esta intervención. El primer momento aparece cuando estudia la imputación objetiva en una conferencia famosa traducida al español por la Universidad Externado de Colombia, donde él dice, tampoco es cierto eso que dice la doctrina dominante de que la imputación objetiva de esa imputación objetiva de resultados y de mayor relevancia en el delito imprudente no, la imputación objetiva es el núcleo de la imputación del derecho penal. Es decir, todos los tipos

penales sean dolosos, imprudentes, de resultado, de mera actividad y comportamiento, tentado o de consumación, todos, todos tienen en su núcleo una cuestión de imputación objetiva. Y la imputación objetiva no es otra cosa que constatar que, conforme a unos principios, si una persona ha realizado una conducta permitida o prohibida, esos criterios son el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima.

El riesgo permitido indica que aquella persona que se comporta conforme las reglas que regulan una actividad riesgosa no crea un riesgo desaprobado. El principio de confianza implica que en una sociedad liberal yo puedo encargarme de lo que me compete a mí y liberarme de las competencias ajenas. A tal punto de que yo puedo confiar siempre que se cumplan unas condiciones de que los demás se estarán comportando conforme a derecho. Por ejemplo, un cirujano no debería preocuparse en la limpieza del instrumental quirúrgico que utilizará para realizar una cirugía. ¿Por qué? Porque no es su competencia. Para eso hay otro profesional de la salud, entonces él no tiene que preguntar si las cosas están limpias, no tiene que limpiarlas del mismo. Él puede iniciar el procedimiento confiando en que sí está claro, se tiene unas excepciones.

Por ejemplo, si fácilmente advertirle que ese instrumental quirúrgico, está averiado, está dañado, pues debe abstenerse de usarlo. Simplemente hago esa salvedad, pero en eso consiste el principio de

confianza. Yo me ocupo de mis competencias y me desentiendo de las ajenas, no soy papá. Pongámoslo en estos términos de nadie. Tercera, la prohibición de regreso es la que más nos va a interesar el día de hoy. Si un comportamiento es conforme a derecho, no perderá esa valoración por la forma en la que se ha utilizado por un tercero. Volvamos a los casos del inicio, si vender un cuchillo, si el ser taxista, si el vender un panecillo, una torta, un pastel, un pan.

O, por ejemplo, vender unos elementos que serán utilizados por una empresa es un comportamiento permitido. No tiene por qué perder su connotación penal por el hecho de que un tercero la utilice para matar, para envenenar, para lesionar o para contaminar.

Es decir, no importa cuánto conozca yo al momento de la prestación, si la prestación normalmente es neutral o permitida, esa connotación no debería perderse.

Y finalmente, existen ámbitos de competencia que me corresponden a mí como titular de mis propios bienes jurídicos y de derechos y, por tanto, soy yo el primero a intentar asegurarlos. Y si es por mi negligencia que se produce un resultado que me afecta a mí, pues no deberá responder a un tercero, sino yo mismo. Ejemplo Si alguien me realiza un corte en la mano y por mi descuido de no ir al médico, esa lesión se complica al punto de que me tengan que amputar una extremidad.

Pues eso no será imputable a quien causó la lesión inicial, porque luego entró dentro de mi ámbito de competencia y fui yo el descuidado, generando la situación que luego produce la amputación en la primera oportunidad que Jakobs se estudia. Este tema que plantea dice que hay que ser tajante en la distinción entre persona e individuo. No importan los conocimientos especiales, que son meros datos psíquicos que tenga el autor, sino solo aquel comportamiento que es relevante conforme al rol que estoy ejecutando.

Señor mesero, usted como mesero, preocúpese que responde por los conocimientos que tendría una persona en dicho rol y no por los conocimientos que usted tenga como biólogo o botánico. No interesan esos conocimientos, no podrán fundamentar responsabilidad penal porque no trascienden al lado socialmente relevante. Igual en el caso el vendedor de cuchillos por una cuestión del principio de confianza y de prohibición de regreso, que también es aplicable en este caso a los demás ejemplos que hemos colocado para exponer la problemática.

En un segundo momento, Jakobs analiza los casos a mayor profundidad porque le llueven muchas críticas. ¿Cómo así que el mesero no responde penalmente? Voy a decirlo de manera más clara y así lo dice en su manual. Cuando yo decía que no respondía penalmente es que no responde por homicidio, pero obviamente se incumple un deber general de omisión de socorro. El hecho de que yo dijese que no responde penalmente era frente a la obligación especial

de evitar el resultado a muerte. Pero sí podría responder por un delito que de infracción de un deber general de todo ciudadano omisión de socorro. Pero además de eso, establecerá unas situaciones en las cuales ese conocimiento deja de ser especial. Por ejemplo, para el mesero nos va a decir mire si el mesero en la entrevista de trabajo asegurase en el puesto dice, yo también les puedo brindar ayuda.

En este sentido, está introduciendo voluntariamente en el rol de mesero los conocimientos que tiene como biólogo, por tanto, crea un meta rol y en esa meta rol si existe la posibilidad de generar expectativas de confianza sobre lo que él en este caso conocería por ese conocimiento especialísimo que otorga. No es que el conocimiento especial tenga ahora relevancia, sino que el conocimiento ha dejado de ser especial, también dice que el mesero no puede quedar excluido de responsabilidad cuando el comensal, por ejemplo, su papá, su mamá, su hijo, su hermano, porque él entonces tendría no solamente el rol de mesero, sino el de padre, sino el de hijo, sino el de hermano. Y en estos casos habría una posición de garante especial que lo obliga a actuar, ahora sí, con toda su capacidad individual y finalmente dicen que también responderá por homicidio si decide no servir, en este caso el plato al comensal uno, sino al dos que ha identificado en otra mesa y que es, por ejemplo, el amante de su esposa. Casos de desviación causal salvo, casos de posición de garante especial o casos de introducción voluntaria de los conocimientos especiales en un rol son excepciones

a que no pueda ser tenido en cuenta ese conocimiento como base para la imputación urgente. Esta es la línea de pensamiento que manejan sobre todo los discípulos, el colegio y José Antonio Carrión.

Finalmente, en materia de teoría la intervención delictiva, ya que recientemente se ha echado un poco para atrás con su postura, incluso con el reproche de alguno de sus discípulos, quienes han dicho señor, usted no puede hacer las cosas así.

En tal sentido, ¿cuál es la postura del profesor Jakobs? Entender que hay unas reglas que excepcionalmente nos permitirían establecer que cuando socialmente el único significado que puede tener una prestación es de sentido delictivo, se perderá esa neutralidad que momentos antes, en su evolución doctrinal, había trabajado como abarcados dentro de lo que sería el principio de confianza y la prohibición de regreso. Excepciones en las cuales el único sentido del comportamiento, sería uno de características delictivas.

Para ir cerrando, indicarles que recientemente tal vez la postura más nueva es la que establece un profesor también emérito de la Universidad de Bonn, que se llama Geiser, que aquí en Latinoamérica he seguido mucho por un autor que se llama Juan Pablo Mañalich, de la Universidad de Chile. Y en esta situación, básicamente lo que nos plantea aquí es que, tratando de volver sobre este problema, el lecho de Procusto, fíjense como he tratado de presentar esa estructura de El hombre medio del humano, medio del hombre prudente, como es el

hecho de Procusto, señor ciudadano, usted responde conforme a este estándar que no sabemos si exista. Yo no podría decirle quién es el ciudadano promedio o el hombre medio, pero usted responde conforme a esa medida que nos observa decir no, usted a la hora de responder penalmente, debe hacerlo conforme al autor individual de carne y hueso, y no una ficción jurídica o normativa. Ese es el estado actual de la discusión, de la problemática de los conocimientos especiales que, como les digo, si bien es un tema atractivo desde el plano dogmático, tiene múltiple, digamos, aplicación o capacidad de rendimiento práctico en los casos y sobre todo a día de hoy, por ejemplo, en contextos como el derecho penal empresarial, el económico o el económico de la empresa.



# CRÍTICAS AL COIP DESDE LA DOGMÁTICA PENAL.

PhD. Frank Luis Mila<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Doctor (PhD) en Derecho egresado de la Universidad Católica Andrés Bello. Doctor (PhD) en Educación egresado de la Universidad Santa María. Abogado especialista en Derecho Penal y en Derecho Procesal Penal por la Universidad Católica Andrés Bello. Estudios de postdoctorado en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar y postdoctorado en Gerencia Educativa por la Universidad Pedagógica Experimental Libertador. Docente de los programas de Maestría de Derecho Constitucional y de Derecho Penal mención Derecho Procesal Penal y Docente de la Carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo. Actualmente es Coordinador General de los Programas de Posgrados de la Universidad de Otavalo. Autor de 15 libros de Derecho.

Se hablarán de algunas críticas al Código Orgánico Integral Penal, justamente desde la dogmática. Esto incluso se puede replicar no solamente en el Código ecuatoriano, sino en general a otros Códigos. Vamos a dar una visión muy genérica, un panorama, si se quiere, universal, de manera tal que se pueda evidenciar cuáles son las principales fallas que a nivel dogmático se evidencian en algunos Códigos. Y vamos a comenzar con la opinión que merecen las reformas.

Recientemente entró en vigencia la última reforma, que se materializó en el mes de agosto, a lo que se suma la previa de febrero del mismo año, es decir, en este mismo año se había generado otra reforma. En menos de cinco meses, de un semestre contamos con dos Códigos, sin menoscabo que el Código entró en vigencia en el año 2014 y se publicó entendiéndolo su vacación o *vacatio* y posteriormente en el año 2019 sufrió su primera reforma.

Es decir, que hablamos de tres modificaciones: la del año 2019 que tardó un poco, hablamos de un lustro, cinco años básicamente que demoró y ciertamente era necesaria, ya que hay algunos aspectos que eran necesarios, que se tenían que qué puntualizar y en efecto, se hicieron más que todo en los primeros apartados del Código que obedecen a su parte general. Posteriormente, las reformas subsiguientes, se inscribieron más en una línea ya de tipificar ciertas conductas en concreto. Una obedece a temas de delitos sexuales y otra

obedece a temas un poco más enfocados en lo que es la corrupción. En términos generales hay que realizar es una crítica con respecto a lo reciente, una reforma y otra sin un transcurso considerable de tiempo lo cual es contrario a una de las premisas de la sociología jurídica, que radica en que las normas deben avanzar al mismo ritmo que avanza la sociedad.

En materia penal esto no es una excepción, cuando se proyecta un código tiene que hacerse en el tiempo. Tampoco podemos llegar al extremo, como ocurría anteriormente, que los códigos duraban décadas e incluso siglos, pero si en un tiempo razonable y salvo ciertas excepciones de legislaciones que son muy cambiantes por la misma naturaleza y la dinámica social. Eso, por una parte, y corremos el riesgo que, si se comienza a reformar el código, se pierde la esencia, se pierde la esencia y luego se comienza a legislar de una forma improvisada y seguramente se van a generar problemas a futuro. Precisamente los mejores códigos y que perduran en el tiempo justamente son aquellos que están bien planificados hacia el futuro y que abarcan, en términos generales, lo que se quiere a nivel de política criminal.

Eso de entrada con respecto a las reformas, ahora bien, existe otro aspecto al que hay que hacer referencia aquí es el referido justamente a lo que es el tema de las definiciones. Hay una tendencia en la cual los códigos comienzan a incluir definiciones que están enmarcadas en lo que es la dogmática, es decir, tenemos una ciencia penal que se

encarga de elaborar estas definiciones a través de esa dogmática-jurídico penal, esa doctrina que ya algunos autores mencionaron los anteriores ponentes proveniente de Alemania y que gracias a algunos juristas como el maestro Jiménez de Asúa, gracias a la realización de las primeras traducciones, difundieron la dogmática penal alemana a Iberoamérica y en la actualidad contamos con la fortuna de tener una gran cantidad de tratados de algunos de los más relevantes doctrinarios traducidos a nuestro idioma.

En ese sentido, las definiciones hay que reservarlas únicamente a la dogmática, porque se presentan problemas posteriormente, como lo que ocurre, por ejemplo, en dos artículos del Código analizado, el primero, el número 18, basta revisar la definición de delito que establece el código que olvida o excluye un elemento. Si bien es cierto ese elemento que excluye o que olvida, no es un elemento considerado esencial según la concepción tripartita del delito, pero puede aparecer en algunos delitos, el cual es la punibilidad y no podemos confundirla con la pena en sí, la punibilidad es un elemento que está presente en algunos tipos.

Cuando hablamos, por ejemplo, de excusas absolutorias o de algunas condiciones objetivas de punibilidad, precisamente se consideran para que se pueda aplicar pena, en ese sentido vamos a encontrar que en el artículo 18 define el delito como una acción típica, antijurídica y culpable. Pero vamos a encontrar que la mayoría de los autores,

incluyendo al maestro Roxin, va a definir el delito entendiendo que en ocasiones es punible dependiendo de ciertas legislaciones, más allá que algunos autores quieran ubicar esto en la tipicidad, sigue siendo un elemento autónomo que no tiene mucho contenido, pero es un elemento del delito.

Por otra parte, el antiguo artículo del dolo lo definía según una de las más antiguas definiciones, que se remonta incluso al derecho romano, que está superada hace muchos años y hablaba incluso de daño o designio de causar daño, aspecto que no se corresponde con los postulados actuales a nivel dogmático, que al hablar de dolo en la actualidad es hablar de conocimiento y querer (o voluntad como lo denominan algunos), y en todo caso, incluso se está prescindiendo de ese segundo elemento volitivo, a pesar que actualmente la tendencia es ir solo hacia el conocimiento. Verbigracia el autor Jakobs, que mencionaba el ponente anterior entre otros autores que se perfilan en esa línea.

En ese sentido, las definiciones son muy peligrosas, incluso hay un axioma en Derecho que señala eso. Cualquier definición en derecho es peligrosa y más aún incorporada en un código que va a chocar con la dogmática. La dogmática está en constante evolución y se reserva a esos doctrinarios las definiciones que deben estar contenidas en los Códigos. Por tal razón, no se sugiere que se profundice mucho en algunos aspectos relacionados con algunas definiciones muy cerradas,

porque generan problema. Estos son dos de los aspectos que se han detectado y no son los únicos. Vamos a ver que existe una gran cantidad de imprecisiones a nivel dogmático, pero que se inscriben en esta misma línea de lo que son las definiciones.

Por otra parte, el código hace referencia infracción versus delito, aquí deberíamos determinar un poco a que se refiere y bueno, pareciera que el término que ubica el código para hablar del delito es infracción. Sin embargo, tenemos un poco de reservas con ese término y preferimos hablar de delito, y en todo caso, de contravenciones o faltas, como se le conoce a esa segunda categoría, porque la teoría se ha creado sobre la base del delito. Incluso hablar de crimen sería inscribirme en otra tendencia, de otra concepción tripartita que hace referencia a crímenes, delitos y contravenciones o faltas, en ese sentido, el hecho punible también es un término que engloba delitos y faltas, y el código lo hace en función de entender infracción, sin embargo, la infracción también se maneja en otros ámbitos, incluso a nivel administrativo, disciplinario, etc. y no propiamente desde el punto de vista penal, así que en la teoría del delito preferimos acuñar lo que es la denominación de delito.

Ahora bien, la concepción de la pena que tiene el código, y esto es un fenómeno en general latinoamericano, vamos a encontrar que en muchos códigos se hace referencia a lo que es la rehabilitación o resocialización como si fuese una panacea o como si es una premisa,

un discurso incluso político propio del populismo penal que pretende vendernos la idea que la rehabilitación o la resocialización es obligatoria y se puede materializar en todos los casos, sin embargo, esto ha sido superado desde hace más de 40 años y se ha ido abandonando, precisamente porque esto es algo que debe manejarse de forma voluntaria y que no puede operar en todos los delitos, incluso en algunos delitos es totalmente inútil. Por ejemplo, hablar de esto en un tipo imprudente no tiene sentido, ya que el tipo imprudente o culposo se inscribe en esa infracción del deber de cuidado y no comulga con un tipo doloso en la cual un sujeto persigue si con voluntad, con conocimiento, la realización del tipo, sino que se le castiga justamente por ese descuido.

Entonces, ¿qué vamos a rehabilitar? ¿qué vamos a resocializar? Y aparte, esto es algo que quedó demostrado con el régimen nazi, en el cual encontramos a personas que participaron en dicho régimen e hicieron su vida tranquilamente en América, justamente buscando escapar de esa responsabilidad penal, y estas personas hicieron familia, vivieron, se jubilaron, etc. y ya estaban totalmente acoplados a lo que es la sociedad y ahí no hay nada que socializar, independientemente que ellos se inscribieron en la comisión de crímenes de lesa humanidad. En ese sentido, esto es muy criticado, incluso las constituciones lo promueven y lastimosamente esto no se inscribe en lo que es la línea

de la teoría del delito, la dogmática actual, que busca más bien separarse, alejarse de esta tendencia.

Por otra parte, vamos a encontrar que existe el tema de la prevención, el cual es un elemento que ciertamente está presente en las teorías de la pena, pero se puede quedar en esas posteriores a las teorías primigenias que eran absolutas y en el abanico de las teorías relativas y actualmente se habla de una mixtura o unión de dichas teorías, por ello no podemos afirmar que la pena solo es prevención, de ninguna manera, por supuesto que es la prioridad, cuando el legislador establece un tipo penal busca de cierta manera la prevención.

En todo caso hay un componente, un ápice allí de represión y tal como lo sostiene, por ejemplo, el maestro Zaffaroni, existe un argumento en la cual no se puede defender de ninguna manera la pena, por más que busquemos una teoría que busque justificar, que busque indicarnos que la pena tiene un fin, esta pena nunca va a ser propia o se va a corresponder con la naturaleza humana. No obstante, tenemos que inscribirnos en alguna de ellas justamente porque es la esencia del derecho penal, incluso debe su nombre a eso, a pesar que algunos autores hagan referencia a que el derecho penal se debería denominar derecho penal y de medidas, porque no solamente se aplican penas, sino también abarca el régimen de las medidas en ciertos elementos medidas no en un plano procesal, sino medidas en un plano, por ejemplo, de lo que sería la imputabilidad.

Ahora bien, ¿qué consideración merecen las penas accesorias que incluso superan a las principales? Este es un fenómeno que está presente en el Código, en varios artículos. Uno de ellos es el tema de la muerte causada por un conductor en estado de embriaguez, este delito consagra una pena privativa de determinado tiempo que no supera los 15 años y que, como pena accesoria asociada a esa principal, establece que se suspenda de por vida lo que es la licencia. A todas luces esto es cuestionable, porque si un sujeto está respondiendo con una pena principal que tiene un límite temporal, no puede establecerse una pena perpetua con respecto a la pena accesoria. Y esto lo vamos a encontrar aquí, lo vamos a encontrar algunos delitos que afectan la administración pública, en lo cual se prohíbe que ese sujeto ingrese nuevamente a cualquier cargo como servidor público. Entonces estos elementos son cuestionables, porque la pena accesoria de ninguna manera puede ser más severa que la principal e incluso ser una pena perpetua o prácticamente de muerte en ese sentido.

En algunos casos se acepta por ejemplo cuando hablamos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que hay empresas o personas jurídicas que realmente se erigen como una industria o una empresa criminal, es decir, son concebidas en su totalidad para cometer delitos y su actividad en general es ilegal, en ese caso es lógico que se puede aplicar una clausura o su cierre definitivo, pero es por la misma esencia que el Estado no va avalar dicha actividad, igual cuando se

incauta algún bien de lícito comercio, como lo es la droga que hay que destruirlo o armas sin el debido porte, que también son destruidas, de alguna manera se inscribe en esa línea.

Ahora bien, la concepción de la conducta se corresponde con la teoría general del delito, es decir, el concepto de acción está un poco hilvanado con lo que es la acción para la dogmática, el código habla de relevancia, habla de conductas relevantes. Sin embargo, esa relevancia algunos autores la asocian más bien con la teoría del bien jurídico, de conductas que son relevantes desde el punto de vista jurídico penal porque amenazan, ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos. En tal sentido, la acción ha tenido una evolución conceptual histórica, pasando por esa concepción clásica del maestro Von Liszt, luego superada y criticada por Hans Welzel y con otras teorías como el concepto negativo de acción, el concepto de función social de la acción, entre otros, que de alguna manera actualmente se considera inútil la discusión. es decir, actualmente pocos autores discuten lo que es acción. Sabemos que la acción es una conducta exteriorizada, humana y voluntaria, que en tal sentido el código no comulga mucho con esa tendencia, sino que confunde algunos aspectos de relevancia que incluso se estudian en lo que es la imputación objetiva, tal como se ha explicado anteriormente.

Actualmente hablar de acción es hablar también de omisión, cuando hablamos de acción en el sentido jurídico penal, abarca la misión tal

como la exponen autores como Francisco Muñoz Conde, entre otros, que se inscriben en esta idea al entender que la acción puede ser un hacer o no hacer. Cuando estás obligado a y se hace referencia a la posición de garante. No obstante, las fuentes que invoca el legislador son la obligación legal o contractual, sin embargo, estas fueron las fuentes primigenias superadas hace casi que siglos. ¿por qué? Porque actualmente se incorporan otros elementos que pueden ser fuentes que dan o que propician esta figura de la posición de garante, y no solamente es el tema legal o contractual, sino que aquí incorporamos el actuar precedente u otros aspectos como las conductas peligrosas de animales o personas bajo nuestra responsabilidad, como lo trabajan muchos autores, basta revisar esa división entre el tipo objetivo y subjetivo de los tipos de omisión, para encontrar que se hace referencia a estas fuentes, que es una categoría más amplia a la que establece el código.

Por otra parte, ¿cómo se concibe la tipicidad? La tipicidad se inscribe en la línea actual de entender que el dolo y la culpa se ubican en el tipo. No obstante, como les indicaba, se partió de un concepto de dolo incluso muy antiguo y con la reforma del año 2019 se subsanó y se incorporó en el artículo 26, que se entiende que existe cuando una persona conoce los elementos del tipo y voluntariamente ejecuta la conducta, por tanto, se inscribe en esa concepción de conocer y querer.

Se incorpora al tema del delito preterintencional, aunque autores indican que no es necesario plasmarlo de esta manera porque esto se resuelve en sede de imputación objetiva, no obstante, el legislador lo instrumentaliza, lo plasma en el artículo del dolo. Pero no podemos entenderlo como una tercera categoría, sino como una manifestación muy particular.

Igualmente, hay un problema con el tema del dolo eventual en materia de tráfico rodado ya que en el Código se hace referencia a que todos los tipos son imprudentes, esto parece un desacierto en el sentido que pareciera que el legislador se quiso ahorrar la problemática de la discusión del dolo eventual con la culpa con representación. En ese sentido, no hay mayores problemas a nivel de aplicación, pero si nosotros revisamos algunos artículos del código, vamos a encontrar que hay ciertos aspectos que se establecen como si se tratara de imprudencia, cuando realmente son indicadores de dolo. Si la doctrina ya ha identificado algunos indicadores que nos aproximan a lo que puede entenderse como una conducta dolosa en ciertos casos, y en ese sentido si se prescinde del dolo eventual, no se entra en estas discusiones que son necesarias más allá que nos haya superado en su totalidad esa esa diferenciación o esa superación de esa línea muy tenue que divide entre el dolo eventual y la culpa con representación.

Ahora, con respecto a la culpa, el Código hace referencia expresamente al deber objetivo de cuidado. Ciertamente esta es uno de los

componentes de lo que es el tipo culposo, pero si revisamos hace referencia a que sea personalmente correspondida, siendo algo lógico y por imputación objetiva es así. Asimismo, hablamos de un *numerus clausus* en el cual el legislador expresamente debe consagrar la conducta como imprudente a través de los denominados indicadores de culpa, imprudencia, impericia, negligencia e inobservancia de leyes, reglamentos, entre otros.

Con respecto al error de tipo el código en la reforma del año 2019 lo tuvo que incluir porque al legislador se le fue un gazapo allí con respecto a la inclusión de esta figura tan trascendental y que opera a nivel universal y que supera esa concepción antigua del error de hecho y del error de derecho. Actualmente no se habla de error de hecho, ni de derecho en materia penal, sino de error de tipo y de error de prohibición, así como de otras manifestaciones del error, como lo explica el profesor Nieto, por ejemplo, error en el curso causal, entre otros. Y en este caso, el error de tipo si se corresponde en general con lo que la doctrina diseña. Si tenemos un error de tipo que hace referencia al desconocimiento de los elementos del tipo, incluyendo incluso circunstancias agravantes y se puede escindir entre vencible o invencible.

La antijuricidad se inscribe en la línea del bien jurídico, entendiendo que esta teoría cada vez está más en crisis, tal cual como sostiene López Barja de Quiroga. ¿Por qué? Porque ya se da paso a cuestionar

si algunas conductas realmente atentan contra un bien jurídico y no todas las conductas realmente se pueden argumentar que tutelan un bien jurídico, lo cual se defiende con el tema de la constitucionalidad, etc. Pero ciertamente hay muchos tipos penales que no encuentran cobijo y por esa razón se critica tanto esta teoría que incluso uno de los más acérrimos enemigos de ella, el profesor Jakobs ya ha discutido y actualizado al respecto y se inscribe en un plano de lo que es la vigencia de la norma, no obstante, se revisa el código y las categorías se refieren al bien jurídico y van de la mano, con lo que el antijuridicidad que si se quiere es la doctrina mayoritaria que entiende que hay un bien jurídico allí presente.

De igual manera, diversos autores por razones metodológicas prefieren estudiar la antijuridicidad separada, aunque otros la asocian ya con el tipo, según la teoría de los elementos negativos del tipo. Ahora, la causa de justificación o la exclusión, como el Código indica, es preferible hablar de causas de justificación. Por otra parte, el cumplimiento del deber también se tuvo que incorporar porque no se observaron las causas de justificación universales. Asimismo, se hace referencia al estado de necesidad, pero no se precisa si es un estado de necesidad justificante o disculparte. En todo caso, el legislador obvió al disculparse, que es el famoso ejemplo de la tabla de Carnéades, en la cual están en igualdad esos bienes jurídicos, a diferencia del estado de necesidad justificante.

La culpabilidad, cómo se concibe es una figura que también igual manera universal perdió contenido cuando se extrajo el dolo y la culpa, como dice, el profesor Nodier Agudelo en Colombia, más bien se identificó que los elementos dolo y culpa siempre estuvieron en el dolo, y Hans Welzel los identificó y los ubicó en donde siempre han estado. En ese sentido se ha superado esa concepción causalista que mantenía el dolo, la culpa en la culpabilidad y actualmente se habla de algunos elementos de la culpa, como el tema de la imputabilidad. Entender que de igual manera se debe conocer la prohibición y aquí entra el error de prohibición. Y, por último, la exigible otra conducta que, si estaba allí regulado, pero de manera tímida, ya que no se considera, por ejemplo, el miedo insuperable, que es universal y que se da cuando una persona es coaccionada para que realice un tipo y no puede actuar de otra manera. De igual manera, aquí entra lo que les decía acerca del estado de necesidad de disculparte. Por último, se hace referencia al caso fortuito y esto realmente no pertenece a la culpabilidad, no sabemos porque el legislador lo incluye allí.

Ciertamente los niños sabemos que son indisputable y los adolescentes, algunos autores manifiestan que sí son imputables, pero de una manera disminuida, tienen un régimen especial e incluso no se habla de penas, sino de sanciones por la misma naturaleza de ese proceso, en todo caso existe una remisión a aplicar la ley especial, lógicamente por la

naturaleza, que requiere analizar esto bajo una legislación muy concreta, muy específica.

En el mismo orden, con respecto al error de prohibición va bajo la misma línea de lo que se indicó con relación al error de tipo, observemos que el legislador de igual manera se le fue, no lo incluyó en la formulación primigenia, a pesar de ser una figura universal. Este error se trabaja cuando una persona no puede superar o no tiene capacidad, por decirlo decir alguna manera, de conocer la prohibición y esto es algo que tiene mucha, mucha cabida en lo que es el contexto de la universidad, en el cual hay una realidad en el cual convergen ciertas comunidades y se puede dar fácilmente un error de prohibición por la misma dificultad para que se conozca la legislación, por decirlo de una manera ordinaria, por parte de determinados grupos que son reconocidos como comunidades indígenas.

En ese sentido, hay muchos trabajos al respecto, lo más claro es cuando se habla de comunidades indígenas no contactadas, pero en todo caso se sigue aplicando lo mismo la vencibilidad o la invencibilidad. Y hay muchos ejemplos, como el del carcelero o el del turista que va a un determinado país, toma una fotografía y por su condición no conoce que está prohibido, no tiene cómo conocer esa prohibición.



# LOS RECURSOS EN MATERIA PENAL EN MÉXICO

PhD. Miguel Ángel Falcón Vega<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Doctor (PhD) en Derecho. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Mención Cum Laude. Maestro en Derecho. Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Mención Honorífica. Especialidad en Ciencias Penales. Universidad Mexicana de Estudios a Distancia. Docente de la Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica. Morelos-México.

Y, de la misma manera, también se tienen que satisfacer algunos elementos temporales, esto es, se tiene que plantear en el plazo que establece la ley, en cuyo caso, las notificaciones que se hacen en la audiencia surten efecto al día siguiente que se practica y el plazo para impugnar se cuenta al día siguiente en que surta efecto la notificación de la resolución que se va a recurrir.

Bien, veamos cuáles son las características de la impugnación, como ya hemos comentado, solamente van a proceder los medios de impugnación que están previstos en la ley; igualmente, se interpone por una sola vez, salvo que la propia ley posibilite una nueva impugnación contra esa segunda resolución, lo que se busca es alcanzar la modificación a la revocación y, excepcionalmente, la nulidad de la resolución impugnada, es decir, entre lo que es la primera y la segunda instancia en el sistema procesal mexicano no está permitido el reenvío.

Lo anterior, implica que si el tribunal de segunda instancia advierte ilegalidades, errores, no puede devolvérsela al juez de primera instancia para que la subsane; ello, toda vez que tiene plenitud de jurisdicción y deberá resolver confirmando, modificando o revocando el fallo impugnado, se insiste, la nulidad de la resolución impugnada es excepcional, quizá cuando haya evidentes violaciones procesales; ahora bien, será el órgano superior quien resuelva la impugnación, salvo que se trate de resoluciones de mero trámite, para lo cual

corresponderá el examen a la autoridad que dictó la resolución de origen, esta debe ser fundada y la parte afectada por la resolución deberá estar legitimada para impugnar. Así, los recursos resultan una verdadera actividad depuradora, como derecho y garantía de los justiciables. Vamos a platicar sobre lo que son los recursos en materia penal. A manera de introducción, en el año 2008 en México hubo una gran reforma en materia procesal penal, donde se transitó de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio adversarial. En este caso, los sujetos procesales que van a intervenir son: el Ministerio Público, la víctima o el ofendido, el indiciado o el imputado, el defensor y desde luego el director del proceso, que será el juez.

Otra de las características es el equilibrio procesal que habrá entre las partes, además de que es un sistema de instancias procesales, lo que conocemos como la primera que sería ante el juez de control y, posteriormente, el Tribunal de Enjuiciamiento; y, más adelante, una segunda instancia que será ante el tribunal de alzada, quien conocerá de la apelación.

Habrà una instancia que no pudiéramos decir que es una tercera instancia propiamente dicha, sino es una instancia autónoma que se llama "Juicio de Amparo". Las características del nuevo proceso son: oral, acusatorio y adversaria; y va a estar regido por los siguientes principios rectores: publicidad, contradicción, concentración, continuidad y mediación. Igualmente, hay un reconocimiento de

normas de excepción, lo que se conoce en la doctrina como el derecho penal del enemigo, por ejemplo, tratándose de delitos de delincuencia organizada. De la misma manera, existen varias reformas a nuestro artículo 19 constitucional, donde va a establecerse la prisión preventiva de oficio; sin embargo, el sistema cuando se concibe de origen, es la prisión preventiva como un régimen de excepción.

También algo que se busca es transitar de un derecho penal represivo a un derecho penal restaurativo; ahora, lo que también va a existir son mecanismos alternos de solución de conflictos, conocido como justicia restaurativa, tales como las salidas alternas, la suspensión al proceso, los acuerdos reparatorios, entre otros. Ya el derecho penal no tendrá esa característica de represión.

De la misma manera, todas las resoluciones que se emitan deben de estar debidamente fundamentadas y motivadas; igualmente, se prohíbe la llamada prueba ilícita, esto va a ser muy importante porque anteriormente las declaraciones o las confesiones que había, pues eran sacadas mediante prácticas poco ortodoxas como lo era la tortura. Del mismo modo, va a haber una diferenciación de etapas, el titular de la investigación va a ser el Ministerio Público; el control de la legalidad, de las diligencias, va a ser el juez de control; quien emita la sentencia que será el Tribunal de juicio que presenciara el desfile probatorio, la única prueba que se considerará como tal, será la que se desahogue en la etapa de juicio. Los elementos que se aporten en diversa etapa se

conocen como dato de prueba, los cuales no tienen la fuerza para que en virtud de ellos se emita una sentencia condenatoria.

Va a haber una justicia ordinaria y va a haber una justicia constitucional. La justicia ordinaria será la que se lleve en primera y segunda instancia, como lo comentamos hace un momento. Y, la justicia constitucional, se hará valer mediante el juicio de amparo

Ahora bien, a efecto de que quede mejor visualizado este proceso, la secuela será la siguiente: Inicia con la noticia criminal, que puede ser una denuncia, puede ser flagrancia, o a través de una querrela.

La **fase preliminar**, que la investigación, la podemos identificar en dos momentos: El primero, que es el que realiza el fiscal, el Ministerio Público, es una investigación informal y, una vez que tiene elementos que acrediten el hecho ilícito y la probable responsabilidad, se lleva a cabo una audiencia imputación y vinculación a proceso. En caso de vincular, inicia el segundo momento, investigación judicializada (formalizada), en donde el juez de control va a vigilar precisamente las diligencias que se hagan. A partir de este momento se dará un término para el cierre de investigación y acusación, dando inicio a la **fase intermedia**, es decir la etapa de depuración, en donde, entre otros actos judiciales, se admiten o no pruebas; posteriormente, inicia la **fase de juicio**, el enjuiciamiento en la cual, entre otras diligencias, se desahogan pruebas y se emite sentencia.

Bien, pues precisamente como todos sabemos, una sentencia debe de estar debidamente fundamentada, motivada, debe ser exhaustiva, debe de ser congruente, debe valorar los hechos, las pruebas, la norma que se va a aplicar. Y, si esta sentencia es adversa y no satisface estos requisitos, entonces se puede impugnar, iniciando la **fase impugnativa**.

Esta fase, tendrá como finalidad, precisamente, evidenciar vicios y errores de la sentencia, minimizando la posibilidad de una resolución injusta. Así, podemos decir que los medios de impugnación van a ser los actos procesales de las partes y de los terceros legitimados, ya que sólo estos pueden combatir la resolución del juez. Estos medios de impugnación estarán dirigidos a obtener un nuevo examen, el cual puede ser parcial y una nueva decisión acerca de la resolución judicial. Así mismo, se va a tener un antecedente y ese antecedente va a ser la resolución judicial. En ese medio de impugnación se esgrimen los agravios que me causo la resolución impugnada, argumentos que estarán encaminados a evidenciar la ilegalidad o ilegalidades del fallo combatido.

El tribunal de alzada hará un nuevo examen a la luz de estos agravios y va a emitir una nueva decisión donde va a recaer una nueva resolución judicial. Bien, como ya lo comentábamos hace un momento, lo que buscamos es una revisión y un nuevo pronunciamiento judicial. Nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales contempla dos tipos de recursos, uno que le vamos a llamar horizontal, al que le

llamamos revocación, en donde conoce el mismo órgano que emitió la resolución; o, un recurso de tipo vertical que va a conocer el superior jerárquico, en este caso, el recurso de apelación.

¿Cuáles son las condiciones para la procedencia de los recursos? Número uno, se tiene que dar unas condiciones previas, que va a ser la resolución o la omisión combatida. Igualmente, también se tiene que satisfacer una serie de requisitos que le vamos a llamar condiciones actuales, que son de forma, de tiempo y de contenido. Es decir, debe de interponerse el recurso idóneo en el tiempo que establece el Código y debe de contener también lo que exija nuestro Código Nacional. De la misma manera, se tiene que satisfacer una serie de condiciones inminentes, que son los presupuestos, es decir, que el tribunal sea el competente, la forma y como se va sustanciar y lo que es la resolución buscada.

Bien, ahora es importante referir que el concepto medio de impugnación y recurso, aunque pudieran parecer sinónimos, no lo son. El medio de impugnación va a ser el género, mientras que el recurso va a ser la especie. Es decir, todo recurso es un medio de impugnación, aunque no todo medio de impugnación es un recurso.

Los medios de impugnación que prevé nuestro Código Nacional de Procedimientos Penales, a manera de comentario, por el nombre que tiene nuestro Código, México es una Federación, es decir, una forma de Estado que establece niveles de organización, en este caso está la

federación propiamente dicha y las entidades federativas. La propia Constitución es la que va a determinar cuándo le toca legislar al Congreso federal y cuando le toca legislar a los Congresos locales. Así, el artículo 73 de nuestra Constitución establece en su fracción XXI que es facultad exclusiva del Congreso de la Unión legislar en materia procesal penal, por eso nuestro Código se llama Código Nacional de Procedimientos Penales, porque rige en toda la República y es una facultad exclusiva del Congreso de la Unión del Congreso Federal.

Bueno, aclarado lo anterior, los medios de impugnación previstos en nuestro código son: la incompetencia, lo que son excusas y recusaciones, la aclaración de sentencia, la nulidad de actos procedimentales, la queja, la determinación del Ministerio Público sobre abstención de investigar, sobre un archivo temporal, sobre un criterio de oportunidad y sobre un no ejercicio de la acción penal. Y, entrando a nuestro tema, el recurso o los recursos van a ser solamente dos, la revocación y la apelación.

Además de los recursos, nuestro sistema jurídico también prevén el reconocimiento de inocencia y la anulación de la sentencia, así como el Juicio de Amparo, que en la doctrina se conoce como amparo casación. En ese sentido, el sistema impugnativo tiene un sustento constitucional y convencional, en este caso el derecho humano del debido proceso, de audiencia, de defensa y de una tutela judicial efectiva que está prevista o están previstas en nuestra Constitución en

los artículos 14, 17 y 20 e, igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamado también Pacto de San José, en el artículo 8.2 h, establece ese derecho que se tiene para recurrir.

Bien, ¿cuál es la estructura de la impugnación? Para ello se tiene que satisfacer una serie de elementos, tanto objetivos como subjetivos; en relación con los elementos objetivos, aplica el principio de legalidad de los medios de impugnación. Esto es, solamente se puede impugnar a través de los medios expresamente previstos en la ley y en el Código. Igualmente, también se tiene que observar las formalidades, es decir, tener legitimidad, que sea por escrito, que sea en los plazos establecidos, tener esa pretensión impugnatoria y, además, que esté debidamente fundamentado.

De la misma manera, quien está legitimado va a ser el imputado y el Ministerio Público, indistintamente. Es oportuno señalar, desde el punto de vista teórico, que una sentencia penal tiene una parte que es el aspecto penal y otra que es el aspecto civil, este último que se refiere al pago de daños y perjuicios, entonces ambos, tanto el MP como el imputado, tienen legitimidad para impugnar ambos aspectos, al igual que la víctima y el ofendido, así no se constituyan en acusadores coadyuvantes y podrán recurrir en las hipótesis que marque el artículo 459 del Código Nacional.

Es importante precisar, que en el sistema acusatorio-adversarial la víctima tiene un papel mucho más protagónico, desde el punto de vista

subjetivo, así, el defensor podrá recurrir directamente en favor de su patrocinado, quien, si no estuviera conforme, podrá desistir, pero para ello requiere expresamente la autorización del abogado defensor. Igualmente, los sujetos procesales, cuando tengan derecho a recurrir, podrán adherirse. Es decir, aunque la sentencia haya sido favorable, el favorecido de la misma se podrá adherir al recurso de apelación ¿para qué? para fortalecer algún aspecto que pudiera venir débil en la sentencia que se está impugnando.

Cabe precisar, que solamente puede impugnar quien verdaderamente se encuentra agraviado con la resolución. Del mismo modo, en virtud del principio dispositivo, en el medio de impugnación solo se podrán reclamar las ilegalidades de la resolución, por lo cual el efecto favorece a quien lo plantea y no a otro, salvo que la ley prevea el efecto que le denominamos extensivo.

Es decir, si fueran dos imputados y solo uno de ellos es quien impugna, la resolución le favorecerá solamente a quien lo hizo, salvo que la ley diga que la resolución determine que es extensiva para el otro imputado. En relación con el principio de doble instancia, como ya lo comentamos, el tribunal de segunda instancia conocerá con plenitud de jurisdicción; y, respecto al juicio de amparo, técnicamente no será una tercera instancia, es una instancia, pero autónoma. También rige el principio de inmediación, porque en todo caso, la percepción de la prueba tendrá que desahogarse ante el tribunal de enjuiciamiento; y, la

prohibición de la *non reformatio in peius*, es decir, se prohíbe que la instancia revisora pueda agravar la pena cuando el imputado es el único que ha impugnado.

Hechos los comentarios en relación con lo que es la fase impugnativa, veamos cuáles la organización del Poder Judicial en Morelos, México. Así, existe el juez de control, que es un tribunal unitario y el Tribunal de Enjuiciamiento, que será un tribunal colegiado; en el caso de los tribunales de alzada, se tiene una sala mixta, es decir, la sala de apelación conoce asuntos civiles, penales, familiares, mercantiles, que también será colegiada.

Ahora bien, ¿Qué es el recurso? Este lo podemos definir como acto jurídico procesal de parte o quien esté legitimado para actuar, mediante el cual se va a impugnar una resolución judicial dentro del mismo proceso, que se pronuncia en revisión, a fin de eliminar el agravio que sostiene el recurrente que se le ha causado. El recurso, va a ser precisamente ese examen que se va a realizar a la resolución o al acto que se está impugnando.

En este caso, los recursos tendrán como fuente, como sustento en nuestro país, en México, la Constitución Política y la Constitución Política de cada entidad federativa, los tratados internacionales, principalmente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Código

Nacional de Procedimientos Penales, que va a regular precisamente estos medios de impugnación llamados recursos.

En el caso particular, me parece oportuno referir el artículo 8.2 del Pacto de San José, cuyo inciso h, derecho de recurrir el fallo, fue interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, donde precisamente la Corte Interamericana refiere que no importa cuál sea la denominación, todos tienen derecho a un recurso, que consiste en un examen integral del fallo impugnado, sin establecer restricciones o requisitos que infrinja la esencia misma del derecho de recurrir.

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.5 refiere que toda persona declarada culpable debe tener derecho a que el fallo impugnado y la pena impuestas sean sometidos a consideración de un Tribunal Superior de acuerdo a lo que establece la propia ley. Entonces esto sería el sustento constitucional y convencional de lo que son los recursos.

Pero, ¿Cuál es el requisito que debe satisfacer todo recurso? ¿Debe constituir esa resolución un agravio a mi persona? ¿Cuál es el agravio o en qué consiste el agravio? A este lo podemos definir como el daño o perjuicio que infiere a una de las partes el juez con su resolución. Eso es lo que se considera como agravio, esa ilegalidad, esa omisión, esa irregularidad que comete el tribunal de primera instancia con su fallo. Igualmente, puede haber diferencia entre lo pedido al juez y lo que

concede al peticionario, siendo este perjudicado por la diferencia de lo pedido y lo concedido, ese va a ser el agravio.

En el caso de Morelos, ya lo comentábamos, va a haber dos recursos, revocación y apelación, vamos nuevamente a retomar esa idea, en la teoría de recursos puede ser no devolutivo o devolutivo. El primero es el horizontal, pues es el mismo juzgador que emitió la resolución quien va a resolver el medio de impugnación, esto es, la revocación.

Mientras que el recurso devolutivo es el vertical, que significa que quien va a conocer es el superior jerárquico y, desde el punto de vista teórico, se llama devolutivo porque el a quo le devuelve la jurisdicción al ad quem, para que este, con plenitud de la misma, es decir, con plenitud de jurisdicción resuelva, esto es, si existen omisiones e ilegalidades, si hay errores, no puede devolver el asunto a juez de origen; ello, porque el Tribunal de Alzada tiene la plenitud de jurisdicción, por eso le vamos a llamar efecto de devolutivo.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance de este recurso? Pues precisamente el tribunal de alzada es quien debe resolver. ¿Cuál es el trámite? Se presenta el recurso ante el tribunal de enjuiciamiento, a quo. Este determina si lo admite o desecha, califica el efecto del recurso, si es en efecto suspensivo, si es el efecto devolutivo, posteriormente, se lo remitirá al tribunal ad quem para que éste determine si está bien admitido y si el efecto en que se admitió también fue el correcto, igualmente este último es el que va a resolver sobre los agravios.

Aquí hay una situación muy interesante, porque nuestro código refiere que no se puede pronunciar sobre cuestiones que no están contenidos en los agravios. Sin embargo, si existe violación a derechos humanos sí se deberá pronunciar sobre esos aspectos de manera oficiosa. En este caso el recurso no puede modificarse si solamente lo interpuso el imputado; ello, en virtud de lo que es el principio *non reformatio in peius* y, en este caso, la interposición del recurso no suspende la ejecución, salvo las excepciones que establece el Código Nacional.

Lo que tienen en común ambos recursos, es que, en su caso, se corregirán los errores de derecho, es decir, la fundamentación de la sentencia impugnada que no haya influido en la resolución, así como los errores de forma de la transcripción en la designación o en el cómputo de la pena no anulan la resolución, pero serán corregidos si es que los advierte, por si es advertido por las partes o incluso de oficio, es decir, un error, vamos a llamarle formal y no dará lugar a una revocación o a una modificación.

En el mismo orden, el recurso de revocación es un recurso horizontal, es decir, el medio de impugnación va a ser del conocimiento del propio juzgador que emitió la resolución para efecto de modificar o dejarla sin efecto, según sea la causa o el motivo de agravio, este recurso va a proceder solamente contra resoluciones que resuelvan, si es sustanciación, un trámite del proceso, a fin de que el mismo juzgador que los dictó examine nuevamente la cuestión y dicte la resolución.

El trámite de recurso de la revocación, inicia con su interposición en la propia audiencia de manera oral y se resuelve de inmediato; o, se podrá interponer contra una resolución dictada fuera de audiencia dentro de los dos días, en este caso, el juez va a resolver de inmediato y en el caso de que haya sido por escrito, resolverá en tres días. Igualmente, si presenta complejidad del recurso, se cuentan con dos días para emitir la sentencia correspondiente, esto será básicamente lo que es el trámite del recurso de revocación.

En el caso de la apelación, el escrito se interpone ante el propio a quo, si es una sentencia definitiva serán cinco días y es una sentencia o una resolución interlocutoria serán tres, se expresan los agravios en el mismo escrito, se corre traslado a las partes y se dan tres días para que en su caso se pueda adherir. El tribunal de alzada recibe los autos, se turna al magistrado ponente, se califica la procedencia y se admite o se desecha y puede señalarse una audiencia para expresar alegatos y aclaratorias. Si no se pide audiencia, se emite sentencia; y, si hay audiencia, se lleva a cabo esta y se emite ahí mismo la sentencia correspondiente, grosso modo, estos dos son los dos recursos, medios ordinarios de impugnación, que están previstos en nuestro Código Nacional de Proyectos Penales, además también se cuenta con el juicio de Amparo, pero este ya es un medio extraordinario de impugnación.



# LOS PRINCIPIOS DEL SISTEMA PROCESAL EN LA JURISDICCIÓN PENAL ECUATORIANA.

MSc. David Jacho<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Docente de la Carrera de Derecho Universidad de Otavalo. Juez Nacional de la Corte Nacional de Justicia Presidente de la Sala de lo Civil y Mercantil (E). Abogado por la Universidad Central del Ecuador. Magister en Derecho Penal por la Universidad Central del Ecuador. Diplomado en Derecho Constitucional. Candidato a PhD en Derecho por la Universidad Nacional de Mar del Plata. Ha sido juez de primera instancia en materia de tránsito, juez de garantías penales, conjuez de la Corte Nacional de Justicia, y actualmente es Juez Nacional de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Es autor del libro Libertad y medidas cautelares personales en el Código Orgánico Integral Penal.

El tema penal es de mucha trascendencia en nuestra realidad social, en nuestra realidad jurídica y en nuestra realidad procesal. Empezaré con mi disertación con la oralidad y el régimen procesal en la jurisdicción penal. *Prima facie*, debemos remontarnos a los antecedentes históricos de nuestro régimen procesal penal, así debemos analizar o brevemente determinar la remembranza de lo que fue el Código de Procedimiento Penal, que fue expedido en el año de mil novecientos ochenta y tres en el Ecuador. Efectivamente, este es un referente histórico muy importante, pero a la vez un referente que luego ya no estuvo a tono con el régimen procesal, con los nuevos sistemas procesales que estaban emergiendo en Latinoamérica.

¿Por qué? Porque el Código de Procedimiento Penal de 1983 tenía un corte inquisitivo escrito ritualista, muy lejano al sistema procesal oral y aquello en las últimas décadas provocó el colapso del sistema procesal penal, ya que había casos que duraban años sin tener una sentencia y así los fines de la justicia eran soslayado por la vigencia de sistemas procesales que no iban a tono con las vertientes que emergían en Latinoamérica.

Y miren, la historia del derecho procesal penal no es de reciente data, encontramos sus antecedentes en Grecia, en el ágora, en Roma, la legis acciones, las fórmulas y si nosotros analizamos el proceso penal que le hicieron a Jesucristo, vamos a ver que fue un proceso por formular una especie de procedimiento oral. Entonces la oralidad no es nueva, tiene

ya sus antecedentes, pero hoy ha venido a quedarse en el sistema procesal penal ecuatoriano.

Antecedentes históricos la disposición transitoria vigésima séptima de la Constitución del Ecuador ordenó que los procesos sean tramitado a través del sistema oral y en este sentido, en esa época, en el 98, el Congreso Nacional debía reformar ciertas leyes para instrumentar el sistema oral, una de esas leyes implementadas fue precisamente el Código de Procedimiento Penal y así, en virtud de estos postulados de la Constitución del 98, emerge el nuevo Código de Procedimiento Penal el 13 de enero de 2000.

Efectivamente, es este es el referente procesal más cercano al nuevo régimen procesal oral. Claro, ahí había una incipiente sistematización de las garantías normativas, pero con el avance normativo, con las reformas al procedimiento penal del año 2009, se introdujeron ya cuatro principios que procuraría efectivamente materializar los mandatos de la Constitución, ya no del 98, sino la Constitución de Montecristi del 2008. Y así se establecieron los principios de presunción, de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de armas, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos.

Como en las reformas del año 2009 el procedimiento penal ya se establecieron estas piedras angulares que emergieron al nuevo sistema procesal penal oral y efectivamente, la innovación del sistema oral,

visto como el procedimiento adecuado para garantizar de forma efectiva los derechos de las partes procesales, procesado víctima y fiscalía fue implementada en nuestro ordenamiento jurídico.

¿Para qué? Para que la oralidad se aplique en todas las etapas, actuaciones y resoluciones que se determinan en un proceso de forma oral y es en ese escenario que, efectivamente, un hito histórico en el derecho procesal es la expedición de la Constitución de la República de Montecristi en el año 2008, que entró en vigencia previo sufragio universal de todos los ecuatorianos y precisamente sobre la base del artículo 168, numeral 6 de la Constitución, emerge el Código Orgánico Integral Penal en el ámbito adjetivo penal, como un instrumento normativo que contiene los principios del sistema procesal oral que son objeto de nuestra disertación.

Esta constitución del año 1998 determina que la Constitución, al tener un Estado constitucional, es material y al ser material precisamente se procura materializar el sistema procesal oral. ¿cómo? A través del artículo 168 numeral 6 de la Constitución, que establece categóricamente que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevara a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. De igual manera, tenemos un mandato constitucional y efectivamente, este mandato debe ser materializado a través de garantías normativas. Sí, y así es como los órganos de la

función judicial, desde el ámbito de la aplicación de la Constitución orgánica, son los encargados de establecer, de garantizar y de aplicar los principios rectores, los pilares fundamentales que sustentan el sistema procesal oral.

¿Cuáles son estos pilares fundamentales? Los principios de contradicción, inmediación, concentración, dispositivo, publicidad y celeridad. Y efectivamente, estos principios también emergen del Estado constitucional de derechos. ¿Cómo? A través de las normas que integran el bloque de constitucionalidad, sabemos perfectamente que nuestra Constitución establece que los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos son de inmediato cumplimiento y de inmediata aplicación y en ese sentido también lo indica la Convención Interamericana de Derechos Humanos y miden los principios de concentración, contradicción e inmediación, tienen base en las normas que integran el bloque de constitucionalidad, así, el artículo 8, numeral 1 y 2 literal F de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en torno a las garantías judiciales, señala que toda persona tiene derecho a ser oída. ¿cómo? A través de la oralidad, con las debidas garantías.

También señala la Convención Americana en las normas invocadas que el derecho de defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar a luz sobre los hechos

controvertidos. Como aquí el derecho a ser oído, el derecho a interrogar, la oralidad y contradicción emergen de la Convención Americana de Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Igual en el caso *Apitz Barbera versus Venezuela* se establece que la oralidad es una de las debidas garantías que el Estado debe ofrecer a los justiciable.

En este contexto se determina que la oralidad *per se* está garantizada constitucionalmente y convencionalmente y vemos cómo al estar garantizada constitucional y convencionalmente debe ser aplicada a través de garantías normativas y donde encontramos estas garantías normativa en el Código Orgánico Integral Penal, en el ámbito adjetivo penal que procura garantizar el debido proceso, la tutela judicial y el debido proceso, y en este sentido piden desde la óptica de las garantías constitucionales, tenemos garantías normativas y políticas públicas.

El Código Orgánico Integral Penal efectivamente contiene las garantías normativas que viabilizan la consolidación de los pilares rectores del sistema oral, así, el artículo 5, numeral 11 del Cohíbe, señala que el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia y utilizarán los medios técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales y los sujetos procesales recurrirán a medios escritos en los casos previstos en este código. Lo general, lo abstracto, la oralidad, la excepción, lo escrito y así el artículo 5 del COIP establece ya como garantías

normativas los principios rectores que rigen el proceso. Así, en todas las actividades procesales se deben aplicar los principios que emergen de la Constitución y del bloque de constitucionalidad.

Sobre la base de estos postulados analizamos los pilares básicos del sistema procesal oral. El primero, la contradicción. El artículo 168, numeral 6 de la Constitución de la República, establece que los procesos en todas las materias instancia, etapas y diligencias se lleva a cabo mediante sistema oral, de acuerdo con el principio de contradicción. Asimismo, el artículo 76 numeral 7 literal C de la Constitución, establece como parte del derecho de defensa el derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. Así, el contradictorio es un pilar fundamental del sistema procesal oral, el juez como director del proceso, debe garantizar como tercero imparcial la igualdad de armas, esta igualdad de armas garantiza la defensa y la concreción de la justicia. La contradicción es un principio que permite separar lo verdadero de lo falso.

Por el principio de contradicción debemos entender la bilateralidad de la audiencia, esto es, que ambas partes deben tener idénticas oportunidades de ser oídas y por ende, admitida la contestación de la una a lo afirmado por la otra, a efectos de buscar así la verdad, pues el juez, al sentenciar, lo hace conociendo los argumentos dados por ambas partes. Según algunos autores, la acusación y su contradictorio la defensa son sometidas a contradicción en las audiencias reguladas en

los procedimientos. Y así, para lograr los fines procesales se establece una fase de saneamiento que por excelencia se desarrolla en la audiencia preliminar. En un proceso ordinario en donde se analizan, discuten y resuelven cuestiones formales, se discute temas de admisión de prueba y se delimita todo lo que se va a discutir en el juicio. ¿Por qué? Por qué todo debe ir saneado a la etapa de juicio, el juicio propiamente dicho se desarrolla en la audiencia de juicio, en donde se vislumbra la oralidad con los alegatos, las pruebas, la contradicción de las pruebas y la resolución correspondiente. el principio de contradicción se halla singularizado en el numeral 13 del artículo 5 del Código, los sujetos procesales deben presentar de forma verbal las razones o argumentos de los que se creen asistidos, replicar los argumentos de las otras partes procesales, presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Tenemos la garantía normativa de la contradicción, la inmediación es el conocimiento directo y personal del juez con los actos del proceso. La tutela judicial efectiva, determinada en el artículo 75 de la Constitución, señala que tenemos el derecho a gratuita la justicia, a la tutela judicial efectiva, imparcialidad perita de nuestros derechos, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad. Asimismo, el artículo 169 de la Constitución establece que las normas procesales consagran los principios, entre ellos el de inmediación, para garantizar el debido proceso.

Y así el COIP señala que la inmediación tiene relación con que el juzgador celebra las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y debe estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal per sé, la inmediación es la cercanía. La inmediatez entre una y otra parte procesal con el juzgador y constituye un pilar fundamental del principio de contradicción.

El tercer pilar fundamental del sistema oral, la concentración por el principio de concentración, conforme lo establece el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial, se penderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos para contribuir a la celeridad del proceso. Así, el numeral 12 del artículo 5 del COIP sobre este principio señala que el juzgador concentrará y realizará la mayor cantidad de actos procesales en una sola audiencia, cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con información producida en la audiencia destinada para el efecto, así, el principio de concentración envuelve por tanto al de economía procesal y logra la celeridad del proceso.

Esta es una idea muy importante, pues nos señala que el camino seguro a la celeridad procesal que beneficia a todas las partes constituye la concentración procesal, ejemplo, una audiencia de juicio aplica directo, aplicada y derivada de un procedimiento directo para ciertos delitos. En esta audiencia se concentran todas las etapas del proceso y emerge

así la celeridad procesal con sentencias de culpabilidad o de inocencia más rápida y efectivamente, también en la audiencia de juicio, los alegatos, las pruebas se concentran y esto procura que el juez tenga información de primera mano de relevancia que evitara la mala fe procesal.

Otro de los principios importantes y pilares del sistema procesal oral penal, el principio dispositivo, en el principio dispositivo se entiende que todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada, que los jueces resuelven de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas coordinadas y actuara de conformidad con la ley. El principio dispositivo envuelve al de eficacia. ¿Por qué? Qué más eficaz procesalmente puede haber que fijar de inicio el objeto de litigio y que la prueba que se admite vaya dirigida, dirigida hacia tal objeto, en materia penal, el juez resolverá, en base a la formulación y a la acusación fiscal, no podrá irse más allá de los límites fijados por el titular del ejercicio público de la acción.

Otro de los pilares básicos del sistema procesal oral la publicidad, el artículo 168, numeral 5 de la Constitución, señala que los procesos en todas sus etapas son públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley, evidentemente, la Constitución en el artículo 76, numeral 7 literal de señala como principio general la publicidad, la excepción, la reserva en los casos previstos en la ley. Efectivamente, la publicidad,

según el numeral 16 del artículo 5 del COIP, establece que en todo proceso penal es público, salvo los casos previstos en el propio Código Orgánico Integral Penal, y así únicamente se admite aquellas excepciones estrictamente necesarias para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de las partes o cualquier persona.

Son reservadas las diligencias y actuaciones procesales previstas como tales en la Constitución y la ley. Y aquí, como garantía normativa de la publicidad, tenemos el artículo 572 del COIP, en el sentido que las audiencias son públicas en todas las etapas procesales. Sin embargo, la excepción radica en que son reservadas las audiencias sobre delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros de núcleo familiar y delitos contra la estructura del Estado constitucional. En ese sentido, la regla general es que las audiencias son públicas. La deliberación para la decisión es reservada. En ningún caso las audiencias pueden ser grabadas por medios de comunicación social, la publicidad determina que la ciudadanía es observadora de las actuaciones de las decisiones judiciales. Efectivamente, hay disposición expresa de que no pueden transmitirse las diligencias judiciales para el efecto, el juez tiene facultades jurisdiccionales que coadyuvan a controlar los actos del proceso. Según el artículo 565 del COIP pueden realizarse actuaciones por medios electrónicos, informáticos, magnéticos, telemáticos. Esto en relación al contexto de la pandemia actual

Dirán que no se cumple con la inmediación porque estábamos del otro lado de una computadora, ¿no? El nuevo contexto, los nuevos desafíos de la cibernética, de la informática, vinieron para quedarse, ahora los principios procesales del sistema oral se cumplen a través de los medios telemáticos.

Otro de los principios del sistema procesal penal oral la celeridad, la aplicación de los principios analizados coadyuvan a la eficacia y celeridad de los procesos con una participación activa de las partes y proactiva del órgano jurisdiccional.

Sobre la base de estos principios que establece el COIP, se procura que exista un procedimiento con estructuras básicas, adaptables y racionales y la oralidad también es importante en el ámbito de la prueba oralidad y prueba, la oralidad ayuda a ejercer el contradictorio en función de la oportunidad y pertinencia, por eso, la obligación de anunciar la prueba en audiencia de evaluación y preparatoria de juicio facilita la determinación temprana del grado de contradicción en los hechos que se alegan, permite el conocimiento de la prueba aportada por la contraparte, los términos de la confrontación jurídica para asumir estrategias que eviten la dilación innecesaria del proceso.

Para la aplicación del proceso oral en la jurisdicción penal, el juez como director del proceso, cuenta con facultades y deberes genéricos, facultades jurisdiccionales correctivas y coercitivas determinadas en los artículos 129 a 132 del Código Orgánico de la Función Judicial, en

procura de encauzar el debate para controlar las actuaciones procesales y para consolidar los fines de la justicia. En ese contexto, tenemos las garantías normativas, tenemos los principios constitucionales que procuran materializar el sistema procesal penal oral.

En el ámbito objetivo penal tenemos las garantías normativas, las que hemos analizado, tenemos algunas políticas públicas, como las salas de audiencias, los sistemas de turno en flagrancia, tenemos garantías normativas que deben mejorarse en el ámbito de designar más elementos tecnológicos cibernéticos como aliados ineludibles del sistema de justicia, más aún, con los cambios derivados en el contexto de la pandemia, debemos buscar en el horizonte la amalgama de estos factores garantías, normativas y políticas públicas, sumado a la proactividad de jueces y partes procesales y la aplicación de la buena fe y lealtad procesal de los litigantes para construir un verdadero proceso oral que garantice la justicia en la jurisdicción penal.



# LA CRISIS DEL SISTEMA PENITENCIARIO EN LA REALIDAD ECUATORIANA

Dr. Christian Masapanta<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Docente tiempo completo de la Universidad Andina Simón Bolívar. Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales por la Universidad Central del Ecuador. Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Universidad Central del Ecuador. Especialista Superior en Justicia Constitucional, Aplicación e Interpretación de la Constitución por la Universidad Castilla La Mancha. Magíster en Política Exterior, por la Universidad Andina Simón Bolívar. Magíster en Derecho Constitucional, por la Universidad Andina Simón Bolívar. Doctorado (Ph.D) en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar. Estudios de Posdoctorado en Derecho, Economía y Sociedad Plural por la Universidad Andina Simón Bolívar.

Les voy a hablar esta tarde y noche acerca de un tema que reviste trascendental importancia en la realidad ecuatoriana, sobre todo en el contexto actual, como es la crisis del sistema penitenciario en el Ecuador. Pero lo voy a abordar desde una perspectiva, desde una visión garantista. Precisamente para ello he articulado mi ponencia a partir de tres grandes ejes o tres grandes elementos a ser desarrollados. El primero está directamente vinculado con el garantismo penal dentro del contexto ecuatoriano. El segundo elemento estará dirigido hacia el ámbito del análisis de lo que es el populismo punitivo a través de lo que en la doctrina suele denominarse como prisión, depósito y un tercer elemento que establecerá un diagnóstico con respecto a la crisis carcelaria existente en el Ecuador.

Tanto los motivos que lo generan como también las posibles soluciones a esta problemática. En virtud de aquello, nosotros vamos a partir de una primera interrogante. ¿Existe un garantismo penal en la realidad ecuatoriana? Si nosotros observamos la Constitución de la República del Ecuador, nos vamos a encontrar que efectivamente nuestro marco constitucional vigente irradia lo que en la doctrina suele denominarse como garantismo. Y observamos precisamente muchos de los principios que se encuentran recogidos en nuestra carta fundamental. También irradiados en distintos cuerpos normativos infra constitucionales.

Pero más allá de lo que proclama nuestra Constitución ecuatoriana, como sistema garantista y Estado constitucional de derechos y justicia, es importante analizar si es que realmente en el ámbito pragmático, nosotros estamos aplicando este modelo. En donde, como todos conocemos, el objetivo primigenio que persigue el modelo de Estado es la tutela de los derechos constitucionales. En virtud de aquello partimos en primer lugar de lo que es o debe ser un concepto de garantismo penal. El garantismo penal en el ámbito doctrinario propende precisamente hacia lo que en la doctrina se denomina como un derecho penal mínimo, es decir, limitar el poder punitivo, ese poder punitivo, ese poder represivo que tiene el ente estatal mediante el uso del derecho penal como última ratio. Esto, obviamente, va también de la mano con el ejercicio de las garantías jurisdiccionales.

Para Zaffaroni, los derechos constituyen diques ¿Qué quiere decir el profesor Zaffaroni con esta teoría de los diques? Él nos dice que el poder punitivo del Estado va irradiando como la causa de un río, que viene con gran fuerza. Recordemos que el derecho penal es ese brazo armado con la que cuenta cualquier Estado democrático. No obstante, de aquello, si es que nosotros no llegamos a controlar el cauce de ese río, va a generar un caos, problemas y seguramente destrucción de la población cercana, para evitar aquello, debemos establecer ciertos diques, ciertos elementos de contención de ese poder punitivo del

Estado. Y precisamente Zaffaroni nos va a decir que estos elementos de contención van a ser los derechos y las garantías constitucionales.

Frente a esta primera realidad de tener una Constitución eminentemente garantista, en donde se proclaman varios principios del derecho penal mínimo o de la mínima intervención penal, nos vamos a ubicar en el ámbito de una radiografía respecto a si la justicia penal en el Ecuador realmente está a la mano con el modelo constitucional vigente. Y para ello, nosotros tomaremos un primer referente teórico. Ese referente teórico va a ser Ramiro Ávila Santamaría, él establece desde una perspectiva crítica lo que se denomina la injusticia penal en la democracia constitucional de derechos, mostrándonos la realidad jurídica ecuatoriana.

Frente a esto, el parte de una primera premisa, el análisis de la crisis penitenciaria en el Ecuador y la denominada inseguridad ciudadana. Allí nosotros podemos observar que precisamente nada justifica el miedo que es producido por el cometimiento de infracciones penales, ¿verdad? A la luz de esta denominada inseguridad ciudadana vemos cómo permanentemente se va incurriendo en un populismo penal, y día a día, la sociedad se ve atemorizada frente al cometimiento de delitos. El sistema penitenciario termina siendo un reflejo de la realidad en la cual vive una sociedad.

Las personas lastimosamente más pobres y más vulnerables están encerradas. Y estas personas, tal vez al ser invisibilizadas por parte de

los distintos entes estatales, precisamente no son tratadas de la mejor manera. ¿Y por qué se da esta reacción en el ámbito dogmático penal? Se da o se genera un proceso de etiquetamiento de las personas adultas en conflictos con la ley y adolescentes infractores. ¿Por qué? Porque el conglomerado social, la sociedad en general, pensamos que las personas que están encerradas, lo tienen bien merecido y, por lo tanto, bajo esa visión, se piensa que si están encerradas es porque hicieron algo malo y que eventualmente merecen ser reprimidas.

Sin embargo, dentro de esta realidad, nosotros podemos observar que pueden verse distintas injusticias. ¿Cuáles son algunas de estas injusticias dentro de un sistema penal punitivo? La primera, el que no necesariamente quien ha cometido una infracción está encerrado. Pero al lado de esta realidad, recordemos que existe un alto porcentaje en la realidad latinoamericana de personas que están bajo el régimen de prisión preventiva, en donde ni siquiera se ha llegado todavía a determinar su responsabilidad en el cometimiento de infracciones.

De igual manera, nosotros también podemos encontrar otra variable, y es que, los que se encuentran encerrados son los que en el ámbito coloquial suelen denominarse como “delincuentes de poca monta”. Es decir, un gran porcentaje de la población carcelaria en nuestro país obedece a personas que han cometido delitos menores: microtráfico, delitos contra la propiedad como robos, hurtos, abigeato, etc., etc. es

decir, delitos que no ameritan una afectación seria a los bienes jurídicos protegidos de la sociedad.

Y, otro tercer elemento es que la realidad penitenciaria en la cual se desenvuelve el Ecuador no termina siendo compatible con nuestro ordenamiento constitucional. Como todos nosotros sabemos, nos jactamos de tener la Constitución más garantista de Latinoamérica. Sin embargo, nuestro sistema penitenciario deja mucho que desear respecto a este garantismo penal. El sistema penal está conformado básicamente por cuatro grandes niveles. Todos ellos van a estar permanentemente interactuando entre sí. El primero es el nivel normativo, es decir, el nivel en donde se producen las normas jurídicas. Esto en la doctrina suele denominarse como criminalización primaria. Los órganos, en este caso el legislativo, tienen en sus manos la producción de la normativa jurídica penal, lo que genera esta criminalización primaria. Y observamos, obviamente, cómo día a día se van generando nuevos tipos penales, nuevas conductas delictivas.

Pero también tenemos un nivel descriptivo, en donde se ve plasmado el ejercicio real de la represión. A esto se conoce como criminalización secundaria y ahí están inmersos los distintos operadores dentro de un sistema penal, dentro de un sistema de rehabilitación social. Los policías, los jueces, los guías penitenciarios, entre otros. Pero también podemos tener un nivel en el ámbito doctrinal, allí nosotros tenemos una teorización de autores, quienes terminan legitimando o a su vez

criticando el sistema penal vigente y estos terminan operando como agencias de reproducción ideológica. Este nivel doctrinario también va reproduciendo esta visión ideológica de lo que es un sistema penal. a través de los distintos medios de comunicación, a través de la escuela, a través del cine, a través de incluso de la iglesia, por ejemplo, medios de comunicación que tienden a establecer una mayor cobertura a ciertos tipos a ciertos delitos penales.

Todos estos niveles, sin embargo, reflejan una sola realidad, y es que el sistema penal va a terminar operando en contra de las personas más pobres y marginales de la sociedad. Nancy Fraiser, por ejemplo, suele señalar la distribución inequitativa de lo que ella denomina los chances sociales. ¿Qué significa esto? Que no todas las personas dentro de la sociedad tenemos las mismas oportunidades. Una persona privada de la libertad, por ejemplo, que no tiene una buena defensa técnica, que no cuenta con los medios para que un profesional altamente capacitado logre ejercitar una defensa adecuada, es muy probable que termine siendo encarcelada en muchas ocasiones, incluso no habiendo cometido una actividad delictiva.

Por lo tanto, podemos ver cómo se va reproduciendo este grado de injusticia social. A su vez, nosotros podemos ver que pueden existir otras personas que teniendo los medios o los recursos económicos puedan contratar buenas defensas técnicas. Y eso le va a permitir que se haga beneficiario de los favores en el ámbito penitenciario cuando

todavía no ha sido condenado, pues incluso puede salir a través de distintos mecanismos, como las medidas alternativas a la privación de la libertad o del ámbito constitucional con un habeas corpus.

Entonces vemos como el sistema penal termina siendo excluyente, como se mencionaba siguiendo la teoría de Nancy Fraser. Se trata de un sistema penitenciario que termina siendo un negador de derechos. Cuando alguien se imagina de verdad a las personas que ingresan al sistema penitenciario, nosotros generamos etiquetas sociales y generalmente los asociamos con personas pertenecientes a grupos marginales, como personas pobres, como personas que en su mayoría son de sexo masculino, o que son afrodescendientes. Es decir, generamos este proceso excluyente, incluso estableciendo ciertos estereotipos discriminatorios. El sistema penal, bajo este contexto, va a ir violando sistemáticamente los derechos humanos. Porque recordemos que el sistema se va integrando a través de distintas fases y permanentemente se va a ir reflejando aquello a una violación a derechos. Esto puede darse en tres momentos en la detención, en el proceso, el procedimiento y también en la ejecución. Es decir, en la etapa del encierro.

En la detención podemos ver cómo permanentemente se van vulnerando derechos constitucionales, no se leen los derechos, no se les permite una defensa técnica, etcétera, etc. Y esto genera una violación a los derechos constitucionales dentro del proceso.

De igual manera, no se garantiza el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador y esto genera, obviamente, una afectación a los derechos que puede provenir de distintos operadores jueces, fiscales, abogados, litigantes, etcétera, etcétera. Y finalmente, tenemos el más cruento de todos, que es el encierro, la fase de ejecución, en donde de cierta manera y utilizando un argot popular, se ha definido al encierro como la antesala del infierno. ¿Por qué? Porque ya dentro de esta, estos centros de rehabilitación social presentan problemas permanentes, como el hacinamiento, muertes, violencia institucional, tal y como se ha visto reflejado en los últimos meses en la realidad ecuatoriana y como también ha sucedido en el contexto latinoamericano, como por ejemplo en el caso del penal Miguel Castro Castro versus Perú, en donde se evidencia esta problemática a nivel de nuestro continente.

Pero también se ven reflejados otros problemas, como la falta de servicios públicos, problemas de salud de la población penitenciaria, problemas relacionados con la vulneración de los derechos al descanso, a un ámbito de higiene, de alimentación, de inseguridad dentro de los propios centros de rehabilitación social, el no cumplimiento de los regímenes de visitas, por ejemplo, en el ámbito de una educación que no termina educando, en el ámbito del trabajo. Entonces vemos que permanentemente se está generando esta afectación. Todo esto conlleva una permanente degradación del ser humano.

Recordemos que las personas que están privadas de la libertad no han dejado de ser personas y por lo tanto son titulares de derechos constitucionales. Lastimosamente, bajo este estereotipo se termina vejando a la población penitenciaria. Y claro, quienes estamos fuera de este sistema, fuera de los centros de rehabilitación social, creemos que ellos no ameritan tener los mismos derechos que el resto de la población que no ha delinquido, cuando esto obviamente no tiene razón de ser, y mucho menos en un Estado constitucional garantista. Esto nos permite llegar a una primera micro conclusión del sistema penal ecuatoriano, por lo tanto, a priori sería inconstitucional y por ello nosotros vamos a conjugar ciertos parámetros utilizando la teoría de Ronald Dworkin en el ámbito de la democracia, entendida como una acción comunitaria integral.

Para ello, nosotros partimos de tres presupuestos el principio de participación, el principio de interés y el principio de independencia. En cuanto al principio de participación para que nosotros establezcamos una sociedad democrática, necesitamos que todos los actores participen en las tomas de decisiones públicas y allí nos encontramos con un problema, los presos generalmente no votan y si lo hacen, no se constituyen en un nicho electoral atractivo para los candidatos de turno. Por lo tanto, que es lo que sucede, se genera una invisibilización del Estado. En cuanto al principio del interés, estamos hablando de la mayoría de la población, donde realmente no se tiene interés en las

necesidades que tiene permanentemente la población penitenciaria, y esto obviamente genera una problemática.

Luego de aquello, tenemos el principio de independencia, allí nosotros vemos que la población penitenciaria no es independiente completamente, vemos que están siendo sujetos de limitaciones en el ámbito del libre desarrollo de la personalidad, por ejemplo, sufren una vida permanente de privaciones, porque, hay que decirlo, estar privado de la libertad no es fácil para ninguna persona y por lo tanto se van coartando derechos.

De igual manera, esto también se va a ver reflejado en el ámbito de afectación del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación. ¿Por qué se da este fenómeno? Primero, porque nosotros no hemos logrado asimilar completamente la diferenciación que debe darse a este grupo de atención prioritaria, como es la población penitenciaria, conforme lo establece nuestra Constitución. Si nosotros queremos lograr equilibrios sociales, debemos tomar en cuenta ciertos elementos, el primero, la existencia realmente de una diferencia.

¿Porque generalmente se discrimina a la población penitenciaria?, porque tratamos de compararle con personas que no son comparables en su universo estadístico. Por ejemplo, decimos, es que yo nunca he delinquido, por lo tanto, el que no está limpio no merece ser tratado como persona, ahí tenemos un grave problema. No los estamos comparando en términos paritarios, en términos iguales.

De igual manera podemos ver como estos tratos diferenciados van a ir afectando grave y permanentemente los derechos humanos. Todo esto nos permite a su vez, contrastar a las normas de nuestro sistema penitenciario y observar si es que el mismo termina siendo proporcional o no. Para ello, nosotros podemos tomar como referente las sentencias que ha emitido la Corte Constitucional ecuatoriana y aplicar un test de proporcionalidad básicamente compuesto por cuatro elementos un fin legítimo, que la Corte denomina un fin constitucionalmente válido -la idoneidad de la norma-, la necesidad de la medida adoptada y la proporcionalidad en sentido estricto o propiamente dicha. ¿Cuál sería entonces un fin legítimo? Que el sistema penal, persiga objetivos que tengan un respaldo constitucional. ¿Cuál es ese objetivo? La rehabilitación social.

Nosotros vemos, que más bien se ha dado una suerte de endurecimiento de las penas de restricción en el ámbito de los beneficios penitenciarios. Y esto genera obviamente un problema. ¿Y cuál es el problema? Que nos estamos yendo hacia el ámbito del punitivismo en materia penal. Si vemos que el sistema penal actual, a través de su conjunto normativo, no persigue un fin legítimo, no es idóneo, no es necesario, podemos colegir con todos los argumentos expuestos, que el sistema, como está funcionando actualmente, termina siendo desproporcional y además termina siendo evidentemente injusto.

Por otra parte, Latinoamérica ha dado un paso a lo que se ha denominado prisiones depósitos que también son consideradas por la doctrina, como prisiones jaulas. Qué significa esta prisión depósito, básicamente el objetivo es la incapacitación o neutralización del preso. Por lo tanto, bajo ese objetivo, la persona, mientras más tiempo esté privado de su libertad, será menos peligrosa para la sociedad. Y entonces, ¿qué sucede? se genera este imaginario, esta falacia de que se está protegiendo al público, se está protegiendo a la sociedad y se está generando seguridad. Y es por eso que se endurecen las penas. Y es por eso que no se avanza en el ámbito de beneficios penitenciarios con el tipo de adopción de otro tipo de medidas distintas al encarcelamiento. Esto, obviamente, va en contra de lo que establece la Constitución ecuatoriana, si recordamos el artículo 201 de nuestra carta fundamental, la prioridad del Estado es básicamente el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para que ellas puedan ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades a la hora de recuperar su libertad. Se busca, obviamente, la rehabilitación.

Estos fenómenos y estos problemas se han visto evidenciados permanentemente en la realidad ecuatoriana. Una Constitución aparentemente garantista en la práctica termina desarrollando elementos positivistas y esto fue generando el tercer gran componente de esta exposición: la crisis carcelaria que existe actualmente en el Ecuador. Y para ello nos vamos a generar algunas interrogantes que

las vamos a ir argumentando. La primera, los hechos que ocurrieron en el 2021 mostraron un colapso del sistema penitenciario. Nosotros debemos entender semánticamente qué significa colapso. Colapso es la destrucción o la ruina de un sistema, de una institución o de una estructura. Sin embargo, nosotros si analizamos la realidad penitenciaria del Ecuador, vemos que esta crisis no inicia ni termina con los acontecimientos del año 2021.

Esto es una crisis que paulatinamente ha venido acarreado consecuencias desde hace muchos años atrás. Nunca ha habido una política pública correcta para el manejo de la población penitenciaria y esto obviamente evidenció un colapso progresivo y, sobre todo, refleja la apatía interinstitucional en el ámbito de la protección y tutela de los derechos de la población penitenciaria. ¿Cuáles son las causas de esta crisis carcelaria? Ausencia de control y visibilización de la autoridad estatal. El Estado no está tuteando los derechos.

¿Qué genera esto? Un tejido social que termina desmembrando la verdad y por lo tanto crea un caldo de cultivo, para que estas bandas o estas pandillas terminen reclutando a esta población carcelaria que se ve obviamente desprotegida institucionalmente por parte del ente estatal. Además, el Ejecutivo también hay que decirlo, no ha dictado políticas públicas que sean eficientes. Desde el 2004 se han venido dictando en el gobierno de Sixto Durán Valle estados de excepción

permanente para el sistema penitenciario, hasta el último que se emitirá y ninguno de ellos establece soluciones de fondo.

Existe un divorcio evidentemente, entre la Constitución y la política criminal que se va ejecutando. Si bien la Constitución en el artículo 77, 195 y 201, establece un mecanismo garantista de los derechos, en el ámbito práctico los problemas siguen reproduciéndose. La falta de una carrera penitenciaria, de equipos técnicos, de políticas públicas, de programas de capacitación y necesidades permanentes en las que viven las personas privadas de la libertad, aunando al aislamiento de sus familias, lo que demuestra son las carencias que vive la población penitenciaria. Y cierro con esto: ¿Cuáles son las posibles soluciones? Adecuar esta infraestructura penitenciaria que poseemos, fomentar una carrera penitenciaria, lograr una rehabilitación mediante un trabajo digno que contribuya no solamente para la población penitenciaria, sino también para sus familias. Recordemos que muchos de ellos son padres y madres de familia y tienen hijos.

De igual manera, se debe considerar que la prisión preventiva es la excepción dentro de los centros de rehabilitación social. Por lo tanto, no se la debe emplear como la regla. Nuestras prisiones están repletas de personas que están bajo prisión preventiva. Se debe también buscar una reforma legislativa que vaya de la mano con los principios que consagra la Constitución y establecer, sobre todo a manera de políticas públicas, estándares técnicos y claros respecto al manejo de la

población penitenciaria. ¿Cómo se hace? A través de escuchar al otro, escuchar las necesidades de la población penitenciaria. Cierro con una frase de Dostoievski quien decía: Si quieres conocer a una sociedad, mira sus cárceles. En este sentido, el sistema penitenciario ecuatoriano nos queda debiendo mucho, sobre todo en el ámbito de un garantismo penal.

# LA CASACIÓN PENAL EN EL ECUADOR

Dr. Richard Villagómez<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador por la Universidad Central del Ecuador. Liderazgo en Administración Pública y Privada. University of New Mexico. U.S.A, Magíster en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. 2005, Magíster en Derecho Penal. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador. 2008, PhD. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2020.

El motivo de la convocatoria del día de hoy, versa sobre el recurso de casación en materia penal. Para poder avanzar sobre los tópicos inherentes a este recurso extraordinario en el Ecuador, el recurso de casación está expresamente regulado en el artículo 656 Y 657 del Código Orgánico Integral Penal. En esos dos artículos se plasma el esquema normativo bajo el cual se rige este recurso extraordinario. Una primera precisión es que la casación está orientada solamente respecto de sentencias dictadas en procesos por delitos. De modo tal que se excluye en sentencias dictadas en procesos contravencionales. Y aunque esto parecería una obviedad, no fue tan así.

Hizo falta una resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia que recogió jurisprudencia obligatoria y limitó el recurso de casación, dejando de lado la posibilidad de interponer este recurso extraordinario en relación con los procesos contravencionales desde una perspectiva procesal. El recurso entraña una excepción en cuanto al ámbito temporal, porque, a diferencia del recurso de apelación, se autoriza que sea planteado fundadamente dentro de los cinco días hábiles de notificada la sentencia dictada o proferida por el Tribunal que resuelve el recurso de apelación de las partes procesales.

Una de las reformas que ha sufrido esta institución procesal penal, radica en la Resolución 10 2015, dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que crea fundamentalmente la fase de admisión e impone el cumplimiento de cinco requisitos para la interposición

fundada y escrita de este medio. Requisitos que son tan exhaustivos, que conduce su incumplimiento a la inadmisión posterior, para lo cual se abre la posibilidad de una audiencia oral y pública de contradicción.

Debido a la disconformidad de la sentencia de segundo nivel, sin embargo, yo creo que siempre es necesario en estos espacios de orden académico, más allá de lo que dice el ordenamiento jurídico, precisar el fundamento histórico de esta institución procesal para entender la casación y por lo tanto, es necesario retrotraernos hacia el año 1789, particularmente en Francia, donde tuvo lugar la revolución que dio no solamente principio a los derechos humanos, tal cual los conocemos el día de hoy, sino que en el ámbito judicial provocó un cisma cuando se creó la casación, pero con una un punto de partida muy sui generis, porque el órgano de casación que inicialmente conoció este medio purgatorio, fue integrado por miembros políticos y no por órganos jurisdiccionales, es decir que la casación fue un control político de la decisión judicial.

Más tarde, este origen político fue plasmado en norma procesal, en el Código Procesal Napoleónico, donde se reconoció la casación como un recurso y se creó el Tribunal de Casación con el propósito y la competencia específica de conocer y resolver este recurso extraordinario. En ese entonces, ya con el principio de legalidad adjetiva, que el recurso de casación pasó a ser de conocimiento netamente jurisdiccional y no político. En el Ecuador este recurso llega

con tardanza porque la primera ley de casación se plasmó en el año 1928, es decir, un siglo después, lo que significa que el esquema siguió manteniéndose bajo la égida de las leyes de la Corona española, con muy pocos cambios que fueron introducidos a partir de los procesos independentistas en América Latina y particularmente en el Ecuador.

El propósito de la no profilaxis en su origen fue controlar la decisión injusta que se orientó básicamente hacia dos propósitos, la aplicación uniforme de la ley, y como consecuencia de ello, la seguridad jurídica por parte de los sujetos procesales en pugna, es decir, que se buscó que los jueces y tribunales inferiores armonicen la aplicación de la ley para evitar interpretaciones disconformes y la eventualidad de una injusticia. Sin embargo, este postulado originario del siglo XVIII ha sufrido graves cuestionamientos desde la perspectiva de la filosofía del derecho, particularmente a través del autor Goldsmith, quien a mediados del siglo XX estableció que la justicia no debe centrarse única y exclusivamente a la formalidad, en el tecnicismo.

Entonces se estableció que el recurso de casación debe superar estas limitaciones y necesidades con el propósito de encontrar lo justo. En este planteamiento dogmático, se establece que el Tribunal de Casación debe gozar del más amplio examen. Otro planteamiento que también revela que la casación requiere una actualización, viene desde la perspectiva de la jurisprudencia de Corte Interamericana. Particularmente del caso Herrera Ulloa versus Costa Rica, en el que se

definió el contenido del derecho de recurrir. Estableciéndose que para que sea efectivo el derecho a recurrir el ordenamiento jurídico nacional debe proveer medios impugnatorios que contemplen el más amplio examen sobre los hechos, el derecho, prueba y conclusiones.

Estos insumos que acabo de mencionar tienen que ser vistos dentro del contexto constitucional, particularmente desde el modelo de Estado Constitucional de derechos y justicia, previsto en el artículo 1 de la Carta Fundamental, donde no solamente que se establece el modelo de Estado, sino que más adelante ustedes habrán notado que en el artículo 424 hasta el 427, al definirse el rol de los jueces en el modelo de Estado Constitucional, se destaca en la función de garantías, equilibrar el juego de poderes en este estado. Consecuentemente, la casación, desde mi perspectiva, es una institución que requiere unos serios ajustes, que tiene que irse visibilizando a partir de los aportes que surjan de la academia, porque en las actuales circunstancias el recurso tiene las características de un mecanismo técnico limitado, formal, que impide que todos los casos prosperen hasta una audiencia de fundamentación en donde se obtenga una sentencia de mérito.

La Corte Nacional de Justicia en la Resolución 10 2015, plasma 5 requisitos, el primero obliga a señalar el objeto del recurso de casación, que no puede ser otro que la sentencia proferida por el tribunal. El segundo requisito exigido por la jurisprudencia, radica en la determinación de la causal de casación que invoca el recurrente, la

doctrina, la jurisprudencia y el marco normativo, reconoce tres causales: La errónea interpretación, la contravención expresa y la indebida aplicación de la ley, todas estas causales tienen autonomía e independencia. Esto significa que cada una de ellas tiene elementos característicos que la diferencian de las otras causales y que permiten articular de modo coherente y lógico el reproche para que sea sostenido oralmente para conocimiento y resolución del tribunal.

Cuando, por ejemplo, se califica indebidamente -a criterio del tribunal- como hurto, lo que efectivamente es robo o viceversa, el elemento constitutivo que diferencia entre delito y robo, entre otros, es la existencia o no del elemento fuerza o violencia. Es decir que, en el ejemplo, el tribunal realiza una calificación jurídica que no corresponde al presupuesto fáctico de la discusión penal. Otro ejemplo puede suscitarse cuando indebidamente se aplica la norma inherente al homicidio cuando se trata de un femicidio. Nótese que en el supuesto que se plantea existe un resultado dañoso, consistente en la muerte de un ser humano. Sin embargo, los elementos constitutivos específicos del femicidio establecen debe mediar cuando menos, más allá del resultado lesivo, la relación de poder, la consumación del acto por el hecho de ser mujer y obviamente, la consecuencia jurídica que deviene de esta calificación jurídica errónea radica en la medida de la punición.

Luego tenemos la causal de casación consistente en la contravención expés. En la doctrina procesal penal esta causal es conocida como

como la falta de aplicación. Y esto sucede cuando se encuentran cumplidos los presupuestos hipotéticos de la norma penal, y el decidor deja de aplicarlo. Entonces, esto significa que pese a que se encuentran cumplidos los elementos hipotéticos del de la norma jurídica penal, simple y llanamente se deja de aplicar provocando una afectación o un gravamen a la parte procesal que ahora pretende su corrección mediante el recurso de casación. Un ejemplo de ello es cuando en el caso concreto se estima, desde la perspectiva del recurrente, que se encuentran cumplido los elementos constitutivos del tipo penal de femicidio previsto en el artículo 141 del COIP, y pese a ello, el decidor, deja de aplicar la norma sustantiva, lo que conduce, evidentemente, a que no se declare la existencia de este injusto penal.

Con la creación de la Constitución de la República, hasta el año 2019 se mantuvo el esquema de corrección, perdón, que exige la concurrencia de tres elementos para verificar la existencia o no de motivación, estos requisitos son los de razonabilidad, lógica y comprensibilidad. Sin embargo, este paradigma de motivación, ha sido superado por la Corte Constitucional, donde se exige el cumplimiento de los elementos mínimos de la motivación. La Corte, a partir de lo expresado por la Corte Constitucional colombiana y fundado en lo que dice la jurisprudencia de la Corte Interamericana, ha creado una tipología de los vicios de la motivación consistente en tres vicios básicos el primero, de motivación inexistente, el segundo, de

motivación insuficiente y el tercer vicio consistente en la motivación aparente.

Finalmente tenemos la prohibición de la interpretación extensiva, dado que en materia penal se debe establecer la interpretación restrictiva, esto es, a la letra de la ley. Así mismo, se prohíbe la analogía, que, según la dogmática, no es propiamente un método de interpretación, sino una forma de comparación a partir de la cual se formula una conclusión. Entonces, estas tres causales se convierten en el vehículo para hacer posible el reproche racional. Esto es interesante porque dependiendo de la escogencia de esta norma, de su contenido, tendrá que establecerse y distinguirse si se trata de una contravención expresa, una indebida aplicación o una errónea interpretación, precisando que los tres vicios no pueden subsistir a la vez respecto de la misma norma, porque eso ocasiona problemas de lógica que obviamente afectan la autonomía y la existencia de cada una de las causales sobre todo para establecer la forma en que se ha aplicado la ley al caso concreto.

El cuarto requisito yo lo denomino topología del error. Utilizando una analogía en la que se entendería que la sentencia de la que se reprocha es un mapa y que corresponde al recurrente establecer en qué punto de esa geografía plasmada en el mapa se encuentra el vicio. Eso tiene no solamente un propósito didáctico, sino que permite establecer el grado de precisión del recurrente al momento de definir el agravio que se causa. Y finalmente tenemos el quinto requisito que nos obliga

justificar la trascendencia del hecho en la decisión de la causa. Y este puede ser el modo crítico más potente porque viene a ser la resultante de los cuatro requisitos anteriores. Y es ahí donde se puede hacer uso no solamente de la dogmática, sino particularmente de la jurisprudencia sobre el punto específico o sobre el problema jurídico que está mal resuelto por la sentencia que se reprocha en casación.

Finalmente, hay varios problemas de postulación que deben tomarse en consideración. El primer caso, lo denomino de promiscuidad. Y esto sucede cuando el recurrente mezcla indebidamente causales de casación sobre las mismas normas, afectando la autonomía de cada una de las causales y el contenido de la norma jurídica reprochada. El segundo vicio es el vicio de lógica llamado de soretas, que no es sino un razonamiento elaborado, en donde el recurrente dice que se ha provocado la errónea interpretación de la norma, que luego eso ha suscitado una contravención expresa de la norma y que finalmente ha concluido con una indebida aplicación de las normas. Eso se llama, en términos de lógica, una falacia del consecuente.

El tercer vicio es la prescindencia de una proposición jurídica completa cuando se plantea indebida aplicación. Y finalmente, el último de los vicios que puede suscitarse es cuando el recurrente ha cumplido con todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia, pero no ha tenido la capacidad de rematar o de concluir al exponer la trascendencia del juicio para la decisión de la causa. Todos los requisitos enumerados en

la jurisprudencia son copulativos, es decir, que, a falta de uno de los requisitos, la consecuencia será la inadmisión.

# REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO Y LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dr. Ricardo Tapia<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado litigante. En 2018 recibió presea como mejor abogado por la LIII Legislatura del Congreso del Estado de Morelos y por la Federación Iberoamericana de Abogados, y en 2019 por la Federación de Colegios, Barras y Asociaciones de Abogados del Estado de México. Es comentarista jurídico en diversos medios de comunicación. Es Doctor en Derecho cum laude por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM), egresando con promedio general de 10.0 (promedio histórico más alto en la Facultad, y promedio más alto del país en 2013). Es especialista en Justicia Constitucional, Contratación Pública y Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Es Diplomado en Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y cuenta con diversos cursos, diplomados y talleres. Cuenta con más de dieciocho años de servicio docente y de investigación de tiempo completo en instituciones de educación superior y centros públicos de investigación. Es candidato a Investigador Nacional en el SNI de CONACYT a partir de 2019. Actualmente es profesor de Tiempo Completo “C” en licenciatura y posgrado en la UAEM, y por asignatura en posgrado en el Colegio de Morelos, en el Centro Universitario Villavicencio y en la Escuela de Derecho, Posgrados y Práctica Jurídica

Voy a platicar sobre algunas reflexiones en torno al llamado derecho penal del enemigo y también en relación a las limitaciones a los derechos fundamentales. Y esto a través de una visión reflexiva del derecho penal del enemigo, justamente a partir de estos derechos fundamentales y sus limitaciones. Consideramos, pues, al derecho penal del enemigo, como se nos ha planteado, como una estructura jurídica normativa que nos presenta de alguna manera un estatuto legal de derechos restringidos para aquellas personas que son consideradas por el ordenamiento jurídico como enemigos del Estado, enemigos de la sociedad, verbigracia terroristas o verbigracia, presuntos integrantes de la delincuencia organizada.

Personas que debido al grado del impacto de los delitos que cometen, que además hacen de esos delitos una actividad de consuetudinaria y altamente organizada, se dice que se han pasado a una suerte del lado oscuro, y por tanto, no es dable darles un trato igual que a las demás personas. Eso es básicamente, palabras más, palabras menos, de lo que trata ese derecho penal del enemigo. Vamos a analizar un poco eso, a través de la óptica de los derechos fundamentales y vamos a hacer al final una crítica a este derecho penal del enemigo, considerando una estructura excepcional que se ha ido enraizando más bien como una estructura ordinaria. Y, si nos da un poco de tiempo analizaremos y

reflexionaremos un poco cómo esta figura convive en una tensión o en una convivencia muy extraña, en una suerte de bodas de odios.

Entrando en la exposición, creo que es importante en materia de derechos fundamentales, observar las características de estos derechos fundamentales en el mundo, básicamente a partir de 1993, con la Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en esa ciudad. En ese año se estableció que estos derechos fundamentales, son derechos humanos universales, interdependientes e indivisibles. Ya con antelación a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto de San José, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecían que los derechos fundamentales son progresivos.

La universalidad es una característica en donde los derechos fundamentales son igualmente atribuidos, atribuibles a todos los entes dotados de status de persona en un sistema jurídico predeterminado. La interdependencia, que es un poco por lo que vamos a trabajar a lo largo de esta charla, es la característica en la cual los derechos fundamentales se hallan interconectados entre sí, y se nos presenta cuando un derecho fundamental es conculcado, no solamente acaba siendo conculcado ese derecho fundamental, sino interdependiente de algunos otros derechos que van como una suerte de conexión en serie, como las lucecitas de árbol de navidad, quitas una y como están puestas en serie, pues apagas las demás.

Si hubiera una detención arbitraria, sin orden de aprehensión e irregular, inmediatamente pensaríamos en la violación del derecho a la libertad. Sí, pero también el derecho a la dignidad. Sí, pero también el derecho al debido proceso. Eso es interdependencia. También la interdependencia se nos presenta en el sentido de que estos derechos fundamentales conviven no en una estructura de jerarquización, no hay un derecho fundamental que esté en una posición mayor que otro, todos están a el mismo nivel. Y esto nos lleva a pensar que todos estos derechos no son absolutos si están al mismo nivel en casos concretos en los cuales lleguen a colisionar. No se puede establecer a priori cuál es el que debe tener jerarquía. Al tener la misma jerarquía se tendrá que hacer un análisis ponderado, aplicar un test de proporcionalidad para ver al caso en concreto y dónde están esos derechos en colisión. Estos derechos fundamentales no pueden intercambiarse ni pueden acumularse, permanecen siempre iguales para cada persona, sin jamás interferir ni sufrir interferencias. Al variar la situación económica puedo obtener más dinero, más bienes, pero no puedo decir que tengo más derecho a la vida, o más o menos derecho a la protección de la salud, por ejemplo.

El artículo 29 de la Constitución Mexicana establece como ejemplo a esto, que en los casos de invasión, perturbación de la paz pública o de cualquier otro hecho que ponga la sociedad en grave peligro o conflicto, bajo cierto procedimiento específico, se pueden restringir o suspender

en todo el país o en un lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fueron obstáculo para hacer frente rápido y fácilmente a la situación. Pero por un tiempo limitado y por medio de prevenciones generales, sin que la restricción se contraiga a persona determinada, nunca se pueden suspender derechos esenciales como no discriminación y el derecho a la persona jurídica, la vida, la integridad personal, la familia, etcétera.

Entonces, ese es un ejemplo en sede interna de un país, en este caso el mío, que es México. Ejemplos de limitaciones ordinarias a derechos fundamentales y/o garantías en la Convención Americana de Derechos Humanos, son los artículos 12.3 y 15 que estamos viendo ahora, el derecho a la libertad de conciencia y en el 15 el derecho de reunión. De igual manera, con la libertad de asociación y el derecho de circulación y residencia previstos respectivamente en los artículos 16.2 y 22.3 del referido Pacto de San José, Vemos que el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos nos establece que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes del Pacto, podrán adoptar disposiciones que en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de ese pacto; siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones impuestas por el derecho internacional.

En algunos países, verbigracia, en España, hemos visto la aplicación de estos estados de emergencia, por ejemplo, por motivo de pandemia del Covid 19. Entonces pareciera prima facie, que el derecho fundamental a la seguridad, que no es otra cosa que el derecho a estar seguro, libre, exento de riesgo, cierto, indudable, firme, bien sujeto, con confianza, no se vea mermado de alguna manera. En México, la Constitución en el artículo 21, párrafo noveno, dice que la seguridad pública es una función a cargo del Estado en general, que comprende la prevención de delitos, investigación, persecución de los mismos para hacerla efectiva, así como la sanción de infracciones y faltas administrativas.

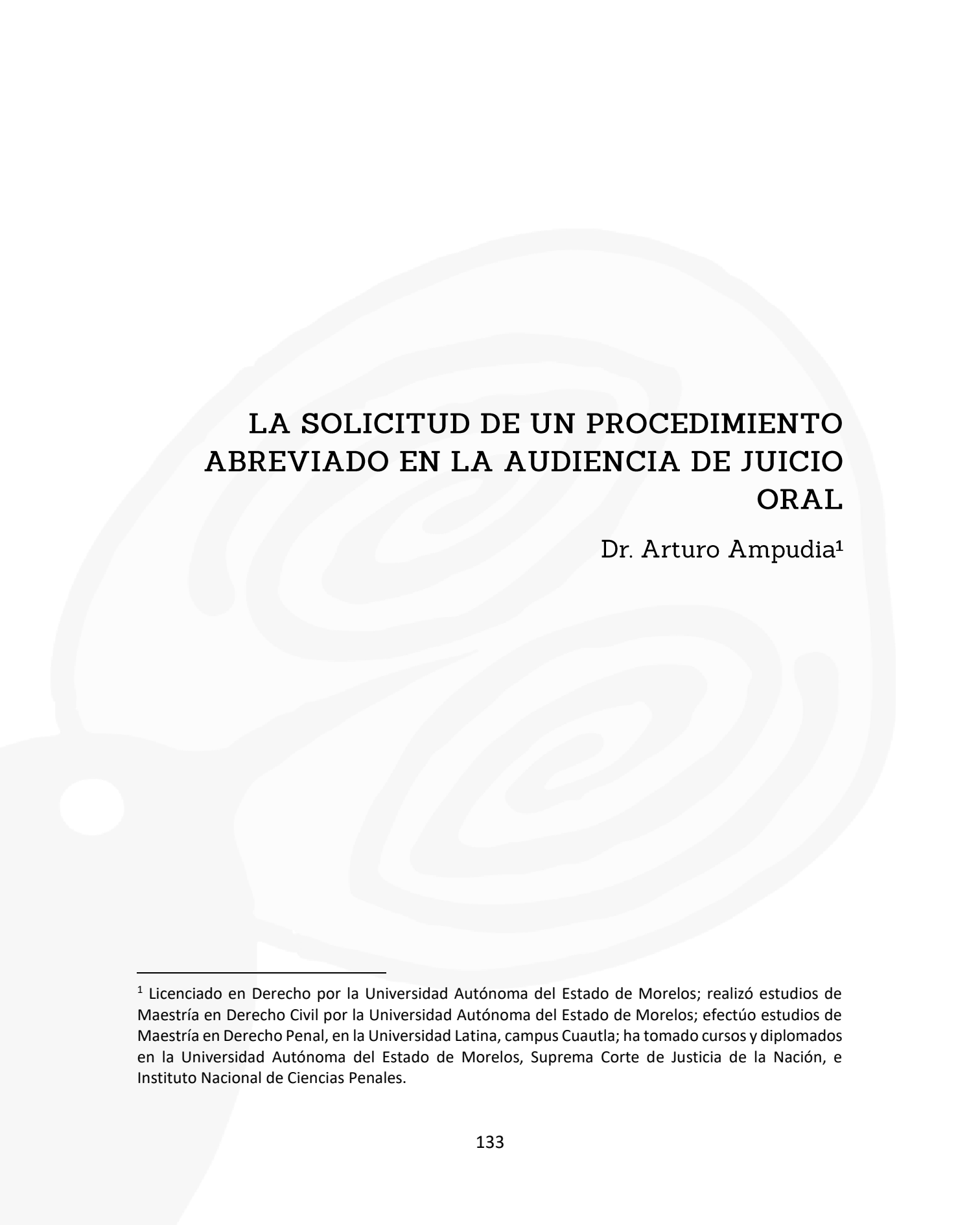
Para Gunter Jacobs, que es el principal expositor de esta corriente, el derecho penal del enemigo se contrapone al derecho de los ciudadanos. Las características del derecho penal del enemigo, según Jacobs, son la amplia anticipación de la protección penal. Expuesto lo anterior, puede considerarse en una visión de derechos fundamentales, desde mi punto de vista, que tanto las limitaciones ordinarias como las extraordinarias materializan de alguna manera una visión anticipada de escenarios que justifican dichas limitaciones de derechos frente al derecho fundamental a la seguridad. En ese sentido, me parece, por ejemplo, que esta corriente denominada Derecho Penal del enemigo o Derecho Penal de tercera velocidad, que ya hemos dicho postulado principalmente por Günther Jacobs, que establece un estatuto de restricción de derechos y un rasero de penas aumentadas para los

considerados enemigos de la sociedad (terroristas, delincuentes organizados, etcétera), materializa limitaciones ordinarias orientadas hacia la preservación de la seguridad.

No obstante, estas limitaciones ordinarias y extraordinarias, son herramientas útiles, por una parte, frente a escenarios previsibles de ponderación de derechos y por otra, frente a escenarios imprevistos de emergencia. Habrá que tener cuidado en ser prudentes en la configuración de esas limitaciones, para no caer en la tentación de restringir los derechos simples por razones de estado o siguiendo la fórmula maquiavélica de que el fin justifica los medios so pretexto del mantenimiento de la seguridad. Por cierto, recientemente y a propósito de la pandemia de Covid 19, se ha hablado de los peligros de utilizar dichas limitaciones, especialmente el estado de excepción aplicado en varios países para afrontar la emergencia sanitaria como paradigma normal del gobierno.

Al respecto, uno de los filósofos contemporáneos más reconocidos, el surcoreano Byung-Chul Han, expuso: Ojalá tras la conmoción que ha causado este virus, no llegue a Europa un régimen policial como el chino. Si llegara a suceder eso, como teme Giorgio Agamben, el estado de excepción pasaría a ser la situación normal. Entonces, en este escenario, la reflexión final sería, hay que tener cuidado con no volver a las limitaciones extraordinarias como limitaciones ordinarias y como limitaciones normales. Mi punto de vista es que esta corriente del

derecho penal del enemigo, es clave de lo que hemos visto de derechos fundamentales, y quizá surgió como una reacción a cuestiones de emergencia.



# LA SOLICITUD DE UN PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN LA AUDIENCIA DE JUICIO ORAL

Dr. Arturo Ampudia<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; realizó estudios de Maestría en Derecho Civil por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; efectuó estudios de Maestría en Derecho Penal, en la Universidad Latina, campus Cautla; ha tomado cursos y diplomados en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, e Instituto Nacional de Ciencias Penales.

En esta ocasión la temática que me toca desarrollar surge mucho en relación a un tema que finalmente interesa, por lo que en la práctica sucede. Morelos tiene en nuestro país México un proceso de incorporación del sistema acusatorio empresarial después de las reformas que hubo a partir de 2008. Vivimos un proceso precisamente de la incorporación del denominado nuevo sistema acusatorio serial y que en la entidad propiamente lleva un poco más de 12 años que está funcionando como tal, pero en todo el país, en el proceso que se dio, pues lo hace hasta 2016 de manera plena. Y esto conllevó retos, específicamente en lo que atañe, por ejemplo, al procedimiento abreviado.

Para ello debo tomar en consideración y me tomé el atrevimiento de analizar figuras jurídicas como las hay en Ecuador y en México. Nosotros lo regulamos en el Código Nacional de Porcientos Penales, vigente o promulgada en marzo de 2014, a partir del 12 de los artículos 201 de 207. Y veo que en el Código Orgánico Integral Penal de publicado el 10 de febrero de 2014 lo prevé en los artículos 635 a 640. Aunque tienen similitudes y realmente hay una diferencia que vamos a analizar en este momento, nosotros lo vemos como una forma anticipada, determinación al proceso y veo que en el Código Orgánico Integral Penal le dieron un tratamiento como nosotros lo hicimos en el estado de Morelos.

Al inicio como un juicio especial, de suerte tal que, al nosotros considerarlo como una forma de terminación anticipada del proceso, tendríamos que hacernos la pregunta de si era factible hacer esta propuesta en la audiencia de debate de juicio oral. Ustedes como nosotros, regulan o tienen ciertas reglas para el procedimiento abreviado y me llaman mucho la atención. Una de ellas es que solamente en aquellos dos delitos o dice de infracciones que no sean sancionados con más de diez años de prisión. Nosotros no, tenemos una cuestión mucho más amplia porque no lo limitamos a la temporalidad del delito sancionado.

Puede ser para cualquier delito que se pueda llevar a cabo la petición del procedimiento abreviado, existen inquietudes por parte de los abogados ecuatorianos de querer equiparar este procedimiento abreviado para todos los delitos, con independencia de la sanción que se tenga y a diferencia de lo que ustedes regulan. Nosotros cambiamos la denominación porque teníamos algo similar la aceptación del hecho. Aquí hablamos ya la de la aceptación de la responsabilidad.

Al igual que ustedes, concebimos que la sentencia emitida en un procedimiento abreviado, pues necesariamente será condenatoria y al igual que ustedes, prevemos la posibilidad de que el Ministerio Público o el fiscal pueda llevar a cabo una solicitud de reducción de pena y que ésta no excederá de hasta un tercio de la pena a imponer.

Pero ¿por qué llama la atención? la intención de llevar a cabo esta temática en el marco de este Congreso. Primeramente, habría que retomar, como de hecho lo es en las legislaciones de Ecuador y de México, que el procedimiento abreviado tiene un límite para solicitarlo, nosotros aquí le llamamos hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral o el símil en el Ecuador. Es decir, hay ciertas fases en las que se limita la posibilidad de llevar a cabo la solicitud de un procedimiento abreviado para entender el por qué llama la atención esta temática en el marco de este Congreso.

Deben saber que nosotros tenemos las dos instancias y lo que propiamente no puede considerarse la tercera, que es el amparo, pero que para nuestra legislación cobra mucha relevancia porque es precisamente a través de las decisiones que toma la justicia federal e integrada por los tribunales colegiados o incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que finalmente va interpretando o va orientando al respecto de cómo debe aplicarse o interpretarse cierto precepto.

Nosotros tenemos una ley específica, ¿cómo se lleva a cabo la ley? Pues la promulgación de normas, la vigencia que estas tienen y finalmente, lo que conlleva la división de la Federación y de las entidades federativas y la posibilidad que tenemos de llevar a cabo, legislar o legislar en materia local o materia federal.

La Ley de Amparo prevé precisamente cómo se conforma la jurisprudencia en México y que son lineamientos de observancia general, en tanto que se constituya como tal jurisprudencia. Porque si los tribunales colegiados emiten alguna opinión, alguna determinación o resuelven un conflicto, pues generan criterios que nosotros le llamamos tesis aisladas, para que conforme jurisprudencia tiene que tener cinco criterios en el mismo sentido y ningún contrario para que se pueda configurar la jurisprudencia. Y esto se vuelve obligatorio para nosotros.

De suerte tal que, en el caso particular, lo que llama la atención es que en 2019 se resuelve esta problemática de si podía o no solicitarse la aplicación de un procedimiento abreviado en la fase de juicio oral. Y esto se hace a través de la contradicción de tesis 295/2019.

Tomando en consideración que la jurisprudencia se establece por precedentes obligatorios o por reiteración o contradicción como fue el caso de manera particular. La Ley de Amparo dice que la jurisprudencia por contradicción se establece cuando se va a discutir criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, o bien, como ocurrió entre los plenos regionales o entre los tribunales colegiados de circuito en los asuntos de su competencia.

El camino que sigue esta jurisprudencia por contradicción de tesis que en ambos casos se hubiese tramitado el procedimiento abreviado una

vez llegado a la fase de juicio. Es decir, se presenta la solicitud cuando ya estaba dictado el auto de apertura a juicio oral y en ese sentido la propuesta se hace ante el Tribunal de Enjuiciamiento. Estos resuelven en ambos casos declarando procedente el procedimiento abreviado y dictan la sentencia. En ambos casos sin conformaron un tribunal colegiado dijo que era factible llevar a cabo la tramitación del procedimiento abreviado, pero el otro fue curioso porque aun cuando se había decretado procedente, fue el sentenciado quien se inconforma y llega conocimiento del colegiado y sostiene que no es posible llevar a cabo un procedimiento abreviado por la fase en la que se encontraba y eleva entonces la discusión para que ésta sea finalmente pronunciada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El análisis que hace resulta interesante, porque parte de dos supuestos o de dos preceptos constitucionales, el primero de ellos previsto en el artículo 17 de la Constitución, establece que siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deben privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales. Y bajo esa línea de pensamiento, el Tribunal Colegiado resuelve que debería privilegiar esa salida alterna precisamente para dar cabida a que en instancia de juicio se discutiera y en su caso aprobara, como sucedió, un procedimiento abreviado. El

argumento fue precisamente el que se buscaba solucionar un conflicto y que el formalismo no debería ser un obstáculo para ello.

El segundo camino que genera la controversia y finalmente prevalece el criterio, es que se debe privilegiar la solución de los conflictos e incluso abona el contenido del artículo 20 de y trayendo a colación uno de los principios que señala. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determina la ley. Termino esta fracción diciendo que el imputado reconoce ante la autoridad judicial de manera voluntaria y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito, y hay medios de convicción suficientes para corroborar la imputación. Entonces el juez cita a la audiencia de sentencia. Empiezan a generar el análisis para resolver si existe o no la contradicción en los criterios adoptados y primeramente encuentra que si lo hay. Es decir, hay una opinión diferente sostenida entre dos tribunales colegiados. El tercero del décimo quinto circuito y el del onceavo circuito.

Entonces analiza la corte y con mucho atino señala que el proceso se identifica básicamente por la serie secuencial de fases y que una vez que va concluyendo esta, pues también excluyen los derechos que se pueden estar ejerciendo y destaca el criterio sostenido en la contradicción de tesis. ¿Cuál es la finalidad que busca cada una de las etapas en nuestro proceso? Tiene tres etapas la de investigación, la

intermedia y la de juicio, y hace un profundo análisis de cuáles son las cuestiones que pueden irse planteando en las etapas previas al juicio.

Y destaca que, en la etapa de enjuiciamiento, pues la finalidad es la recepción de los medios de prueba y la solución de un conflicto señalado. Lo anterior sostiene que el criterio debe decantar a favor de la prohibición de proponer un procedimiento abreviado. Llegar a la fase de juicio. ¿por qué el juez especializado en materia penal el Tribunal de Enjuiciamiento del Estado de Morelos, consideró importante traer este tema? Porque en el constructo de este proceso y el aprendizaje enseñanza que nos ha dado la práctica, a diferencia de los países latinoamericanos, donde nos llevan ya ventaja en ello, para nosotros, y sobre todo porque la reforma constitucional establecía un periodo que se concretó apenas en 2016, es decir, no tiene más de cinco años que se volvió obligatorio en todo el país la adopción de este sistema.

Lo que implica entonces es problemático en lo que hoy se presenta, en el estado de Morelos llevamos más de 12 años con este sistema, quienes como jueces cumplían tres funciones: jueces de proceso llevando todas las etapas previas, jueces de enjuiciamiento conformando un tribunal, y cuando se emitió la sentencia y causaba estado jueces de ejecución. Sin embargo, la especialización se da a partir del año 2021 en el estado de Morelos se conforman tribunales especializados para control, para juicio y para ejecución. Y ahora ha resultado muy interesante de que muchos defensores, especialmente los particulares, llevaban a juicio

con la esperanza de que la víctima denunciante no comparecerá y con ello, ante la ausencia de su declaración, el tribunal pudiera emitir una sentencia de condena.

Pero también empezamos a ver otro fenómeno que llamaba mucho la atención iniciado el juicio, o una vez que nosotros convocamos a las partes para dar inicio un juicio. Normalmente la defensa particular desistía de su encomienda y entonces nos veíamos obligados a llamar a la defensa pública para que tomara el asunto. Y el propio Código Nacional establece que en esos supuestos el defensor puede llegar a solicitar una prórroga de diez días para que dé inicio el juicio como tal. A manera de ejemplo, nosotros tenemos delitos que son penados, por ejemplo, como pena mínima de 30 años, como es el caso de la violación agravada.

Y la reflexión que teníamos como juzgadores es si esta persona hubiese optado por un procedimiento abreviado, habría tenido la posibilidad de que en sentencia se le hubiesen puesto veinte años en lugar de treinta años, según nuestro modelo de la Ley Nacional de Ejecución Penal para obtener un beneficio de liberación pues basta la mitad de la pena cumplida.

Y no era lo mismo hacer el debate para solicitar un beneficio, pero la liberación a los diez años que a los 15, por ejemplo. Y esta situación llevó a más de un defensor público a intentar, dar trámite al procedimiento abreviado. Y en la historia de los juicios en el estado de

Morelos solamente dos casos fueron documentados como tal. Es decir, el Tribunal de Enjuiciamiento aceptó la solicitud.

Pero a diferencia del proceder analizado en la controversia a la que he hecho referencia, lo que se hizo fue terminar su jurisdicción y devolverla al juez de control para que se diera cumplimiento a lo que señala el Código Nacional de Procedimientos Penales. Ciertamente esto lleva a la crítica de que, si una fase ya ha sido terminada, no podría, bajo ninguna circunstancia anularse los efectos de ella para volver a aperturar, por ejemplo, la fase intermedia. Y eso tiene mucho de razón.

En relación a los medios de impugnación, este medio extraordinario de defensa que conocemos como el amparo, tiene la facultad, el Tribunal Colegiado de que si analizara violaciones al proceso puede incluso anular todo lo que se llevó a juicio y devolver, si fuera el caso, a la etapa intermedia o incluso a la propia audiencia inicial.

En esa línea de pensamiento y ante las circunstancias que se han generado como juzgador, por qué no equiparar y no darle el tratamiento que se le dio en la contradicción, sino buscar algo diferente y equiparar esa inadecuada defensa del particular que asesoró a la persona privada de la libertad, o que va a enfrentar un proceso que no le hizo saber los alcances, beneficios o incluso los riesgos que implicaba enfrentar un proceso con los medios de convicción recabados ya por la Fiscalía de optar por un procedimiento abreviado.

Esto de denotaría una violación a un derecho fundamental que es el de la defensa, porque por un lado el Estado deja caer, pues todo su mecanismo, todo el peso, toda su estructura en contra. De una persona a la que le acusa la Fiscalía, si cuenta con peritos, si tiene policías e investigan, si tiene una agente del Ministerio Público que dirige la investigación y a veces el que está siendo objeto de la misma de esta investigación cuenta con un defensor que, dada las circunstancias de que no tenemos mucho tiempo con este modelo, a veces ni siquiera lo conozca. Y si no lo conoce, entonces poco o nula asesoría puede darle a favor de su representado.

Y lo que les he mencionado mucho en las salas de audiencias, el jueves termina la audiencia, termina su jornada laboral y se retira a su domicilio. El Ministerio Público, el fiscal, una vez que terminado su jornada, se retira a su domicilio y convive con la familia, lo que hace el defensor y el asesor jurídico. Pero quien enfrenta un proceso, y más si se encuentra bajo la medida cautelar de prisión preventiva, va a tener esa circunstancia de vivir el día a día en prisión. Desde luego que, si supiera la conveniencia de llevar a cabo un procedimiento abreviado que no le fue informado durante el proceso por el defensor particular, al llegar a juicio y tener una discrepancia con quien le defendía durante todo el proceso y dejar ahora en manos de la defensa pública su patrocinio este ya se encuentra limitado a hacer la propuesta porque metodológicamente la fase ha terminado.

¿Por qué se refleja en una violación al derecho fundamental de quién va a ser enjuiciado? Pues porque no tuvo una adecuada defensa. Y si no la tuvo, podría haber esa posibilidad de dejar esa fase procesal ya terminada que fue la intermedia y dar la posibilidad de que no sea el Tribunal de Enjuiciamiento quien resuelva. Porque se comulga con el criterio adoptado en la contradicción de tesis, es decir, el Tribunal de Enjuiciamiento o los jueces que están en el juicio tienen la función y la encomienda de decidir en base a las pruebas que perciben. Y al igual que en Ecuador, en México el procedimiento abreviado se resuelve con base en lo que nosotros aquí llamamos datos de prueba.

Es decir, no comparece el perito o no comparece el testigo, no comparece la víctima, sino solamente se hace referencia a los actos de investigación llevados a cabo. Si esto es así, ¿por qué no privilegiar el derecho a la defensa y permitirle en esos supuestos donde se demuestre que quien llegó a juicio no estuvo adecuadamente patrocinado y permitirles el uso de ese derecho a la defensa adecuada?

Pues desde luego, optar si fuere el caso por el procedimiento abreviado, no en la instancia de juicio, sino resolverlo ante el juez de control para pueda ejercer ese derecho adecuado, a una defensa y que ser informado de las consecuencias de los alcances que tiene ser juzgado en ello, pero sobre todo del beneficio que tendría, pues una pena reducida en un tercio. Por lo que, no es lo mismo cumplir una pena de 30 años de

prisión que cumplir la de 20, es un abismo de diferencia. Y todo debido a una inadecuada defensa en detrimento de los derechos, quien enfrenta todo el peso del Estado.

El justiciable es quien más sufre, por su desconocimiento o por la transición que hemos tenido en el modelo de justicia, cree en su defensor, pero desafortunadamente quien lo representa no conoce el sistema y se le hace fácil decirle: “no te preocupes, yo te voy a sacar, aunque sea en los medios de comunicación, pero te saco”. El problema es que quien se queda en prisión es él, podría hacer un ejercicio de repudio.

En la etapa de consolidación en México debería dar cabida a generar la posibilidad de que, antes de que se inicie el debate en el juicio, si se hace la propuesta de llevar a cabo la tramitación de un procedimiento abreviado con argumentos válidos de la defensa. El tribunal podría dimitir del conocimiento del juicio y permitir que él pueda hacer ese planteamiento ante el juez de control para dar así cabida a los lineamientos señalados en el Código Penal. Parece ser una aportación en beneficio de quien enfrenta una acusación con todo el poder que tiene el Estado y esa restricción vista desde fuera, desde la óptica procesal. Pues darle la posibilidad a quien la enfrenta es el proceso de optar por esta forma de terminación anticipada.



# LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES EN MÉXICO

Dr. José Luis Jaime Olmos<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional y Penal por el Instituto Nacional de Estudios de Posgrado (INDEPAC), Ciudad de México. Maestría en Derecho con Especialidad en Derecho Penal por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Maestría en Ciencias Penales por UMED. Maestría en Garantías y Amparo por UMED. Estudios de Especialidad en Juicio Oral y Proceso Penal Acusatorio por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Ciudad de México. Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

Quiero iniciar con la siguiente frase del dramaturgo español Francisco de Quevedo: Lo que en la juventud se aprende toda la vida dura, toda vez que el sistema de justicia penal para adolescentes en México representa una segunda oportunidad para nuestras personas adolescentes que, por alguna anomalía en su normal desarrollo, se han visto involucrados en conductas antisociales tipificadas como delito. De tal manera que nuestro sistema de justicia penal para adolescentes, una vez que ingresa la persona adolescente al sistema, lo que busca en sí, es detectar esa anomalía para tratar de restaurarla y recuperar un talento y brindarles a nuestras personas adolescentes acá en México una segunda oportunidad de vida.

Vamos a comenzar con nuestra exposición señalando que, en el año 2005, el 12 de diciembre de ese año, el sistema de justicia para adolescentes, mantenía la doctrina de la situación irregular en donde se tenía la visión tutelar. En este sentido, la persona adolescente se consideraba como un objeto de protección, es decir, como un sujeto carente de derechos y por tanto era propiedad de la familia. Tan es así, que el Estado sustituía a la familia cuando la persona adolescente se encontraba en una situación de vulnerabilidad o estaba relacionado con la posible comisión de una conducta ilícita, e incluso, era considerado también parte de esta visión tutelar, aquella persona adolescente que para la propia familia se consideraba incorregible.

Si revisamos nuestra jurisprudencia de la cuarta época, que ya no se encuentra vigente, al día de hoy vamos a encontrar el procedimiento que establecía nuestro más alto tribunal, para que la familia pudiera dar la custodia de su hija o hijo adolescente al ser incorregible. El problema que tenemos en este sistema de la misión tutelar es que el Estado asumía una función netamente paternalista y por tanto, tenía una facultad discrecional en las medidas que tomaba para estas personas adolescentes que se encontraran dentro de la misión tutelar, al grado, de que tal persona adolescente bajo este sistema tutelar no tenía ni siquiera la oportunidad de manifestarse. Por tanto, se le aplicaban los mismos tratamientos, con independencia de la razón por la cual ingresaban al sistema.

Sin embargo, hubo un cambio de paradigma por el cual, solamente van a ingresar al sistema de justicia penal aquellas personas adolescentes que estén relacionadas con conductas ilícitas tipificadas como delitos. De tal manera que el Estado mexicano tendrá que usar otro tipo de controles formales, otro tipo de políticas criminales o asistenciales para las personas adolescentes que pudieran estar en una situación de vulnerabilidad o personas adolescentes que fueran incorregibles. De tal manera que, para este sistema de protección integral, las personas adolescentes ya no son objeto de protección, sino son sujetos de derechos.

Pero no olvidemos, que nuestras personas adolescentes son personas que se encuentran en un proceso de crecimiento, de desarrollo emocional, intelectual y psicológico. No olvidemos la teoría epigenética de Jean Piaget que nos dice que, en término promedio, un infante menor de 12 años tiene un pensamiento concreto y que una persona mayor de 12 años, de manera progresiva, va teniendo un pensamiento abstracto. No olvidemos tampoco la teoría de Culver que nos habla de la conciencia moral, en la que nos indica que un infante acepta las reglas que se imponen en casa porque éstas le son impuestas. Pero cuando ya se encuentra en el periodo de la adolescencia, esta persona acepta las reglas para sentir formar parte de un grupo social y también en la recta final de la adolescencia para trascender a la vida de joven adulto.

Según estos estudios de Culver nos indican que la persona, empieza a tener conciencia del deber ser la persona, empieza a establecer una jerarquía de valores sobre la cual va a cimentar. Nuestras personas adolescentes todavía no tienen definida una identidad ni tampoco una personalidad, por lo que, atendiendo estas consideraciones, en este sistema de justicia penal para adolescentes, estas personas que ingresan a este sistema van a tener derechos propios que responden a esa condición especial de ser personas en desarrollo.

Esto nos permite transitar rápidamente y establecer el marco internacional, sobre el cual se delinea nuestro sistema de justicia penal

para adolescentes en México; en la cúspide tenemos la Convención de los Derechos del niño, pero también tenemos las reglas de Beijing, que son aquellas reglas mínimas para la administración de la justicia juvenil. De igual manera, tenemos la aplicabilidad en nuestro país de las directrices del Riad, que son aquellas directrices mínimas para atender y prevenir la delincuencia juvenil. Pero de igual manera, en nuestro sistema de justicia penal para adolescentes atendemos las Reglas de Tokio, que son aquellas reglas mínimas para las personas que se encuentran en libertad, pero que están sujetas a un proceso de carácter penal, y no podemos dejar de hablar de las Reglas de la Habana, que son aquellas reglas mínimas que se deben de observar cuando la persona adolescente se encuentra privada de su libertad por motivos de un proceso de carácter penal.

En consecuencia, vamos a establecer ahora nuestro marco normativo nacional y bajo el principio de supremacía constitucional, debemos de mencionar en primer término a nuestra Constitución Federal, que en su artículo 18, párrafo cuarto, quinto y sexto, establece las directrices y principios que deben de regir en este sistema de justicia penal. En consecuencia, de ello, como norma secundaria tenemos en primer término a nuestra Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, esta es una ley nacional que se aplica para todas y cada una de las entidades federativas y tanto para el fuero común como para el fuero federal. Eso significa que las entidades federativas

no tienen legislaciones particulares que regulen el sistema de justicia penal para adolescentes.

Por el otro lado, de igual manera, tenemos la Ley General de los Derechos de niñas, niños y personas adolescentes, que viene a establecer en términos generales las prerrogativas, los derechos, los principios y la atención de nuestros infantes y de nuestras personas adolescentes. Lo primero que debemos mencionar, es que ya tenemos fijados rangos de edades para ingresar al sistema de justicia penal para adolescentes. Aquí debemos de hacer una distinción muy importante: ¿A partir de qué edad se considera a una persona infante y a partir de qué edad se considera a una persona adolescente? Al respecto, nuestra Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes nos establece en su artículo quinto que una persona infante será aquella menor de 12 años de edad, en tanto que una persona adolescente será aquella que tenga los 12 años cumplidos y menos de dieciocho años de edad. Esto ya nos permite establecer que las personas que van a ingresar a nuestro sistema de justicia penal serán aquellas personas que tengan 12 años cumplidos y menos de 18 años de edad y que se les atribuyan la posible comisión de una conducta antisocial tipificada como delito.

De tal manera que las personas menores de 12 años de edad, si están relacionadas con la posible comisión de una conducta ilícita, se les va a considerar como inimputables y por tanto, no van a poder ingresar al

sistema de justicia penal para adolescentes. Es más, de llegarse a detener a una persona infantil que estuviese relacionada con una conducta ilícita tipificada como delito, no puede ser puesta a disposición de nuestro agente del Ministerio Público especializado, sino que debe ser inmediatamente conducida ante la Procuraduría de la Defensa de los niños, niños y personas adolescentes. Porque estas personas infantes que estén relacionadas con una conducta ilícita solamente serán objeto de tratamiento y asistencia social. Lógicamente, si existen daños que resarcir por la conducta realizada por un infante, tendrá que aplicarse la acción civil correspondiente frente a sus padres, tutores o representantes legales.

En este tema es importante ahora señalar que el rango de edad para que ingresen, como ya comentamos, al sistema de justicia penal para adolescentes en donde tenemos tres grupos etarios. El primer grupo etario va de los 12 años hasta los 14 años de edad. El segundo grupo etario oscila de los 14 años cumplidos pero menores de 16 años, y el tercer grupo etario oscila de los dieciséis años hasta los menores de dieciocho años de edad. Más adelante regresaremos a este tópico de los grupos etarios, porque tiene un trasfondo que tiene que ver con el internamiento preventivo de la persona adolescente y con el internamiento definitivo que va a variar de acuerdo al grupo etario en el que se encuentre la persona adolescente.

En este sistema de justicia penal que hoy día nos rige, opera el principio de presunción de minoría de edad, ¿Qué significa esto? En primer término, la persona adolescente no está obligada a acreditar que es menor de edad ante las autoridades respectivas, la carga se le revierte al Ministerio Público. Y en segundo punto, este principio de presunción de minoría de edad establece que, en caso de duda, debemos escoger la edad que mayor beneficio le proporcione a la persona. Si estamos hablando de que tenemos duda de que la persona es o no un infante, por ejemplo, debemos tener en cuenta el carácter al momento de cometer la conducta ilícita o ya tener los 12 años cumplidos para entrar al sistema, lo que vamos a hacer es establecer la presunción de que es infante y por tanto, no entrará al sistema de justicia penal para adolescentes, hasta tanto el agente del Ministerio Público demuestre con los elementos de convicciones necesarios y pertinentes, que esa persona, al momento de cometer la conducta ilícita, no se consideraba como infante o como persona adolescente.

Esto nos permite pasar al segundo pilar, donde encontramos un cambio de paradigma con relación al sistema tutelar que en México hemos abandonado allá en el 2005. Veamos por qué. En el sistema que actualmente nos rige, ya se reconoce que la persona adolescente tiene responsabilidad penal y puede ingresar a un sistema de justicia penal especializado, atendiendo a la condición de que la persona adolescente, como ya vimos, es una persona que se encuentra en un proceso de

crecimiento y desarrollo. Sin embargo, no deja de ser un proceso de carácter penal, y en términos del artículo 20 de nuestra Constitución federal, el proceso penal será de corte acusatorio y se llevará de manera oral, aunque se inician de forma privada y se regirá bajo los principios de inmediación, continuidad, concentración, contradicción y publicidad.

Si la persona adolescente, previo asesoramiento de su defensa técnica especializada, toma la decisión de mutar a un procedimiento acusatorio, oral y público, entonces la sala de audiencias permitirá que los miembros de la comunidad puedan ingresar y observar cómo se lleva a cabo esa audiencia. De tal manera que, si nuestro proceso penal para adolescentes es de corte acusatorio, seguimos el procedimiento ordinario a través de sus tres grandes etapas: etapa de investigación, etapa intermedia y etapa de juicio oral. La etapa de investigación está para esclarecer los hechos, para que nuestro agente del Ministerio Público Especializado reúna los datos de prueba, los indicios que preparen el ejercicio de la acción penal inicial. La etapa intermedia tiene dos funciones una de carácter administrativa y otra de carácter crítica administrativa, porque sirve como filtro de depuración para preparar nuestra etapa de juicio oral, y tiene un sentido crítico porque critica el resultado de la investigación realizada por el agente del Ministerio Público, dando la posibilidad del sobreseimiento de ese asunto y finalmente, la etapa de juicio oral.

La persona adolescente tiene la posibilidad de ser oído y vencido, es decir, se respeta esta directriz de la imputación necesaria para que la persona adolescente tenga conocimiento de los cargos y a través de su defensa técnica y especializada, pueda tomar las mejores decisiones para enfrentar ese cargo, ya sea a través de una defensa pasiva o de una defensa activa. Pero de igual manera, la persona adolescente tiene el derecho de conocer los elementos de cargos recabados por el agente del Ministerio Público, poderlos conainterrogar, poder presentar elementos de descargos y así lo considera técnicamente la defensa. De igual manera, presentar alegaciones durante todo su proceso y obtener una sentencia rápida, exhaustiva, en donde se resuelvan todas las cuestiones esenciales del proceso y de igual manera, la garantía de un recurso rápido y efectivo como cuarto pilar.

Debemos señalar que representa también un cambio de paradigma, la dependencia entre las autoridades que efectúan la revisión y las que imponen las medidas, porque en el sistema tutelar que teníamos antes del 2005, no teníamos autoridad judicial, e ir los procesos de adolescentes, el fiscal y la autoridad administrativa dependían precisamente del Poder Ejecutivo. La defensa era un promotor que también dependía del Poder Ejecutivo. Ahora, con este nuevo paradigma de justicia penal, el agente del Ministerio Público especializado es el titular de la acción y quien tiene la carga de la prueba. En el órgano jurisdiccional vamos a encontrar a nuestro juez

de control especializado que lleva las preliminares y nuestro tribunal de enjuiciamiento que lleva la etapa de juicio oral.

Pasamos al siguiente pilar, la especialización de los intervinientes en el sistema. El artículo 18 es muy claro en señalar que todos los que operamos en este sistema de justicia penal para adolescentes debemos contar con el nivel de especialización, tanto jueces, como fiscales, defensores, asesores jurídicos, policías, investigadores, peritos. Si alguno de ellos interviene y no tiene la especialización, puede generar la nulidad de las actuaciones. Aquí viene otro cambio de paradigma el internamiento como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, en adultos opera la prisión preventiva oficiosa, en adolescentes no tenemos prisión preventiva oficiosa. La prisión preventiva oficiosa solamente se puede decretar a la persona adolescente que tenga 14 años de edad al momento de cometer la conducta ilícita y que además esté relacionado con una conducta que amerite medidas sancionadoras de internamiento definitivo: robo con violencia, secuestro, homicidio, violación sexual, portación de arma de uso exclusivo del ejército, narcomenudeo con fines de venta, entre otras conductas, y la sanción solamente puede imponerse como medida de internamiento para el segundo y tercer grupo etario, para el segundo 3 años y para el tercer grupo cinco años como máximo.

Ya casi por terminar, nosotros establecemos, atendiendo al principio de la mínima intervención, formas alternativas de justicia, por lo tanto,

proceden el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso. La única condicionante es que la conducta antisocial que se le atribuye a la persona adolescente no amerite medidas sancionadoras de internamiento definitivo. Y aquí hay algo interesante, nuestra Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes no prevé el procedimiento abreviado para adolescentes.

Y, por último, ¿Cuáles son las finalidades de la medida de sanción? La medida de sanción no es castigar, no es de carácter retributivo, sino de carácter utilitario. Tiene una función terapéutica, tiene una función educativa. Lo que buscamos es corregir aquella anomalía que permitió que la persona adolescente incurriera en una conducta ilícita para regresarla en primer término a su familia, y en segundo término, a la sociedad, y en tercer término, evitar que esa persona adolescente, cuando sea joven adulto, ya no vuelva a estar relacionada con conductas ilícitas. De antemano agradezco el apoyo y espero haber sido significativo en este bosquejo que representa nuestro sistema de justicia penal para adolescentes.



# LA TEORÍA GENERAL DEL DELITO EN LA EMPRESA

Dr. Fausto Vázquez<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Universidad del Ecuador. Magister en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Universidad Central del Ecuador. Especialista en Derecho Procesal Penal por la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Maestría en Derecho Penal mención Derecho Procesal Penal. Se ha desempeñado como Juez en el ámbito penal y como docente en diversas Universidades del país.

Voy a hablar de un tema que implica hablar de ética penal, voy a hablar de derecho penal económico. No voy a hablar de la responsabilidad penal y la persona jurídica, voy a hablar de los problemas que comporta la parte general del derecho penal económico. Estos problemas que aparecen en la parte general del derecho penal económico son problemas que surgen a partir de la consumación, naturalmente de delitos. Pero no es un hombre, surge a partir de la consumación de delitos en el seno de la empresa. Esos mecanismos clásicos, con los que trabajamos para atribuir responsabilidades penales. Estas teorías, que sugieren tener en cuenta la acción, omisión, el dolo, la culpa, la autoría y la participación no son de utilidad a la hora de atribuir responsabilidad penal en el superior jerárquico, en el derecho penal económico de la empresa.

La idea de la dogmática penal moderna en el derecho penal económico es atribuir responsabilidad penal al verdadero responsable. Estas teorías clásicas siempre terminan atribuyendo responsabilidad penal al subordinado, digámoslo así directamente y no al superior jerárquico. Ese es el desafío del derecho penal moderno, la dogmática penal moderna. Así que entonces el derecho penal, la jurisprudencia, la doctrina, sobre todo la jurisprudencia alemana, ha debido llevar adelante grandes esfuerzos de adaptabilidad de estos mecanismos clásicos de modernización, de adaptabilidad a las peculiaridades del contexto empresarial, del entramado empresarial.

Así que voy a comenzar hablando de cómo se mira la estructura de la empresa como tal, a efectos de poder dar cuenta de estos mecanismos, identificar los mecanismos de atribución de responsabilidad penal. Así que entonces, en una primera parte, rápidamente voy a hablar de los principios organizacionales. Voy a hablar de esta figura muy importante de la competencia.

Y seguidamente también voy a hablar ya de un tema de actualidad, un tema que lo habíamos discutido en el cine, pues en el mes de octubre del año 2009 en Alemania con clowns, recién habíamos generado una discusión respecto de estas teorías que había sugerido en un famoso el interdicto en la jurisprudencia alemana para poder atribuir responsabilidad penal. Así que vamos a hablar de las conductas neutrales. Y luego, hablaré rápidamente de las teorías que sean sugeridos de la responsabilidad penal.

Bien, entonces vamos a iniciar, vamos a ver desde el lente de un penalista cómo se mira, cómo está estructurada su empresa. Así que vamos a hablar de los principios organizacionales. Rápidamente se tienen en cuenta dos principios: el principio de jerarquía y, por otro lado, el principio de división de trabajo.

El principio de jerarquía va a aleccionar que en la empresa existen dos mundos los de arriba y los de abajo, los de las esferas superiores y quienes están en las esferas inferiores. Arriba se encuentran los accionistas, los dueños de la empresa, los gerentes, los administradores

de la empresa, en definitiva, arriba está el superior jerárquico, quien toma las decisiones, quien decide el norte que va a seguir la empresa. Así que arriba está el superior jerárquico, quien toma la decisión, mientras que abajo se encuentra el subordinado en las esferas exteriores de las capas inferiores. ¿Qué hace el subordinado? Bueno, el subordinado es el que va a cumplir las decisiones que toma el superior jerárquico, esto es lo que hace el subordinado, cumplir las decisiones que toma el superior jerárquico.

Vamos a ver que esa facultad decisoria y la facultad ejecutiva se concentra, se polariza, en una sola persona en esos delitos que se cometen fuera de la empresa. Es decir, tú quieres robar, tú decides robar, bueno tú ejecutas la conducta, por lo tanto, la capacidad se concentra en una sola persona. En cambio, en el derecho penal económico la capacidad decisiva, la toma el superior jerárquico y la capacidad ejecutoria de ejecutar, la lleva adelante el subordinado. Bien, luego hay que tomar en cuenta este otro principio de división de trabajo, vale decir, es un principio horizontal. El principio de jerarquía es un principio vertical que encarna desde un principio horizontal. Ese principio de división de trabajo quiere decir que en la empresa va a haber una división de trabajo en razón de la especialidad de los trabajadores. Hay una división de funciones en razón de la especialidad.

Así que entonces vamos a imaginar una fábrica de autos con un departamento de electricidad, otro departamento de mecánica, otro departamento de importación de repuestos, y un departamento del medio ambiente. Es decir, existe esta división de funciones, en razón de la especialidad y los trabajadores. Aquí subyace y se nota la famosa frase de Yauco: No todo compete a todos, no todo compete a todos. Seguidamente hay que llevar adelante una superposición de los principios de jerarquía y de división. Si superponemos estos principios, vamos a tener como resultado una especie de cuadrícula y una especie de coordenadas. A partir de la guía y la especialización, es decir, cada quien, ocupando su cargo en su departamento especializado, tanto el superior como los que están en las capas inferiores.

¿Para qué sirve esta superposición de principios? Esta superposición de principios está ideada precisamente para poder encontrar coordenadas, para atribuir responsabilidad penal. Pues vamos a ver que en esas empresas pequeñas que recién se están conformando, donde cuenta con un solo gerente, por ejemplo, vamos a saber que este gerente se reconoce como superior jerárquico, único superior jerárquico respecto del resto de subordinados.

En la medida que las empresas van creciendo, estos grupos especializados también van incrementando. Así que entonces, con la superposición de principios, vamos a poder observar que aquel gerente que se reconocía como superior jerárquico de todos los subordinados

en adelante, como la empresa ha crecido, se han multiplicado los departamentos especializados. Ese gerente, ese representante va a reconocerse como máximo representante o jefe, digámoslo así, tan solo de los subordinados que hacen parte de este grupo especializado.

Los expertos de management en teorías organizacionales dirían que para poder identificar al máximo responsable en la empresa habría que ir detrás del máximo competente del competente. Así entonces entramos a otra figura muy importante en el derecho penal económico, que tiene que ver con la competencia. Esta figura muy interesante en el derecho penal económico en la empresa, cuando se busca identificar al responsable penalmente hablando va detrás del máximo competente.

¿Quién es el máximo competente? El máximo competente es el máximo representante de la empresa, es el máximo representante o el jefe de ese departamento especializado. Así que entonces al máximo competente, a este se le va a exigir que ponga en marcha todos los recaudos, tanto fácticos como jurídicos, que estén orientados a la habitabilidad de la consumación de delitos en el seno de la empresa.

Bueno, esta figura de la competencia va a generar un revuelo en el ámbito de la atribución de responsabilidad penal. ¿Por qué? Porque desde esta perspectiva, la competencia en la empresa no interesa, escúchese bien, o interesa la conducta de esta persona que tiene un contacto fáctico directo de propia mano con el bien jurídico. La

conducta del subordinado no le interesa a la empresa, no le interesa esa conducta del subordinado.

¿Por qué no le interesa? Porque no es competente, no es competente ni en términos de jerarquía ni en términos de especialidad. El subordinado no es el responsable de mantener libre de riesgos a la empresa. El subordinado no es el encargado del departamento de contabilidad, el subordinado no es el encargado de los pagos de corrupción que lleva adelante la empresa. Para que se entienda mejor, voy a citar un ejemplo y vamos a ver cómo los mecanismos clásicos de atribución de responsabilidad penal resuelven este ejemplo. Y luego vamos a ver cómo el derecho penal económico resuelve el mismo ejemplo.

Vamos a imaginar el siguiente ejemplo, una fábrica de plásticos que tiene su departamento de Medio Ambiente. El máximo representante del Departamento de Medio Ambiente ha dispuesto a que se contrate a una persona, que se contrate a una persona para que ésta se encargue de arrojar los vertidos de la fábrica que produce la fábrica de plásticos. Estos vertidos son arrojados a un río adyacente, que está a 15 o 20 metros de distancia de la fábrica y contratan a esta persona para que se encargue de los vertidos.

Seguidamente, el máximo representante del Departamento de Medio Ambiente también dispone que se cuente con filtros, para que los vertidos no se conviertan en contaminantes, es decir, que busca evitar

la contaminación del medio ambiente, la contaminación del río. Así que entonces todos estos vertidos, los desperdicios, los van a someter a un filtro, ¿verdad? Para esto es que se va a comprar el filtro y seguidamente entonces se pueden arrojar esos vertidos al río y de esa manera se evita contaminar el río.

Un mal día, el representante del Departamento de Medio Ambiente Bueno da a conocer a su personal que la empresa se encuentra en una depresión económica, está atravesando un mal momento económico, así que estos filtros ya no se pueden comprar, porque son muy costosos. Empero de aquello dispone que la persona que ha sido contratada para que arroje los vertidos continúe realizando la conducta. Bien, en este ejemplo es muy importante tener en cuenta dos aspectos. Primero, quien toma la decisión, es decir, que quien está en la esfera superior es quien ordena que se compren los filtros y luego se dejen de comprar. De otro lado, también es importante tener en cuenta la conducta del subordinado, esta persona que ha sido contratada para arrojar los desechos.

Bien, vamos a ver, que existen seis teorías clásicas para atribuir responsabilidad penal en estos delitos extra empresa es decir que se cometen fuera. Bueno, ¿cuáles son esas teorías? La teoría de la ejecución lo que haría preguntarnos: ¿Quién ha lesionado de propia mano el bien jurídico?, ¿Quién ha tenido un contacto directo fáctico con el bien jurídico? ¿Quién ha dominado los cursos causales? Bueno,

pues en el ejemplo que analizamos diríamos que quien ha arrojado de propia mano los vertidos, es quien ha lesionado el bien jurídico, es decir, el subordinado.

Así que, a partir de ahí, el responsable es quien ejecuta la acción. Vamos con otra teoría, la teoría del dominio del hecho. Bueno, quienes trabajan con esta teoría del dominio del hecho, saben que existe la autoría del partícipe. El autor domina el hecho. Hay tres clases de autores: directo, material indirecto y autoría inmediata. Así que esa teoría del dominio del hecho lo que haría es preguntarse nuevamente, ¿Quién actúa en la fase de ejecución? Quién trabaja con los dominios de cursos causales, y es que el que termina lesionando el jurídico. Así que de acuerdo a esta teoría el responsable será el subordinado. Ese es el reto del derecho penal económico, y es que siempre se está responsabilizando o se está atribuyendo responsabilidad penal al subordinado.

Hay una discusión personal para atribuir la responsabilidad penal. La responsabilidad es personal, cada quien responde por sus propios actos. Así que entonces el responsable también va a ser el subordinado. Vamos a la cuarta teoría: la coacción. La coacción puede reconocerse como un estado de necesidad. Bueno, esta figura de la coacción quiere decir, que al final tú terminas cometiendo el delito porque alguien te está presionando bajo una amenaza. Así que, en el caso concreto, si el subordinado estaría actuando bajo una amenaza, evidentemente, de

acuerdo a esta teoría, se le puede exculpar, se va a librar de responsabilidad al subordinado.

Luego vamos con esta otra quinta teoría, la ausencia de los elementos subjetivos del tipo: ¿Tú sabías que los vertidos que arrojaban eran contaminantes? No lo sabía, no los conocía. Bueno, pues entonces no hay dolo en el escenario del error de tipo. Por lo tanto, no hay responsabilidad penal.

Y, por último, estas las teorías que trabajan con los criterios fácticos, naturalistas, laicos, en su momento los defendía mucho Fran von Lizeth, Voz, Belli y Metzger. Esta teoría formularía una pregunta al subordinado al que arrojan los vertidos y diría lo siguiente: ¿Fuiste tú quien arrojó los vertidos? ¿Si yo fui quien los arrojé? Bueno, pues como tú has arrojado verdaderamente el resultado de tu conducta, hay relación de causalidad. Bueno, entonces actuaste con dolo. Por lo tanto, tengo una tipicidad subjetiva y tipo objetivo igual al tipo penal, por lo tanto, la conducta es típica.

La doctrina moderna pretende cambiar cómo se resuelve entonces el derecho penal económico moderno. La doctrina lo que recomienda es, que tiene que desarrollarse la teoría de la imputación objetiva dentro de las conductas neutrales con criterios de posición de garante y competencia.

# HÁBEAS CORPUS, UN ANÁLISIS DESDE LA ÓPTICA PENAL

MSc. Karla Yánez Yánez<sup>1</sup>  
MSc. Andrea Subía Cabrera<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Otavalo-Ecuador. Abogada por la Universidad Santa María, Caracas-Venezuela. Docente e Investigadora independiente. Código postal: 100105. Correo electrónico: ep\_kayanez@uotavalo.edu.ec ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0441-9354>

<sup>2</sup> Magister en Relaciones Internacionales y Diplomacia. Abogada y Mediadora por la Universidad de Otavalo. Docente tiempo completo y Coordinadora de Investigación de la Carrera de Derecho de la Universidad de Otavalo. asubia@uotavalo.edu.ec ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2896-1287>

En primer término, quisiera hacer referencia un poco a lo que son los antecedentes de esta institución de Hábeas Corpus. El Hábeas Corpus es una locución latina que textualmente traducido al español, significa trasladar tu cuerpo a presencia de esta institución, a pesar que podemos ubicar históricamente distintos antecedentes. Pudiéramos hacer referencia a uno de los más importantes o trascendentales reconocimientos desde Roma, en el cual se derivó una institución denominada *homne libero* exhibiendo que, traducido también al español, era una figura de interdicto de exhibición de la persona que formaba parte o estaba contenida en esta obra jurídica denominada Digesto realizada por Justiniano y, no era más esta figura de dominio liberal. Exhibiendo que una institución procesal a través de la cual los pretores podían exigir que pareciera un hombre libre que había sido privado de su libertad injustamente.

En ese contexto, remontándonos a esa época histórica, un privado de libertad podía entenderse como la detención física de una persona o como su trato forzado como esclavo. Por lo que este interdicto tenía una finalidad más que todo de proteger este bien jurídico denominado libertad. Ahora, esta institución que data de Roma, se constituye en un antecedente importante para lo que hoy conocemos como mecanismos de protección de algunos derechos, entre ellos la libertad personal.

Sin embargo, en ese momento esa institución estaba destinada más bien a evitar que los particulares detuvieran o retuvieron a una persona

dolosamente. Su naturaleza no era relacionada con las facultades de los estados, sino más bien frente proteger la libertad frente a otros ciudadanos.

En tal sentido, podemos apuntar que la relación entre lo que es el Hábeas Corpus y el derecho penal está íntimamente ligada es el bien jurídico protegido, llámese libertad. Sin embargo, el alcance de esta institución no solamente se limita al derecho a la libertad, sino que también existen otros derechos conexos que son cobijados por ello, como lo es la libre movilidad, a integridad física, la salud y vida digna de las personas privadas de libertad.

Y, también previendo problemas de desaparición forzada de personas, por lo que cobija o resguarda también el derecho a la vida. Ahora, en la actualidad se puede afirmar que el Hábeas Corpus se constituye como una institución normativa de orden o rango constitucional, que además también se encuentra recogida o sustentada en el derecho internacional.

Entonces, estas ideas sobre el contenido y alcance del Hábeas Corpus, como una institución de carácter constitucional, evidentemente encuentran sustento en el modelo de Estado que actualmente rige en el Ecuador, llámese Estado constitucional de Derecho, el cual propugna este ideal supremo de plena realización de justicia y que además se vincula y ha generado una apertura fuerte a la vigencia absoluta de los derechos humanos.

En tanto la propia Constitución, pues, otorga esta jerarquía a los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y los vincula dentro de lo que es el bloque de constitucionalidad, como lo ha señalado la propia Corte Constitucional en su jurisprudencia, sobre el derecho internacional de los derechos humanos que, no es excluyente o contrario a la Constitución, sino más bien se complementa.

Entonces, esto nos lleva a una conclusión, y es que todo este catálogo de derechos humanos y además de derechos constitucionales que tenemos enmarcados en lo que este bloque de constitucionalidad evidentemente genera ciertas obligaciones para los Estados respeten y garanticen los derechos humanos. Y, cuando me refiero al Estado, me refiero a nivel general a todos los órganos que conforman el poder estatal incluido, los órganos jurisdiccionales, administrativos, ejecutivos, entre otros.

En tal sentido, en lo que respecta al caso que nos ocupa, sobre el Hábeas Corpus, los Estados tienen la obligación de brindar seguridad y no solamente seguridad, sino herramientas jurídicas, procesales, jurisdiccionales, ante las interrupciones del derecho a la libertad, bien sean ilegales, arbitrarias o ilegítimas. En este contexto la Constitución ecuatoriana desde el año 2008 establece un catálogo de distintas garantías constitucionales, entre las cuales podemos ubicar garantías normativas, garantías de políticas públicas y garantías jurisdiccionales

dentro del catálogo específico de las garantías jurisdiccionales que prevé la Constitución del 2008.

Entre ellas, se reconoce la acción de Hábeas Corpus en su artículo 89 de la Constitución del Ecuador, que define el objeto de esta garantía, en recuperar la libertad de quien se encuentra privado de ella, bien sea de forma ilegal, arbitraria o ilegítima, por orden de autoridad pública o de cualquier persona, así como proteger la vida y la integridad física de las personas privadas de libertad. Esta privación de libertad, algunos autores definen como la acción o efecto de detener o de privar de libertad provisionalmente a una persona. Lo que quiere decir y lo ratifica Cabanellas, es que esta privación de libertad propiamente dicha, comienza en el momento que la persona deja de gozar de este derecho y que además puede extenderse en el tiempo.

Esto quiere decir, que para que proceda esta garantía jurisdiccional de Hábeas Corpus, no basta con que la persona sea privada de su libertad, sino que además debe haberse realizado esta privación de libertad en condiciones de irregularidad, llámese ilegalidad, arbitrariedad o ilegitimidad. Entonces, para poder comprender correctamente el alcance de esta garantía de habeas corpus, debemos hacer primero la diferenciación entre los términos de ilegalidad, arbitrariedad e ilegitimidad.

Para referirme a la primera de las irregularidades que se pueden presentar en el marco de una privación de libertad, llámese ilegalidad,

está más bien relacionada con el carácter legal de una detención vinculada a un precepto legal normativo que la respalde. Esto está sustentado también en la Convención Americana de Derechos Humanos artículo 7, numeral 2, en el cual se establece expresamente que nadie puede ser privado de su libertad, salvo por las causas o condiciones fijadas de antemano, llámese en la Constitución o en las leyes dictadas conforme a la Constitución.

Por lo tanto, si todas estas normas internacionales presuponen esta idea de que la norma o que la privación de libertad que se realiza esté sustentada en el marco de la legalidad, es decir, que haya un presupuesto legal para ello. Este aspecto de la legalidad, en las privaciones de libertad ha sido desarrollado igualmente de manera jurisprudencial por la Corte Interamericana, y son enfáticos al expresar que para que la privación de libertad reúna estas condiciones de legalidad, deben ser concurrentes dos aspectos. El primero de ellos un aspecto material, y el otro es un aspecto formal.

El aspecto material a que se refiere en cuanto a la legalidad, que quiere decir que nadie puede verse privado de libertad personal sino por estas causas, casos o circunstancias, tipificada en la ley en cuanto al aspecto material. Mientras, que el aspecto formal, la Corte se refiere a que además esta privación de libertad debe estar tipificada en la ley y debe realizarse con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente

definidos a la misma. Esto en cuanto a lo que es el aspecto de la legalidad de la detención.

Por otra parte, en la segunda irregularidad que podemos observar en una privación de libertad es la arbitrariedad. Este concepto de arbitrariedad en la privación de libertad. La Corte Interamericana ha hecho referencia en el caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras cuando expresó textualmente que cuando se estén presente una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención por causas o métodos que pueden ser legales, es decir, que pueden estar sustentados en un precepto normativo, pero que son incompatibles en cuanto al respeto a otros derechos fundamentales por razones de razonabilidad, imprevisibilidad o falta de proporcionalidad. Esto quiere decir que una detención puede ser calificada como legal, pero puede resultar arbitraria. Y, en ese caso, también sería objeto o sería susceptible de un habeas corpus, si es que, durante esa detención, aun siendo legal, se violentan los derechos de la persona de cualquiera de las formas posibles.

En cambio, a lo concerniente a la ilegitimidad de la detención, algunos autores hacen referencia a la ilegitimidad como consecuencia de la ilegalidad o arbitrariedad de una privación de libertad. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia, en su sentencia de Hábeas Corpus número 234 y en 2016, da una definición clara de estas tres variables en cuanto a la privación de libertad, señalando que la privación de libertad puede

ser ilegal. Entonces, en resumidas cuentas, cuando va en contra de una disposición legal arbitraria, cuando se ejecuta sin tener sustento en una disposición legal o ilegítima, cuando independientemente de su ordenación jurídica, es decir, que cuente con respaldo legal a tinta de forma injustificada a un derecho fundamental.

Entonces, esas son las tres distintas irregularidades que pudiéramos observar en el marco de la privación de la libertad. Por otra parte, se analizará el alcance de los derechos tutelados por la garantía de habeas corpus. Primero apuntábamos sobre el derecho a la libertad. Sin embargo, hay otros derechos, como el derecho a la vida y la integridad personal, toda vez que cuando una persona esté privada de su libertad, aunque sea en debida forma, bajo ninguna circunstancia pueden verse afectados sus otros derechos, como por ejemplo el derecho a la vida, la integridad personal.

La normativa nacional e internacional es constante al prohibir expresamente los tratos violentos o de tortura. Por otra parte, podemos distinguir entre dos tipologías del habeas corpus en tanto al momento en que estos son propuestos. El habeas corpus en principio tiene una naturaleza correctiva, es decir, devolver a esa persona en el estado que se encontraba entre la privación de libertad por haberse realizado, está bajo los parámetros de ilegalidad, arbitrariedad o ilegitimidad. Sin embargo, en la jurisprudencia reciente más o menos del año 2018/2019

se ha venido trabajando en el caso ecuatoriano en lo que es la figura del habeas corpus preventivo.

Y este último no es más que el mismo procedimiento, sí de garantía jurisdiccional, pero que tutela la libertad en aquellos casos que aún, cuando no se ha perfeccionado esa suspensión de la movilidad de la persona, existen una grave intimidación que debe ser auténtica y que evidentemente ocurra con vulneración a la normativa vigente.

La Corte señala que es indispensable que la amenaza sea real y que sea inminente, por lo cual debe ser comprobable. No debe ser ni conjetural ni presunta y debe ser conocida y verdaderamente manifestada de palabra u obra. Además, en un plazo inmediato y predecible, no en el futuro. Entonces, esta figura jurídica, al igual que el habeas corpus correctivo, está destinada a salvaguardar la libertad, la vida y la integridad de las personas amenazadas, con la finalidad de cesar este acto atentatorio a la inmovilidad forzosa o desaparición, o incluso actos de crueldad que denigren y o degradan la dignidad humana.

En consecuencia, se puede concluir que este Hábeas Corpus como una acción constitucional tendrá la finalidad de la protección de la libertad integridad de las personas. Sin embargo, estos conceptos y sobre todo el de integridad personal, han sido desarrollados y tenemos una reciente sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador del año 2021 que desarrolla el alcance de estos derechos más allá de la libertad y la

vida. Se hace hincapié en lo que es el derecho a la integridad personal y no establece ciertos parámetros. Establece ciertos parámetros que conforman o que dicho forman parte de este derecho a la integridad personal.

En primer lugar, se establecen algunas dimensiones de este derecho que la integridad personal comprende la integridad física, la psíquica, la moral y la sexual como parte del núcleo estrecho y además establece algunas prohibiciones, expresa frente a formas de vulneración de la integridad personal. La primera de ellas es la prohibición de la tortura y de todo trato cruel. Inhumanos o degradantes. Y expresamente ha establecido que existirá tortura si cuando se lleve a cabo un acto realizado por cualquier persona de manera intencional que cause severos sufrimientos físicos, psicológicos o sexuales y que se infringe independientemente del propósito.

Esto quiere decir que, dentro del derecho a la integridad personal, si se propugna el respeto a la dignidad como fundamento esencial de este, que evidentemente tiene sustento constitucional y además en algunos otros instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana, Derechos Humanos, entre otros.

Por otra parte, señala expresamente que este derecho a la integridad personal se encuentra reforzado de protección constitucional en aquellas personas privadas de libertad. Como parte de los grupos de

atención prioritaria que establece la propia, la propia Constitución y asimismo deja expreso la prohibición sí, o mejor dicho, la excepcionalidad del aislamiento de las personas privadas de la libertad como último recurso de o como sanción disciplinaria.

Asimismo, establece algunos parámetros para el uso progresivo de la fuerza en los centros de privación de libertad, como lo son la legalidad, la absoluta necesidad y la proporcionalidad. Y, por último, establece algunos parámetros en cuanto a la tramitación del habeas corpus, como la inmediatez y la celeridad de la tramitación de estas garantías constitucionales.

En esta misma línea jurisprudencial, la Corte Constitucional estudia el Hábeas Corpus dentro los Centros de privación de libertad en el Sistema Nacional de Rehabilitación Social. Como sabemos, en el 2021, aproximadamente más de 300 personas privadas de la libertad han fallecido por los amotinamientos y diversas situaciones estructurales. Entonces recordamos que esto no es reciente, ya desde hace muchos años e inclusive desde el 2019, el Poder Ejecutivo ha dictado reiterados decretos ejecutivos de estado de excepción por grave conmoción interna dentro de las cárceles de los centros de privación de libertad. Pero cada año se sigue emitiendo estos decretos y vemos que la situación no ha mejorado, por eso estos días, desde el primero de diciembre del 2021, representantes de la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos, se encuentra en nuestro país con el fin de conocer la situación de los derechos de las personas privadas de la libertad.

Y como sabemos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emite medidas e informes de forma y fondo y posiblemente vamos a tener un proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Entonces, dentro de este caso que se están mencionando los considerandos de la Corte, podría comentarles que existen diversos, entre los cuales se menciona que la falta de prevención de la violencia interna dentro de los centros de privación de la libertad es la responsabilidad del Estado y en este caso del Ejecutivo y también del Judicial.

Además, la Corte Constitucional emitido dictámenes sobre Hábeas Corpus para pueblos y nacionalidades indígenas. En el caso Waorani, que nos permite comprender a la integridad personal como tal, sino que, además, se analiza a la integridad intercultural y cultural. Entonces se menciona que las personas privadas de la libertad como grupos de atención prioritaria se encuentran limitados en el acceso a bienes y servicios. La restricción que comprendemos es de libertad ambulatoria, no respecto a los otros tipos de libertades y se conoce que está prohibido toda forma de aislamiento, trato cruel e inhumano porque las personas están propensas mucho más rápido a un deterioro físico y muchísima más al psicológico.

También, respecto a los derechos de las personas privadas de la libertad pertenecientes a pueblos y nacionalidades indígenas, sabemos que la Constitución menciona que está prohibido el aislamiento y que estas personas tienen derecho a un tratamiento especializado. En atención a sus necesidades recreativas, alimenticias, culturales, laborales, a declarar ante una autoridad judicial, como ha recibido el tratamiento en la privación de la libertad, porque tiene derechos especiales como grupo de atención prioritaria.

Entonces, en los casos que se ha mencionado se vulneraron diversos derechos conexos por parte de las autoridades que han incurrido en omisiones indebidas, ya que la integridad personal de las personas privadas de la libertad depende de los guías penitenciarios y todas las personas que forman parte del sistema de rehabilitación social y tienen que prevenir esta violencia intra carcelario.

Entonces por ejemplo en el caso Carrasco se mencionaba, que quienes tienen el control en las cárceles, no son las autoridades, sino los presos, y sumando este problema al hacinamiento carcelario esto produjo un colapso carcelario, como decía el doctor Christian Masapanta, un colapso de los centros de rehabilitación social. Por ejemplo, en este centro de rehabilitación tiene la capacidad de 200 personas, pero actualmente están viviendo 1000 personas.

Otro de los aspectos que vemos en este caso es que existe falta de suficiente número de guardias penitenciarios, equipo de dotación y

capacitación sobre estas personas. Y también menciona que algunos reos homosexuales son víctimas de vulneraciones heterosexual porque no existe una clasificación de internos y esto supone que no existe una clasificación conforme a la peligrosidad de los internos. Pero en la práctica, según estos casos, no existe otro aspecto de cuidado en la falta de atención médica como garantía del derecho a la salud de forma integral, no solo física, sino psicológica, etc.

En estos casos, algunos auxiliares de enfermería mencionan que en este centro de privación de libertad no existe un médico en Sucumbíos. Las certificaciones médicas del proceso refieren al estado físico, pero no proveen información del estado psicológico, ni antropológico, ni peritos adicionales, sino que tampoco se toma en cuenta que el confinamiento genera en las personas privadas de la libertad angustias severas. Incluso se han planteado el subestimo y lo que dice la Corte Constitucional es que las autoridades no acreditan contar con protocolos de atención especializada ni haber tomado las medidas para atender a las personas de forma integral para que se cumplan la rehabilitación integral.

El voto concurrente del caso, menciona que previa a dictar una prisión preventiva, deberían asegurar el diálogo intercultural para analizar otro tipo de medidas alternativas a la prisión preventiva y que cumplamos lo que menciona en caso diversos resueltos en el Ecuador, esta esta medida cautelar no es empleada de última ratio.

Y bueno, como para comentar ejemplos sobre el tema de la protección del derecho a la salud de los reos, en el modelo cubano, por ejemplo, es un modelo cuantitativo de abordar. En estos centros penitenciarios cubanos se dispone un médico por cada 200 privados de la libertad personal médico, personal enfermería, un equipo que responde en cada centro de privación de la libertad o de rehabilitación social, y esto asegura que las personas sean atendidas en todo momento de forma integral.

Pero bueno, de lo que nosotros sabemos es que existen una insuficiencia de políticas públicas y ausencia de medidas que eviten el deterioro de las condiciones precarias en las que viven las personas privadas de la libertad. Y, eso genera una situación de vulnerabilidad y posiblemente llega a pasar, que reciben tratos crueles, inhumanos, existiendo entonces la impunidad del Estado por no lograr sancionar estos actos.

Esta impunidad si existe y en conformidad como decía la Corte Interamericana, se lo reconocerá como una responsabilidad del Estado, no es la acción estatal no puede reducirse a sofocar motines y emitir continuamente declaraciones de estado de excepción en las causas.

Entonces, otro de los puntos que les quería comentar es la finalidad de la rehabilitación social desde la teoría de la pena. Nosotros comprendemos que existe un sistema y un reglamento de rehabilitación social antes del actual Código Orgánico Integral Penal.

Código de ejecución de penas que tiene el objetivo de hacerlo a través de cuotas políticas. Y actualmente, de forma paradójica, no se habla de un instructivo para la aplicación del Código de ejecución de penas, pero el mismo fue derogado según lo que dicen las disposiciones finales. Pero bueno, eso ha sido lo que más o menos comprendemos.

Entonces, algo que quería mencionar es que nosotros como estado, mantenemos la teoría de la prevención general positiva, la teoría con el fin de reintegrar a la persona a la reinserción social, reintegrar y rehabilitar. Una de las críticas que hace Nino es que la dogmática jurídica en materia penal podría ser uno de los pocos satisfactorio de teorización jurídica, porque generalmente la validez jurídica a priori podría colocar al mundo de derecho del mundo del derecho, no en el mundo de los hechos. Y tal vez no existe un vínculo entre el hecho y el derecho.

En ese mismo sentido Zaffaroni, dice que la prisión no puede mejorar nadie en la ciencia social. Hoy está demostrado que la criminalización secundaria comparte las características de instituciones como manicomios, conventos, cuarteles y generalmente las prisiones en las cárceles no han podido responder a la prevención de rehabilitar a las personas. Entonces esa ha sido las críticas que se ha hecho hace mucho tiempo. Además, Alf Ross dice que el modelo descriptivo de la reumática podría sumarse al modelo empirista de la realidad del

derecho. Bueno, como para comentarles, existe actualmente el modelo penitenciario sueco que estudiábamos con el grado de la Universidad.

El modelo sueco aplica la teoría penal, el control social y esta teoría permite comprender que analizan la realidad social de la persona privada de la libertad, no sólo desde la óptica penal, sino desde la sociología, la antropología y la sociología jurídica, con el fin de garantizar que la persona se rehabilita de forma integral. Entonces, actualmente este modelo sueco es novedoso y no solo se generaría a través del presupuesto estatal, sino de otro tipo de teoría del derecho que permite vincular el modelo descriptivo de la dogmática jurídica con el realismo jurídico.

Otro punto, la Constitución también menciona que el sistema judicial requiere de jueces de garantías penitenciarias en común para comentar. Aunque la Constitución menciona esto y el código orgánico de la función judicial también menciona la necesidad de la existencia de estos jueces. Recientemente, el Consejo de la Judicatura nombró ocho nuevos jueces de garantías penitenciarias de nuestro país para las provincias de Guayas. Pero claro, entendemos que existe 40000 personas privadas de la libertad, no una cuarta parte.

Personas que no tienen ni pena, no tienen la sentencia. Entonces hablaríamos de unas 30 mil personas que estarían en análisis de los ocho jueces a nivel nacional, jueces de garantías que permitan conocer

cómo están avanzando en la rehabilitación social las personas privadas de la libertad y es necesario que se ve un sistema abierto, etcétera.

Pero tal vez este proceso en nuestro país y la Corte ya enfatizó que la privación, la prevención de la violencia y del uso progresivo de esta fuerza que muchas veces es arbitraria, podría darse. De esta forma, el Estado debe adoptar medidas que protejan no la integridad personal a través de políticas y mecanismos. En el habeas corpus los jueces deben verificar la información que otorgan los accionante, las autoridades y otras personas privadas de la libertad. El uso de la fuerza en requisas debe ser verificado con el fin de primero establecer medidas preventivas y no continuar con algún tipo de actuación que vulnera los derechos de las personas privadas de la libertad, como en los casos mencionados.

Entonces se requiere erradicar el hacinamiento porque generalmente el hacinamiento genera condiciones precarias en servicios básicos de infraestructura y en el proyecto de vida de las personas privadas de la libertad y como les decía, es necesario jueces especializados en mayor cantidad que garanticen la rehabilitación de las personas privadas de la libertad.

De forma interdisciplinar, la Corte Constitucional no menciona que, se debe asegurar condiciones dignas prevenir y erradicar la tortura, porque estos Estados han de adoptar medidas que incorporen enfoques

de género interseccional e intergeneracionales para evitar la violencia intra carcelaria, que se estaba produciendo.

Y la Corte Interamericana ha exhortado a los estados partes, que las personas privadas de la libertad deben estar separadas por categorías según el grado peligrosidad, como también de asegurar condiciones dignas, prevenir y erradicar la tortura e investigar de oficio estos tipos de conductas, con el fin de evitar a nivel nacional todo tipo de violencia intra carcelaria.

# TÉCNICAS DE CONTRAINTERROGATORIO

MSc. Paúl Gallardo<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado por la Universidad Central del Ecuador. Diplomado en Defensa Internacional de los Derechos Humanos, acreditado por el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos y la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza. Máster en Derecho con Especialización en Litigación Oral por la California Western School of Law. Actualmente se encuentra asistiendo a la Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal Alemana en la Georg-August-Universität Göttingen, y es cursante del Programa Especializado en Compliance, avalado por la Aden Business School y la George Washington University. Presidente de IUS Academia de Estudios Jurídicos y de Find Law Firm. Docente universitario. Tiene publicaciones y conferencias presentadas en Ecuador, México, Perú y Colombia.

Esta ponencia abordará las técnicas de contra interrogatorio. Quiero iniciar con algo importante. El juicio oral es una cuestión estratégica. El juicio oral es vender una historia. Entre. Su propia historia y competir con la venta de la historia que hace el antagonico contradictorio, es decir, usted es defensor y tiene que vender su historia frente a lo que hace el fiscal.

Históricamente, el sistema estadounidense se rige bastante por la justicia negociada, Pero ¿qué es la justicia negociada? La justicia negociada es lo que nosotros tenemos aquí como el procedimiento abreviado o el juicio abreviado. Regularmente, casi todos los casos se solucionan mediante la justicia negociada y también sobre la mediación y otras formas como la justicia restaurativa. Sin embargo, una pequeña parte de los casos quedarán para un litigio en un juicio oral. Entonces hay que iniciar diciendo que el juicio oral es una cuestión estratégica. Y, hay que iniciar diciendo también que para realizar un contra interrogatorio eficiente es menester siempre realizar una amplia investigación criminal. Es decir, que si usted asume un proceso por un presunto delito sexual. Es importante investigar la información sobre la presunta víctima.

Realizar un test CPA si se desea de forma privada, buscar o indagar información que pueda parecer en un auto, por ejemplo, en entidades estatales, si es que el denunciante informó que ocurrió tal día y usted tiene información de que salió del país, chats que puedan desacreditar

la teoría del adversario que ya se está formando y todo aquello que le pueda servir desde la prueba pericial, desde la prueba testimonial.

Es importante que, si usted asume un proceso por un presunto delito contra la vida, se pueda investigar a través de ciertos elementos de la ciencia médica para así ir construyendo la teoría del caso. Entonces, una correcta investigación criminal permitirá formar una teoría del caso sólida. Una correcta investigación criminal no es una cuestión de revisar únicamente posturas jurídicas, una correcta investigación criminal es conocer cuanto hecho sea necesario conocer, que esté relacionado de forma directa o indirecta al sujeto activo o al sujeto pasivo, a esos dos personajes que son clásicos en todo juicio oral. Con una correcta investigación criminal, usted puede ir formulando su teoría del caso.

Ahora bien, al momento de hablar del contra interrogatorio, es necesario citar las tres reglas básicas del contra interrogatorio de Francis y Bailey, un litigante estadounidense que sin duda ha tenido mucho éxito en juicios orales y también mucha polémica ha dejado al respecto. Francis Bailey nos da tres reglas básicas para el contra interrogatorio. Primero, no lo haga si no es necesario. Segundo, hará preguntas sugestivas. Y tercero, en caso de dudas, recuerde la regla número uno. Es importante que al momento de usar el contra interrogatorio, el arma más poderosa de litigante para enfrentar a su adversario. Es importante que usted analice los costos.

Ese interrogatorio directo que hizo el fiscal o hizo el defensor vamos a llamarle el adversario. Ese interrogatorio directo que hizo el adversario afecta a mi teoría del caso. Primera pregunta y segunda pregunta en caso de que la primera sea positiva, si no, no hay nada más que analizar. Recordemos no lo hagas si no es necesario. Segunda pregunta. Tengo elementos para desacreditar a ese testigo o a ese perito mediante un contra interrogatorio. Es importante responder desde un punto de vista realista, esta segunda pregunta. Porque puede ser que ese testigo, ese perito, se acuerde de algo que más bien le perjudique a usted. Y, es por eso que el conjunto de las preguntas sugestivas entonadas directamente a marcar el territorio por el cual va a caminar ese testigo y ese perito.

Pongamos un ejemplo: el día 7 de febrero de 2021, a las 7 de la noche, usted se encontraba en el centro comercial Centro Norte. Es correcto eso ¿sí o no? Sí, es correcto. Y usted se encontraba comprando una camisa en Zara. Es correcto eso ¿sí o no? Sí, es correcto. Y al momento de pagar en la caja vio que una persona estaba saliendo del local con sangre en su camisa. Es correcto eso ¿sí o no? Vea si le va a responder sí. Vean ustedes cómo, a través de las preguntas sugestivas, usted va controlando el relato y usted no va a controlar el relato por el mero hecho de controlar. Usted va a controlar el relato porque a través del control de ese relato usted tiene una labor importante, que es desacreditar a su adversario. Si la teoría del caso de Fiscalía. Es que

esta persona fue atacada en otro local. Y si ¿se quiere desacreditar eso y quiere generar alguna contradicción? Puede estar marcando la ruta. Quizás no en el punto medular, pero sí la ruta para desacreditar a otros testigos que respaldan esa teoría de fiscalía. Veán ustedes como ese contra examen.

Además, estas técnicas distan mucho entre peritos y entre testigos. Vamos a ver. Cuando se ejerce un contra interrogatorio, siempre se lo debe ejercer pensando en su teoría del caso. Por tanto, hay que mantener el tema y la teoría en todo contra interrogatorio, mantener el control del relato del testigo. Entonces, preguntas sugestivas o las típicas preguntas de si o no, si no, si no. Rechazar siempre las respuestas es importante para mantener ese control del relato de testigo. Porque si usted le hace una pregunta de sí o no, y el Señor le dice bueno, yo creo que ya comienza a dar una respuesta abierta que no diga ni sí ni no.

Usted debe tratar de controlar ese relato del testigo, atacar esa credibilidad es importantísimo también para que usted refuerce su teoría del caso. Es importante también decirles que cada pregunta debe llevar en lo posible siempre, siempre un hecho diferente a fin de controlar ese relato. Entonces bien. Hay dos sujetos diferentes al momento de contra interrogar los testigos y los peritos. Vamos por partes. Los policías son testigos que están acostumbrados a su rol. Presenciaron el hecho, detuvieron al procesado, realizaron una pericia,

etcétera, son peritos o son testigos que tienen cierta experiencia. Por tanto, el direccionamiento tiene que ir en errores concretos. Un más, con más certidumbre podemos afirmarlo respecto a los peritos.

El perito durante años estudió y durante años practicó lo que estudió. Ese perito está muy preparado típicamente para sostener su informe. Normalmente está más preparado que usted como abogado que recién está estudiando esa área o que no ha tenido el tiempo suficiente para estudiar esa Narayen. Por tanto, el ataque a los peritos tiene que ser sobre sus debilidades. Todo perito o testigo, todo policía, toda persona, está sujeta a errores. Por eso que soy escéptico de que el proceso penal descubra la verdad.

¿Porque los peritos y los testigos?, los peritos pueden usar procedimientos que luego son superados por la ciencia. Los testigos pueden muchas veces mentir o pueden dar una falsa representación o pueden actuar bajo prejuicios. Veán ustedes que en los jurados estadounidenses un afrodescendiente tiene tres veces más posibilidades de ser condenado. Si está siendo acusado de un delito sexual o de un delito contra la vida o de un delito contra la propiedad. Es decir, o son más proclives a delinquir, o creen más bien que existe un prejuicio del jurado. Yo me voy por la segunda postura.

Entonces, en ese estado de cosas hay que diferenciar esos testigos, los testigos frágiles, normalmente se les hace preguntas cerradas en el contra interrogatorio, a fin de evitar que divague. Pero también en el

contra interrogatorio. Hay que saber sobrellevar esas preguntas sugestivas. La mejor forma de atacar a un testigo. Es ejercer sobre él el control del relato y a través de ese control del relato, procurar que existan contradicciones. La mejor forma y el punto más débil de un perito es precisamente su metodología. Si ese informe pericial pueda estar viciado de errores, que, de hecho, si los tiene usted como defensor, tiene la obligación moral, ética y jurídica de atacar esos errores. En este estado de cosas quiero, por razones de tiempo y para ensayar un poco, dejar tres técnicas importantes del contra interrogatorio.

La famosa técnica de confirmar, acreditar, confrontar y acabar. Y aquí quiero hacer una crítica al sistema de justicia ecuatoriana aquí en Ecuador. Si Fiscalía pregunta y esto es para muchos jueces es real y litigar en al menos 7 provincias y es real. En Ecuador si fiscalía pregunta a la defensa no puede preguntar porque para muchos jueces aquí en Ecuador esto es una pregunta sugestiva. Según el sistema anglosajón estadounidense y muchos sistemas latinoamericanos, muchos autores también lo dirán, lo mismo que estoy diciendo en este momento. La pregunta es repetitiva cuando el mismo sujeto procesal la vuelve a formular. Es decir, que si Fiscalía tiene la pregunta a yo como defensa también puedo preguntará como defensa lo voy a preguntar de forma sugestiva. En la defensa necesito meter esa información, porque de pronto tengo una ruta en el contra interrogatorio y además por equidad procesal.

Precisamente porque una de las grandes ventajas del sistema acusatorio es la contradicción. Y no existe contradicción si no se respeta el valor de la equidad. El que rige el sistema acusatorio. Muy bien confirmar, acreditar, confrontar y acabar. Si tenemos un juez de derecho. Que no confunde el contenido de las preguntas repetitivas. Podemos aplicar esta técnica de la siguiente forma. Es importante confirmar la información. Es decir, durante el interrogatorio directo del fiscal, el testigo A) dijo que el sujeto B) que manejaba el camión en el cual se transportaba materia de contrabando. Imaginemos cualquier tipo penal. Solo quiero concentrarme. ¿Quién conducía el camión? Si el testigo A) dice eso en el interrogatorio directo, pero también tenemos al testigo B) que no dice lo mismo. Por supuesto, en una versión que quien conducía el camión la noche de los hechos era la persona C. Es decir, hay una contradicción. Yo no puedo utilizar esa versión para negar en el juicio oral, porque eso no es prueba, sólo los testimonios son lo que vamos a utilizar.

El contenido de los testimonios es lo que vamos a utilizar durante nuestro alegato. Entonces utilizamos la técnica de confirmar, acreditar, confrontar y acabar. Vamos a ver, primero hay que confirmar. Usted, ante el interrogatorio de Fiscalía, dijo que el ciudadano B. ¿Manejaba el camión, se ratifica en eso sí o cuándo? Tendrá que decir sí. Muy bien, necesito revisar las fojas del expediente a través de Fiscalía. Esta versión es suya sí o no, si ésta es su firma sí o no. Si el contenido de

esta versión que usted rindió ante Fiscalía lo reconoce como verdadero sí o no. Piénselo bien. Sí, perfecto. Como usted puede hacer preguntas sugestivas, usted puede señalar esa versión que usted señala con el dedo en esta parte de la versión.

Usted dice que se iba manejando el carro, es correcto eso ¿sí o no? Sí, y ha finalizado ese ejercicio cuando confirma cuando usted toma la información de y del interrogatorio directo de Fiscalía, cuando acredita, cuando trae a ese juicio oral la versión anterior que ya ha dado ese testigo, cuando confronta, cuando utiliza de esa versión anterior la información contraria a lo que ha dicho ese testigo en el interrogatorio directo. Y cuando acaba, cuando usted dice no más preguntas. Es importante, queridos colegas, que el contra interrogatorio se trate de acabar cuando usted está ganando. Un contra interrogatorio debe acreditar su caso y debe desacreditar el caso del adversario.

Es así que otra de las técnicas es la de contradicción lógica está destinada a generar en el juzgador esa persuasión a través de un testigo que no logra controlar su relato. Vamos a ver. Y solo, por citar un ejemplo, estamos en un presunto caso de violación. Según la testigo a) el procesado llega en un carro negro con otra persona secuestra. A la víctima la meten a la fuerza en el carro y luego se la llevan. Y ella estaba muy asustada, ella salió llorando. Ven, yo tengo una crítica en delitos sexuales, hay muchas falsas alegaciones, créanme. Lo que es cierto, lo digo desde mi experiencia profesional. He descubierto muchos

casos, varios casos de personas inocentes acusadas injustamente. No todos los acusados son culpables, hay culpables y hay inocentes. Y es importante no mirar la gravedad del delito, sino mirar el peso de las pruebas.

Y, si usted está en esa audiencia y usted tiene una declaración previa donde ella dice que no llamó a la policía después de ver eso. No llamó a la policía después de ver algo que le hizo llorar, que le afectó emocionalmente, que le espantó, etcétera, etcétera, etcétera. Cuando se utiliza la técnica de contradicción lógica, cuando usted desacredita ese relato, cómo lo desacredita usted. Le pregunta. Todas las preguntas de rigor para acortar el tiempo y llegar en el momento justo en el que el vehículo se va con el procesado llevándose a la víctima, supuestamente después ocurrió una violación. Entonces el procesado ya se va. Y el procesado huyó con su amiga es correcto eso ¿sí o no? Si, después de huir con su amiga, usted estaba llorando. Es correcto eso ¿sí o no? Si. Y usted, después de ver ese suceso, llamó a la policía respóndame ¿sí o no? ¿Iba a decir no? Y si dice así, utilice la técnica anterior. La de confirmar, acreditar, confrontar y acabar.

Recuerde que usted tiene una versión previa donde ella dice que no llamó a la policía después de ver eso. En ese punto, cuando ella dice no. Usted tiene un pie para el alegato y es importante decirle a usted que no hay que utilizar la pregunta de más, porque si usted le dice y ¿por qué no llamó a la policía? Esa testigo, defendiéndose del ataque que

usted le está dando, puede decir cualquier cosa que destruya todo lo que usted consiguió en los puntos anteriores de ese contra interrogatorio. Es decir, queridos colegas, acabar cuando estás ganando y no hacer la pregunta de más es importante para cumplir las metas del contra interrogatorio.

Una tercera técnica y voy a usar el mismo ejemplo para acortar el tiempo. Es la técnica de Lupin. La técnica de Lupin se diferencia de la pregunta repetitiva y hay varias formas de usar la técnica de Lupin. Hay quienes la clasifican incluso. Pero la técnica de Lupin lo que hace es separar ciertos hechos para darle, clasificar y ciertos hechos y mantener un hecho para darle énfasis a ese hecho que usted mantiene ese hecho específico.

Si usted le dice llamo a la policía sí o no y ella le dice no, por supuesto que ha terminado el examen. Pero si usted me dice y en ese momento, después de ver eso, usted tenía un teléfono a la mano, respóndame si o no, si usó en ese momento, en ese preciso momento, el teléfono para llamar a la policía, respóndame si o no, No. Usted a las dos de la tarde, donde se encontraba, se encontraba en el colegio, es correcto eso sí o no, No. Se encontraba en la casa, es correcto eso sí o no, Si. En ese momento en que se encontraba en la casa usted llamó a la policía. Respóndame ¿sí o no? Vean cómo es cerrado y sugestivo ese contra examen para llevar a ese testigo a que camine por el terreno que usted necesita que camine.

Y, si usted está manteniendo un hecho. Llamó a la policía, pero ese hecho lo está separando en espacios y al separar ese hecho en espacios, usted está haciendo un énfasis que persuade al juzgador y lleva a reforzar la técnica de contradicción lógica que usted utilizó antes. Es decir. Estas técnicas de contra interrogatorio nos permiten direccionar el ataque.

El arma más poderosa del abogado litigante, si no se la usa bien, es contraproducente y va en su contra. Usted va a dirigir el ataque de forma técnica porque y esto, como siempre lo digo, la litigación no tiene nada que ver con las películas. Usted, por enojarse o pelear con el testigo, usted no va a conseguir que el testigo le responda oiga, ¡qué buen abogado que es usted! Le estaba mintiendo, pero para que usted no se moleste, le voy a decir la verdad.

Es importante que usted sepa confrontar con rapidez en las preguntas. Saber en qué momento va avanzando más en el terreno, porque en la medida en que avanza ese contra interrogatorio hay cosas que cambian. No todo sale exactamente como usted lo planeó. Es más, su testigo no va a caminar exactamente por el territorio que usted lo planeó. Pero si usted logra controlar, en un ochenta por ciento las respuestas y usted logra conseguir el objetivo de desacreditación. Ha valido la pena ese contra interrogatorio.

Esto es ejercitarse constantemente a través de juicios orales y es importante y quiero, para concluir, volver al inicio. Es importante una

correcta investigación criminal, porque sólo una correcta investigación criminal le permite ejercer una verdadera defensa efectiva en el juicio oral. Esta forma, tenemos una gran ventaja en el sistema acusatorio adversaria.

Ese sistema acusatorio y con esto quiero concluir ese sistema acusatorio, siempre existió la oralidad, la contradicción que existía en la Grecia antigua, existía la Roma antigua. Si bien el sistema inquisitivo aparece en la Edad Media, en la Edad Antigua, es en la Edad Media cuando alcanza el verdadero desarrollo con la Santa Inquisición, y luego de eso hemos vuelto a ese sistema acusatorio que lo hemos importado un poco del sistema acusatorio continental europeo, que además es incorporado a raíz del sistema inglés y estadounidense anglosajón.

Ellos llevan muchos siglos en esto de forma ininterrumpida y las grandes ventajas del sistema acusatorio adversaria. Es precisamente. Que si bien yo soy escéptico de mi asistirlos, soy escéptico escrito sobre esto, de por qué soy escéptico. Pero si bien la verdad no puede ser descubierta al cien por ciento más, nos acerca un sistema acusatorio a través de la contradicción, sobre todo que es un sistema inquisitivo.



# EL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO EN MÉXICO

MSc. Jorge Gamboa<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Licenciado en Derecho egresado del Centro Internacional de Estudios Superiores. Especialista en Ciencia Jurídica Penal por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE). Especialista en Derecho Probatorio por la Universidad de Medellín-Colombia. Maestro en Derecho Penal y Criminalística por la Escuela de Derecho, Postgrados y Práctica Jurídica. Doctorando en Derecho Penal por la Escuela de Derecho Postgrados y Práctica Jurídica. Juez de Primera Instancia de Control en el Estado de Morelos. Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Morelos. Presidente de la Sala Regional del Segundo Distrito Judicial en el Estado de Morelos.

En el Estado de México, tuvimos una reforma en el 2019 en nuestra Constitución Federal, en donde, obviamente se estipula y se da por primera vez el tema de la extinción de dominio. Esto con la única finalidad obviamente de debilitar a las organizaciones criminales en nuestro país. Históricamente, se conoce que en México adolece de unos índices de violencia muy elevados. Todo por el crimen organizado y que tiene que ver mucho también con el trasiego de la droga, de las armas, de los indocumentados al país vecino, a los Estados Unidos. De repente decíamos en la historia de nuestro país “tan lejos de Dios, pero tan cerca de Estados Unidos”.

La figura de la extinción de dominio en México, efectivamente ya había estado contemplada en una ley. Sin embargo, nosotros, a raíz de los ejemplos que hemos visto en países como Colombia y donde nosotros los tenemos como un avance precisamente a todos estos temas de la extinción de dominio, lo que tiene que ver precisamente con el debilitamiento de las estructuras de las organizaciones criminales en el aspecto financiero, pues obviamente tuvimos que ver hacia Sudamérica, en donde uno de los países más avanzados es Colombia y ustedes lo saben.

Hoy en día Colombia tiene aproximadamente 500 millones de dólares en extinción de dominio y bueno, es un país avanzado mucho en este tema y es un gran aliciente, pues también nosotros tenerlos por ahí. Nosotros en esta reforma constitucional de extinción, de dominio,

hablábamos y empezamos a entender que esta acción de extinción de dominio para empezar era una acción de naturaleza civil y autónoma del derecho penal. Realmente aquí no es una acción en contra de las personas, sino en contra de los bienes. Estos bienes que tienen dos características que sean producto bruto o accesorio, precisamente de una actividad ilícita y que tenga por comprobado que esta o demente hacia allá este carácter de esta extinción de dominio.

Muchos de los países de Centroamérica ya la están manejando y obviamente habla sobre la procedencia, sobre bienes de carácter patrimonial en donde no se puede acreditar y donde se encuentran relacionados con investigaciones derivadas de hechos de corrupción, encubrimiento, delitos cometidos por servidores públicos, delincuencia organizada, robo de vehículos, recursos de procedencia ilícita, delitos contra la salud como es el tráfico de drogas, secuestro, organizaciones de trata de personas y delitos en materia de hidrocarburos petrolíferos y petroquímica.

En el artículo 73 del de la Constitución se dijo que el Estado ya tenía la facultad de legislar en relación a la extinción de dominio y entonces en agosto de 2019 se publica nuestra actual Ley Nacional de Extinción de Dominio, que entró en vigor al día siguiente de su publicación y esto fue el 10 de agosto del año 2019. Abogando todas las leyes anteriores y obviamente dando paso a esta ley que efectivamente traía como consecuencia una modificación en esta ley de extinción de dominio. Se

habla precisamente que este decreto que tiene como finalidad primordial la pérdida de los derechos que tiene una persona en relación a bienes que se refieren a una, a una, a una cuestión de carácter ilícito.

Lo interesante de esta acción de extinción de dominio en México es que no tiene contraprestación, no tiene compensación alguna para su propietario o para que se ostentó o se comportó como tal. Esto es, que el Estado no tiene la obligación ni de pagar ni de compensar con alguna otra cosa a la persona a la que se le extingue el dominio sobre un bien material. Obviamente, tomando en consideración que ya hay un juicio y que ese juicio terminó con una declaratoria judicial, las dimensiones que ha alcanzado el poderío económico en nuestro país de las organizaciones criminales pone en evidencia grandes falencias que tienen nuestros sistemas jurídicos.

Tradicionalmente son las personas a las que se trata de encarcelar. Sin embargo, los aspectos patrimoniales serán tratados como un asunto intrascendente o secundario. Ajenos a la reflexión jurídica de fondo. Nosotros no podemos encasillar el tema criminal como un problema de tecnología, pues irrumpe en los ámbitos normativos, sociales y económicos y culturales de un país. Lo que nosotros hemos venido trabajando sobre la extinción de dominio, es decir, bueno, a nosotros realmente ya no nos importa que esté el Chapo Guzmán el frente a la organización criminal, porque si es detenido El Chapo Guzmán, pues obviamente viene el hijo del Chapo Guzmán o luego viene el nieto de

Chapo Guzmán, o bueno, el bisnieto del Chapo Guzmán y se sitúa a la cabeza de la organización delictiva y sigue teniendo todo el poderío de una estructura económica para seguir trabajando estos temas del trasiego de la droga.

Históricamente, nosotros tenemos comprobado en todos nuestros países de Latinoamérica que las penas privativas de libertad hoy ya no tienen ni el impacto, ni el sustento, ni obviamente todo este principio de ejemplaridad que en algún momento se hablaba de que la pena tenía. Paradójicamente, se tienen por legítimas las limitaciones intensas de los derechos fundamentales y no se exploran estas medidas alternativas menos decisivas para la persona, pero más efectivas para combatir el crimen. Entonces, obviamente estamos hablando de que hoy por hoy se han elevado las categorías de protecciones de los derechos humanos hasta un cuarto, quinto, sexto nivel. Ya, pero no hemos trabajado en un tema que pueda ser una alternativa menos gravosa para las personas, como lo es precisamente el extinguir sobre los bienes materiales.

La tendencia, en nuestros países de Latinoamérica, es darle una maquillada, es darle una cirugía a la justicia, pero no realmente algo de fondo que cambie la percepción de la sociedad para, obviamente, sus gobernados. La tendencia es que se mejoren no sólo la percepción, sino que sea efectiva. Por eso, en donde obviamente se habla de que hoy trabajamos bajo un esquema en los poderes legislativos, en los

congresos, en las gentes que hacen esas leyes, obviamente en un populismo legislativo.

Hoy por hoy se hacen las normas para satisfacer a un grupo de personas que están inconforme precisamente con una norma, entonces para tallar este grupo. Si ese grupo viene a quejarse hoy por hoy del maltrato a los animales, ah, bueno, entonces hay que hacerles una ley en donde se hable sobre el maltrato animal. Y eso es una reforma superficial, porque de fondo no se ataca el problema, como lo es precisamente el de las organizaciones criminales en México. Hoy nosotros tenemos ya una ley de extinción de dominio. Esta ley de extinción de dominio habla de que este procede sobre aquellos bienes, ojo, no sobre la persona cuya legítima procedencia no pueda acreditarse.

Estos bienes pueden ser instrumentos, objetos o producto de los hechos ilícitos. Obviamente, nosotros tenemos que empezar por identificar qué son los bienes. Los bienes son todas aquellas cosas identificadas en el Código Civil Federal y en los códigos civiles que están dentro del comercio. Lo que se pueda comercializar en México hoy por hoy es objeto de extinción, de dominio. Aquí hablamos y se extiende para todo aquello que forma parte de un establecimiento mercantil, de una empresa, de una unidad económica o de un negocio. Estas acciones, partes sociales o cualquier título que represente un capital social, también son objetos de extinción de dominio. Esta extinción de dominio

en México está ejercitada por el agente del Ministerio Público o Fiscalía. Ustedes deben recordar que en México la figura del fiscal es la misma que la del Ministerio Público, a diferencia de muchos países en Latinoamérica. Obviamente se trata de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza civil autónomo del penal. O sea, ojo, este es un juicio civil que va sobre las cosas, no sobre las personas. Y obviamente, las autoridades competentes de los diversos órdenes de gobierno deben de prestarle ayuda a los jueces de extinción de dominio. Es que extinción de dominio en México es bien importante.

Este tema es imprescriptible en el caso de los bienes que son de origen ilícito, cuando un bien es destinado a una actividad ilícita o bueno, a ver, vamos entendiendo. Una cosa es que yo con dinero producto de un secuestro, compre una casa. Ese es de origen ilícito. Estamos de acuerdo y es imprescriptible. Pero si yo tengo una casa y la destino para tener a una persona secuestrada ahí si son 20 años contados a partir de que el bien se haya destinado para ese hecho, para que el Ministerio Público demande la extinción de dominio. Y obviamente puede ejercitarlo en contra de esa persona.

Pero si resulta que yo compré una computadora con el dinero producto de uno de una actividad ilícita, el Estado me la puede quitar en cualquier momento porque es imprescriptible. Obviamente aquí estamos hablando de que este tema tiene que ser acreditada en México, los casos de venta, transmisión o disposición anticipada, así como, lo

que señala la Ley Nacional de Extinción de Dominio, tiene por objeto tres cosas o cinco o seis cosas fundamentales.

Enajenar en forma económica, eficaz, imparcial y transparente los bienes producto de un ilícito que sean transferidos al patrimonio del Estado. Asegurar mejores condiciones en el uso, el aprovechamiento y la transmisión de los bienes. Obtener el mayor valor de recuperación posible y las mejores condiciones de oportunidad, así como la reducción de los costos de administración en la custodia. A ver a qué me refiero con este punto. La Ley de Extinción de Dominio dice en México, si tú ejercitas esa acción de extinción de dominio en contra de un rancho o de una finca, se puede incluso disponer anticipadamente de esta finca a favor del Estado, sin contra pretensión, obviamente cuidando que se cumpla con esto las mejores condiciones de oportunidad, etcétera. A todos. Obviamente que el Estado tiene que aprender a diferenciar lo que es una confiscación a lo que es precisamente una enajenación y lo que es una extinción de dominio. La extinción de dominio no procede respecto de bienes asegurados que hayan causado abandono a favor del gobierno. Esto es, que si el Gobierno ya tenía una causa que era producto de cualquier otra actividad, no puede ejercerse la acción de extinción de dominio. Repito, los temas que se tienen que aclarar son lo que se entiende por confiscación.

Obviamente que es la pérdida total del patrimonio a raíz de una acción penal, lo que es precisamente el aseguramiento, el decomiso, la adjudicación de bienes abandonadas y la expropiación. Pero ¿Qué pasa en México con la extinción de dominio? Bueno, con la extinción de dominio en México el juez puede dictar como medida cautelar el aseguramiento de bienes. Esto es, en tanto se dé el juicio. Se puede asegurar el bien mueble. En este sentido, la privación de estos bienes de una persona decretada por la autoridad judicial a favor del Estado aplica como una sanción de la infracción en el decomiso. En la que a diferencia de la confiscación es una incautación parcial sobre los bienes objeto del ilícito.

Entonces, aquí nosotros tenemos que ir aprendiendo a diferenciar estos conceptos que tiene la Ley Nacional de Extinción de Dominio. Pero aquí viene algo muy interesante sobre qué tipo de delitos procede la extinción de dominio, porque en México no procede contra todo. En México la extinción de dominio procede en los delitos de extorsión, de delincuencia organizada, secuestro, delitos en materia de hidrocarburos petrolíferos y petroquímicos, el robo de gasolina, por ejemplo, la trata de personas, delitos contra la salud, tráfico, robo de vehículos. Pero hoy por hoy se incluyó algo muy importante para nuestro país en delitos cometidos por servidores públicos contra la administración de Justicia. Y lo más importante, delitos cometidos por corrupción.

Este procedimiento tiene dos etapas una etapa preparatoria que está a cargo del Ministerio Público, en donde él investiga y acredita los elementos de una acción civil de conformidad con las atribuciones que le establece la ley y una etapa judicial en donde está la admisión, la notificación, la contestación de la demanda, la audiencia inicial, la audiencia principal, los recursos y la ejecución de la gente. Esto en un ámbito civil que tiene que acreditar según esto el agente del Ministerio Público, la Fiscalía, para ejercitar la acción de extinción de dominio.

Primero, que ya hubo una declaratoria de un hecho delictivo, o sea que ya un juez dijo que hubo un secuestro y que producto de este secuestro fue que lo encontraron en una casa. Este bien de origen no destinación ilícita y está catalogado como tal. Tenemos que tener un nexo causal entre estos dos elementos y tenemos que tener acreditado un elemento subjetivo, esto es, que la persona sobre la cual se está ejerciendo el acto, la acción de extinción de dominio, haya tenido conocimiento del destino o de la utilización de ese bien para precisamente la actividad ilícita. Repito, procede sobre todos los bienes que son materia de comercio, obviamente que provienen y utilizados de una cuestión que tiene que ver con un hecho ilícito. Pueden ser acciones incluso de una empresa. Pueden ser incluso, partes alícuotas de algún terreno o pueden ser obviamente cuestiones ejidales comunales. Además, entre otras cosas, todo aquello que está sujeto a comercio, hasta el capital

social de una empresa o el patrimonio de una sociedad o de una asociación, puede ser motivo precisamente de extinción de dominio.

Es evidente que lo que se busca con la extinción de dominio es el debilitamiento de las organizaciones criminales, quienes son las personas que intervienen. Hay una persona afectada que, según lo señala la propia ley de extinción de dominio, es aquella a la que se le va a ejercer o que se dice que tiene el derecho en relación con el bien objeto del procedimiento de extinción de dominio. Aquí, la extinción de dominio se ejerce únicamente por el fiscal y en los casos previstos por la Ley Nacional de Extinción de Dominio. Repito, tiene dos etapas una ante la Fiscalía, una ante el juez y obviamente estos bienes asegurados no pueden ser transmitidos para simular un ejercicio la autoridad.

En México no hemos podido avanzar y esta es una gran realidad en el tema de extinción de dominio, porque, no hemos logrado conformar estos entes o estas autoridades que se van a dedicar a administrar los bienes que son producto de una acción de extinción, de dominio. Obviamente, porque, a estas autoridades administradoras pueden incluso anticipadamente vender, permutar o incluso transmitir la propiedad de estos bienes aun antes de que se dicte la sentencia. Por eso es que en México nosotros no hemos podido avanzar con los temas de extinción de dominio y es por eso que hasta este momento nosotros no tenemos tantos casos de extinción de dominio como los tiene Colombia.

Si bien es cierto, la acción de extinción de dominio tiene una utilidad de doble vía, por un lado, es una herramienta, repito, eficaz dentro de la política criminal del Estado para debilitar las estructuras financieras de la criminalidad organizada y por el otro lado, permitir resarcir a la sociedad del daño causado por el flagelo, la delincuencia, a través de los cumplimientos de esta ley.

Ahora, cabe preguntarnos ¿Qué le falta a nuestra ley de extinción de dominio? ¿Qué le falta o cuáles son los problemas que le veo yo a la Ley de Extinción de dominio en México? Primero, que no es realmente una autonomía la que tiene la acción de extinción de dominio. Porque, necesariamente nos está remitiendo a que haya una declaratoria ya de un juicio penal en una audiencia, en una audiencia penal, de un ilícito, de una conducta para que se pueda llevar la acción de extinción de dominio.

Otro de los problemas que tenemos nosotros es que si nosotros queremos realmente un cambio en esta parte a la extinción de dominio, necesitamos fortalecer las instituciones. En todos los países de Latinoamérica adolecemos de que los fiscales están sobrecargados de trabajo y que un fiscal tiene no sé cuánto el número de investigaciones y no se da abasto. Ahora imagínense que a estos fiscales les estamos dando la función de la extinción de dominio y que los va a sobrecargar en su responsabilidad.

Segundo, tal y como escuchaba hace unos momentos, entendemos que obviamente esta parte la extinción de dominio, debería de ir de la mano de lo que nosotros tenemos solamente en los nuevos sistemas de justicia penal. Desaparecimos la prueba pasada, pero en materia de extinción de dominio en México, regresamos a la prueba pre constituida, que no es otra cosa más que otra vez reglas procesales de un sistema obsoleto tradicional que obviamente estamos tratando de dejar atrás y que tienen como consecuencia que otra vez se limite la actividad probatoria de las partes.

Tercero, otro punto que nosotros tenemos en contra es la falta de exactitud en el catálogo de delitos, porque solo se incluyeron ciertos delitos e incluso se hablan de hechos de corrupción cuando eso no es un delito. O sea, el delito es el peculado, es el reconocimiento ilícito o que se debió de haber especificado que éste se refería con hechos de corrupción.

Cuarto, es las confusiones que les he referido yo entre los conceptos de aseguramiento, decomiso y la figura de extinción de dominio. Y, por último, pues obviamente no se dotó a la Fiscalía de los recursos, ni materiales, ni de los recursos humanos para poder llevar a cabo esta acción de extinción de dominio.

En conclusión, yo les puedo decir que se advierten grandes cambios si efectivamente son avances, pero para él sí, para buscar la eficacia de esta figura extinción de dominio, así como la voluntad política. Para

darle esta operatividad se requieren lograr con los resultados, con la extinción de dominio. Evidentemente todo lo que nosotros estamos necesitando, el delito no tiene porqué reportar dividendos. El delito no tiene porqué ir relacionado con una acción civil. Estamos hablando de cuestiones autónomas.

# ANÁLISIS JURÍDICO PENAL DEL COHECHO

MSc. Javier de la Cadena<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Conjuez de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado. Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, Abogado de los Tribunales y Juzgados del País y Doctor en Jurisprudencia en la Universidad Central del Ecuador. Magister en Derecho Penal y Criminología, Especialista en Derecho Constitucional y Maestría en Derecho Constitucional en la Universidad Andina Simón Bolívar.

La charla que hoy me ha tocado es justamente sobre el cohecho. Es un tema de actualidad jurídica aquí en Ecuador, pues quienes conocemos tuvimos un presidente de la República sancionado con este tipo penal y justamente pues esto ha hecho que este tema sea de mucha actualidad, de mucha discusión dentro de las comunidades universitarias como de las comunidades jurídicas.

Bueno, partiré indicando que debido a varios comportamientos graves que debían ser considerados penalmente ilícitos, la Organización de las Naciones Unidas en la Convención de las Naciones Unidas, valga la redundancia contra la delincuencia organizada transnacional en el año 2000 o conocida también como la Convención de Palermo, redactó preceptos cuya finalidad consistía en que los estados simplificaron todo un abanico de delitos graves entre los que se incluyó la corrupción y por ende el cohecho.

En diciembre del año 2000, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió crear un comité especial abierto a todos los Estados que fueron encargados para elaborar un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción. Siendo así que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, más conocida como la Convención de Mérida, estuvo lista en el año 2003. Se ratificó en el Ecuador en septiembre de 2005 y particularmente se dispuso que cada estado que formara parte de este instrumento internacional, deba adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias

para tipificar conductas, como en este caso estamos hablando del cohecho.

Y, básicamente decía que se debe tipificar la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público en forma directa o indirecta de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que el dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales. Eso, por un lado, también se requería a los Estados que tipifiquen conductas en donde se penalice la solicitud o aceptación por un funcionario público en forma directa o indirecta de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad. Con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

En definitiva, desde aquí ya partimos con una clasificación que posteriormente la vamos a hablar como es tanto el cohecho propio como el cohecho impropio y otros tipos de clasificaciones que posteriormente las vamos a abordar.

La palabra cohecho viene de la voz castellana como referencia a una acción simultánea o ejecutada entre dos personas y para un tercero. Es la voz latina, concepto que quiere decir preparado, arreglado, en definitiva, establecido Cabanellas, este famoso tratadista que nos definía al cohecho como el soborno, seducción o corrupción de un juez

o un funcionario público para que haga lo pedido, aunque no sea contra justicia.

También en el área del derecho el cohecho se conoce como soborno. Por eso es que aquí en Ecuador conocimos al famoso caso donde se le juzgó al presidente, a un expresidente como el caso Sobornos. Considerando, pues, a este delito, que es uno de los tipos penales que perjudica la administración pública y se configura cuando el funcionario público solicita o acepta ofrecimientos para realizar determinada acción en el ejercicio de su cargo. Francisco Pérez Borja nos decía que la ley sanciona la infracción llamada corrupción de funcionarios públicos, tanto el hecho de que corrompe como un soborno, como al funcionario que se deja como quien se deja corromper.

La sanción recae a todas aquellas personas que de una u otra forma, sea directa o indirecta, intervienen en este acto delictivo. Se puede considerar que el cohecho es un delito derivado de la institución romana que se llamaba crimen repugnante, donde se refería a los abusos de ciertos funcionarios, sobre todo de aquellos que gobernaban en lugares alejados. Cuando se daban estas conductas, desde el momento de aceptar el soborno, pretendiendo incluso combatir a la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, imperaba en esas épocas, es decir, la inmoralidad había en esta.

En estas sociedades antiguas y que vienen, como se indica desde el derecho romano, entonces se entiende por cohecho a la conducta

activa o pasiva que un funcionario público destinada a recibir una retribución no debida en el ejercicio de su cargo. Así como la conducta activa o pasiva de un particular destinada a dar a un funcionario una retribución no debida en el ejercicio del cargo de este funcionario público. Este tipo penal corresponde a los delitos que se los ha denominado como delitos de infracción, en donde, lo decisivo no es la configuración o constitución externa de la conducta del autor. Porque el fundamento de la sanción radica en que alguien contraviene las exigencias de prestaciones o rendimientos de un papel asumido por el autor. Aquí es cuando ya empezamos a hablar de la teoría de los roles de Günther Jakobs. Nos dice que para quien debe diferenciarse entre la agregación de organización que se produce cuando las personas configuran el mundo exterior de manera deficiente. Qué de aquellos casos en que las personas defraudan en su rol o papel dentro de la sociedad y vulneran o infringen una institución, compartiendo, por tanto, la diferenciación entre delitos de dominio y los famosos delitos de infracción, de este grupo denominados delitos por infracción del deber pertenecen los delitos de funcionarios.

Esto es, aquellos que solo pueden ser cometidos a título de autor por quienes ostentan dicha calidad de funcionarios públicos y que al actuar definitivamente mejoraron su rol y por lo tanto incumplen el deber pre típico que les incumbe para estos delitos de infracción. Y, debe descartarse completamente la idea del dominio de hecho. Pues lo

relevante es la infracción al deber atinente a la función de quien realiza la conducta. En el caso de funcionarios y concretamente del cohecho, lo fundamental, de acuerdo a esta posición teórica es la infracción del deber del funcionario y en específico, el deber de no recibir pagos para sí o para terceros por actos propios de su cargo y menos aún por actos que impliquen la comisión de otros delitos.

La doctrina ha tratado de hacer una clasificación según cuál sea el punto de vista desde el cual se le considere el delito de cohecho. Por lo tanto, se han realizado algunas clasificaciones. Tenemos una clasificación que se habla del cohecho propio e impropio. El cohecho propio se basa en la ejecución de un acto contrario a los deberes del empleado oficial en ejercicio de sus funciones. Quién es en este caso el sujeto activo, donde el sujeto pasivo es la administración pública sujeto mismo al mismo tiempo de la protección penal. El acto doloso consiste en recibir, pagar o aceptar promesas, remunerar alguien para retardar un despacho, por omitir lo que tenía que hacer el funcionario o ejecutarlo en contra de los deberes oficiales.

Pero en particular, lo que individualiza el cohecho, el llamado cohecho propio, es que dicho pacto es de naturaleza negativa. Porque pide sea que retarde, que no es hacer en el momento debido o le pide que omita hacer algo que es no hacer en absoluto lo que tenía que hacer o le pide ejecutar en forma contraria a los deberes, que es la negociación del derecho. Por lo tanto, se dice que tiene una característica o una

naturaleza negativa. Por retardar, por omitir o por ejecutar en forma contraria a sus deberes.

Por otro lado, pues decimos que tenemos al cohecho impropio de que en este caso la dádiva está dada simplemente en consideración al cargo que ostenta el funcionario. Por tanto, la norma penal abarca al empleado oficial que acepte para sí o para un tercero dinero u otra utilidad o promesa remunerada directa o indirectamente, por un acto que debe ejecutar en el desempeño de sus funciones.

También al empleado oficial que reciba dineros u otra actividad de persona que tenga interés en asuntos que en un asunto que esté sometido a su conocimiento. El sujeto activo y el sujeto pasivo en esta forma de cohecho son los mismos que en el provecho propio el empleado oficial en desempeño de sus funciones y la administración pública que recibe el daño en su incólume vida.

En este caso, el polo específico, si existe una diferencia, es un acto positivo, acto que debe ejecutar el empleado en desempeño de sus funciones. Es decir, que la aceptación de la paga o la promesa remunerada se efectúa para cumplir con el deber, no para faltar como en el cohecho propio. Entonces, mientras que en el cohecho propio el sujeto activo se compromete a no hacer algo, a omitir, hacer, a retardar o a hacer lo que tenía que hacer en forma negativa en el cohecho propio, simplemente el empleado se compromete a hacer lo que le corresponde sin, pero recibe una remuneración, una retribución.

Tenemos otra clasificación que hace relación al cohecho activo y al cohecho pasivo. Esta tal vez es la clasificación más usada por los autores. Tradicionalmente se ha reservado la expresión cohecho activo para aludir a la conducta del particular, que corrompe al funcionario, un delito de cohecho agotado por quien propone la dádiva con su solo oferta y es bilateral. Solamente en el caso de que el empleado oficial acepta la corrupción y la expresión cohecho pasivo, hace referencia en cambio al funcionario que se deja corromper. Sin embargo, también se puede considerar como cohecho del funcionario una conducta activa consistente en solicitar dádivas o presentes. Y como cohecho del particular, una conducta pasiva consistente en aceptar dádivas o presentes son solicitadas por los funcionarios.

Entonces la actividad del cohecho implica en el requerimiento del ministro que puede ser tanto el sujeto activo, es decir, en el funcionario o el particular, cuando sea quien tenga la iniciativa. En este caso, ofrecer o aceptar o requerir el pago. Por eso creemos que sería más correcto hablar simplemente de cohecho del funcionario público y del cohecho del particular, distinguiendo en uno y otro caso entre comportamientos activos y pasivos. Así habría cohecho activo del empleado público, cohecho pasivo de este cohecho activo del particular y cohecho pasivo, en definitiva, cohecho activo. Aquella persona que tiene la iniciativa de corromper y cohecho pasivo de aquella persona

que se deja corromper y en definitiva, quien acepta el pago o la o el requerimiento.

El artículo 280 del Código Orgánico Integral Penal establece que las o los servidores y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten. Aquí tenemos un verbo rector por sí o por interpuesta persona beneficio económico indebido o de otra clase para sí o para un tercero, sea para hacer omitir, habilitar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de 1 a 3 años acorde a lo que habíamos conversado anteriormente.

La conducta descriptiva y la modalidad de este sub tipo penal corresponde al cohecho pasivo propio e impropio. Simple, el inciso segundo nos dice que si la o el servidor público ejecuta en acto o no se realiza el acto debido será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Acorde con esta conducta descriptiva, la moneda de la modalidad de este artículo corresponde a una clase más grave, más gravosa, de cohecho pasivo, propio o impropio agravado. El tercer inciso nos dice si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Acorde con la conducta descrita y la modalidad anteriormente establecida, este subtipo corresponde al cohecho pasivo

propio agravada en estos subtipos de cohecho. Vemos a la en la sanción al sujeto activo que en este caso se lo conoce como el intranet. Y, ¿quién es el intranet? En este caso es la persona que es el funcionario público. En el siguiente inciso nos dice la persona que es decir no tiene una calidad específica de funcionario público, sino de un tercero, de un particular. Nos dice que la persona que bajo cualquier modalidad ofrezca o prometa a una o un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden o material para hacer omitir, habilitar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, serán sancionadas con las mismas penas señaladas para los servidores públicos. Como decíamos, pues este sujeto activo se lo conoce en doctrina como extra noys, que en este caso es el particular.

De lo que pudimos ver en el primer inciso se castiga la conducta de recibir o aceptar beneficio económico indebido o de otra clase. Sea para hacer o omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a funciones del empleado público. Es decir, se trata de aspectos de sus propias funciones, pero que de ninguna manera están sujetos a retribución alguna ni se sanciona con una pena privativa de libertad de 1 a 3 años.

En el segundo inciso se sanciona con una pena mayor, esto es de 3 a 5 años de pena privativa de libertad. Cuando el servidor público ejecuta el acto o no realiza el acto debido. Es decir, se sanciona esta conducta

con mayor pena. Y por fin, en el penúltimo inciso, el legislador previó una pena todavía más grave por la conducta del servidor público que realiza el tipo penal del cohecho para cometer otro delito. La pena, en este caso es de 5 a 7 años de privación de libertad. También teníamos otra clasificación doctrinaria que se conoce como cohecho antecedente y cohecho subsiguiente.

Es esta una clasificación que no goza de tanta fama como la anterior, con la expresión cohecho, antecedentes, que se quiere aludir a aquella situación en la que el beneficio económico se solicita o forense acepta o consiente en dar para la ejecución de un acto futuro por parte del empleado público.

En cambio, la expresión cohecho subsiguiente hace referencia a los casos en que el beneficio económico se solicita, ofrece, acepta o consiente dar como recompensa por un acto ya realizado por el funcionario. Por otro lado, ha sido motivo de discusión la naturaleza unilateral o bilateral.

Durante mucho tiempo se ha discutido y la doctrina acerca de si el delito de cohecho tiene naturaleza unilateral o bilateral, es decir, si el cohecho del funcionario público y el cohecho del particular son dos delitos autónomos e independientes, o si, por el contrario, constituyen las dos caras de un mismo y único delito. La posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza bilateral ha señalado como argumentos principales. Por un lado, el hecho de que para su perpetración se

requiera la concurrencia de dos personas el empleado público y el particular.

Por otro lado, la circunstancia de que este delito consistiría en un acuerdo entre el funcionario y el particular, en cuya virtud aquel que acepta de éste una compensación no debida por un acto en el ejercicio de su cargo. Por su parte, una posición que afirma que el cohecho tiene naturaleza unilateral.

Ha argumentado a partir de la constatación de que este delito se sumaría con la mera solicitud del funcionario o el simple ofrecimiento del particular, no siendo necesario que la solicitud o el ofrecimiento sean aceptados por sus destinatarios en relación a los elementos del tipo. En donde, el sujeto activo es la persona que efectúa la conducta establecida en el tipo penal. De ahí que se le refiere a este sujeto con connotaciones como el qué o quién.

Empero, a veces la ley exige condiciones especiales a fin de constituirse en sujeto activo del delito. Entonces, entre dichos ilícitos que son denominados como especiales, se encuentra el injusto del cohecho, cuyo sujeto activo es aquella persona que, además de realizar la acción típica, tenga las cualidades exigidas en el tipo. En este sentido, el artículo doscientos ochenta y cinco, inciso primero del Código Penal y 280, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, expresamente señala que los que se hubieren hecho culpables de este delito son todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público.

No obstante, el cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia de delincuencia necesaria. Por ende, es necesaria la participación de al menos dos personas. El funcionario público, por una parte, quien es quien acepta o recibe el dinero, la dádiva o la promesa, y por el otro, quien ofrece el dinero con la dádiva, que tanto puede ser un particular o un funcionario. A partir de la denominada cláusula de equiparación.

Ahora bien, el tipo puede ser realizado por sí o por persona interpuesta, cabe la participación, decíamos, Nicks Foráneos. Así, el inductor, el intermediario por persona interpuesta y quienes realizan toda clase de participación en el delito de cohecho, también han sido sancionados, conocidos en doctrina como el extranjero.

Pero, ¿Quién es el sujeto pasivo en el cohecho? normalmente el sujeto pasivo es la persona sobre quien recayó el hecho. Según este tipo penal es calificado, por lo que no puede ser sujeto pasivo de este delito cualquier persona, sino que únicamente pueden ser las autoridades, funcionarios, corporaciones, oficiales en ejercicio de las funciones públicas encomendadas en especie a aquellas confiadas al gobierno nacional.

Por tanto, el sujeto pasivo es el Estado ecuatoriano, ya que la tutela penal genérica protege el normal y correcto funcionamiento de la administración pública en general, siendo el resguardo específico, la exclusividad y la legítima legitimidad de la función pública. Funciones

que deben cumplirse dentro de las reglas de la probidad, dignidad y eficiencia. Porque se entiende que al cumplirse estos deberes se afecta la administración pública a la seguridad ciudadana y la ciudadanía en general a la que trata de amparar.

El legislador penal, sufre el menoscabo en este adelantamiento de las barreras de protección del bien jurídico tutelado. Se enfatiza la eficiencia de la administración pública. Por eso, el bien jurídico protegido en el delito de cohecho. Tanto en el cohecho cometidos por los funcionarios público, como indicó hecho cometido por el particular, es el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos. Si el cohecho consiste, según nuestra definición propuesta, adelante en una conducta activa o pasiva de un funcionario público destinado a esta conducta, recibirá una retribución no debida en el ejercicio de su cargo o en una conducta activa o pasiva de un particular destinado a dar a un funcionario público una retribución no debida en el ejercicio del cargo de éste.

La razón para castigar esta clase de comportamientos es que impide o dificulta que el servicio a los ciudadanos, razón de ser de la existencia de los organismos públicos y deberes de los funcionarios, se preste de una manera correcta en cuanto al verbo rector. El artículo 280, inciso primero del Código Orgánico Integral Penal. Que nos habla como verbos rectores, básicamente dos conductas, que es la de aceptar o

recibir cualquier bien o beneficio patrimonial, lo que constituye esta acción relevante para el derecho penal. Es decir, esta condicionante.

La persona natural o privada, según el Art. 270, inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal que habíamos conversado anteriormente, se le establece otros verbos rectores que son el ofrecer, el dar o prometer para, en este caso, corromper al privado. En cuanto a los elementos subjetivos del tipo el finalismo va a mantener lo que se conoce como en todos los del tipo, así igual se define el dolo como conocimiento y voluntad de realizar el tipo. El objeto de todo es la realización del tipo objetivo del delito, por lo que el dolo en sentido técnico finalista es únicamente la voluntad de actuar dirigida a la realización de un tipo de electivo. A partir de entonces en torno va a considerarse constituidos por dos elementos el elemento cognitivo que es el conocimiento y el elemento volitivo que es la voluntad.

El elemento cognitivo implica el conocimiento actual de todas las circunstancias, en todo caso, el presente delito de cohecho sólo puede cometerse dolosamente por dolo directo o dolo eventual. Ya que tal y como se expone el precepto, la acción ha de llevarse a cabo en beneficio propio o de un tercero. Por lo que no cabe la forma imprudente de comisión de este delito, ya que el sujeto debe conocer todos los elementos integrantes del tipo penal

# EL RÉGIMEN PENITENCIARIO EN EL ECUADOR

MSc. Adrián Rojas<sup>1</sup>

---

<sup>11</sup> Conjuez de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, integrante de la Sala Especializada Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado. Magíster en Derecho Penal y Criminología y Especialista Derecho Penal y Justicia Indígena por la Universidad Regional Autónoma de los Andes, Especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. Doctor en Jurisprudencia, abogado de los Tribunales de Justicia de la República y licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Católica de Cuenca. Fue servidor de la carrera en la Fiscalía General del Estado, donde se desempeñó como Auxiliar de Servicios, Analista, Analista Jurídico, Agente Fiscal y Fiscal Provincial de Azuay, entre otros cargos. Expositor académico con juristas nacionales e internacionales sobre: Principios y Reglas, El Rol de la Fiscalía, Género, Corrupción, entre otros.

Hoy conmemoramos un año más de aniversario de los derechos humanos y coincide que me ha tocado disertar un tema que está en boga, un tema a través del cual lo prendemos los medios de comunicación o escuchamos medios de comunicación o cualquier otro dispositivo y salta a la vista lo que ocurre o la realidad penitenciaria dentro del país. Inicia indicando que conmemoramos el día universal de los Derechos Humanos y vale recordar que los derechos humanos son una génesis de mi intervención, que los derechos humanos no son más que los derechos que nos asisten a las personas por el mero hecho de ser seres humanos.

La defensa de la humanidad, la defensa del derecho y de las libertades. Sin embargo, en nuestra carta del Estado, que inicia con un preámbulo producto de luchas sociales y cuando nos dice reconociendo nuestras raíces milenarias forjadas por mujeres y hombres de diferentes pueblos, nos dice que nosotros hemos luchado precisamente para plasmar en la carta de Montecristi un sinnúmero de derechos y de garantías. Y, en el artículo primero hace que nos rompamos las vestiduras cuando manifestamos que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y de justicia social.

Este mandato es de obligatorio cumplimiento, conforme lo prevé el artículo 11 numeral 3 y que nos indica o comienza indicando los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e

inmediata aplicación por y ante cualquier servidor o servidor público. Luego, el trazado, que es al que me estoy refiriendo, nos remite al artículo 428 de la Constitución de la República, se refiere, que los jueces y juezas servidores públicos aplicarán de manera directa a la Constitución y los convenios internacionales de derechos humanos en lo que sean favorables.

Porqué traigo a cita el tema de los derechos humanos, por lo que está ocurriendo dentro del país, por el mutismo del Estado, no del Gobierno, de un Estado que ha callado y un Estado que no ha dicho o ha hecho absolutamente nada frente a una realidad penitenciaria.

Vamos a establecer, dentro del marco constitucional y dentro del marco infra constitucional, que las personas privadas de libertad PPL, como se les dice, yo les diría presos porque no tienen el concepto de personas privadas de libertad por las condiciones que hoy se han destapado y no solo para el Ecuador, se han destapado para el mundo entero. Y, lamentablemente nosotros hoy somos crítica del mundo entero, valga la redundancia, en el término, por las circunstancias que estamos viviendo, por las circunstancias que se están viviendo y se están desarrollando, la estructura propia del Estado está en peligro.

En la medida en la que no se tome los correctivos necesarios para llevar las aguas a su cauce normal y comencé con el texto constitucional y, voy a hacer referencia a lo que establece el artículo 35 de la Constitución de la República, que dentro del catálogo de los grupos

vulnerables cita a las personas privadas de libertad. Y, luego se desarrolla en el mismo texto constitucional cuando establece los derechos de las personas privadas de la libertad y se encuentran contenidas en el artículo 51 de la Constitución de la República del Ecuador. No ser sometidos a aislamiento ni sanción. La comunicación con visitas familiares y declarar ante una autoridad judicial sobre el trato que haya recibido durante su privación de libertad. El sexto, el octavo a que me dé referir recibir un trato preferente y especializado en el caso de las mujeres embarazadas y en período de lactancia adolescente, personas adultas mayores, enfermos o con discapacidad.

El artículo 66 de la Constitución de la República, que nos trae a colación los derechos de la libertad, nos dice que se establecerá el derecho a la vida, a un trato justo e igualitario. Pensemos y establezcamos ¿hiciste el trato justo e igualitario? el artículo que hago referencia en el numeral 3 letra c) dice prohibición de la tortura, desaparición forzada, tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes. Cierto es que no hemos visto que existan penas crueles, inhumanos o degradantes, pero sí podemos decir, haciendo un símil a lo que vengo refiriendo desde el texto constitucional, que es un trato cruel, humano y degradante el que hemos visto un trato cruel, humano y degradante.

Cuando observamos y vemos que las personas privadas de la libertad, están siendo cegada sus vidas por ellos mismos y que nosotros hemos guardado silencio absoluto en torno a él, la mutación del Código

Orgánico Integral Penal cuando trae a colación el Código Sustantivo Penal, el Código Adjetivo Penal y el Código de Rehabilitación, nos establece también un sinnúmero de derechos para las personas privadas de la libertad. Pero comenzaré refiriendo a los que establece el texto en torno a los principios fundamentales del Código Orgánico Integral Penal. Y, el artículo 4 nos dice dignidad humana y titularidad de la defensa y derechos de las personas privadas de la libertad preservara la titularidad de sus derechos humanos por las limitaciones propias de las personas privadas de la libertad y serán tratados con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento. El artículo 12 del Código Orgánico Integral Penal establece los derechos y garantías de las personas privadas de la libertad y nos trae a colación un catálogo de las mismas.

Desarrolla el Código de Ejecución de Penas o Código de Rehabilitación Social en un número prohibido, muchas veces cuando establece y se da un vicio, a una letra muerta de la ley y me permito, con el debido y mayúsculo respeto a vosotros, letra muerta de la ley, al traer a colación lo que Ferdinand Lassalle definió en tratándose del tema constitucional, que esta no puede ser una hoja de papel en blanco o un simple membrete. Nosotros debemos efectivizar o hacer efectivos los derechos y las garantías que establece la Constitución. Haciendo un símil o una analogía, aquello, debemos decir que lo que consta en la

norma infra constitucional debe ser de efectivo acatamiento por lo servidoras y servidores públicos.

El libro tercero que vengo haciendo referencia nos da o nos indica. Lo que debe ser dentro de la rehabilitación social, cómo se debe actuar. Los estándares que deben cumplirse para ciertos beneficios. La finalidad que persigue el mismo. Ahora bien, hablando de finalidad del artículo 52 del Código Orgánico Integral Penal, nos dice finalidad de la pena. Que busca el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona con la condena. Desarrollo progresivo de las capacidades.

¿Hemos evidenciado que existe ese desarrollo o esas capacidades? Lamentablemente lo que está ocurriendo que el artículo 676 del Código Orgánico Integral Penal nos dice: “Las personas privadas de libertad se encuentran bajo la custodia del Estado. El Estado deberá responder por las acciones u omisiones de los servidores que violen los derechos de los PPL”.

Establecido, entonces que, dentro del marco constitucional, cuánto del marco infra constitucional tenemos un sinnúmero de derechos y obligaciones de las personas privadas de la libertad. Pero lamentablemente queda en letra muerta.

Y, lo que va del año dentro de la República del Ecuador, alrededor de trescientas personas privadas de libertad han fallecido las disputas internas por ganar territorio, buscan el control de las cárceles, los

grupos delincuenciales, que los que estamos escuchando a través de los medios de comunicación han segado la vida en forma inmisericorde, propia de los cárteles mexicanos.

En una reunión mantenida con colegas de la Corte Nacional de Justicia, por iniciativa de del señor Presidente, cuando buscamos o nos encontramos buscando una solución. Escuchamos el concepto de una señora criminóloga del SNAI en donde nos dice que lamentablemente el Ecuador de hoy es el México o el Colombia de los años 80, sangre en las calles, dirigida desde los centros penitenciarios e insisto y, nos mantenemos impávidos frente a las dificultades serias en enfrentar aquella situación. Ciertamente es que el régimen está implantando políticas y está buscando la solución, pero tan cierto es que se ha heredado aquello que estoy haciendo referencia.

Los sectores sociales, los sectores políticos, buscan o plantean algunas soluciones. Una de ellas que entren efectivos militares. Y, entonces aquí entran en conflicto en el respeto de los derechos humanos. Nosotros al decir eso estaríamos diciendo que nuestros militares no respetan los derechos humanos, más yo considero que aquello sí resulta una falacia desde un punto de vista personal. No tenemos conflictos con países vecinos, no tenemos conflictos internacionales.

Entonces es necesario es que profesionales estén bajo el custodio de los centros de rehabilitación social. Otra línea sostiene, como vengo manifestando que aquello y respetaría lo que manda la Constitución

con respecto a la rehabilitación social. Como vengo insistiendo, vengo manifestando perdón para ser preciso dentro del término Montecristi delimitó a nuestro Estado como de derechos y de justicia social y los mismos deben ser aplicados sin restricción alguna.

Respondemos a las aspiraciones de colectivos sociales, a los pueblos, a los movimientos que buscaron en la carta del Estado. Reflejar las aspiraciones de años atrás. El ideal de este Estado, lamentablemente, está resultando imaginario ya frente a lo que está ocurriendo, debemos ser iguales y debemos ser reconocidos históricamente como tales. Uno de los sectores prioritarios dentro de la población y que consta dentro de la norma constitucional como grupo vulnerable, son las personas privadas de la libertad. ¿Qué es lo que está ocurriendo con esta población al estar privadas de la libertad? Un bien jurídico supra merecen un trato preferencial por parte del Estado. Y cierto es irrumpieron la norma y luego de un proceso que fuera ventilado con el irrestricto respeto a los derechos de protección y las garantías de tutela judicial efectiva en la garantía del debido proceso y la garantía de la seguridad jurídica recibieron sentencia. Pero, para ello no es necesario que estén en ese panóptico sin rehabilitación alguna.

Pues no pueden ejercer los mismos derechos fundamentales como lo habría una persona de a pie. Una persona que se encuentra gozando de la libertad. La norma suprema establece la rehabilitación social como un fin. Proteger y garantizar los derechos de las personas

privadas de la libertad y este fin se encuentra establecido o estatuido dentro del Código Orgánico Integral Penal. Resultaría una suerte de lectura si me pusiera a analizar o a dar una lectura valga la redundancia, artículo por artículo, cuando hoy lo que habíamos manifestado con los organizadores es precisamente dar un punto de vista frente a lo que está ocurriendo dentro del país.

Debemos entonces potenciar las capacidades de las personas a objeto de que cuando salgan en libertad sean útiles a la sociedad. Pero cómo hacer aquello si las alarmantes cifras que estamos viendo: ¿Cómo hacer aquello si no sabemos por dónde ingresan las armas? ¿las sustancias sujetas a fiscalización? Pero, sin embargo, no estamos con una camisa de fuerza frente a esa delincuencia organizada de las perspectivas de los constitucionalistas se podría afirmar que el tema de las cárceles se les puede resolver aplicando en forma directa e inmediata la norma fundamental. Los derechos y el pacto tácito que se establecen a través de la Constitución se deben consolidar con la voluntad popular en torno al tema de la rehabilitación social.

En apariencia, la crisis carcelaria estaría resuelta con la sola aplicación de la norma normal o con la sola aplicación de los preceptos mencionado, pues ahí establecemos un verdadero sistema de rehabilitación social. Pero la praxis es otra, lo que estamos ocurriendo o lo que estamos viendo es totalmente contrario y opuesto a la cita constitucional e infra constitucional que hice referencia.

Debe realizarse, consideradamente una auditoría externa y profunda que se descubra las falencias dentro del sistema penitenciario. Pero, esta crítica debe dar soluciones y debe dar soluciones en la medida en la que nosotros encontremos un verdadero sistema de rehabilitación social. Para ello, hemos de escuchar también a las personas privadas de libertad en la toma de decisiones, pues son ellos los que están sufriendo el flagelo diario de lo que está ocurriendo dentro de la República.

Las personas que se encuentran dentro de las cárceles tienen un sinnúmero de dificultades dentro del ejercicio de sus derechos. Pues cuando estos derechos son violados, cuando estos derechos son transgredidos. Entonces, por ello vienen estas revueltas, por ello vienen estos motines, por esto vienen estos actos violentos que han concluido con la cesación de vidas y la violación de sus derechos humanos.

Se puede explicar que ¿existe una igualdad en aquellos? Se puede explicar que ¿exista igualdad y democracia dentro del debate que estamos realizando? Los privados de libertad no tienen los servicios más básicos. Los privados de la libertad no tienen las mismas igualdades o derechos y oportunidades, más cierto, se encuentran restringidos varios de sus derechos. Pero por ello no dejan de ser seres humanos.

Margalida Cargársela cuando hace referencia a la democracia y el constitucionalismo, coincide en que las personas valen lo mismo que el

otro, pero de acuerdo a las diversas circunstancias en las que se encuentra el Estado, debe darles un trato distinto y un trato preferente a unos de otros. Sobre todo, en tratándose de grupos de atención prioritaria o grupos vulnerables. Nuestro sistema penitenciario delimita y ha sido delimitado a través de la norma normarum o de la Constitución de la República que venimos insistiendo.

El problema se va asentando, cuando vemos este tipo de desigualdades de las personas privadas de libertad, pues las decisiones que van a pesar sobre ellos no son tomadas por ellas. Y, cierto es que no podemos dejar de un lado las decisiones que tomen los organismos técnicos o las personas encargadas de los centros de privación de la libertad. Pero, frente a los acontecimientos nos encontramos totalmente indignados frente a lo que está ocurriendo.

La democracia en un Estado, exige la más amplia participación de todos los intervinientes, de todos los ciudadanos en asuntos que atañen a sus intereses. Entonces, si tenemos un problema dentro de los centros de rehabilitación social, si tenemos un problema de violencia, no se va a resolver simplemente con los recursos o con la voluntad política. Es preciso e indispensable que estas personas, los privados de libertad, den su punto de vista respecto a lo que está ocurriendo.

Los foros públicos como estos se han abierto al debate, personas y familias ocultamos lo que está ocurriendo de una manera general. A ocultarnos sin tener conocimiento de lo que está ocurriendo

verdaderamente. En la película de años atrás “vatos locos” se desnudó lo que ocurría en un centro de rehabilitación social en donde las mafias enquistadas ordenaban robar, traficar drogas, violar y asesinar. Es lo que he visto ocurriendo dentro del país. La participación de los guías penitenciarios en estos hechos delictivos. La razón puede ser lo siguiente, un guía penitenciario que tiene un sueldo paupérrimo frente a la amenaza de la violación, frente a la amenaza de la pérdida de vida de un familiar o frente al dejar pasar la droga, las armas y ser parte de lo que está ocurriendo.

Entonces no podemos dejar simplemente a los sectores académicos, a los criminólogos, a los abogados en el libre ejercicio profesional, a los funcionarios públicos, a los trabajadores sociales, educadores, médicos. También debemos escuchar a quienes son parte integral del problema. El Estado constitucional de derechos y justicia sólo será viable cuando los ciudadanos sean parte de las decisiones que involucran a una realidad.

El problema carcelario puede y debe ser resuelto desde sus actores con el acompañamiento ineludible, si enteramente ineludible, del Estado. Tanto más cuanto que, según la norma constitucional, es responsable de las acciones u omisiones de lo que está ocurriendo. La rehabilitación de las personas privadas de la libertad es el éxito de la sociedad, pues la misma se recuperará para sí y una persona podrá ser luego útil y productiva.

Mandela nos decía, que perder los derechos de las personas es generar tela de duda dentro de la propia humanidad. Brevemente refiriéndose al hacinamiento carcelario es por un abuso de la prisión preventiva, dictada por los representantes de un órgano jurisdiccional bajo temor. Dictada sin tomar en cuenta estándares de legalidad, de idoneidad, de necesidad y de motivación. Y, también es parte de lo que está ocurriendo dentro del problema.