

Nº. 33 • 2019

REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

ISSN 1390-3071

COMITÉ EDITORIAL

ECON. MAURO TOSCANINI SEGALE, Ph.D.
Rector - Presidente Honorario

LIC. MARÍA CECILIA LOOR DE TAMARÍZ, Ph.D.
Vicerrectora Académica - Vicepresidenta Honoraria

ING. WALTER MERA ORTIZ, Ph.D.
Vicerrector de Investigación y Posgrado - Presidente Ejecutivo

DR. GUSTAVO RAMÍREZ AMAT, Mgs.
Vicerrector Administrativo - Vicepresidente Ejecutivo

Dra. MÓNICA FRANCO POMBO, Ph.D.
Vicerrectora de Vinculación

DR. ERNESTO SALCEDO ORTEGA, Ph.D.
Director - Editor

DR. HÉCTOR VANEGAS Y CORTÁZAR, Ph.D.
Editor Asociado

DRA. MARÍA DEL CARMEN VIDAL MASPONS, Mgs.
Editora Asociada

ARQ. MARÍA FERNANDA COMPTE GUERRERO, Ph.D.
Directora del Sistema de Investigación y Desarrollo



DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

COMITÉ CIENTÍFICO

DR. ARNEL MEDINA CUENCA, Ph.D.
Universidad de La Habana, Cuba

DR. GONZALO RUA, Ph.D.
Universidad de Buenos Aires, Argentina

DR. OMAR HUERTAS DÍAZ, Ph.D.
Universidad Nacional de Colombia

DR. ABDIEL A. ÁBREGO, Ph.D.
Universidad de Panamá

DRA. TERESA NUQUES MARTÍNEZ, Ph.D.
Universidad Católica Santiago de Guayaquil

AB. JOSÉ M. GARCÍA BAQUERIZO, Mgs.
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

DR. IVÁN CASTRO PATIÑO, Ph.D.
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

DR. SANTIAGO GUARDERAS IZQUIERDO, Mgs.
Pontificia Universidad Católica del Ecuador

DRA. MÓNICA PALENCIA NÚÑEZ, Ph.D.
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

REVISTA JURÍDICA
Nº33, 2019
ENERO-JUNIO, 2019

ISSN
ISSN 1390-3071
E-ISSN 1390-4736

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR DE LA REVISTA
DR. ERNESTO SALCEDO ORTEGA, Ph.D.

CORRECCIÓN DE CONTENIDO
AB. MANUEL MONTERO LARA, MA.

CORRECCIÓN DE TEXTOS
LIC. JANET LARA MORA

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN
MARÍA FERNANDA MARTÍNEZ MIÑO
MARÍA JOSÉ MALDONADO CARRERA

MIEMBROS DE CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS

AB. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO, Mgs.
Decano

AB. MARÍA ISABEL LYNCH DE NATH, Mgs.
Directora de Carrera de Derecho

LCDA. ANA QUEVEDO TERÁN, Mgs.
Directora de Carrera de Trabajo social

AB. HÉCTOR VANEGAS Y CORTÁZAR, Ph.D.
Profesor Representante Principal ante Consejo Directivo

DRA. MARÍA DEL CARMEN VIDAL MASPONS, Mgs.
Profesora Representante Alterno ante Consejo Directivo

AB. MA. MERCEDES CEPRIÁN HAZ
Coordinadora Académica 2

AB. ELKER MENDOZA COLAMARCO
Coordinador Académico 1

GABRIELA YCAZA GÓMEZ
Delegada al Consejo Directivo

DANIELA GUARÍN BENAVIDES
Presidenta Asociación de Estudiantes de Derecho

 DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

AV. CARLOS JULIO AROSEMENA, KM 1.5, ECUADOR
TELÉFONO: +593 4 220 92 10 EXT.: 2635 - 2636
CORREO ELECTRÓNICO:
REVISTA.JURIDICA@CU.UCSG.EDU.EC

IMPRESIÓN
VALGRAF
1000 EJEMPLARES

© UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE
GUAYAQUIL, ECUADOR

TODOS LOS ARTÍCULOS QUE APARECEN EN
LA REVISTA JURÍDICA SON DE EXCLUSIVA
RESPONSABILIDAD DE SUS AUTORES.

TABLA DE CONTENIDOS

PROCESO Y REPÚBLICA	5
PROCESS AND REPUBLIC ADOLFO ALVARADO VELLOSO	
SOWING INTRIGUE AND MISTRUST	27
PATRICIO ALVARADO LUZURIAGA	
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL	45
PREVENTIVE DETENTION IN THE INTEGRAL CRIMINAL ORGANIC CODE ZAIRE ALTUVE VILLASMIL, FRANCISCO FERREIRA DE ABREU	
EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	70
THE RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL DATA XAVIER CUADROS AÑAZCO	
ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN EL ECUADOR	85
PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN ECUADOR. A LOOK AT LATIN AMERICAN REALITY ROBERT FRIEND MACÍAS, SEBASTIÁN MENDOZA ZAMBRANO	
EL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO	96
THE DEFERRED PAYCHECK LEGAL THEORIES ALEJANDRO LAZO MORA	
EL SISTEMA DE JURADOS. ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA O NO EN EL ECUADOR	107
THE JURY SYSTEM. ANALYSIS OF ITS CONVENIENCE OR NOT IN ECUADOR ERNESTO SALCEDO ORTEGA, MEY-LI MACIO CENTENO	
UNA MIRADA AL ABUSO SEXUAL INFANTIL	122
A LOOK AT CHILD SEXUAL ABUSE ELIA REGA FERRÁN, YELITZA GARCÍA BRITO	
PRINCIPALES FACULTADES Y DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS	138
MAIN POWERS AND RIGHTS OF SHAREHOLDERS PAOLA PINOARGOTE VÁZQUEZ	
PROTECCIÓN LEGAL DE LA NATURALEZA Y PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO	150
LEGAL PROTECTION OF NATURE AND INDIGENOUS PEOPLES IN THE ECUADORIAN LEGAL SYSTEM MANUEL MONTERO LARA	
LOS RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN TORNO A LA PROTECCIÓN INTEGRAL COMO POLÍTICA SOBRE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL ECUADOR, SU IMPACTO Y RELEVANCIA EN LA CIUDAD DE GUAYAQUIL	163
THE CHALLENGES OF PUBLIC ADMINISTRATION AROUND COMPREHENSIVE PROTECTION AS A POLICY ON CHILDREN AND ADOLESCENCE IN ECUADOR, ITS IMPACT AND RELEVANCE IN THE CITY OF GUAYAQUIL KATHERINE MATA ECHEVERRÍA	
RETOS DE LA FUNCIÓN POLICIAL EN MÉXICO DESDE LA PERSPECTIVA DEL CASO “MUJERES VÍCTIMAS DE TORTURA SEXUAL EN ATENCO”	181
CHALLENGES OF THE POLICE FUNCTION IN MEXICO FROM THE PERSPECTIVE OF THE CASE “WOMEN VICTIMS OF SEXUAL TORTURE IN ATENCO” FILIBERTO MANRIQUE MOLINA	
NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN LA REVISTA JURÍDICA	195

▼ EDITORIAL

Presentamos a vuestra consideración, apreciados lectores, la edición número 33 de la Revista Jurídica de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, en cuyo contenido se desprenden interesantes investigaciones de actualidad jurídica, en temas que versan sobre: Derecho Administrativo, Derecho Procesal, Derecho Penal, Derecho Societario, Derecho Mercantil, Derecho Constitucional y Derecho Internacional.

La Revista Jurídica es un medio de difusión jurídico multidisciplinario, que publica artículos resultantes de investigaciones originales. En esta oca-

sión, cumpliendo con los estándares de calidad de las revistas científicas internacionales en proceso de indización, es la primera vez en la historia de nuestras publicaciones que contamos con aportes de investigadores extranjeros y nacionales, y con un artículo completamente escrito en lengua extranjera (inglés).

Seguiremos incrementando esfuerzos para continuar con publicaciones de óptima calidad académica, siempre con la convicción de interpretar correctamente las legítimas expectativas de nuestros lectores, a quienes agradecemos por confiar en nuestro trabajo editorial.

DR. ERNESTO SALCEDO ORTEGA, Ph.D.

PROCESO Y REPÚBLICA¹ CRÍTICA A LA PRUEBA DE OFICIO

PROCESS AND REPUBLIC BY OWN MOTION EVIDENCE

ADOLFO ALVARADO VELLOSO²

¹ Universidad Nacional de Rosario, Argentina.

RESUMEN

Este artículo trata sobre el “proceso” dentro de una república, tomando como casos de análisis las repúblicas de América Latina y el concepto que manejan del proceso a nivel judicial y constitucional.

Para este efecto, el autor expondrá, para la comprensión de los lectores, algunos de los problemas que surgen con el término “proceso” desde la mera óptica constitucional, sin tomar en cuenta otros conceptos que dieron asidero al término, desde sus orígenes políticos, filosóficos e ideológicos dentro de la República.

Así mismo, se ahonda y disecciona los elementos constitutivos del “proceso” a nivel judicial, republicano y político, tales como las partes involucradas en el conflicto, así como en el encargo de intentar dar solución al mismo, con las características intrínsecas que debe tener este tercer elemento externo.

Todo este análisis lleva a una mejor comprensión del concepto de “debido proceso” garantizado a nivel constitucional en los casos de estudio, a nivel de América Latina.

PALABRAS CLAVE: Proceso, República, Constitución, partes procesales, imparcialidad.

¹ Este trabajo se publica por vez primera en Ecuador en la *Revista Jurídica* de la Facultad de Jurisprudencia en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

² Profesor de *Teoría General de Derecho Procesal*. Director de la Carrera de posgrado de *Maestría en Derecho Procesal* de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario; de las Carreras de posgrado de *Especialización en Derecho Procesal* que se dictan en las Universidades Católica de Santiago del Estero y Nacional de Lomas de Zamora, ambas de Argentina; y director de la Carrera de posgrado de *Especialización en Magistratura y Gestión Judicial* que se dicta en la Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina. Ex presidente del *Instituto Panamericano de Derecho Procesal*. Presidente del *Instituto Argentino de Derecho Procesal Republicano*. Su currículum completo, con detalle de la documentación respaldatoria, puede ser visto en: www.adolfoalvarado.com.ar

RECIBIDO: 17/05/2019
ACEPTADO: 25/05/2019

CORRESPONDENCIA:
aav@alvarado-abogados.com

ABSTRACT

The topic that is developed here is linked more to politics than to the Law and, perhaps for this reason, its understanding is usually alien to the academic fields that teach and regulate the process throughout Latin America, as I will try to demonstrate in this work. But shortly after looking closely at the National Constitution - strictly speaking, all the Constitutions of the continent - are unquestionable the deep reciprocal implications of the concepts of process and republic in their different philosophical, ideological and political treatments. For the full understanding of what will be said here, it is essential to expose, capture and understand previously some of the specific problems generated by the assumption of the process concept from the pure perspective of the Constitution, something that specialists have so far refrained from doing in the branch called Constitutional Procedural Law. Without this necessary knowledge, the conclusions of this work could be incomprehensible to the reader, who will surely believe in the end that everything is the author's whim. And you will see that it is not so. It is worth this preliminary explanation to understand the development of this work.

PALABRAS CLAVE: Process, Republic, Constitution, procedural parts, impartiality.

INTROITO ¹

El tema que aquí se desarrolla se vincula más con la política que con el derecho y, tal vez por ello, su comprensión resulta habitualmente ajena a los ámbitos académicos que enseñan y norman el proceso en toda América Latina, como intentaré demostrarlo en este trabajo. Pero a poco que se mire con detenimiento la Constitución Nacional -en rigor, *todas* las Constituciones del continente- son indudables las hondas implicaciones recíprocas que tienen los conceptos de *proceso* y de *república* en sus diferentes tratamientos filosóficos, ideológicos y políticos.

Para la cabal comprensión de lo que aquí se escribirá, es imprescindible exponer, captar y comprender previamente algunos de los problemas específicos que genera la asunción del concepto *proceso* desde la pura óptica de la Constitución, cosa que hasta ahora se han abstenido de hacer los especialistas en la rama denominada *Derecho Procesal Constitucional*. Sin este necesario conocimiento, las conclusiones de este trabajo podrían ser incomprensibles para el lector, quien seguramente creerá a la postre que todo es capricho del autor. Y ya se verá que no es así.

Valga esta explicación liminar para entender el desarrollo de este trabajo.

¹ Las ideas que acá se exponen han sido ya publicadas en *Sistema procesal: garantía de la libertad* (edición Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2008, 2 tomos de 1300 páginas). Un compendio de esta última obra se publicó en Panamá, con el título de *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, libro adaptado a la legislación procesal panameña por HERIBERTO ARAUZ SÁNCHEZ (edición Universal Books, Panamá, 2011, un tomo de 902 páginas). También muchas de ellas son reiterativas de las insertas en *La garantía constitucional del proceso y el activismo judicial ¿qué es el Garantismo procesal?* (edición Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2014).

LAS NOVEDADES PROCESALES SURGIDAS EN AMÉRICA

En los últimos años han surgido –en la Argentina primero² y en el resto del continente después^{3 4}– *tendencias procesales novedosas* (término catalogado por sus autores) que tienden a establecer, particularmente en la justicia civil, un *proceso eficiente* y de *posibilidades ilimitadas*⁵.

En breve inventario de dichas novedades, puedo citar acá: 1. La imposición a los jueces del deber de probar de oficio y, como tal, sancionable en caso de incumplimiento: en casi toda América se denomina *medidas para menor proveer o resolver*⁶; 2. la institucionalización de anticipos de sentencia sin audiencia previa de todos los interesados en el litigio, so pretexto de asignar carácter cautelar a un adelanto sobre pretensiones; 3. la eliminación del proceso mismo como método de debate, sustituyéndolo por la mera dedicación, empeño, buena voluntad y sagacidad del juzgador: se denomina *proceso autosatisfactorio*; 4. el otorgamiento jurisprudencial de la facultad a todos los jueces de apartarse a su simple voluntad de las reglas que rigen desde siempre la carga de la prueba a partir de la ley: se denomina *cargas probatorias dinámicas*; 5. la aceptación de la posibilidad de flexibilizar la regla de la congruencia procesal, autorizando a los jueces a fallar más allá de lo pretendido, resistido y regularmente probado por las partes; 6. la aceptación de la posibilidad de apartarse del efecto de cosa juzgada material: se denomina *relativización de la cosa juzgada*.

La extensión prevista para esta publicación no admite un desarrollo siquiera mínimo de todas estas *novedosas tendencias procesales*. De ahí que, pretendiendo hacer algo que a la postre resulte útil al lector, criticaré aquí tan solo el primero de los temas aludidos, ya bien conocidos en Panamá.

Para comenzar dicha tarea, creo imprescindible presentar previa y escuetamente lo que es la *concepción republicana de proceso*, para que luego pueda comprenderse cabalmente lo que aquí crítico, y, llegado el caso, el lector pueda hacer propias dichas críticas. Para la mejor comprensión del texto que sigue, parto de la base de que el proceso es un *método*.

² A partir de las obras publicadas por destacados juristas de las ciudades de Rosario y La Plata, de inmediata y vasta difusión en América merced a la intervención de sus autores en diversos congresos internacionales de Derecho Procesal, particularmente en Colombia, en Brasil y en Perú.

³ Especialmente en Colombia, a partir de la doctrina recurrentemente sostenida por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal mediante su importante y eficiente labor de difusión de las ideas que mantienen sus miembros. Que son contrarias a las que se explican en este trabajo y, creo yo, al texto expreso de su propia Constitución Política. Idénticas consideraciones cabe hacer en Ecuador ante el nuevo Código de Procedimiento Civil, en su versión de 2011

⁴ Por ejemplo, en Chile, donde se ha instalado un nuevo Proyecto de Código Procesal Civil, con fuerte influencia inquisitorial alejada de los postulados constitucionales y a contrapelo de la reforma penal, que ha adoptado con singular éxito el sistema acusatorio de enjuiciamiento

⁵ Ese es el nombre que, precisamente, le ha otorgado el profesor argentino Jorge W. Peyrano al resultado de aplicar en la práctica el cúmulo de conceptos expuestos en el texto.

⁶ En muchos de los códigos actuales ha perdido la calidad de facultad para convertirse en verdadero deber judicial, sancionable en caso de incumplimiento.

Simplemente método, que ha sido definido por el constituyente de todos nuestros países como un *debido proceso*⁷. Y ello importa afirmar que sirve desde sus inicios para que dos personas naturalmente desiguales puedan discutir acerca de un bien de la vida en pie de perfecta igualdad jurídica asegurada al efecto de la discusión por un tercero neutral (juez)

⁷ El concepto comprende dos significados diferentes, no captados habitualmente por el abogado litigante. El primero, refiere a un claro derecho de todo ciudadano frente al Estado, lo que implica que el debido proceso debe ser considerado por todo jurista no como la regulación de un simple trámite sino como un *límite al Poder*. El segundo se vincula con la única garantía que al mismo ciudadano le otorga la Constitución para resguardar la vigencia de todos los demás derechos que ella consagra a su favor. Para entender estas afirmaciones, cabe recordar –lo reitero– que desde el siglo pasado la doctrina publicista califica insistentemente al proceso como el *debido proceso*, a partir de concebirlo como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad, sin advertir que luego propicia soluciones legales que se contraponen con el concepto. De ahí que es interesante señalar que el sintagma *debido proceso* lució novedoso en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso –que todo el mundo acepta que es una serie consecucional– aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, las cartas políticas del continente no incluyen –en su mayoría– la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*, cual lo hace la Constitución de Chile. El origen generalmente aceptado de la palabra debido se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales dice en su parte pertinente que no podrá “someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligarse a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso judicial”. Este mandato figura nuevamente en el texto de la Decimocuarta Enmienda (ahora como restricción al poder de los Estados confederados) donde se utilizan palabras similares: “... ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el *debido procedimiento jurídico*”. La Constitución argentina no define el concepto de *debido proceso*, aunque sí lo acepta como derecho de todos los ciudadanos conforme antigua y recurrente jurisprudencia de la Corte Nacional. Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativamente*: y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquél por el que –por ejemplo– se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales. No obstante todo ello, si se pasa a afirmativa las concepciones negativas y se hace un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia argentina, por ejemplo, podría decirse que el debido proceso supone: el *derecho a la jurisdicción*, que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia; que implica el *libre acceso* al tribunal y la *posibilidad plena de audiencia* (lo cual lleva aneja una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada); la determinación previa del *lugar del juicio* y el *derecho del reo de explicarse en su propia lengua*; que comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un *procedimiento eficaz y sin dilaciones*, adecuado a la *naturaleza del caso justiciable y público*, con *asistencia letrada* eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención. Concebido entonces como *método*, los autores han visto al proceso, a través de la historia, con dos finalidades antagónicas: es método de *discusión* (debate regulado por la ley y dirigido por un juez, donde los sujetos realmente importantes son las propias partes) o método de *investigación* (donde el sujeto importante es el juez y las partes se convierten en objeto de la investigación, lo que se ve muy, muy claro en el proceso penal de todos los tiempos. Hasta hoy).

que debe actuar funcionalmente -lo reitero- de modo imparcial imparcial (anglicismo no reconocido por la RAE) e independiente de ellas.

Tal proceso existe en tanto se adecue plenamente al conocido por todos pero comprendido por insuficientes como *principio de imparcialidad del juzgador*, único que asegura la vigencia del *principio de igualdad jurídica* ante la ley de los parciales que se encuentran en litigio⁸.

⁸ Para comprender mejor el planteo que aquí hago del tema, lo primero que cabe hacer es aclarar al lector qué entiendo por *principio*, a fin de establecer puntillosamente el valor de las palabras: se trata de un simple *punto de partida*. Pero, así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*). Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que hetero-compondrá el litigio, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema. Así concebidos, los *principios procesales* -propriadamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que consigna habitualmente la doctrina- son solo cinco: 1) la *imparcialidad* del juzgador; 2) la *igualdad* de las partes litigantes; 3) la *transitoriedad* del proceso; 4) la *eficacia* de la serie procedimental y 5) la *moralidad* en el debate. Veamos qué es cada uno de ellos.

La extensión comprometida para esta obra determina que ahora pueda detenerme sólo en la explicación del *principio de imparcialidad del juzgador*. De tanta importancia es éste que su existencia regula por sí misma el que un proceso sea tal y no otra cosa, pues indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad - anglicismo no reconocido*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*). Esto, que se presenta como obvio -y lo es- no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura. Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos. En realidad, creo que todos -particularmente los magistrados judiciales- sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad, pero -otra vez- nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas. Por eso es que se dice despreocupada -y erróneamente- que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan. Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, 1) ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos), 2) independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo, 3) no identificación con alguna ideología determinada, 4) completa ajenez frente a la posibilidad de dádiva o soborno y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera. 5) Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso, y 6) evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, 7) así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto. 8) Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera. Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justificable con todas las calidades que el vocablo involucra. Pero su importancia es manifiesta pues solo con su irrestricta vigencia se asegura la cabal existencia del *principio de igualdad de las partes*. Y esto es asaz claro. Si, esencialmente,

Explicación crítica de los temas:

LA ACTIVIDAD DEL JUEZ EN LA ETAPA PROBATORIA DEL PROCESO

Tal vez la más importante contradicción sistémica que presentaba este tema en cuanto a la ideación del proceso como método constitucional y republicano de debate era la normativa legal que autorizaba al juez –como facultad que podía realizar o no a voluntad– a probar de oficio algún hecho que las propias partes interesadas en el resultado del litigio habían dejado huérfano de elementos de convicción suficientes como para que el juez les otorgara la razón en la solución del pleito.

En la actualidad las cosas se han complicado: Antes, *podía* probar. Ahora *debe* probar, aunque no quiera, pues corre el riesgo de ser sancionado por el incumplimiento del deber.

Analizando la actividad que debe cumplir el juzgador en la etapa *probatoria*, la doctrina y las diferentes leyes han establecido parámetros muy disímiles en orden a la filosofía que inspira al legislador de una normativa dada. En otras palabras: son distintas las respuestas que pueden darse en cuanto a la tarea que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria, debatiéndose acerca de si le toca *verificar* los hechos, o bien si debe *comprobarlos*, o *acreditarlos*, o buscar *la certeza de su existencia* o *la verdad real de lo acontecido en el plano de la realidad* o, más simplemente, contentarse con *lograr una mera convicción* acerca de los hechos controvertidos en el litigio. Por cierto, entre cada una de tantas inocentes palabras –que se presentan como equipolentes en el lenguaje diario– existe diferencia sustancial. En rigor, una inmensa distancia que separa inconciliablemente a quienes practican el *auto-*

todo proceso supone la presencia de dos sujetos que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia) y si la auténtica y única razón de ser del proceso es *erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada* y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate se efectúe *en pie de perfecta igualdad*. Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: Prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: El libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etcétera. En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad* o *contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En diferentes palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes. Si esto no se respeta habrá una simple *aparición de proceso*. Pero nunca un *verdadero proceso*, tal como lo concibo en esta obra acorde con el mandato constitucional. Con lo dicho hasta acá acerca del tema *principios*, creo que es suficiente para que pueda comprenderse la crítica que haré seguidamente en el texto respecto de algunas de las novedades doctrinarias, legales y jurisprudenciales.

ritarismo⁹ procesal (clara muestra de *totalitarismo político*) –que los hay, y muchos– de quienes sostienen que el proceso es *garantía de libertad* en un plano constitucional y no *medio de control social*¹⁰ o *de opresión política*¹¹. Esta separación conceptual no es novedosa, ya que tiene profundas raigambres en la historia, tanto antigua como reciente.

En la actualidad, los bandos antagónicos se hallan claramente configurados en el mundo académico y en el judicial a partir de la existencia de una decidida vocación popular (claro producto de la inseguridad reinante en nuestros países) –sostenida por numerosos medios de información– que pregona la necesidad de actuar de inmediato y de matar al homicida, cortar la mano del ladrón, castrar al violador, aumentar las penas de los delitos de moda, vedar toda excarcelación, etcétera¹².

Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal* y este, a su turno, del *solidarismo* o *decisionismo procesal*, y se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles* (en el decir de algún estudioso), más *comprometidos con la gente y con su tiempo*, con la verdad y con la justicia¹³. En contra de esta posición existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con

⁹ Se entiende por *autoritario* lo que se funda o apoya exclusivamente en la autoridad. Pero también refiere al que abusa de su autoridad o la impone a todo coste. De donde viene *autoritarismo*, que menciona al abuso de autoridad o a la existencia de sumisión total a ella.

¹⁰ Cual lo imaginó KLEIN y puso en práctica en su *Reglamento* para el Imperio Austrohúngaro, que tanta influencia tiene hasta el día de hoy en todos los procesalistas de América, inexplicablemente deslumbrados todavía por la idea de que el proceso *es un mal en sí mismo* y no un eficiente *remedio* para el verdadero mal: el *conflicto intersubjetivo de intereses*, producto de una inadecuada convivencia entre los hombres. Recuérdese que dicho Reglamento data de ¡1895! ¡Y a eso le llama *modernidad* el procesalismo americano

¹¹ Cual fue con toda claridad el *Código Procesal Civil* italiano de 1942, cuya *Exposición de Motivos* –firmada por DINO GRANDI– lo constituye en paradigmático modelo fascista de juzgamiento y de sojuzgamiento. ¡Y este es el modelo que siguen a pie juntillas todos los códigos actuales aun en regímenes políticos democráticos y republicanos!

¹² Léase con mayor precisión “*prensa amarilla*”, convertida hoy en juez definitivo de las conductas de los hombres al amparo de la notable ineficiencia del Poder Judicial cuyos pronunciamientos, además, condiciona gravemente.

¹³ Se entiende por ser *solidario* el mostrar o prestar adhesión o apoyo a una causa ajena, idea de la cual surge el *solidarismo*, considerado como una corriente destinada a ayudar altruistamente a los demás. La idea se ha impuesto hace años en el derecho penal y, particularmente, en el derecho procesal penal, donde existen autores y numerosos jueces animados de las mejores intenciones que, solidarizándose con la víctima de un delito, tratan de evitarle a ella un estado de *revictimización* que podría operar, por ejemplo, con solo enfrentarla al victimario. Este movimiento doctrinal y judicial se ha extendido también hacia los procesalistas que operan en el campo de lo civil, donde ha ganado numerosos y apasionados adeptos. Reconozco que la idea y la bandera que ellos despliegan son realmente fascinantes: se trata –nada menos– que, de ayudar al débil, al pobre, al que se halla mal o peor defendido, etcétera. Pero cuando un juez adopta esta postura en el proceso no advierte que, automáticamente, deja de lado lo que siempre ha de ser irrestricto cumplimiento de su propio deber de imparcialidad. Y, de esta forma, vulnera la igualdad procesal.

ella, a la del orden legal existente en el Estado de Derecho, en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras: los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales¹⁴.

A esta posición filosófica que se muestra antagónica con el *solidarismo procesal* (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano de nadie *sin el previo y debido proceso legal*) se le da el nombre de *republicana*, *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*)¹⁵.

No se me escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la justicia, la verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿Quién no quiere *la Justicia?*, ¿quién no quiere *la Verdad?* Pero no se trata de abandonar o sustituir esas banderas para siempre sino -así de simple- de no colocarlas por encima de la Constitución (ruego recordar que los códigos procesales, nazi, fascista y comunista soviético pretenden un juez altamente comprometido con la filosofía política imperante en el gobierno del Estado. Y ruego también recordar ¡En qué y cómo terminaron los países que todo ello proclamaban...!). Tenga presente el lector que la *Inquisición española*, por ejemplo, procurando la verdad y con la confesada vocación de hacer justicia a todo trance, institucionalizó la tortura como adecuado método para lograr los fines que se propusiera...

Se entiende por *decisionismo* el movimiento formado por ciertos jueces solidaristas que resuelven los litigios que les son presentados por los interesados a base exclusiva de sus propios sentimientos o simpatías hacia una de las partes, sin sentirse vinculados con el orden legal vigente.

¹⁴ En puridad de verdad, las *garantías* son una sola: *El proceso*. Si bien se mira, el *acceso a la justicia*, el *control de constitucionalidad*, el *amparo*, el *habeas corpus*, la *acción de tutela* y el *habeas data* son solo eso en su esencia: proceso. De donde resulta que es la única vía (*garantía*) para hacer efectivo cada uno de los *derechos* que las Constituciones otorgan en el marco de las *declaraciones* que contienen. Si esto es así -y estoy convencido de que lo es- el proceso debe ser considerado -y normado- como *método de discusión* (cual ocurre en el sistema acusatorio puro, no vigente de hecho en Panamá por ausencia de una auténtica imparcialidad funcional en sus jueces) y no como *método de investigación* (cual ocurre en el sistema inquisitivo, de estricta moda en Panamá para todos los órdenes de su Justicia: civil, penal, laboral, etcétera, al socaire de las recurrentes enseñanzas en este país de los habituales expositores presentes en todos los Congresos que organiza el Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal). Finalmente, cuando hablo de *método de discusión* refiero a un *debate pacífico* (no armado), *dialogal* y *argumentativo*, entre *sujetos naturalmente desiguales* que se encuentran en situación de *antagonismo* respecto de una situación de la vida de convivencia y que se *igualan jurídicamente* para el debate merced a la imparcialidad, imparcialidad e independencia del juzgador llamado por la ley para dirigir el debate y, eventualmente, para resolverlo si es que los propios interesados no han llegado a una solución auto compositiva del litigio.

¹⁵ Muy lamentablemente, y merced a la constante prédica de la prensa amarillista, el sintagma *garantismo procesal* se ha desacreditado grandemente: es habitual escuchar por radio o televisión que la mayor aspiración de un jurista que se dice *garantista* es poner una puerta giratoria en la entrada de una comisaría policial para hacer entrar por ella al detenido a fin de que pueda salir con el mismo envión del ingreso. Craso error. No se trata de eso sino de hacer respetar la Constitución y el orden de los derechos que ella consagra.

El *garantismo procesal* no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –insisto que comprometidos *solo con la ley*– declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos y lograr a la postre el mantenimiento de la paz social. Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: Los sometidos a juzgamiento...

EL DEBER DE PROBAR DE OFICIO

El tema merece una aclaración previa: En el pensamiento garantista, el tópico que aquí desarrollo es el que mejor permite explicar cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal entre los procesalistas americanos, toda vez que ahora cabe definir y ampliar o limitar la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de confirmar procesalmente¹⁶.

Para que se entienda cabalmente el tema, es menester recordar muy brevemente la historia de los sistemas de enjuiciamiento que ya he explicado en otra oportunidad y que abrevio en nota a pie de página¹⁷.

¹⁶ Creo muy importante advertir al lector que, si lee detenidamente la nómina completa de autores decisionistas con pensamiento vigente en América Latina, descubrirá prontamente que casi todos son jueces en actividad, o jueces jubilados, o familiares o cónyuges de jueces o, finalmente, académicos que jamás han litigado ante tribunal alguno. ¡Muy, muy excepcionalmente, abogados que pechan mostradores en las mesas de entradas de los tribunales en demanda de justicia!

¹⁷ Tres son los sistemas conocidos: Acusatorio o dispositivo, inquisitorio o inquisitivo y mixto. Los explico seguidamente.

1. *El sistema acusatorio o dispositivo.* Es un método *bilateral* en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en situación de igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida. Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo activar o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, y las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen. Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema. Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de poder impulsorio, ha de aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes, así como conformarse con los medios de prueba que ellas aporten y debe resolver de acuerdo con el mandato legal y ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas. Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica del *proceso*, como fenómeno jurídico irreplicable y, por tanto, inconfundible que une a tres sujetos en una relación dinámica y continua. Pero no solo al litigio puramente civil se aplicó este sistema en el pasado remoto: existen noticias que muestran a este fenómeno respecto de la

materia penal en las antiguas repúblicas de Grecia y en la misma Roma, en la época de los Comicios. Y es que la primitiva concepción del juicio penal exigía que fuera iniciado por un *acusador* (ya que prevalecía el interés particular del ofendido y sus parientes) quien actuaba contra el reo ante la persona que oficiaba como juzgador. Tanto es así que lo que hoy podría llamarse *proceso penal común* fue *acusatorio* desde antes del Siglo XII en numerosos países de Europa.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal), se presenta históricamente –y hasta hoy– con los siguientes rasgos caracterizadores: a) el proceso solo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez*; b) el impulso procesal solo es dado por las partes. *Nunca por el juez*; c) el juicio es *público* salvo casos excepcionales; d) existe *paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias* entre actor (o acusador) y demandado (o reo); e) *el juez es un tercero* que, como tal, es *imparcial* (anglicismo), *imparcial* e *independiente* de cada uno de los contradictores. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador; f) no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real* sino que, mucho más modesta pero realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley; g) nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba*, por lo que se prohíbe su provocación (declaración indagatoria y absolución de posiciones); h) correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia; i) se prohíbe la tortura; j) el imputado sabe siempre de qué se lo acusa y k) quién lo acusa y l) quiénes son los testigos de cargo; etc. A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo).

2. *El sistema inquisitorio*. Originariamente, fue un método *unilateral* –y sigue siéndolo– en el cual el propio pretendiente, convertido ahora en *acusador* de alguien (reo) le imputaba la comisión de un delito. Y esa imputación –he aquí la perversa novedad del sistema– *la hacía ante él mismo* como encargado de juzgarla oportunamente. Por cierto, si el acusador era quien *afirmaba* (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de *probarla*. Solo que –otra vez– por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación. Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público. De allí que las características propias del método eran: a) el juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto; b) el juez era la *misma persona* que el acusador y, por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque a él mismo se le ocurría (así su actividad comenzó a ser *oficiosa o propia de su oficio*) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (ello quedó escondido en la idea del *accionar oficioso*); c) como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que, a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado, toda vez que el juzgador era sacerdote) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios de que el resultado coincidiera estrictamente con lo que él sostenía que había acaecido en el plano de la realidad social; d) para ello, comenzó entonces la búsqueda de *la verdad real*; e) y se creyó que solo era factible encontrarla con la *confesión*; de ahí que ella se convirtió en un *medio de prueba* y, luego, en la reina de todas las pruebas (la *probatio probatissima*); f) y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura. Como se ve, método radicalmente diferente al que imperó en la historia de la sociedad civilizada. En la actualidad este es el método que se practica en casi toda América para el juzgamiento penal y que se aplica en todas partes para lo civil con las lógicas atenuaciones del tiempo que se vive (por ejemplo, ya no puede decirse que haya tortura indiscriminada en todas partes).
3. *El sistema mixto*. Comparando los sistemas descritos en los párrafos anteriores, puede colegirse con facilidad que los conocidos como *dispositivo* e *inquisitivo* son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no se puede hablar seriamente de una suerte de *convivencia* entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse

en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado. Sin embargo, gracias a la persistente vigencia en la ley de la filosofía inquisitiva de la autoridad a la cual todo esto le sirve –por casi seiscientos años– hoy abundan los *códigos mixtos*, cosa que se puede ver con facilidad en lo civil: todos los códigos de América son, según los autores mayoritarios, ipredominantemente dispositivos pero con leves atenuaciones inquisitivas...! No obstante, ello –y surge solo de la simple lectura de los anteriores párrafos– no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues *disposición e inquisición* son posiciones que generan sistemas de procesamiento *incompatibles* en su esencia. Por eso es que *no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto*.

Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación, recorro a un ejemplo cualquiera: piénsese en un cuerpo legal que contenga normas claramente dispositivas en materia de prueba de afirmaciones contradichas. Supóngase que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que, bajo el inocente título de *medidas para mejor proveer o resolver*, otorgue al juez amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia conducente a la investigación de la *verdad real* acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes. En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir conforme a las pautas tradicionales en materia de prueba, recoge las ideas más avanzadas, que concuerdan en entregarle al juez una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos... etcétera. Afirmando que tal comentario es incoherente. Baste una sencilla reflexión para justificar este aserto: la norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a *cargas, plazos, negligencia, caducidad*, etc., en materia de ofrecimiento y producción de la prueba?

¿Por qué se ha llegado en la historia al sistema mixto? A mi juicio, son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistemas antagónicos: La secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó la actuación de la *Inquisición española* durante más de *seiscientos años*, así como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje del sistema (recuérdese que nuestra asignatura es actualmente denominada en muchas partes como *derecho jurisdiccional*). Además, toda la doctrina procesal publicada en el continente desde los años 50. del siglo pasado en adelante ha contribuido grandemente a ello pues con su lectura y estudio se han formado quienes enseñan la asignatura hasta ahora en las diferentes universidades de América. Incluso quien esto escribe. Finalmente: en la generalidad de la Argentina de hoy se cuenta con normativas procesales fuertemente inquisitivas, tanto en lo penal como en lo civil. A riesgo de predicar en el vacío, mantengo la esperanza de revertir tal estado de cosas y, para eso, esta obra. Y ello por simples y obvias razones: los constituyentes de 1853 normaron en función de la dolorosa historia vivida en la Argentina hasta entonces, tratando de evitar desde la propia Constitución la reiteración de los errores y las aberraciones del pasado.

Acorde con textos constitucionales vigentes en la época, reitero que la idea que tuvieron de la actividad de procesar no puede ser más clara, más pura, ni puede concebirse más liberal: acordaron la *igualdad ante la ley*, remarcaron la *inviolabilidad de la defensa en juicio*, establecieron el principio del *juez natural* y el del *estado de inocencia*, prohibieron la *condena sin juicio previo* fundado en *ley anterior* al hecho que motivó el proceso, etc. Dentro del espíritu que exhibe la Constitución, todo ello muestra que su meta era –y es– un proceso regulado con las modalidades explicadas hasta ahora: fenómeno jurídico que enlaza a tres sujetos, dos de ellos ubicados en situación de *igualdad* y el otro en la de *imparcialidad* (lo cual ocurre *exclusivamente* en el sistema dispositivo o acusatorio). De ninguna manera creo que pueda afirmarse, al menos congruente y fundadamente, que todas las garantías constitucionales recién enunciadas rijan dentro del sistema inquisitivo (propio de nuestro proceso penal hasta hace poco tiempo) pues al posibilitar que sea el propio juez quien inicie de oficio una investigación imputando a alguien la comisión de un delito, por ejemplo, y al mismo tiempo permitir que dicho juez resuelva por sí acerca de su propia imputación, viene a

Durante casi toda la historia del derecho –en rigor, hasta la adopción irrestricta del *sistema inquisitivo* como perverso método de enjuiciamiento, admitido políticamente y justificado filosófica y jurídicamente durante casi ¡seiscientos años!– se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que al juzgador –actuando dentro de un sistema *dispositivo* (que instrumenta un verdadero método de debate)– solo tocaba establecer en su sentencia la *fijación de los hechos* (entendiéndose por tal la definición de aquellos acerca de los cuales logró durante el proceso la *convicción de su existencia*, sin que preocupara en demasía a este sistema si los así aceptados coincidían *exactamente* con los acaecidos en el plano de la realidad social) y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida.

La irrupción del sistema *inquisitivo* (que instrumenta un verdadero método de investigación: eso mismo significa *inquisición*) generó entre sus rápidamente numerosos partidarios una acerba crítica respecto de esta *posibilidad de no coincidencia* entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad de la vida social. Y esta fue la causa de que la doctrina comenzara a elaborar una larga distinción entre lo que los autores llamaron la *verdad formal* (la que surge de la sentencia por la simple fijación de hechos efectuada por el juez a base de su propia convicción) (específica del *sistema dispositivo*) y la *verdad real* (la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (propia del *sistema inquisitivo* pues, a la postre, antaño se sabía que la verdad era fuente de poder y eficiente instrumento de dominación)¹⁸.

resultar algo obvio: el juez *es juez y parte* al mismo tiempo. Y hasta el menos avisado puede advertir que lo que ello genera no es un proceso (de tres) sino un simple procedimiento que une solo a dos sujetos: al juez-acusador y al reo.

Insisto reiterativamente y a riesgo de producir hartazgo en el lector: no obstante tal afirmación, que no puede ser desvirtuada con razonamiento lógico jurídico (aunque sí con argumentación política o caprichosa), la antigua vocación por el totalitarismo que tan persistentemente ha mostrado el legislador de toda la América latina lo ha llevado a dictar regulaciones normativas que, al permitir la coexistencia incoherente de sistemas antagónicos, descartan *per se* la vigencia del *debido proceso* al establecer para un sinnúmero de casos simples procedimientos judiciales a los cuales se les adjudica –indebidamente– la denominación de *procesos*. Pero como las cosas son lo que realmente son, sin que importe al efecto cómo se las llame, no creo que ello sea suficiente para que se acepte con alegría y buena voluntad un sistema filosóficamente erróneo, políticamente nefasto y jurídicamente inconstitucional.

¹⁸ Últimamente, distinguido docente de Derecho Penal –RICARDO JUAN CABALLERO, *La Justicia inquisitorial*, (Editorial Ariel Historia, 2003) ha efectuado interesante aporte a la ciencia procesal, al intentar desentrañar el auténtico sentido histórico de la palabra real cuando adjetiva al sustantivo *verdad*. Utilizando al efecto una óptica diferente a la tradicional, afirma él que en tiempos de las primeras monarquías absolutas no existía el hoy conocido *estado de inocencia* sino una obvia *presunción de culpabilidad* emergente de la mera imputación efectuada por el propio rey –con inspiración divina, naturalmente– y que esa afirmación era nada menos que la *verdad real*: *La verdad del rey*, no la afirmación que coincide con la realidad de la vida. Por tanto, la búsqueda de la verdad real por parte del juez que actúa inquisitivamente, tiene el único objeto de hacer coincidir el resultado de objeto investigado con lo querido por el rey. Tal cual ocurre hoy, sólo que la coincidencia no se produce con el querer real sino con la voluntad del mismo juez que ha efectuado la imputación!

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema: en tanto en el primero el juez solo debe procurar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos admiten acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida¹⁹, b) en el segundo el juez actúa –compro-metiendo su imparcialidad– como un verdadero *investigador* en orden a procurar la *verdad* para lograr con ella hacer *justicia* conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud...²⁰

¹⁹ La palabra *imparcialidad* referida en el texto muestra el exacto *quid* de la cuestión, vinculada con el *principio procesal* más destacable de los posibles de enunciar. A tal punto, que sin una auténtica imparcialidad funcional del juzgador habrá un simple *procedimiento*, pero nunca un verdadero *proceso*. De ahí la importancia de fijar posición académica frente a su concepto.

El *principio de imparcialidad del juzgador* indica que el *tercero* que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) (anglicismo) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*). Esto que se presenta como obvio –y lo es– no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura. Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos. En realidad, creo que todos –particularmente los magistrados judiciales– sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad, pero –otra vez– nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas. Por eso es que se dice despreocupada –y erróneamente– que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan. Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, a) ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos); b) independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo; c) no identificación con alguna ideología determinada; d) completa ajenezidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera. e) Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y f) evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, g) así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto. h) Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera. Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra.

²⁰ El tema no solo es fascinante. Es preocupante. Gravemente preocupante. Quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del *juez investigador* lo hacen partiendo de la base de que la Verdad y la Justicia son *valores absolutos*. El asunto no es novedoso: el pensamiento griego se ocupó largamente de él al plantear los problemas axiológicos, entre los cuales cabe recordar uno de los de mayor importancia: ¿puede decirse que los valores de la vida *valen por sí mismos*, esencialmente, o, por lo contrario, que valen tan solo porque *alguien los valora*...? En otras palabras: los *valores*, como tales, ¿son *absolutos* o *relativos*? (Una puesta de sol o la *Gioconda*, por ejemplo, ¿son absoluta

Sentadas estas ideas básicas para la plena comprensión del tema, sigo adelante con su explicación.

Es dato conocido por todos que la serie procesal comprende cuatro pasos: 1) *afirmación*²¹,

y esencialmente bellas o son bellas relativamente para mí, que las encuentro bellas, en tanto que pueden no serlo para otro?) Traído el problema al terreno judicial parece fácil de resolver. En efecto: piénsese en un juzgador justiciero que, con rectitud y honestidad de espíritu, hace todo lo que está a su alcance para llegar a la *verdad real* de los hechos sometidos a su juzgamiento. Y, después de ardua búsqueda, cree haber logrado esa verdad –en rigor, la *Verdad*, única y con mayúsculas– y, a base de ella, emite su fallo, por ejemplo, *absolviendo* al demandado o reo. Adviértase que esta óptica muestra a la Verdad como un valor absoluto. De tal modo, *la Verdad es una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual*. Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdidoso y, así, elevado el asunto a un tribunal superior donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior. Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la *Verdad* –otra vez con mayúscula– que, lamentablemente, no coincide con la que había pregonado el inferior... Y, de tal manera, revocan su sentencia y, en su lugar, *condenan* al demandado o reo. Y parece obvio destacar que la segunda Verdad debe primar por sobre la *primera Verdad*, por simple adecuación lógica del caso a la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual *la Verdad* será solo la que declare el último juzgador previsto como tal en el sistema de que se trate... Lo primero que se le ocurrirá al lector –de seguro– es que lógicamente no pueden coexistir *dos Verdades antagónicas* acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser *la Verdad*, ambas sean la simple *verdad* de cada uno de los juzgadores (en rigor, *sus verdades*, que pueden o no coincidir con la *Verdad*). Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un *valor relativo*. De tal modo, lo que es justo para uno puede no serlo para otro o lo que fue justo en el pasado o aquí puede no serlo en el presente o allá. En otras palabras, hay *tantas verdades como personas pretenden definir las* (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud... ¿Quién piensa lo mismo hoy?). El problema ejemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema. Pero sirve para comprender cabalmente que la *simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior* muestra que la *verdad* (así, con minúscula) es un *valor relativo*. Si esto es correcto –y creo firmemente que lo es– ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante *el deber de buscar la verdad real*...? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición? Sin embargo, exactamente eso ha ocurrido en casi todas las legislaciones procesales (civiles y penales) del continente con el auspicio de importantes nombres de autores de prestigio que, increíblemente, continúan pontificando acerca de la necesidad de brindar más y mayores potestades a los jueces para buscar esa Verdad, a todas luces inalcanzable...

Soslayando momentáneamente la exposición, debo decir aquí y ahora que ese continuo otorgamiento de mayores facultades a los jueces ha convertido a muchos de ellos en *normadores primarios*, alejándolos del formalismo propio del sistema de la dogmática jurídica, donde deben actuar exclusivamente como *normadores secundarios* (creando la ley solo cuando ella no está preordenada por el legislador). Y esto ha traído enorme desconcierto en los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador –no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno– hace literalmente lo que quiere... Cual el cadí.

²¹ Toda demanda civil o imputación penal contiene una pretensión que parte de una necesaria e insoslayable afirmación (le presté y no me devolvió, hurtó, me despidió sin causa, etc.) a la cual el pretendiente le asigna relevancia jurídica y, a base de ello, aspira a obtener una respuesta de la autoridad que sea estimatoria de esa pretensión.

2) *negación*²², 3) *confirmación*²³ y 4) *alegación* (o evaluación o conclusión)²⁴.

Se sabe también que el desarrollo de tal serie sigue un orden estricta y puramente lógico, por lo que resulta *invariable* (no puede comenzar con la etapa de *negación* o con la de *confirmación*, por ejemplo) e *inmodificable* (en orden a mantener los principios que hacen a la existencia del *debido proceso*, no puede eliminarse alguna de dichas etapas, lo que desgraciadamente ocurre en la Argentina, donde se sacrifica la *seguridad jurídica* para lograr –ilusoriamente– ¡mayor celeridad procesal...!)²⁵.

²² Es obvio que el juzgador no puede resolver a base de la exclusiva y unilateral afirmación del pretendiente; por ello, y como simple aplicación al caso del principio constitucional de *igualdad ante la ley*, debe ser oído, antes que nada. Se genera así la etapa de *negación*, en la cual el resistente civil puede mostrar una de cuatro actitudes: *abstención* (se desentiende del pleito y nada hace al respecto); *sumisión* (admite efectuar la prestación pretendida); *reconvenión* (utiliza el mismo procedimiento ya incoado para contraatacar al demandante) y *oposición* (enfrenta la pretensión haciendo una de dos cosas: diciendo a) *no le debo* –con lo cual ejerce una defensa puramente negativa que se conoce como *contestación a la demanda*– y genera con ello en el actor la carga de confirmar cada una de las afirmaciones negadas; o b) diciendo *sí, me prestó, pero le pagué*, con lo cual deduce *excepción*, que libera al actor de probar la afirmación excepcionada y, al mismo tiempo, genera en el excepcionante la carga de su confirmación.

²³ Siempre que haya una actitud de oposición (contradicción o excepción) debe ser abierta la etapa confirmatoria para que quien haya sido el afirmante pueda confirmar la afirmación negada.

²⁴ Siempre que exista actividad confirmatoria, debe ser abierta la etapa evaluatoria para que puedan alegar acerca de la confirmación de la afirmación negada quienes hayan sufrido la respectiva carga en la etapa anterior.

²⁵ Desde el siglo pasado, la doctrina publicista refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad. La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso –que ya he mostrado como una serie consecucional– aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, las Cartas Políticas del continente no incluyen –en su mayoría– la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio* o un *procedimiento racional y justo*, cual lo hace la Constitución de Chile. El origen más o menos aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales, dice en su parte pertinente que no podrá “someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad *sin el debido proceso judicial*”. Este mandato figura nuevamente en el texto de la Decimocuarta Enmienda (*ahora como restricción al poder de los Estados confederados*) donde se utilizan palabras similares: “...ningún Estado podrá tampoco privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, *sin el debido procedimiento jurídico*”.

Muchas constituciones refieren tangencialmente al *debido proceso*. Pero no lo definen ni afirman que es un derecho de todo ciudadano, lo que se da por supuesto. Tampoco lo hace la doctrina local en términos asertivos de inconfundibilidad total. Consecuente con ello, prestigiosos autores del siglo pasado lo han definido como *drama* o como *misterio* o como algo que *se sabe exactamente dónde está, pero no qué es*.

No obstante todo ello, pasando a afirmativa las concepciones negativas y haciendo un mínimo inventario de las *frases hechas* acuñadas por la jurisprudencia generalizada en las Cortes Constitucionales de América, podría decirse que el debido proceso: a) supone el *derecho a la jurisdicción*,

En razón de que el objeto²⁶ del proceso es la *sentencia*, en la cual el juzgador debe *normar específicamente* (aplicando siempre la ley preexistente o creándola al efecto en caso de inexistencia) el caso justiciable presentado a su decisión, parece obvio señalar que debe contar para ello con un adecuado conocimiento del litigio, a efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo.

Por cierto, todo litigio parte siempre –y no puede ser de otra manera– de la afirmación de un *hecho* como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho al cual el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (... quien compra una cosa debe abonar su precio; el que hurtare...) Y, a base de tal encuadramiento, pretende (recuerde el lector que –lógicamente–

que es imprescriptible, irrenunciable y no afectable por las causas extintivas de las obligaciones ni por sentencia; b) implica el *libre acceso* al tribunal; c) y la *posibilidad plena de audiencia* (lo cual lleva aneja una *efectiva citación* que permita total conocimiento de la acusación o demanda cursada); d) la determinación previa del *lugar del juicio*; e) el *derecho del reo de explicarse en su propia lengua*; f) comprende el derecho de que el proceso se efectúe con un *procedimiento eficaz y sin dilaciones*; g) adecuado a la *naturaleza del caso justiciable* y h) *público*; i) con *asistencia letrada* eficiente desde el momento mismo de la imputación o detención. Específicamente en cuanto a la confirmación, comprende j) el *derecho de probar* con la utilización de todos los medios legales procedentes y pertinentes y k) el de que el juzgador se *atenga solo a lo regular y legalmente acreditado* en las actuaciones respectivas.

En cuanto atañe a la sentencia, comprende el derecho de: l) que sea dictada por un *juez objetivo, imparcial e independiente*, m) que emita su pronunciamiento en forma *completa*: referida a *todos* los hechos esenciales con eficacia decisiva y al derecho aplicable; n) *legítima*: basada en pruebas válidas y sin omisión de las esenciales; ñ) *lógica*: adecuada a las reglas del pensamiento lógico y a la experiencia común; o) *motivada*: debe ser una derivación razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida y en función de los hechos probados en el proceso y p) *congruente*: debe versar exclusivamente acerca de lo pretendido y resistido por las partes. La sentencia que no cumple tales condiciones es calificada habitualmente como *arbitraria*, cuyos parámetros generadores también constituyen *frases hechas*, inteligentemente acuñadas por la jurisprudencia. Y así, *una sentencia es arbitraria* cuando a) no decide acerca de cuestiones oportunamente planteadas, o b) decide acerca de cuestiones no planteadas, o c) contradice constancias del proceso, o d) incurre en auto contradicción, o e) pretende dejar sin efecto decisiones anteriores firmes, o f) el juez se arroga en ella el papel de legislador, o g) prescinde del texto legal sin dar razón plausible alguna, o h) aplica normas derogadas o aún no vigentes, o i) da como fundamentos algunas pautas de excesiva latitud, o j) prescinde de prueba decisiva, o k) invoca jurisprudencia inexistente, o l) incurre en excesos rituales manifiestos, o m) sustenta el fallo en afirmaciones dogmáticas o n) en fundamentos que solo tienen la apariencia de tal, o ñ) incurre en auto contradicción, etcétera. Como se ve, se trata de una simple enunciación más o menos detallada de vicios contenidos en las actividades de procesar y de sentenciar que, además, son aglutinados en una misma idea no obstante que ostentan obvias y profundas diferencias lógicas y materiales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de *debido proceso* resulta más fácil sostener que es aquél que se adecua plenamente a la *idea lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de *perfecta igualdad en el instar* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial, imparcial e independiente). En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* que respeta sus propios principios, particularmente el de la imparcialidad del juzgador, que posibilita el de la igualdad de los parciales. Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

²⁶ Utilizo el vocablo en su exacta tercera acepción castellana: término o fin de los actos.

no puede haber demanda civil ni acusación penal sin pretensión) el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena... Insisto particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin *hechos afirmados* que le sirvan de sustento. De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado *en el presente* debe analizar hechos que se dicen cumplidos *en el pasado*. Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido —y, por ello, los muestra y glosa— el juzgador debe *encuadrarlos necesariamente en una norma jurídica* (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para *lo futuro*, declarando un derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta. En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el *presente* los hechos acaecidos en el *pasado* y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el *futuro* para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales.

LA INCUMBENCIA PROBATORIA

Para saber cómo debe funcionar la *incumbencia probatoria*, debe tenerse presente que, si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionar de forma legal al juez reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra.

Pues bien: el problema de determinar a quién le incumbe aportar la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra al proceso (ítem que esos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el Derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que, en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado —luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser confirmados— convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí a quién le incumbía hacerlo sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de confirmar* cada uno de los hechos controvertidos. De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar.

Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de confirmación —o prueba— acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar clara y directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso, dejando subsistente el conflicto que lo había originado. A este efecto, decía *non liquet* —no lo veo claro²⁷— y, por ello, se abstenía de emitir sentencia (si bien se piensa, ese

²⁷ *Nihil habere quod liqueat*: no sacar nada en claro.

no juzgamiento es lo que se conoce doctrinalmente con el nombre de *sobreseimiento*). Pero en algún momento de la historia fue menester cambiar la pauta relativa a la *mejor posibilidad o facilidad de confirmar* pues ella estaba –está– conformada por criterios de *pura subjetividad* y, por ende, de *total relatividad*: Adviértase que lo que puede resultar fácticamente sencillo de hacer para uno puede ser imposible para otro.

Cuando el pretor dejó de establecer en cada caso concreto a quién incumbía la tarea de confirmar los hechos, con base en la facilidad que tenía para hacerlo; se generó una regla de carácter general y la cosa cambió. Ahora, la incumbencia de “probar” (confirmar) comenzó a pesar exclusiva y objetivamente en cabeza del propio actor o pretendiente (en rigor, quien había *afirmado el hecho litigioso* y no del que lo había negado, por sencillo que le resultara “probar” lo contrario). Y ello quedó plasmado en el brocárdico *el que afirma prueba*, de uso judicial todavía en la actualidad.

A mediados del siglo XIX, el codificador argentino advirtió el grave problema que entraña la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet* y decidió terminar con ella. Y así, estableció en el artículo 15 del Código Civil que “Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes”. Otro tanto ha ocurrido en casi todos los países de América Latina. No obstante, tal disposición, el problema se mantuvo idéntico hasta hoy, pues la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de *carencia de norma*, pero dejó irresuelto el supuesto de *carencia de hechos* o, mejor aún, de *carencia de prueba acerca de esos hechos*. Y ello porque la regla que establece que *el que afirma prueba*, resultó incompleta por su excesiva latitud^{28,29}. Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo*³⁰.

²⁸ Y es que –como ya se ha visto en el texto– hay hechos que no pueden ser confirmados: Cuando yo afirmo en un proceso; por ejemplo, que *soy soltero* y ello es negado por la contraparte, no hay forma de acreditarlo. Por lo contrario, podrá hacerse respecto de los otros estados civiles (casado, viudo, divorciado, separado) con la mera exhibición de la partida respectiva, pero nunca de la soltería.

²⁹ Y entre ellas, comenzando por reiterar algunas de las ya mencionadas al presentar el problema, se ha dicho que incumbe la carga confirmatoria: a) al *actor* en todos los casos, pero le otorga esta calidad al *demandado* en cuanto a sus excepciones; b) a *quien afirma un hecho* y no al que simplemente lo niega; c) al *actor* respecto de los hechos en que se basan sus pretensiones, y al *demandado* en cuanto los que justifican sus excepciones; d) a *quien alega un hecho anormal* respecto del estado habitual de las cosas, ya que la normalidad se presume lógicamente; e) a *quien pretende innovar* en una relación cualquiera, entendiendo con ello que lo que se modifica es la normalidad; f) a *cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable* (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas). En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse; g) a *quien busca lograr un cierto efecto jurídico*; h) a *quien tiene interés en que un hecho afirmado sea considerado como verdadero*; i) a *quien afirma un cierto tipo de hecho*, que luego explicaré con detenimiento en el texto.

³⁰ Esto ha sido denominado desde antaño en la doctrina como *prueba diabólica*. No obstante, ello, hay leyes que ignoran el problema y que, por ende, generan una carga confirmatoria que no puede ser cumplida en los hechos, con las consecuencias que de ello se derivan. Adviértase la entidad del problema señalado: si yo afirmo que *no soy deudor o que el deudor no me pagó o que no cometí el delito*

Ya que, según se ve, el problema no fue resuelto por el codificador. La doctrina procesalista ha debido encarar el tema y buscar su solución a base de pautas concretas y de pura objetividad. Para esto se han sustentado diversas teorías, defendidas y criticadas con ahínco por los estudiosos que se han ocupado del tema. En general, nada de ello ha servido para hacer sencilla la regla de juzgamiento, implícita en la determinación de la incumbencia de la carga de confirmar. Antes bien, todas las tesis reseñadas han sido desinterpretadas por la jurisprudencia, generando así algunas veces un caos evidente que resulta imposible de soportar. A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la pauta citada en el punto f) *de la precedente marginalia, generadora de reglas que cubren todos los supuestos fácticos susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, dejando con ello definitivamente erradicada la posibilidad de emitir un pronunciamiento non liquet.*

Tales reglas indican que debe tenerse en cuenta el tipo de *hecho* que se afirma como sustento del encuadre o implicación jurídica que esgrime el pretendiente en su demanda o quien se defiende en oportunidad de deducir excepciones. Debe quedar claro ahora que se entiende por *hecho* la *acción y efecto de hacer algo* o, mejor aún, *todo acontecimiento o suceso susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación.* Así concebido, un hecho puede ser producido por la *naturaleza* (granizo, inundación) o por el *hombre* (contrato, daño).

Reiterando: a los efectos de esta explicación, el *hecho* puede ser: a) *generador del derecho o de la responsabilidad* que se afirma en la demanda como fundante de una pretensión cualquiera, y b) *eximente de responsabilidad o demostrativo de la inexistencia del derecho* pretendido, que se afirma como fundamento fáctico de una excepción cualquiera. Y, ahora sí, ya se puede explicar qué debe confirmar quien alega la existencia de un 1) *hecho constitutivo*³¹, 2)

que se me imputa, por ejemplo, no puedo confirmarlo de manera alguna pues es imposible percibir directamente lo que no existe. Y cuando las leyes generan una carga confirmatoria de este tipo, resulta claro que es de *cumplimiento imposible*.

³¹ Es el que sostiene todo pretendiente al imputar responsabilidad o demandar la declaración de un derecho con basamento en ese específico hecho, del que afirma que emerge el efecto pretendido. Por ejemplo, se sostiene en la demanda la existencia de un préstamo de dinero que no ha sido devuelto, o la comisión de un ilícito civil generador de responsabilidad aquiliana o, en términos similares, que ha transcurrido el plazo necesario para que la posesión pueda derivar en derecho de propiedad o para declarar la prescripción liberatoria, etcétera. Caso de *ser negado* el hecho constitutivo, debe ser confirmado por el propio pretendiente y nada debe hacer al respecto el demandado que simplemente lo ha negado. Si la confirmación es convincente para el juez, ganará el pleito el actor. Caso contrario, lo perderá sin que el demandado haya realizado tarea alguna al respecto.

o *extintivo*³², 3) o *invalidativo*³³, 4) o *convalidativo*³⁴, 5) o *impeditivo*³⁵, no importando al efecto que sea el actor o el demandado quien lo haya invocado.

³² Es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por sí mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho. Por ejemplo, el demandado sostiene al oponer excepciones en la etapa de negación que ha pagado la obligación cuyo cumplimiento le reclama el actor o que la posesión alegada fue interrumpida, etcétera. Caso de *ser alegado* este tipo de hecho, debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él. En otras palabras: si el excepcionante afirma haber pagado el mutuo alegado por el actor, debe confirmar dicho pago. Y, nótese bien, en este caso nada debe confirmar el actor en cuanto al hecho constitutivo por él alegado, toda vez que no se justifica lógicamente la afirmación de un pago sin reconocer implícitamente la existencia del préstamo que tal pago extinguió. Así, toda la tarea confirmatoria pesará en el caso sobre el excepcionante, quien ganará el pleito en el supuesto de lograr la respectiva confirmación y lo perderá en el caso contrario (y, así, ganará el actor, aunque nada haya hecho en el campo confirmatorio). Como se ve y se ratificará luego, en el juego de posibles confirmaciones se trabaja siempre solo sobre el último hecho afirmado en la cadena de *constitución, extinción, invalidación y convalidación* antes referida.

³³ Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho constitutivo o un hecho extintivo del hecho constitutivo alegado para fundar la respectiva pretensión. Por ejemplo: si Pedro sostiene que contrató un mutuo con Juan, afirmando que este recibió el dinero y que no lo devolvió oportunamente (*hecho constitutivo*) y, a su turno, Juan afirma que pagó a Pedro tal dinero (*hecho extintivo*), el mismo Pedro puede alegar ahora que el pago se hizo indebidamente a un tercero (*hecho invalidante*) y que, por ende, no lo recibió; por tanto, como quien paga mal debe pagar dos veces, espera ahora la condigna condena a su favor. Este tipo de hecho debe ser confirmado por quien lo alega. Caso de no hacerlo (y solo este hecho, ya que el constitutivo se encuentra exento de confirmación -pues es lógico presumir que quien pagó es porque debía- y que el hecho extintivo también está exento de confirmación -ya que si se afirma que el pago es inválido es porque se reconoce el hecho de haber sido realizado-) ganará el pleito el que alegó el último hecho implícitamente aceptado: el del pago, al que se tendrá como existente)

³⁴ Es el que afirma todo aquel contra quien se ha opuesto un hecho invalidante de un hecho extintivo de un hecho constitutivo. Por ejemplo, si en el caso recién relatado, Juan reconoce haber pagado a un tercero y afirma que, a la postre, este entregó el dinero al propio Pedro -con lo cual recibió finalmente su acreencia- parece claro que la invalidez del pago ha quedado convalidada. De modo similar al expresado antes, aquí Juan habrá de confirmar solo el hecho convalidante, quedando todos los demás fuera de la tarea confirmatoria. Y resultará con ello que ganará el pleito si logra hacerlo y lo perderá en caso contrario. (Sé que a esta altura de la explicación ella se asemeja grandemente a una suerte de extraño trabalenguas. Pero insisto con la buscada repetición de palabras pues creo que de tal forma ayudo a que el lector fije definitivamente el concepto).

³⁵ Es el que afirma una parte sosteniendo la ausencia en el hecho constitutivo o en el hecho extintivo de alguno de los requisitos generales que son comunes a todas las relaciones jurídicas (por ejemplo, la capacidad de las partes, la libertad con la cual fue expresado el consentimiento -cuando este es necesario- la existencia de vicios del consentimiento, la ilicitud de la causa obligacional, etcétera). Similarmente, es el que refiere a la ineficacia del *proceso como medio* para debatir en él la pretensión (por ejemplo, se afirma que el juez actuante es incompetente, que el actor carece de personalidad, que la demanda es oscura, etcétera). La carga de confirmar este tipo de hecho pesa exclusivamente sobre la parte que lo invocó.

Con toda esta compleja elaboración para determinar con precisión a quién incumbe la carga de confirmar en el proceso, se ha llegado a establecer desde la propia Ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes confirmatorios productores de convicción.

En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación. En cambio, si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de confirmación y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo. Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió confirmar su afirmación y no lo hizo* pierde el pleito, aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil.

Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

Sostuve antes que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de confirmar sino *de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio*. Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de pura objetividad a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas, y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años.

Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga*, alguna jurisprudencia la hizo pesar *sobre ambas partes por igual* (!!)³⁶. Con posterioridad, conocida doctrina americana

³⁶ Por ejemplo, durante la década de los 60 rigió en la Argentina una ley que congelaba todas las locaciones de inmuebles urbanos e impedía actualizar el monto del alquiler a menos que el inquilino *tuviera suficientes medios de fortuna (u otras propiedades) como para poder pagar un canon liberado*. Este precepto –que en la jerga tribunalicia se denominó como de *inquilino pudiente*– generó una ola de pleitos en los cuales el actor debía lograr del juez la plena convicción de la *pudencia* del inquilino, cosa que no era fácil de hacer. Como en rigor de verdad se trataba de una “*prueba*” *diabólica* por el carácter local de los diversos Registros de Propiedades con que todavía cuenta el país, algunos jueces comenzaron a imponer una suerte de extraña inversión o complementación de la carga confirmatoria, sosteniendo que la *pudencia* era un hecho que debía ser acreditado *por ambas partes por igual*. Por cierto, el argumento reñía con la técnica procesal y, sobre todo, con la lógica. Recuerdo ahora que al momento de juzgar un magistrado uno de dichas causas sosteniendo esta tesis, fue interrogado por otro juez –que quería hacerle ver las dificultades propias del problema– acerca de

comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa *ética de la solidaridad* entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación.

A mi juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido³⁷.

CONCLUSIONES

Creo haber demostrado claramente que:

1. El proceso judicial es un método ideado para que dos personas naturalmente desiguales debatan pacífica, dialogal y argumentativamente a efectos de poner fin a un conflicto de intereses existente entre ellas, como producto natural de la convivencia social. Y ese debate se efectúa de modo necesario ante un tercero que, como consecuencia de su *terceridad*, iguala jurídicamente a los contendientes.
2. La calidad de *tercero* exige que quien dirige el debate y eventualmente lo resuelve sea *imparcial, independiente e imparcial* con el exacto alcance dado a cada vocablo en este trabajo.
3. Este concepto de imparcialidad descarta de plano y lógicamente toda posibilidad probatoria por parte del director del debate.
4. La exigencia constitucional de irrestricto respeto a la garantía del *debido proceso* comprende e implica a todas estas ideas.

cómo debía ser resuelto un pleito en el que la misma idéntica carga pesara por igual sobre ambos contendientes sin que ninguno de ellos hubiera logrado cumplirla. Y el interrogado respondió muy suelto de cuerpo: pues... ¡lo empatan! ¡Como si ello fuere posible!

³⁷ Y es que nadie comienza un pleito con alegría y despreocupación, como quien sale a pasear por el campo en día festivo. Por el contrario, se realizan previamente muchas conversaciones –e intimaciones– para tratar de evitarlo. Cuando ya el pretendiente –acreedor, por ejemplo– está seguro de que no logrará una autocomposición con el resistente –deudor, que en el ejemplo afirma que pagó– no tiene más remedio (recordar que esta es la última alternativa pacífica) que concurrir al proceso (para ello, debe pagar honorarios de abogados y carísimas tasas de justicia), donde el deudor, ahora demandado, vuelve a oponerle la misma tenaz oposición que antes, afirmando haber hecho –por ejemplo– un pago que no existió en la realidad de la vida... Como puede aceptarse fácilmente a esta altura del relato, el actor piensa con visos de razonabilidad comprensible en destruir para siempre a su demandado y deudor impenitente. En tales condiciones, ¿cómo puede serle exigido que colabore solidariamente con su enemigo y, que, si no lo hace, se considere que ha caído en inconducta procesal? ¿No es esto un verdadero disparate?

SOWING INTRIGUE AND MISTRUST

HOW TO BREAK JUDICIAL CORRUPTION OFF FROM THE INSIDE

PATRICIO ALVARADO LUZURIAGA

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

Este artículo avanza la idea de que la corrupción judicial se puede destruir desde adentro. La idea es que, dado que los acuerdos corruptos no son exigibles legalmente y las partes dependen exclusivamente de la confianza, los responsables de las políticas públicas deben tratar de destruir esa confianza. Este documento sugiere que una forma de hacerlo podría ser a través de un mecanismo de recompensa, donde el denunciante recibe una cantidad que excede el potencial pago del soborno. También permite a los abogados o jueces fingir un soborno para atrapar al que lo acepta. Esta última parte es fundamental para que las partes corruptas no puedan saber si están tratando con un soborno "auténtico" o con alguien que solo está tratando de obtener una recompensa. Bajo esta incertidumbre, la corrupción ya no es racional, y su impulso se diluye. Sin embargo, para que esto funcione en la práctica, se deben cumplir algunas condiciones empíricas. Este artículo presenta una metodología con la cual probar su existencia en la comunidad legal ecuatoriana. Se obtuvieron algunas encuestas de práctica, a modo de ejemplo. Sin embargo, los resultados no deben tomarse como concluyentes sino como meras referencias. Es necesario realizar un estudio a gran escala para obtener resultados confiables.

PALABRAS CLAVE: judicial, corrupción, soborno, recompensa, delator.

ABSTRACT

This paper advances the idea that judicial corruption can be torn apart from the inside. The insight is that since corrupt deals are not legally enforceable and parties rely exclusively on trust, public policy makers should aim to destroy that trust. This paper suggests that a way to do it could be through a reward mechanism, where the whistleblower is awarded an amount that exceeds the potential payoff of the bribe. It also allows lawyers or judges to fake a bribe to catch the one who accepts it. This last part is fundamental for corrupt parties wouldn't know if they are dealing with an "honest" briber or with someone who is just trying to get a reward. Under this uncertainty, corruption is no longer rational, and its drive is diluted. However, for this to work in practice, some empirical conditions must be met. This paper advances a methodology with which to test their existence in the Ecuadorian legal community. A few practice surveys were obtained, as a mean of example. However, the results should not be taken as conclusive but as mere references. A large-scale study needs to be conducted in order to obtain reliable results.

KEYWORDS: judiciary, corruption, bribe, reward, whistleblower.

RECIBIDO: 6/06/2019
ACEPTADO: 15/06/2019

CORRESPONDENCIA:
palvarado.luzuriaga@gmail.com

INTRODUCTION

This paper is about using rewards and Game Theory to break up corruption from the inside. In this paper, we will use the definition of corruption set forward by Transparency International, a worldwide private organization devoted to studying corruption since 1993. They have issued the “Corruption Perception Index” since 1995 to the date (the most recent in 2015), the world’s most influential research on corruption. They define corruption as: “the abuse of an entrusted power for private gain.” However, that definition, as pointed out by Roser-Ackerman is problematic in the sense that the power could have been taken by force, not necessarily “entrusted”. This situation has happened in countries with non-democratic regimes which are, nonetheless expected to act on behalf of the people’s best interests (Cuba with Fidel Castro for example; or Chile with Augusto Pinochet are a couple of examples) (Rose-Ackerman & Palifka, 2016).

As explained by Rose-Ackerman, corruption is a principal-agent problem (Rose-Ackerman & Palifka, 2016). Indeed, for corruption to take place, we need an agent who deceives and a principal who is deceived. The agent is supposed to perform a task in a certain way for the benefit of the principal. This mandate and its conditions could be imposed either by law or by a contract. This agent could be a police officer, the head of a contracting authority under public procurement law, a judge or any other private or public person with sufficient power to decide (directly or indirectly) in the interest of the other corrupt party. The principal, in this context, could be the populace (as in the case of police officers and judges), the State, the shareholders of the company or any other individual, group or entity who the agent is supposed to act on behalf of.

It is important to distinguish the different scenarios where corruption can take place. Let’s take for example a couple of driver’s license applicants. The first one does not comply with the legal requirements to obtain it, while the second one does. The first applicant could bribe the officer to get the license, which is a benefit that he is not legally entitled to. The second applicant could consider bribing the officer to get faster that benefit that he is actually entitled to, without going through all the paperwork and tests that he is required to prove his driver skills. In a third scenario, our second applicant could be confronted with a corrupt officer who asks him some money to issue the license, which otherwise, he would have gotten without the need to pay a bribe.

Corruption also takes place in the judicial field. This specific type of corruption takes place between a judge (or any other judicial authority, like a public prosecutor for example) and a lawyer (or occasionally the party directly). It constitutes a breach of the judge’s public mandate to decide cases exclusively on the merit of law. It may or may not harm the other party because, as in the case of the driver’s license used above, it could be the case that the party who arranged the case with the judge was legally entitled to win the case. In this case, the party who is harmed is, oddly, the one who paid the bribe to get what he was legally entitled to.

Several causes have been appointed for this misconduct of the agent. Serra, for instance, refers to historical causes (colonial heritage is highly correlated with corruption), religious causes (countries where population is mostly Protestant, are reported to have less corruption) and political causes (countries, where democratic institutions are and have been strong and stable for long periods, score very well on corruption indexes) (2006). Also, many scholars have studied the economic factors that eases corruption (the International Handbook on the Economics of Corruption is one of the most influential works in this regard). We can highlight: a) the need to align the economic incentives of both the agent and the principal; and b) the importance of the institutional design as a factor that may as well facilitate or dissuade corruption (Kaufmann, Kraay, & Mastruzzi, 2006).

The consequences of corruption can be more or less obvious. Stiegler suggests some that are rather straightforward such as overpriced government contracts (which could cause less public goods or services provided), civil servants being selected for reasons different than their merits (which could result in a poor quality in the provision of public services) (Stiegler, 2011). However, there are some other consequences that require deeper analysis, such as the hypothesis suggested by Depken, who proves with empirical evidence that high corruption levels cause the corresponding State bonds interest rates to be higher (Depken & LaFountaine, 2006).

An even more complex issue is the academic debate between the correlation between corruption and low rates of growth. It could be the case that the low rates of growth cause corruption since people, under the strong economic pressure, start seeking rents in illegal ways. But, it could also be the case that corruption causes low growth rates because it scares away potential investors who have no certainty to undertake important economic activities under the extreme uncertainty posed by high corruption rates. Both hypotheses are plausible, and the definitive answer is yet to be found (Kaufmann et al., 2006).

We encounter possible solutions to corruption from many different disciplines: morals, law, economics, sociology, just to name a few. This paper will focus on the ones advanced by the most influential scholars in economics, which includes a brief analysis of the economic incentives behind bribery and extortion (albeit corruption can take very different forms apart from bribery and extortion) from the game theoretical approach.

The economic model of bribery and extortion has several elements, which are: the briber, the bribee, the bribe, a possible intermediary, the probability of getting caught and each player's payoff. But the most important element to highlight is that it is a contract. Hence, it demands the acquiescence of both parties. However, since it involves an illegal transaction, it is non-enforceable. All that parties have is trust.

This characteristic turns bribery into a cooperative game, i.e. where both players can make the most out of it if (and only if) they cooperate. Cooperation, in this context, entails not accusing each other before the authorities, who can impose severe penalties upon them. This cooperation reduces the chances of getting caught since public prosecutors will need information to take the corrupt parties into court and impose a sanction.

Hence, rational parties will cooperate while trying to get the most surplus out of the transaction; unless the State changes the rules of the game through regulation. But, how can these rules be changed to turn this cooperative game into a non-cooperative one?

First, we need to understand that a bribe is, bluntly put, a bilateral voluntary transaction. As in every voluntary transaction, parties agree to its terms when they are beneficial for both of them; i.e. when they both get a surplus out of it. At this point, it is useful to rely on Cooter and Ullen's bargaining theory, which explains that (ideally) whenever a voluntary exchange takes place, a *cooperative surplus* is generated (Cooter & Ullen, 2013). So, for example, if person A, who values his computer at USD \$250, is trying to sell it to person B, who values it at USD \$400; both parties could agree to set the price at USD \$325 (for instance). Person A will be very happy to sell his computer at USD \$325, after all, he values it at USD \$250; on the other hand, person B will be very happy to buy the computer at USD \$325, after all, he thinks it costs at least USD \$400. Both parties win if the transaction is completed.

The same happens with a bribe. Judge A knows that there is a (big or small) chance to get caught and face a (big or small) penalty if he takes the bribe. So, we could say that the price of the bribe for Judge A is a function of the probability of getting caught and the penalty. The penalty could consist of a fine or imprisonment; in the latter case (imprisonment) each has a preference towards it, and that preference could be translated into monetary value as if an individual had to decide: how much will he be willing to pay to avoid X time in prison. If he is rational, he won't take the bribe if it's not large enough to overmatch an amount equal to the size of the penalty multiplied by the probability of getting the penalty (the latter is called the expected penalty).

Now, the briber also faces a similar calculation. The maximum amount that the briber is willing to pay is a function of both: the potential gain from the judicial decision and the probability of getting caught multiplied by the size of the sanction (the latter is also called the expected penalty or sanction). The briber could also serve time in prison if he is caught. In this case, just as with the judge, the amount of his expected sanction will also depend on the amount that he is willing to pay in order to avoid prison (Cooter & Ullen, 2013).

So, under these considerations, a compelling economic solution is straightforward: reduce the pay-off of corruption so that it wouldn't be rational for parties to participate in it. There are several ways to achieve this objective, which can be logically inferred from the fact that whenever there is surplus to be made by both parties, corruption will arise. These ways are:

- Increasing the penalty
- Increasing the probability of getting caught
- Reducing the gain (the size of the bribe and/or the private gain).

Although the other possibilities are equally promising with the goal of reducing corruption, this paper will focus on the ways to increase the probability of getting caught. To achieve

this objective, it is vital to understand that it is a crime that leaves little or no trail at all; and the little trail it leaves behind is extremely difficult to track. Its effects cannot be seen directly in the world. Although something can be done with audits, they are costly (because of the fees that are paid to the auditors and because of the resources they take away from the ongoing enterprise). In any case, audits are neither perfect nor immune to corruption themselves. It could be the case that auditors are bribed to hide or distort their findings.

The other mechanism to detect corruption is by whistleblowers. Whistleblowing can be defined, according to Transparency International as: “the disclosure of information related to corrupt, illegal, fraudulent or hazardous activities being committed in or by public or private sector organizations – which are of concern to or threaten the public interest – to individuals or entities believed to be able to effect action.” (Transparency International, 2013). Their importance in the battle against corruption rests on the fact that they are the single most important source of information or sometimes even the only one. Without their support, most crimes would go unnoticed and unpunished, which creates a pernicious feedback loop for other potential wrongdoers. As first-hand witnesses, they hold key information and evidence for prosecuting corruption-related crimes.

But there are a few problems that prevent whistleblowers from coming out and give out the information they hold. To start with, whistleblowers can face severe retaliations like being blacklisted, sued, fired from their jobs or even get killed (Transparency International, 2013). However, the retaliation taken and the seriousness of it depend on the socio-cultural environment where the whistleblowing takes place. This question is an empirical issue that needs to be determined for every region, country, and city.

Another problem that whistleblowers face is the direct costs of their report. After filing the report, someone has to make sure that the report is actually taken seriously by prosecutors; that someone does something about it. Usually, this requires hiring a lawyer or using his valuable personal time to put some pressure on the public prosecutor. Also, we must consider the time that it will take for him to go to court and testify against the accused. Moreover, even with all this effort, nothing guarantees that the reported briber or bribee will actually be convicted.

Besides that, unless a whistleblower is offered leniency in exchange for his report, he will not provide information that leads to his own conviction. That simply wouldn't be rational. Nevertheless, one who has taken part of a bribe or extortion holds the most important first-hand information. By prosecuting and convicting even the ones who come out and report their own bribe or extortion, we are foregoing the possibility to know most of the crimes.

When facing all these difficulties, a rational potential whistleblower will surely question himself if it is worth to file the report. After all, he won't be getting anything in exchange: only costs and hardship. Thus, if we want whistleblowing to occur, we have to release whistleblowers from these burdens and make it profitable, even for the bribers and bribees themselves.

In this line, Cooter and Garoupa propose a “disrupting mechanism” to end bribery and extortion. According to them, offering sufficiently high rewards and offering leniency to the first one who reports the bribe creates an irresistible incentive for briber to betray the bribee and vice versa. It actually could give rise to a race to be the first one to report the corrupt transaction and get all the money and the judicial leniency. With all these incentives, it would be irrational not to report the other party. Consequently, the briber cannot trust the bribee and vice versa. Hence, the game cannot continue (Cooter & Garoupa, 2014).

In this model, the first step would be to offer whistleblowers a reward that is high enough to overcome: 1) What he is foregoing: i.e. the bribe (in the case of the judge), or the potential gain (in the case of the corrupt lawyer or party); and 2) The costs that he will need to incur in to process the report before the competent authorities. As pointed out by Cooter and Garoupa, this reward should be awarded only if the information actually leads to a conviction. Otherwise, it would incentivize the provision of false or misleading information just to get the reward (2014).

The second step would be to protect whistleblowers from possible retaliations. This measure could be particularly difficult when the corruption is systemic. Corruption is said to be systemic when it affects even the highest hierarchies of multiples State entities that are vital for democracy (Kaufmann et al., 2006). If the judges and prosecutors who are supposed to sanction corruption are corrupt themselves, there is little we can do from the law enforcement perspective. Sadly, this seems to be the case in the countries that are highly affected by corruption (Transparency International, 2015).

The third step would be to grant leniency (through a mandatory legal provision) to every whistleblower who provides useful information that leads to the actual conviction of the other party who participated in the bribe. As stated before for the rewards, it is imperative to grant leniency only to those whose report led to an actual conviction. Some may argue that showing leniency to criminals is against basic universal principles of justice. Criminals should be punished, even when they confess. However, we must accept that this is a trade-off situation. Leniency is necessary if we want to shed light on these crimes, who otherwise would go unnoticed. However, leniency itself is not sufficient; it must be accompanied by a high enough reward in the terms and conditions analyzed before.

What those authors are proposing is to create a prisoner’s dilemma between the briber and the bribee. With all these incentives, a rational briber might want the bribee to believe that he is willing to cooperate, although it is not economically convenient, but loyal to do so. The same applies to the bribee who will get the most out of the bribe if he convinces the briber that his offer is an “honest” one, and then betray him by reporting the case to the authorities to receive both leniency and a big reward. If that is what both parties are seeking, then it wouldn’t be rational to trust each other.

Of course, this is not a perfect recipe. Even if we ensure protection to whistleblowers, some other difficulties may arise. The first issue with the reward would be that if the

report is made after the money has been handed and the fraudulent (or legal) public service, license or decision has been delivered, chances are that the quality of the evidence is not compelling. Usually what the courts would have under these circumstances is a testimony of someone who claims to have bribed an official judge or authority and the decision issued by that authority in the case. The problem is that the evidence linking the decision with a bribe is weak. The corrupt official, judge or authority may as well claim that the decision was taken without a bribe involved.

In order to avoid the problem described above and build stronger evidence, it might be necessary to allow the potential briber or bribee to report the case before it takes place. By doing that, we would allow the competent authorities (judges or public prosecutors) to monitor the whole process and gather perfect, compelling and, above all, valid evidence to convict the criminal. Someone may counterargue that the briber (potential whistleblower) could as well record the phone calls and private conversations himself, but that is considered illegal evidence in some jurisdictions because it was obtained by committing a straight violation of the right to privacy. Also, in favor of this procedure, is the fact that if we act after the corrupt transaction has taken place, the State (and indirectly the society) might need to incur in high costs to undo the wrong acts and leave things as they were before the bribe.

Another advantage to this turn would be that the uncertainty raised by the powerful incentives to betray would create the sensation of being watched the whole time. It could be the case that the other party chose to report the intended bribe to the competent authority and now all the briber's actions are being recorded as evidence for his conviction. It could also be the case that the briber himself decided to report his actions to the authority and now the potential bribee is being watched; it could be a fake bribe. In both cases, corrupt parties wouldn't know if it is safe to accept the offer or even talk about it because they could be being observed and recorded. The changes on human conduct when we perceive that we are being watched, have been documented profusely by a behavioral scientist.

A common problem in both models, the one suggested by Cooter and Garoupa and the one that I am suggesting is that the accused party could claim to have been "entrapped." Entrapment occurs when a public official persuades someone into committing a crime that, otherwise, he wouldn't have committed himself. Entrapment makes the whole evidence and process invalid from its roots. But entrapment occurs only when the public official coerces the potential bribee, threatens him or persists hardly until finally making him accept the corrupt offer. Of course, the model does not intend to turn honest citizens into corrupt ones to take them to jail, but rather to identify corrupt actors who actually performs corrupt actions under ordinary circumstances.

A second problem common to both models is that a corrupt judge would not want to be spotted as a whistleblower, for this would mean the end of his "career" in corruption. Since judges and lawyers are "repeat players" i.e. actors who see each other from time to time to play the same game (Galanter, 1974), if one of them "betrays" the other, the traitor

will receive the reward, but he will also forego his potential profit from future corrupt transactions. So, if a judge is rational he wouldn't risk being spotted as a non-trustworthy whistleblower, unless: a) The potential reward is big enough, and/or b) The possibility of being recognized by the relevant community as a whistleblower is low. Again, the presence and intensity of these factors are empirical issues that may vary from group to group.

In order to assess the effectiveness of this model, several empirical premises need to be tested. Do people feel safe when reporting a bribe? Do they feel that their report will be taken seriously by the competent authorities? Would lawyers file more reports against corrupt judges if they were offered a reward? How high should that reward be? Is it true, as posed by Cooter and Garoupa, that corrupt judges and lawyers (as repeat players) would not participate in such a reward program because they would be foregoing future corrupt profits?

- **RESEARCH TOPIC.** The research topic of this study is judicial corruption.
- **RESEARCH PROBLEM.** The research problem of this study is that judicial corruption is a sensitive type of corruption that affects legal certainty and hinders the effectiveness of public policies. Besides, its effects on the business environment have significant social, economic consequences.
- **RESEARCH QUESTION.** The following is a descriptive research question that aims to picture the reality about the potential advantages and shortcomings of the model described in the introduction:

How are lawyers and judges, in the Ecuadorian context, expected to behave when confronted with the reward program posed by the author?

METHODOLOGY

Basically, what we need to know is whether this program would achieve its intended results or not. That is if judges and lawyers would be willing to report bribes and extortions in exchange for a reward; and why. So, a questionnaire was conducted by the author among lawyers and judges from Ecuador to gather this information.

The questionnaires were designed in electronic format, through the free online tool Google Forms. Then, the questionnaires were distributed online through social networks (mainly Facebook and messaging apps). From this, it can be expected that most of the participants answered the survey from their smartphones at the time they considered appropriate. Hence, ecological validity is assumed. However, this very mechanism could have caused a systematic bias in the sample, since people who use social networks are different from the ones who do not.

Due to the scale and limitations of the survey, only friends of the researcher and friends of friends were targeted. The group includes (mainly) young (25-30) lawyers from the UCSG (Universidad Católica de Santiago de Guayaquil) and professors from UEES (Universidad de Especialidades Espíritu Santo, Samborondón).

Another questionnaire was designed, using the same instrument, to target judges in Ecuador. The questions included in this one were similar, with some necessary variations in the question's framing. The group includes only judges from Guayaquil. Neither the lawyers nor the judges were offered anything in exchange to answer the questionnaires.

THE QUESTIONNAIRE

The questionnaire for both lawyers and judges has 4 different sections. In the first one, we aim to gather information on the extent of corruption by asking an approximate percentage of cases that each lawyer considers that has been affected by judicial corruption. Then, we ask how many of those cases have been reported to the disciplinary board of the judiciary or to a public prosecutor. Afterward, we surveyed the reasons why participants decided not to file a report on the cases presumably affected by judicial corruption.

The second section was designed to gather information on whether lawyers would be willing to file a report (that otherwise they wouldn't) if they were given a generous reward in exchange. We asked about two different programs: in the first one, lawyers are offered a reward for reporting the judge that requests a bribe; in the second one, lawyers are offered a reward to propose an undercover (fake) bribe to the judge, just to trial and convict him if he decides to take it.

The third section surveys some of the plausible reasons why lawyers would decide not to take part in those programs. Some questions cover for example: the fear of threats to their personal safety, the plausible negative perception that other lawyers would have against the one who participated in one of these programs, and whether or not they consider that participating in one of these programs would compromise all future rewards (because no one would trust them anymore).

Finally, the last section consists only of an open question about the participants' general perceptions about rewards and judicial corruption. In this section, partakers were allowed to give a detailed explanation on why they think that these programs could work or not. This question was used as a mean to get some new and fresh insights that the researcher may not have considered.

CONCEPTUAL MODEL RESEARCH RELATIONSHIPS

This study is not intended to prove causality. There is no control group to isolate the effect of any specific variable on the outcome (in this case, the outcome is judicial corruption). This is a descriptive study about whistleblowers. It aims to gather information on lawyers and judges' feelings about getting a reward for reporting judicial corruption. Still, some of the information gathered could be useful to design a study whose goal could be to uncover the causes of judicial corruption.

THEORETICAL AND OPERATIONAL POPULATION VS SAMPLE

In this study, the theoretical population is lawyers and judges from Ecuador. The operational population is constituted by lawyers and judges from Guayaquil. The actual sample for lawyers comprises 25 attorneys from Guayaquil. Their mean for the participants' ages is 28 (27,91), the median is 28, the mode 28 as well, with a standard deviation of 2,369. Three participants whose ages were 60, 52, and 60, were excluded because they were considered outliers. 64% of participants were men while 36% were women. 92% of participants practice law in Guayaquil.

The one described above can be defined as a convenience sample because participants were not selected randomly. Also, the number of participants is limited, and it does not resemble the actual proportion of male and female lawyers of the theoretical population. Additionally, 92% of them practice law in Guayaquil, whilst Guayaquil gathers only 25% of lawyers nationwide. Furthermore, the mean for the age of the sample is 28, which does is not representative of the national average.

All these flaws could stem from the method chosen to collect questionnaires. Undoubtedly, they diminish the external validity of the study as the sample is not representative of the theoretical population. Measurement validity and the reliability of the study, however, is deemed high for the reasons explained above.

The researcher also tried to reach judges from Ecuador, but a reasonable number of participants could not be attained. The main reason is that the new judicial policy effective since 2013 impedes the general public to get in contact with judges (except in formal hearings). A specific authorization from the Judiciary Administrative Direction is needed in order to conduct such a survey among judges, which could not be obtained due to time constraints. Nevertheless, the researcher managed to get 9 questionnaires answered by judges from Guayaquil, which does not make for a usable sample. Instead, due to this limitation, the research design was changed to interviews; thus, 2 interviews were conducted.

Nevertheless, from the data collected from lawyers and judges, we can already see some patterns emerging. The findings are, at least, motivating, for they show an important tendency that needs to be confirmed (or falsified) with a large-scale study that corrects the flaws described above.

RESULTS SECTION

1. CORRUPTION AND ITS DETECTION

According to the data gathered, lawyers considered that, on average, around 30,8% of their cases had been affected by corruption. Although, it is intriguing that the standard deviation of this variable is 30,91 which is explained by the fact that the mode is 0, but 7 lawyers mentioned that they consider that the percentage of cases affected by corruption is above 50%.

From all the lawyers who considered to have been affected by judicial corruption, most of them (56%) never have filed a report against the judge. In the rest of the cases,

lawyers answered to have filed a report in about 2% to 10% of the cases (supposedly) affected by judicial corruption.

To survey about the possible causes for not filing a report, participants were given an assertion to which they had to reply with a number from 1 to 5, depending on how they felt about it (1: Totally disagree – 5: Totally agree). The **first** statement was “I don’t file the report because I will have to deal with the same judge again and he will get back at me.”. 64% of lawyers agree with this statement: 52% selected 5, 12% selected 4, 20% selected 3 and 16% selected 1. The **second** one read: “I don’t file a report because authorities will not take proper action upon my report.”. To this claim, 52% of lawyers answered that they agreed: 36% selected 5, 16% selected 4, 16% selected 3, 20% selected 2 and 12% selected 1. The **third** one read: “I don’t file a report because I feel that there is no gain for me,” to which most lawyers (56%) agreed: 28% selected 5, 28% selected 4, 16% selected 3, 12% selected 2 and 16% selected 1. To the **fourth** statement: “I don’t file a report because I lack sufficient evidence,” most lawyers (56%) replied that they agreed: 40% selected 5, 16% selected 4, 20% selected 3, 16% selected 2 and 8% selected 1. And to the fifth claim: “I don’t file a report because I fear for my personal safety” most lawyers (60%) answered that they agreed: 20% selected 5, 4% selected 4 16% selected 3, 20% selected 2 and 40% selected 1.

2. WILLINGNESS TO PARTICIPATE IN THE PROGRAMS

In general terms, lawyers showed a positive willingness to participate in both of the programs described. For question number 4, 71% of participants said they would, and 29% said they would not. The question read as follows:

Some countries, such as Singapore, South Korea, and Poland have adopted a program that grants rewards to lawyers who report corrupt judges. Would you report more cases if you were given a reward for every conviction that is achieved?

For question number 6, the acceptance was not as high. Most lawyers (60%) replied that they would participate in such a program, while 40% said they wouldn’t. The question read as follows:

Singapore adopted a program that allows lawyers to offer a fake bribe (under surveillance of the competent authority) just to trial and punish the judge that accepts the offer. All this, in exchange for a monetary reward. Under authorization of your client, knowing that this implies that the case will be reassigned to another judge, would you participate in such a program?

In this context, participants were asked how much they would grant as a reward for those who participated in the program described in question 4. The average was USD \$9.8995,83. However, the most revealing fact is that most respondents (44%) answered that they would grant him “What he would have earned as legal fees, but at least USD \$2.500”. For the program described in question number 6, the average was a bit higher: USD \$11.956,52, but as in the last question, 48% of the participants answered that they would grant him “What he would have earned as legal fees, but at least USD \$2.500”.

3. REASONS FOR NOT TO PARTICIPATE

Afterward, lawyers were asked to answer how strongly they agree or disagree with statements about the reasons for not to participate in the program.

The **first** statement read: “Attorney Alvarez’s life (the one who reported the judge who requested a bribe) is now in danger.” To this claim lawyers showed an unclear preference towards a positive answer (40% said they agreed). The complete results were: 24% selected 5, 16% selected 4, 40% selected 3, 8% selected 2 and 12% selected 1.

The **second** assertion read: “People will think that attorney Alvarez (the one who reported the judge who tried to bribe him), is a disloyal scoundrel.” Most lawyers (64%) replied that they disagreed with this claim: 24% selected 5, nobody selected 4%, 12% selected 3, 24% selected 2 and 40% selected 1.

The **third** statement read: “Attorney Garcia’s life (the one who offered a bribe and then reported the judge who accepted it) is now in danger.”. In this question, participants did not show a clear preference, for, in a scale of 1 to 5, most of them (44%) selected 3. The rest of the answers were: 20% for 5, 8% for 4, 12% for 2 and 16% for 1.

The **fourth** claim read: “People will think that attorney Garcia (the one who offered a bribe and then reported the judge who accepted it), is a disloyal scoundrel.” In this statement, we can also see an unclear tendency among lawyers to disagree. 24% selected 5, 4% selected 4, 24% selected 3, 16% selected 2 and 32% selected 1.

The **fifth** statement read: “Generally, I know if the other party’s attorney is reputed to be corrupt.” Most lawyers (76%) agreed with this claim: 52% selected 5, 24% selected 4, 20% selected 3, nobody selected 2 and 4% selected 1.

The **sixth** assertion read: “Generally, I know if the judge who hears my case is reputed to be corrupt.” The results for this claim were similar to the previous question. A total of 76% of lawyers agreed with this statement: 52% selected 5, 24% selected 4, 16% selected 3, no one selected 2 and 8% selected 1.

The **seventh** statement read: “Corrupt lawyers won’t report corrupt judges, not even for a high reward.” An overwhelming majority of respondents (76%) answered that they agreed with this statement: 64% selected 5, 12% selected 4, 8% selected 3, 8% selected 2 and also 8% selected 1.

The **eighth** claim read: “My client would authorize me to report the judge who requested money to decide his case.” Most lawyers (a total of 56%) agreed with this claim: 32% selected 5, 24% selected 4, 24% selected 3, 20% selected 2 and no one selected 1.

The **ninth** statement read: “In the future, no judge would trust corrupt offerings neither from attorney Alvarez nor Garcia.” An overwhelming majority of lawyers (84%) agreed with this statement: 64% selected 5, 20% selected 4, 4% selected 3, 4% selected 2, and 8% selected 1.

The **tenth** statement read: “If this rewards program was to be applied, corrupt lawyers wouldn’t know if it is safe to try to bribe a judge.” Most lawyers (76%) agreed with

this statement: 56% selected 5, 20% selected 20, 16% selected 3, no one selected 2 and 8% selected 1.

The **final** claim was: “If this rewards program was to be applied, corrupt judges wouldn’t know if it is safe to accept bribes from lawyers.” A total of 84% of participants agreed with this claim: 48% selected 5, 36% selected 4, 12% selected 3, no one selected 2, and only 4% selected 1.

4. COMMENTS FROM THE PARTICIPANT LAWYERS

Participants were asked to give their opinion on the proposed rewards program. Several important insights were provided. One respondent pointed out that corrupt lawyers and corrupt judges have known each other for a long time. Therefore, it is highly unlikely that they would betray each other. Their strong and long-standing beneficial relationship sets a safe environment to agree on corrupt transactions.

Another remarkable comment states that most corruption is related to politics. Powerful politicians exercise a lot of pressure on judges with credible threats. The most common threat is to file a disciplinary report on the judge to remove him (on the basis of any made-up accusation). As reported by the anonymous respondent, these powerful politicians exercise some form of control inside the disciplinary board of the judiciary; therefore, it is not likely that reporting the extortion to another judge serve as a way out of the corrupt cycle. The survey does not contain a question on this regard, so it is not possible to confirm or falsify this claim.

THE QUESTIONNAIRES FOR THE JUDGES

As reported above only 9 judges took part in the study. Therefore, no useful information could be gathered. Nevertheless, it is noteworthy that 6 out of 9 said they wouldn’t participate in the first reward program (the one that offers a reward for reporting actual bribe from lawyers) and **not even a single judge** said that he would participate in the second program neither (the one that consists of a simulated request for a bribe to catch corrupt lawyers).

The researcher decided to interview two judges to get insights on the detection of judicial corruption. They asked not to be identified in the study and decided to undergo the interview under that condition. The first one (judge A) said that corruption does not have the same dynamics since the Directive Council of the Judiciary decided to change the way that judges and judicial assistants interact with the public. Now, lawyers, parties, and the general public can only reach the ground floor of the building, where they are assisted by non-legal support personnel (not a member of the court that hears his case) through several front desks. They listen to the lawyer and take the message to the corresponding court; sometimes, they even allow a supervised phone call to the clerk of the court that hears the case if they consider that the situation justifies it. Other than that, direct contact between lawyers and judges (and judicial assistants) is strictly forbidden, it can only take place in official hearings, judge A explained.

Ever since the open-doors policy was abolished the type of corruption one could normally expect is not the same, said judge A. “You don’t see anymore the two-penny shameless scoundrel wandering around the court house’s halls, trying to buy and sell judicial decisions. But it is not like there is no more judicial corruption; it is just that the negotiation or bargaining center has moved to hotels’ lobbies and luxury restaurants. Corruption now takes place at a higher level. I am currently working in a safe environment. I feel like I am doing my thing, without being bothered by anyone.”, stated judge A.

Judge B, on his side, said that he considers that neither of the programs would work because the environment inside the courthouse, among lawyers, would not allow it. “Everybody knows everything around here. It’s not like you can report a corrupt lawyer and go unnoticed. I don’t think that any of my colleagues would be willing to do; I wouldn’t do it myself. You would be spotted as a rat, and you might have problems in the future. That’s how things work around here. Besides, I don’t think that it is legal for judges to have another source of income rather than his own salary”, explained judge B.

DISCUSSION SECTION

The data reveal that 20% of respondents were never affected by judicial corruption. However, 28% said that they considered that they had been affected by corruption in more than 50% of their cases. This variance may have a good explanation; perhaps because the index of perceived corruption varies depending on the field of law each lawyer practices. However, the survey did not collect information on this regard, so it is not possible to explain the variance by controlling for “field of expertise.”

The fact that more than 50% of lawyers affected by judicial corruption has never filed a report against the supposedly corrupt judge; and that the rest has only done so in an extremely low percentage of cases (from 2 to 10%), tells us that there is a systemic problem. Neoclassical law and economics theory predicts that rational agents would never perform actions that do not report enough benefits. In consequence, if someone decides to file a report it is because the benefit gained is greater than the costs. If that is not the case, the report will not be filed.

The premise advanced by Cooter and Garoupa (*who state that lawyers would not report a corrupt lawyer in exchange for a reward and leniency because they are so-called “repeat-players”*) is not confirmed by the results of this study. Indeed, they suggested that one of the reasons why lawyers would not report corrupt judges is because they encounter each other time after time. Results show that lawyers do believe that: 1) The report will not be duly processed; and 2) They will encounter the same judge again in the future, hearing a different case; 3) The judge will get back at him to take revenge for the report. However, most lawyers who consider that the same judge will get back at them in future cases, are still willing to report the judge in exchange for a reward. 17 lawyers said that they would participate in the first reward program. From them, 11 said that they agree (answered 4 or 5) with the referred statement (the reported judge will get back at them in future cases).

An independent sample t-test was conducted to compare the variance between the group of lawyers who said they would participate in the first reward program (the one that offers a reward for reporting corrupt judges) and those who said they would not participate (group 1 and group 0, respectively). The result showed that the variance of both groups was not significant (0,154). Therefore, we conclude that the assumption of equal variance is not violated in this case. The t-test itself for “equal variances assumed” showed a significance level of 0,474, which shows us that there is no statistically significant difference between the two groups compared. For lawyers surveyed, the fact that they will encounter the same judge again in future cases and that it could get back at them is irrelevant for deciding their participation in the first reward program (**chart 1**). The researcher also calculated the effect size for this $t^2/[t^2+(N1+N2-2)]$, and the result was 0,0235, which means that only a 2,35% of the variance can be explained by whether the lawyers would participate or not in the program.

The results were similar when comparing the same variable, but this time with respondents' participation in the reward program 2 (the program that offers a reward for simulating a bribe to catch corrupt judges). The ones who said that they would participate, constitute group number 1, and the ones who said they would not participate, constitute group number 0. The Levene's test was significant (0,006). Therefore equal variances were not assumed. The t-test itself for “equal variance not assumed” was 0,006 which is significant (**chart 2**). We can conclude that there is a significant statistical difference between the two groups. The size effect was calculated, and the result was 0,2966 which means that fact that the respondent willingness to participate in the second program accounts for 29,66% of the variance. Indeed, the mean for those who said that would participate in this program is 3,27 and 4,70 for the ones who said that they would not participate. Lawyers who do not wish to participate, tend to strongly agree with the statement “I don't file the report because I will have to deal with the same judge again and he will get back at me.”

This result, however, does not necessarily mean that lawyers would not participate in the program because they fear that the judge will retaliate in future cases. If this was the case, that result would have appeared with the first reward program as well. This difference could be explained due to the fact that some people are willing to participate in the first program, but no in the second one (this was the case for 4 participants).

A similar test was conducted to compare the variance between the group 1 and group 0 for participants' agreement with the statement: “I don't file a report because authorities will not take proper action upon my report.”. For reward program number 1, the Levene's test was not significant (0,669), and the T-test was not significant either (0,387). We can conclude that there was no statistically significant difference between the ones who answered that they would participate in the program 1 and those who answered that they wouldn't (**chart 3**). For the second reward program, the results were also alike, the Levene's test was not significant (0,374), and the T-test was not significant either

(0,231) (**chart 4**). Lawyers' participation in both programs does not seem to be influenced by the probability that authorities won't take proper action upon their report.

The researcher wanted to survey if lawyers fear for their personal safety after reporting a corrupt judge. To this end, three independent but similar questions were asked. The first one asked lawyers to express their agreement with this statement: "I don't file a report because I fear for my personal safety." 60% of respondents disagree with the statement. The second question asked lawyers to express their agreement to with this claim: "Attorney Alvarez's life (the one who reported the judge who requested a bribe) is now in danger." And the third statement read: "Attorney Garcia's life (the one who offered a bribe and then reported the judge who accepted it) is now in danger.". No clear preference arose from the data, as most respondents answered 3 on a scale from 1 to 5 (see results section). The researcher ran a Cronbach Alpha test to measure the reliability of the answers given to this variable, and a coefficient of 0,859 was obtained.

The second round of statements (question 9) aimed to gather information about the possible reasons why lawyers would not participate in the program. Some results can be interpreted as supporting the claim that the application of both reward programs could be successful among lawyers (some of them were analyzed earlier). For example, the fact that lawyers think that their colleagues who report corrupt judges are not disloyal scoundrels is a positive sign that there could be social norms towards fighting corruption off. Social norms are a powerful informal incentive to act. Their existence would drive the program for good.

Another example is the fact that according to lawyers, their clients would approve their participation in these programs, which is positive since the client's consent is crucial for this program to success. Furthermore, respondents said that they consider that if this program was to be implemented, lawyers and judges would not feel safe to offer or request a bribe anymore. This is exactly what the program aims to achieve: to create intrigue and mistrust among. The sole fact that lawyers feel this way about the possible implementation of the program signals that the program would achieve its primary objective just by its mere enactment.

Notwithstanding, not everything is favorable. Some questions in this section were designed to measure how well lawyers know each other's reputation. This is important to measure Cooter and Garoupa's assertion, that rational lawyers would not participate in the reward program because if they ever accepted a reward, they would be spotted by other lawyers and judges; hence, they would forego future corrupt profits. Indeed, according to these questions, lawyers know each other very well. They claim to know when a judge or another lawyer has a reputation for being corrupt. They also agree with the premise that a corrupt lawyer won't report a corrupt judge, which assumes that they know each other. This poses difficulties for the implementation of the program. Nevertheless, the extremely high willingness to participate showed by participants in the corresponding questions seems to indicate that lawyers neglect Cooter and Garoupa's assertion.

These findings seem to support the idea that Ecuadorian lawyers are willing to report corrupt lawyers (be it in program 1: 71% of support; or program 2: 60% of support). The fact the reported judge could get back at them and that authorities might not take proper action upon the report does not seem to influence their willingness to participate. These are promising results that envision a plausible successful application of both the program; at least from the side of lawyers (very few judges said they would participate in the programs).

CONCLUSIONS

This paper started with the idea that judicial corruption can be torn apart from the inside. The insight is that since corrupt deals are not legally enforceable and parties rely exclusively on trust, public policy makers should aim to destroy that trust. This paper suggested that a way to do it could be through a reward mechanism, where the whistleblower is awarded an amount that exceeds the potential payoff of the bribe. It also allows lawyers or judges to fake a bribe to catch the one who accepts it. This part is fundamental for corrupt parties wouldn't know if they are dealing with an "honest" briber or with someone who is just trying to get a reward. Under this uncertainty, corruption is no longer rational, and its drive is diluted.

This small-scale research shows promising results upon its application. The most important result is that a vast majority of lawyers are willing to participate in the programs (judges, however, unanimously refused to participate in the second program). This seems to be the case even for lawyers who answered that one of the reasons for not to report a corrupt judge is that they fear that the judge could get back at him in future cases and that authorities will not take proper action upon their report.

Nevertheless, one problem that was not touched upon in this paper is the topic of funding. Theoretically, not many corruption cases would take place after the enactment of this program (so is predicted by economic theory and the results of this study). Therefore, not many rewards would need to be handed over. For the cases that do occur, judicial policy makers could study the possibility of using insurance policies. This possibility, however, is beyond the scope of this paper.

BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

- COOTER, R., & GAROUPA, N. (2014). A Disrupting Mechanism for Bribes. *Review of Law and Economics*, 10(3), 241–263.
- COOTER, R., & ULLEN, T. (2013). *Law and Economics* (6th ed.). Boston: Addison-Wesley.
- DEPKEN, C., & LAFONTAINE, C. (2006). Fiscal Consequences of Public Corruption: Empirical Evidence from State Bond Ratings. *Public Choice*, 75, 126.
- GALANTER, M. (1974). Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law and Society Review*, 9, 95–160.

- KAUFMANN, D., KRAAY, A., & MASTRUZZI, M. (2006). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Northampton: Edward Elgar. Retrieved from <http://books.google.com/books?hl=es&lr=&id=P60nmWlJWEoC&pgis=1>
- ROSE-ACKERMAN, S., & PALIFKA, B. (2016). *Corruption and Government, Causes, Consequences, and Reform* (2nd ed.). New York: Cambridge University Press.
- SERRA, D. (2006). Empirical determinants of corruption: A sensitivity analysis. *Public Choice*, 126(1-2), 225-256. <https://doi.org/10.1007/s11127-006-0286-4>
- STIEGLER, C. (2011). Offering Monetary Rewards to Public Whistleblowers: A Proposal for Attacking Corruption at Its Source. *Ohio State Journal of Criminal Law*, 9, 815.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2013). *International Principles for Whistleblower Legislation*. Berlin. Retrieved from http://www.transparency.org/whatwedo/publication/international_principles_for_whistleblower_legislation
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL (2015). Corruption Perception Index 2015. Retrieved January 1, 2016, from <http://www.transparency.org/cpi2015>

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL ¿GARANTÍAS O EFICIENCIA?

PREVENTIVE DETENTION IN THE INTEGRAL CRIMINAL ORGANIC CODE WARRANTIES OR EFFICIENCY?

ZAIRE ALTUVE VILLASMIL¹, FRANCISCO FERREIRA DE ABREU²

¹ Universidad de Los Andes, Venezuela.

² Universidad de Los Andes, Venezuela.

RESUMEN

En la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal se destaca lo señalado por el legislador con relación al modelo constitucional de Estado, las funciones del Derecho penal y el dilema entre combatir la impunidad y proteger los derechos de los procesados frente al poder punitivo. En este contexto, la regulación de la prisión preventiva se encuentra entre dos extremos: garantías o eficiencia. Por tal razón, en este trabajo se propone estudiar tal figura procesal en la normativa jurídico-penal y constitucional ecuatoriana, con miras a describir el ser e intentar prescribir el deber ser partiendo del derecho fundamental de la libertad como regla en lugar de excepción.

PALABRAS CLAVE: libertad, medidas cautelares, coerción personal, garantismo, eficientismo..

ABSTRACT

In the explanatory statement of the Integral Criminal Organic Code, it highlights what was pointed out by the legislator in relation to the constitutional model of the State, the functions of Criminal law and the dilemma between fighting impunity and protecting the rights of the accused against the punitive power. In this context, the regulation of the preventive detention lies between two extremes: warranties or efficiency. For this reason, in this work we propose to study such a procedural figure in the Ecuadorian legal framework and constitutional law, aiming to describe how is done and trying to outline how it should be done based on the fundamental right of freedom as the rule instead of the exception.

KEYWORDS: freedom, precautionary measures, personal coercion, warranties, efficiency.

- ¹ Investigadora Tutelada del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas “Héctor Febres Cordero” de la Universidad de Los Andes (CENIPEC-ULA), Sección Justicia y Proceso. Mérida - Venezuela.
- ² Profesor Ordinario Agregado de la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes e Investigador de Planta del Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas “Héctor Febres Cordero” de la Universidad de Los Andes (CENIPEC-ULA), Sección Derecho Penal. Mérida - Venezuela.

RECIBIDO: 10/06/2019
ACEPTADO: 15/06/2019

CORRESPONDENCIA:
zairealtuve@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Siguiendo al legislador ecuatoriano, no cabe duda alguna que el Derecho penal tiene una doble función. De una parte, la de prevenir el delito y, de otra, la de limitar y contener dicha labor preventiva. Se trata de conciliar la seguridad con la libertad, teniendo presente que sin libertades la seguridad no es más que una ilusión.

En este sentido, oportuno es recordar a Beccaria (1764) en su obra *De los delitos y de las penas*, cuando afirma que las leyes -con mayor razón las penales-, obedecen a la necesidad de los hombres en abandonar el estado de guerra, la incertidumbre e inseguridad del estado de naturaleza, para lo cual sacrificaron una pequeña porción de su libertad, pero con el propósito de disfrutar de la restante en segura tranquilidad.

De allí que la propuesta de procurar un “balance” entre garantías y eficiencia de la justicia penal, contenida en la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal (COIP), ha de valorarse sin desatender el llamado de atención formulado por el marqués, en el entendido que si bien todos los individuos se encuentran vinculados a la sociedad a través del contrato social, es precisamente éste y el Derecho que lo sustenta, el que también obliga a la sociedad y al Estado, de suerte “que el interés de todos está en la observación de los pactos útiles al mayor número” (Beccaria, 2000, p. 219).

Visto así, el tratamiento de la prisión preventiva desde la perspectiva de un Estado de Derechos como el ecuatoriano, en el cual el contenido de los derechos ha de desarrollarse conforme al principio de progresividad en garantía del libre desenvolvimiento y, por ende, los derechos de libertad, impone el deber de hacer hincapié en el aludido “balance” para impedir que la prisión preventiva acabe convirtiéndose en la regla o prosiga siéndolo, sobre manera por virtud de los designios securitarios de la consulta popular de mayo de 2011 y por atribuir a los jueces penales la garantía de los derechos de las partes en conflicto, colocando en el mismo plano de tutela a las víctimas y los procesados, afirmando que aquéllas se hallan sometidas al poder punitivo del Estado, cuando es por todos conocido que es en los últimos sobre quienes recae tal poder.

Dicho lo anterior, en lo que sigue se propone una descripción valorativa del ideal del Constituyente de 2008 en cuanto a la prisión preventiva y lo planteado en la consulta popular de 2011 que dio lugar a la enmienda de la Constitución; seguido del análisis de la concreción normativa realizada por el legislador penal en atención a los fines de aseguramiento procesal y el peligro procesal a neutralizar con tal medida, intentando sugerir el deber ser de su interpretación y aplicación. Finalmente, y a manera de conclusión, se determinará el lugar que ha de corresponder a la prisión preventiva entre las garantías y la eficiencia.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008 Y LA CONSULTA POPULAR DE 2011

Al promulgarse la Constitución de la República del Ecuador en 2008, la prisión preventiva se concibió como una medida cautelar de carácter excepcional, cuya regulación, interpretación y aplicación remite de inmediato a los fundamentos del Estado constitucional y democrático.

Este modelo estatal en cuanto sistema de organización implica la regulación de la producción de leyes de manera formal y sustancial, esta última dimensión vinculada con los principios de igualdad, paz y tutela de derechos fundamentales, que imponen límites a la actuación de los poderes públicos, sobre todo al legislador en cuanto poder constituido, así como al denominado principio democrático de las mayorías, ya que determina lo indecible que (*libertades negativas*) y lo indecible que no (*libertades positivas*) (Ferrajoli, 1999).

Por consecuencia de lo indicado, además de lo concerniente al contenido y forma de las disposiciones legales, el modelo de Estado traza la interpretación de las mismas, la cual está orientada por la obligación de hacer efectiva la vigencia de los derechos y garantías constitucionales. Con lo cual, el ordenamiento jurídico y la actuación de los poderes públicos, entre ellos, los integrantes del sistema penal, ha de orientarse a su realización directa e inmediata.

Las afirmaciones anteriores se relacionan con las previsiones del Constituyente ecuatoriano, que en forma expresa declara a la República del Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático, ello se complementa con lo dispuesto en el artículo 84 *ejusdem*, en cuanto establece un condicionamiento al ejercicio de la función legislativa, determinado por la garantía de los derechos fundamentales.

Lo expuesto además de ser corolario del modelo constitucional de Estado, obedece a la rigidez constitucional, en el sentido de que la ley ordinaria se encuentra subordinada jerárquicamente a la Constitución, siendo esta característica la que no le permite tocar en modo alguno las normas constitucionales (Salazar, 2006). Esto se traduce en la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, cuyo contenido esencial alcanza una mayor protección debido al rigor que demanda la modificación de la Carta Política en sentido formal, asegurándose su tutela material, es decir, el resguardo de los principios y derechos contenidos en ella.

Como pone de manifiesto Häberle (2003), la reserva legal y la judicial, por razón de la rigidez constitucional y su relevancia para la protección de la Constitución, se proyecta en el aseguramiento de todas las libertades y derechos frente al legislador ordinario:

Alevar la Constitución a las libertades al rango de normas constitucionales, establece una prohibición dirigida al legislador de privar al derecho fundamental, por ejemplo a través de numerosas excepciones, de este rango constitucional, sea ello sobre la base de la reserva de ley, sea sobre la base de otros principios jurídicos-constitucionales (expropiación, socialización, relaciones de sujeción especial). Si no, ya no se está hablando de derechos fundamentales. La Constitución contiene en sí misma conceptualmente una garantía, es decir, una garantía frente al legislador ordinario. En ello consiste precisamente su especificidad. (...) Un supuesto esencial para tal reflexión es partir de una diferencia cualitativa y material, no sólo formal, entre ley ordinaria y la Constitución. Sólo es posible que la Constitución sea el orden supremo de valores si no puede ser derogada a través del Derecho de rango inferior. (p. 43)

En este orden de ideas, es preciso atender a la declaración de la dignidad como base de todos los derechos humanos, cuyo significado es el reconocimiento del hombre como valor supremo (Stein, 1973), todo lo cual permite comprender la forma en que se conciben las libertades, cuya garantía es indispensable para el libre desarrollo de la personalidad, así como para la vigencia del mismo pacto social o fundacional que supone toda Constitución.

Por lo demás, se debe hacer referencia en el ámbito de las libertades, a la libertad personal, concretamente en su dimensión negativa como límite a la interferencia del Estado y de los particulares en el ejercicio progresivo del mencionado derecho. Lo señalado constituye la regla general, sin embargo, el Derecho Penal materializa la excepción a esa regla, esto se explica en la necesidad del Estado de dar cumplimiento a fines de naturaleza colectiva, que le obligan a restringir derechos individuales. Es así, como dicha acción intervencionista en el marco del proceso penal debe estar estrictamente regulada, puesto que su ejercicio no solo implica la mayor manifestación de la fuerza del Estado frente al particular, sino que además genera un riesgo importante, el de perder la perspectiva en que se fundamenta (la dignidad humana).

Es así, que ante el deber estatal de asegurar la realización del proceso penal para indagar en la verdad de los hechos y lograr la justicia, el constituyente en 2008 reguló la prisión preventiva como excepción al estado de libertad y la garantía constitucional de ser juzgado en libertad, siguiendo el estándar del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cabe destacar: la Declaración Universal de los Derechos Humanos en sus artículos 3 y 9, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos: artículo 9 numerales 1° y 3°, y la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” en el artículo 7, numerales 1°, 2°, 3° y 5°, que establecen la libertad como valor superior, la prohibición de detenciones arbitrarias y la aplicación de la prisión preventiva como medida de carácter excepcional (Meneses, 1995).

Así se estableció en los numerales 1°, 9° y 11° del artículo 77 de la Constitución de 2008, previéndose el carácter excepcional y de *ultima ratio* de la prisión preventiva; su naturaleza de aseguramiento procesal en orden a la comparecencia del imputado a los actos del proceso y el cumplimiento de la pena; el plazo de su caducidad; así como la facultad judicial de dictar medidas cautelares distintas de la prisión preventiva y, en armonía con ello, el establecimiento de la prioridad de éstas, como de las sanciones no privativas de libertad, favoreciendo una política criminal *extra muros*.

Sin embargo, el ideario del constituyente consistente en restringir el uso de la prisión preventiva, con todo y la garantía de la rigidez constitucional, fue objeto de una regresión, propia de la democracia plebiscitaria (Ferrajoli, 2000), en atención a la cual el Poder Ejecutivo como representante de una parte de la sociedad -la mayoría que le eligió-, planteó la realización de un referéndum para cambiar la Constitución, entre otras normas, en relación al citado artículo 77.

En este marco se preguntó: 1) sobre la incorporación de un párrafo destinado a impedir la caducidad de la prisión preventiva por dilaciones atribuibles al imputado y a establecer

sanciones por demoras injustificadas de los operadores del sistema de justicia; y 2) para introducir cambios en lo atinente a las medidas sustitutivas de la privación de libertad y, por esa vía, en el carácter excepcional y de *ultima ratio* de la prisión preventiva.

Como se recordará, la segunda pregunta de la consulta popular “¿Está usted de acuerdo que las medidas sustitutivas a la privación de la libertad se apliquen bajo las condiciones y requisitos establecidos en la ley, ENMENDANDO LA CONSTITUCIÓN DE ACUERDO AL ANEXO 2?”, si bien se refirió de modo general al dictado de las medidas sustitutivas de la privación de libertad, configurando una norma programática a desarrollar por parte del legislador, también constituyó una sustancial y regresiva modificación en el tratamiento constitucional de la prisión preventiva.

La desfavorable “enmienda” (Registro Oficial Suplemento 490 de 13 de Julio de 2011), concretada para restringir derechos en vez de ampliarlos, esto es, de modo contrario a lo previsto en los artículos 441, 442 y 11 numeral 8° de la Constitución de la República del Ecuador, expandió el poder punitivo en perjuicio del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal. La lectura de los numerales 1° y 11° del artículo 77, antes y después de la consulta, evidencia la afectación regresiva al mencionado derecho:

CONSTITUCIÓN 2008	CONSTITUCIÓN REFORMADA EN 2011
<p>Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:</p> <p>1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de juez/a o juez/a competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La juez/a o juez/a siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.</p> <p>11. La juez/a o juez/a aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.</p>	<p>Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:</p> <p>1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de juez/a o juez/a competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.</p> <p>11. La juez/a o juez/a aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.</p>

A causa de esta modificación constitucional, las sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad dejaron de ser la prioridad a considerar por los jueces penales, bien en lo correspondiente al régimen progresivo para condenados, como ante la necesidad del aseguramiento procesal de la comparecencia del imputado y el cumplimiento de la eventual pena; y, como se había anticipado en el anexo de la segunda pre-

gunta del referéndum, la prisión preventiva dejó de tratarse como la excepción pasando a considerarse como una medida que “no será la regla general”.

Un fraude de etiquetas, tan igual como el que se desprende de los considerandos segundo, décimo sexto y décimo séptimo de la exposición de motivos del COIP. *En primer término*, debido a que la supremacía de la Constitución y la rigidez constitucional fueron burladas por la formal y material convocatoria y realización del referéndum del 7 de mayo de 2011, en tanto el Poder Ejecutivo no se adecuó a las normas constitucionales, configurando una “mayoría” de votos a favor de la consulta, que de ningún modo está por encima del Poder Constituyente, menos aún para hacer retroceder el avance de la sociedad ecuatoriana en materia de derechos humanos; *en segundo término*, en tanto el resultado de la consulta no es representativo del pueblo ecuatoriano y porque la soberanía que reside en él mal pudiera invocarse para que incluso los votantes a favor de las preguntas del referéndum perdieran derechos de libertad; *en tercer término*, por cuanto el referéndum, siendo convocado por el Ejecutivo para reformar y crear normas penales, es una forma encubierta de desconocer la legalidad penal en orden a la exigencia de ley penal formal; y, *en cuarto término*, toda vez que al promulgarse el COIP, la adecuación exigida por el artículo 84 de la Constitución nunca ocurrió, al menos en relación a la vigente antes de la mencionada consulta popular.

La parte *in fine* de este artículo es demostrativa, por contra, de una inadecuación: “En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.

Por razón de esta norma constitucional y entendiendo el Derecho como un Sistema de Garantías, en atención al cual los derechos fundamentales se hallan sustraídos a las decisiones políticas de cualquier mayoría -parlamentaria o refrendaria-, de modo que la vigencia del Derecho no determina su validez (Ferrajoli, 1999), la prisión preventiva ha de seguir considerándose como una medida excepcional y de *ultima ratio*.

En definitiva, la vigencia de la enmendada Constitución de 2011, en lo que a la prisión preventiva respecta, de ningún modo le otorga validez, pues como afirma Fernández (1999), la Constitución no es el último referente en materia de derechos humanos y, necesario es subrayar que la legalidad, inclusive la constitucional, no es el fundamento del poder, antes bien es su límite.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL COIP

La prisión preventiva regulada en el COIP a partir de los principios, derechos y garantías que establece, es concebida específicamente como una modalidad de las medidas cautelares en el Capítulo Segundo del Título V, Libro Segundo (Art. 522 numeral 6°), y desarrollada en el Parágrafo Tercero del mencionado Capítulo (Arts. 534 al 542), la cual debe ser interpretada dentro de las “reglas generales” de las Medidas Cautelares y de Protección fijadas en el Capítulo Primero del mismo Título (Arts. 519 al 521). Así las cosas, es oportuno valorar el fundamento de las medidas cautelares que se adoptan en el proceso penal.

Al respecto Armenta (2009) señala que se trata de: combatir el peligro en la demora para que transcurra el proceso, asegurando con ellas el normal desarrollo del mismo, además de la eficacia y ejecución de la resolución que se tome. Se refiere la autora a lo que se ha denominado en la doctrina como el *periculum in mora*, para describir el eventual daño que podría existir en cuanto a la imposibilidad de realizar el proceso, debido a la tardanza que constituye el desarrollo de las etapas que llevan a su conclusión. Por esta razón, se han ideado algunas medidas necesarias para contrarrestar dicho peligro, entre ellas la prisión preventiva.

Partiendo de esta idea, es necesario definir el *periculum in mora* en el proceso penal, el cual viene representado por el peligro de fuga, es decir, de evasión del imputado del proceso, que consecuentemente haría imposible la ejecución de la pena a imponer, y dada la larga duración de los procesos, es lo que obliga a asegurar la presencia del imputado en el juicio, pues, como refiere la doctrina predominante, la regla general es evitar el juicio en rebeldía (Mellado, 1986).

Es así, como a pesar de la exagerada intervención que representa la privación de libertad de una persona sobre la que no ha recaído condena mediante un juicio previo, por tanto, considerada inocente, se acepta el uso de la prisión con estrictos fines de aseguramiento procesal. Esta es la razón por la que el legislador la ha consagrado en el artículo 534 del COIP como medida cautelar cuyo propósito es “garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena”.

Aunado al peligro en la demora, el dictado de la prisión preventiva se vale de otro de los fundamentos característicos de las medidas cautelares representado por el *fumus boni iuris* o la presunción del buen derecho, que en el ámbito procesal penal se corresponde con la probabilidad de atribución de responsabilidad penal en la persona a quien se le restringe su libertad. En relación a este particular, Monagas (2007) aclara que “el juicio de probabilidad ha de estar fundado sobre racionales motivos, con entidad probatoria suficiente para fijar indicios respecto a esa participación” (p. 57).

De esta manera, en el indicado artículo 534 se han establecido unos requisitos concurrentes para el dictado de la prisión preventiva: 1) Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción, 2) Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.

En estos numerales, el legislador atiende al presupuesto del *fumus boni iuris*, siendo que el primero de tales requisitos se constituye en el presupuesto necesario e ineludible del segundo, de tal manera que a la acreditación de la comisión de un delito de acción pública, ha de sumarse la existencia de suficientes elementos de convicción -*indicios fundados y plurales*- que vinculen al procesado con el delito en un alto grado de probabilidad de desvirtuar la presunción de inocencia mediante la prueba lícita de su culpabilidad.

Estos requisitos sustanciales, son consecuencia de la exigencia fundada acerca de la existencia de un delito y la correspondiente intervención del imputado en su realización, sin lo cual la prisión carecería del piso de legitimidad de cara al requisito procesal a tenor

del cual descansa la necesidad del aseguramiento procesal a través de la excepcional coerción cautelar-personal y, con mayor razón, del uso de la prisión preventiva (Binder, 1999).

Así, a los anteriores se suma y requiere de un tercer requisito, consistente en la concurrencia de indicios en razón de los cuales se deduzca la insuficiencia de las demás medidas cautelares, no privativas de libertad, haciendo necesario “el dictado de la prisión preventiva para asegurar la presencia del procesado en el juicio o el cumplimiento de la pena”. Exigencia esta, que atiende al principio de necesidad, el cual, en palabras de Bernal (2005) se traduce en la inexistencia de “otro medio alternativo que revista por lo menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado” (p. 136). En este sentido, no obstante, la comentada enmienda constitucional, se dispuso en la norma la obligación al Estado de probar que las medidas alternativas a la prisión preventiva son insuficientes para neutralizar el peligro procesal, tornando necesaria su imposición.

Por tanto, los antedichos requisitos, se fundamentan en que el encarcelamiento preventivo, de extrema aplicación, como refiere Binder (1999) “sea directa y claramente necesario para asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena” (p. 199).

Vinculado al requisito de la existencia de un delito, en el cuarto numeral también se requiere: “Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año”, lo que se relaciona con el principio de proporcionalidad, cual es la valoración de la pena a imponerse a los efectos de considerar la procedencia de la prisión preventiva. En este caso el legislador estableció la posibilidad del dictado de la medida para todos los delitos cuya pena privativa de libertad sea superior a un año, lo cual es ratificado por lo dispuesto en el artículo 539 ordinal 3º del COIP sobre la improcedencia de la medida cuando: “Se trate de delitos sancionados con penas privativas de libertad que no excedan de un año”.

De otra parte, al tratarse de una excepción de estricta necesidad en cuanto al estado de libertad que asiste a toda persona, la prisión preventiva -al igual que las demás medidas cautelares y toda restricción a las libertades personales-, viene determinada por los principios de legalidad constitucional y penal, en cuanto garantías negativas de no intervención en la esfera individual como se explicó anteriormente. De suyo, por los de reserva constitucional, legal y judicial. A esta última se refiere el legislador en el artículo 534 *ejusdem*, al prever: “el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva”.

Como se observa, a quien corresponde ordenar la privación de libertad es al juez, así como su revocatoria, sustitución, suspensión o revisión. Sin embargo, las características propias del sistema acusatorio condicionan esta función del juzgador a la previa solicitud fiscal, siendo este último a quien corresponde demostrar la existencia del peligro procesal y mediante elementos de convicción suficientes probarlo en cuanto fundamento de su pretensión (artículos 444 núm. 11º; 520 núm.2º; 521; 534 y 542 del COIP), y para una

mayor garantía de los derechos del procesado conforme al artículo 540 *ejusdem*, se obliga al juez a decidir motivadamente en audiencia oral, pública y contradictoria.

Habiendo destacado los extremos legales que han de cumplirse para la procedencia de la medida cautelar de prisión preventiva, así como los sujetos procesales facultados para solicitarla y decretarla, especial mención merece la regulación de la caducidad de la medida cautelar en estudio, para lo cual es menester acudir a lo previsto en el artículo 541 *ejusdem*.

La manera en que está redactada esta norma, en cuanto reglamenta la caducidad de la prisión preventiva, invita a estimar que la preocupación del legislador estuvo en evitar que caducara la medida de coerción, antes de estarlo en atención a la temporalidad de la prisión preventiva y el principio del plazo razonable concebido como garantía del procesado. Esta presunción se acrecienta si se tiene en cuenta que los jueces pueden ser suspendidos por la falta grave del numeral 7° del artículo 108 del Código Orgánico de la Función Judicial: “Dejar caducar la prisión preventiva”.

Tanto es así que el numeral 5° del señalado artículo 541, dispone que al cesar la prisión preventiva por vencimiento de los plazos de caducidad el juzgador ordenará la inmediata libertad del procesado y a su vez deberá informar al Consejo de la Judicatura. A esto se añade lo expresado en los numerales 6° y 7° del mencionado artículo 541 del COIP, sobre dilaciones indebidas causadas por el procesado o demás sujetos procesales y del sistema de justicia penal, lo que traería como consecuencia el mantenimiento de la prisión preventiva o la sanción que corresponde a cualesquiera de los funcionarios indicados en el citado numeral 7°.

Lo dicho pudiera encontrar explicación con la enmienda del numeral 1° del artículo 77 de la Constitución, en el entendido de haber agregado como finalidad de la prisión preventiva “el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones” y en la innecesaria reglamentación de la Carta Magna manifiesta en el numeral 9° de dicho artículo. También en el abuso judicial de la garantía de caducidad de la prisión preventiva, referido por Zambrano (2011), quien destacando lo innecesario de su constitucionalización, se pronuncia en el entendido de que tal garantía ha de utilizarse de modo racional “tomando en cuenta el derecho a la seguridad de todos los ciudadanos y el interés superior de las víctimas” (p. 88).

En este orden de ideas, aunque el numeral 1° hace referencia al cese de la prisión preventiva en razón de los plazos de caducidad, resulta, cuando menos extraño, justificar constitucionalmente el dictado de la prisión preventiva para garantizarle a la víctima un proceso sin dilaciones indebidas. Quien ha de garantizar el legítimo derecho de la víctima de contar una tutela judicial efectiva y ser oída en un plazo razonable no es el imputado, debiendo advertir que conforme al principio de mínima intervención -previsto en el artículo 3 del COIP- el Estado se halla impedido de establecer excepciones o restricciones a los derechos por situaciones que se generen con motivo de sus deficiencias (Binder, 2004).

Con todo, preciso es acotar que si bien es cierto no hay justicia si la misma es demorada más allá de lo tolerable, tampoco si se persigue de modo instantáneo o exprés. Valga, a manera de reflexión, lo afirmado por Fernández-Viagas (1994), quien, al ocuparse del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, advierte:

La consolidación histórica del proceso implicó la aceptación del transcurso del tiempo como medio para la resolución de los conflictos. La superación de la venganza privada y los mecanismos de compensación, así como la sumisión de la ciudadanía al monopolio de la fuerza estatal encontraba en la garantía procesal un adecuado instrumento de realización de la justicia, mediante la serenidad que proporciona el estudio minucioso, en ocasiones por tanto lento, de los asuntos. El Derecho Procesal supone una construcción de la razón dirigida a eliminar las irreflexivas reacciones de la pasión (p. 33).

Parafraseando a Díez-Picazo, (como se citó en Fernández-Viagas, 1994), la rapidez no puede sustituir a la justicia, mucho menos, cabe añadir, a través del encarcelamiento preventivo.

Recapitulando en la descripción normativa, la caducidad de la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años, y de un año, en los delitos con pena privativa de libertad mayor a cinco años, en un todo de acuerdo con los numerales 1° y 2° del artículo 541 del COIP. Dispositivos estos que han de conjugarse con el numeral cuarto en el marco de la distinción contenida en la Constitución entre delitos de reclusión (penas mayores de 5 años) y de prisión (los restantes), la cual es importante en cuanto a los plazos de caducidad contenidos de igual manera en el numeral 9° de su artículo 77.

Dicha estipulación debe responder como lo afirma la doctrina al plazo razonable consustanciado con el principio de temporalidad de la medida privativa de libertad, definido por Arteaga (2007) como aquel que implica que la medida esté sometida a un plazo, el cual una vez culminado le hace cesar, con independencia de las incidencias del proceso. Así como también, se vincula con el principio de proporcionalidad el cual se quebranta con una duración más allá de lo razonable (Llobet, 1997), y finalmente con la excepcionalidad de la prisión preventiva (Sergi, 2001).

Como se ha referido, el legislador ecuatoriano trata de evitar el fraude en la caducidad de la prisión preventiva por parte del imputado, sancionando tal comportamiento con la suspensión del plazo de caducidad y el mantenimiento de la medida; al igual que reglamenta el comportamiento del defensor y demás sujetos que intervienen en el sistema de justicia penal.

Por último, es importante resaltar que aun cuando se produzca la caducidad de la medida de privación de libertad, el juzgador podrá imponer otras medidas sustitutivas,

tales como: presentación periódica ante la o el juzgador, prohibición de ausentarse del país, y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica.

Resulta oportuno ahora, considerar las causas que extinguen la prisión preventiva, las cuales han sido enumeradas en el artículo 535 del COIP como supuestos para la revocatoria. La primera de ellas se refiere a la desaparición de las causas que la justificaron, es decir: “Cuando se han desvanecido los indicios o elementos de convicción que la motivaron”, una causal inspirada en el principio de provisionalidad que contempla el mantenimiento de la medida sólo cuando subsiste el peligro procesal, por lo que al cesar las circunstancias que le dieron lugar, también ha de decaer la privación de libertad (*rebus sic stantibus*).

La segunda de las causales de revocatoria, en correspondencia con el numeral 10° del artículo 77 de la Constitución, se relaciona con el sobreseimiento como acto que concluye el proceso y la sentencia absolutoria que ratifica el estado de inocencia de la persona sometida a juicio. En ambos casos se ha cumplido con el fin procesal de la prisión preventiva el cual es asegurar la presencia de la persona en el proceso, de manera que el mantenimiento de la medida sería innecesario y desvirtuaría su finalidad procesal.

La tercera causa se vincula con la caducidad, atendiendo a la consecuencia del incumplimiento de la obligación del Estado de realizar el juicio en un plazo razonable, caso en el cual no se podrá ordenar nuevamente la medida privativa de libertad, aunque si otras restricciones de la libertad (medidas cautelares), como se explicó anteriormente. Esta causal de revocatoria de la prisión preventiva, consecuencia de los principios de temporalidad y excepcionalidad, versa, como señala Bovino (2005), al comentar el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el emblemático caso “Suárez Rosero”, sobre el agotamiento de la facultad estatal de encarcelar preventivamente y mantener privado de libertad a quien se reputa inocente.

Por último, como supuesto de revocatoria de prisión preventiva se ha previsto la declaratoria de una nulidad que la afecte, lo que en palabras de Llobet (2006) “hace mención a la sanción al acto procesal, es decir a la consecuencia de la ineficacia del acto” (p. 276). Se añade, un acto procesal sin el cual la restricción privativa de la libertad no sería posible o la haría ilegítima, verbigracia, los referidos a los elementos de convicción de presunta intervención del procesado en el delito.

De otra parte, existen situaciones en las que cesa la prisión preventiva pero no por su revocatoria sino debido a su sustitución por otras medidas cautelares de menor gravedad, lo que quiere decir que el peligro procesal no ha cesado pero que se puede afrontar con una medida menos afectante del derecho de libertad. Así lo ha dispuesto el artículo 536 *ejusdem*. Sin embargo, esta posibilidad no se aplica a personas procesadas por delitos con penas de reclusión, salvo los supuestos del artículo 537 *ejusdem*, que obedecen a razones humanitarias. Sumado a lo anterior, el único aparte del artículo 536 contempla el eventual restablecimiento de la privación de libertad ante el incumplimiento de la medida sustitutiva.

Cabe concluir este apartado, haciendo mención a la suspensión de los efectos de la prisión preventiva por virtud de la caución otorgada por la persona sometida a proceso, consistente en la entrega de dinero, póliza, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por institución financiera, para asegurar la presencia del imputado (artículos 538 y 543 del COIP).

Siendo de interés dar cuenta de la inadmisibilidad de esta figura cuando se trate de delitos: en los que las víctimas son niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad o adultas o adultos mayores; con pena de reclusión; o de violencia contra la mujer o contra miembros del núcleo familiar. En este particular, se trata de una especie de delitos “inexcarcelables” como lo ha dispuesto el legislador en el artículo 544 *ejusdem* y, de cierto modo, un tratamiento de la caución al margen de lo cautelar-procesal, cercano a las premisas de un Derecho penal de autor.

En este orden, oportuno es recalcar que, a pesar de no figurar en el listado de las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, la caución cumple una función cautelar en cuanto garantiza la presencia del procesado en sustitución de la privación de libertad por una garantía de carácter patrimonial, la cual debe ser representativa para contrarrestar el peligro procesal.

En síntesis, la anterior descripción de lo concretado por el legislador ecuatoriano en el COIP, pone de relieve el preeminente carácter cautelar de la medida de prisión preventiva, es decir, su fundamento en la necesidad de conjurar un peligro procesal, el cual es preciso determinar acudiendo a la valoración de las finalidades de tal medida cautelar.

EL PELIGRO PROCESAL DE FUGA COMO FUNDAMENTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Como se ha puesto de manifiesto, la prisión preventiva en el COIP trata sobre una medida cautelar, por lo que allende la obviedad de su ubicación en el Título V del Libro Segundo del COIP (*Medidas cautelares y de protección*), preciso es resaltar que se está ante una figura orientada al aseguramiento procesal, la cual, a pesar de la similitud con la pena privativa de libertad, ni obedece a fines de Derecho penal material, preventivos generales o especiales, ni se ha consagrado con base a tales finalidades en la normativa constitucional y legal ecuatoriana. Al menos en los principios y las normas rectoras, muy a pesar de los designios punitivos que animaron la consulta de mayo de 2011, en cuanto a la medida de coerción objeto de estudio.

Su naturaleza jurídica es cautelar-procesal, en tanto medida de coerción personal de estricta y excepcional necesidad para hacer frente a lo que la doctrina denomina como peligrosidad procesal: de fuga, de obstaculización a la verdad y, en algunos ordenamientos, de reiteración delictiva (Llobet, 1997).

El *nomen iuris* del indicado Título V y los Capítulos que lo integran, al igual que la ubicación sistemática de la prisión preventiva, destacan su naturaleza en orden al aseguramiento procesal, la cual, como todas las cautelares, requiere la acreditación del

peligro procesal que fundamenta la estricta necesidad de intervenir excepcionalmente en la esfera de libertad de la persona a quien se le priva judicialmente.

En este sentido, tal figura procesal, afectante de la libertad personal del sujeto de imputación se ha normado como medida cautelar conjuntamente con las medidas de protección en el artículo 519, el cual dispone:

Artículo 519.- Finalidad. *La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de:*

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.

A este respecto, no obstante, la amplitud de esta norma en cuanto trata de manera conjunta las finalidades de las medidas cautelares con las de protección, el artículo 534 *ejusdem* es indicativo del peligro procesal a neutralizar con la prisión preventiva. A saber: el de fuga. Ello se desprende de la redacción de su encabezamiento en cuanto se procura “garantizar la comparecencia de la persona procesada en el proceso y el cumplimiento de la pena”.

Una finalidad, acorde con la establecida en la primera versión del numeral 1° del artículo 77 desarrollada en la Constitución de 2008: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena”, dirigida a evitar la demora en la realización o continuación del proceso y el cumplimiento de la pena que pudiera imponerse, debido a la incomparecencia del procesado.

De este modo, la nombrada finalidad del artículo 534 del COIP, además de contrastar con la modificación realizada a través de la consulta de 2011, en el sentido de haberse incluido un motivo más para decretar la prisión preventiva “el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones”, acaba convirtiéndose, paradójicamente, en una norma más garantista del derecho de libertad, aunque de inferior jerarquía que la constitucional. Es decir, una norma menos afectante del derecho de libertad en comparación con la disposición constitucional.

No sólo en cuanto a este particular, sino con relación a la regresiva sustitución de la expresión normativo-constitucional “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente” por la de “La privación de la libertad no será la regla general”.

En concreto, el aseguramiento de la comparecencia del imputado a los actos del proceso y el cumplimiento de la pena, se corresponde con la inviabilidad del juicio en rebeldía o en ausencia, en este último supuesto, salvo las excepciones contempladas en el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador, por virtud de la imprescriptibilidad

de la acción penal y las penas para los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

Con lo cual, de las finalidades descritas en los numerales del artículo 519 del COIP, la del numeral 2° es la que se ajusta a la conjura del peligro procesal de fuga que justificaría la prisión preventiva e, incluso, las medidas cautelares descritas en los numerales 1° al 4° del artículo 522 *ejusdem* (prohibición de ausentarse del país, presentación periódica, arresto domiciliario y dispositivo de vigilancia electrónica).

Por tal motivo, las finalidades contenidas en los numerales 1°, 3° y 4° del artículo 519, se habrían establecido con relación a las medidas de protección. De manera que la necesidad de evitar la destrucción u obstaculización de la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción, es decir, la de neutralizar el llamado peligro procesal de obstaculización de la verdad, en modo alguno podría justificar el dictado de la prisión preventiva, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos procesales, por ejemplo, en Venezuela (Artículos 236, ord. 3° y 238 del Código Orgánico Procesal Penal) o el de Costa Rica (Artículos 238, 239 literal b) y 241 del Código Procesal Penal) Colombia (Artículos 296 y 309 del Código de Procedimiento Penal). Para enfrentar dicho peligro estarían las medidas de protección tipificadas en los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 558 del COIP.

De este modo, la prisión preventiva hallaría justificación en la estricta necesidad de neutralizar el peligro procesal de fuga en un todo de conformidad con lo descrito en el numeral 2° del mencionado artículo 519 *ejusdem*, siendo oportuno indicar que la reparación integral apenas pudiera considerarse si se la tiene como parte del aseguramiento del cumplimiento de la eventual pena que pudiera a llegar a imponerse. Ello, no obstante las reservas de justificar el dictado de la prisión preventiva con base en la reparación integral de los daños del delito, bien por la estricta y taxativa redacción del numeral 1° del artículo 77 de la Carta Magna, ora por la anticipación del juicio de culpabilidad que va más allá de los suficientes elementos de convicción acerca de la existencia de un delito de acción pública y la intervención del imputado en el mismo, en un todo de acuerdo a lo exigido en el artículo 534 del COIP.

En suma, la prisión preventiva además de haberse regulado como una medida cautelar, aplicable a los delitos de acción pública con pena privativa de libertad superior a un año -no así a las contravenciones-, tiene por finalidad la estricta necesidad de neutralizar el peligro de fuga, siempre que ello no pueda lograrse con otra medida cautelar como lo prevén los artículos 522 y 534 en su numeral 3° *ejusdem*, constituyendo por tanto una restricción de la libertad personal excepcional y de *ultima ratio*, muy al contrario de los designios de la consulta popular de mayo de 2011 y las modificaciones concretadas en los numerales 1° y 11° del artículo 77 de la Constitución.

Las regulaciones contenidas en los artículos 522 y 534, numeral 3°, bien cuando la primera de las previsiones legales -existiendo peligro procesal de fuga-, obliga a los jueces a dictar una o varias de las medidas cautelares de forma prioritaria a la privación de libertad, en el sentido normativo de dicha norma, a la prisión preventiva; así como cuando

en la segunda de estas normas se exigen indicios en cuanto a la falta de idoneidad de las demás medidas cautelares para conjurar el peligro procesal de fuga, tornando necesaria y de extrema o *ultima ratio* el dictado de la prisión preventiva.

Una vez más las disposiciones legales del COIP, dejan en evidencia la involución garantista de la enmienda constitucional de mayo de 2011, con relación al numeral 11° del señalado artículo 77, al pasar de una norma de aplicación directa en orden al contenido esencial del derecho de libertad personal “La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad”, a una programática para dejar en manos del legislador y los jueces la aplicación de medidas cautelares alternativas, suprimiendo el carácter prioritario del dictado de las mismas, por consiguiente, ampliando las posibilidades para decretar la prisión preventiva.

Con todo, aun a pesar de las simpatías del legislador penal con la señalada consulta popular, las mencionadas normas del COIP, armonizan con el principio de mínima intervención establecido en el artículo 3 *ejusdem*, aplicable a toda intervención punitiva en los derechos de libertad, sobre todo cuando se trata de afectaciones tan gravosas como la pena o la privación de libertad durante el proceso. De allí la primera finalidad del COIP: “normar el poder punitivo del Estado”, la cual, parafraseando a Binder (2004) tiene como punto de partida la constatación de la violencia que supone el ejercicio del *ius puniendi* y da contenido al principio de mínima intervención o *ultima ratio*, surgido de las características de todo Estado de derechos en tanto “constituye un programa no violento de organización de la sociedad” (p. 39).

Por consiguiente, la hermenéutica a concretar en estos desencuentros entre la norma constitucional y las de inferior jerarquía comporta una lectura garantista del numeral 1° del artículo 13 del COIP, teniendo en cuenta lo dicho por Fernández (2011) en cuanto al principio de mínima intervención, en tanto que si bien ninguna norma indica qué tan mínimo ha de ser cada derecho penal, a fin de cuentas se está ante límites que lo informan en cuanto subsidiario y fragmentario, entre los cuales destacan los de necesidad, proporcionalidad o prohibición de exceso.

Así mismo, dado que los principios y las normas del COIP, vigentes con posterioridad a la consulta popular de mayo de 2011, se refieren de manera expresa al carácter prioritario de las medidas cautelares no privativas de libertad y, por ende, al carácter excepcional y de *ultima ratio* de la prisión preventiva, entonces corresponde interpretarlos y aplicarlos armonizando lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 77 de la Constitución “Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”, no obstante su carácter programático.

Prosiguiendo, la prisión preventiva, habiéndose tipificado como una medida cautelar extrema, excepcional y de *ultima ratio* -por el principio de mínima intervención y lo prioritario del dictado de otras medidas cautelares-, sólo se justifica una vez acreditado el peligro procesal de fuga, atendiendo a la finalidad constitucional y legal para la cual fue concebida. Bien por virtud de las normas citadas, como por lo señalado en el numeral 3°

del artículo 534 del COIP en atención a su conexión con las demás medidas cautelares y los fines de estas, las cuales, salvo la de detención consagrada en atención a necesidades de investigación, también se han regulado para evitar la fuga del procesado.

Por lo demás, en lo concerniente a la fuga del justiciable como único peligro procesal a impedir con la prisión preventiva, conviene subrayar el respaldo que esta idea encuentra en los requisitos necesarios para solicitarla y decretarla.

Con relación al numeral 1°, en cuanto a la suficiencia de elementos de convicción sobre la existencia de un delito de acción pública -con pena privativa de libertad superior a un año-, la consideración de la peligrosidad procesal como fundamento justificante de la restricción de la libertad que supone la medida cautelar de prisión preventiva, se asocia al comienzo y tramitación de un proceso penal, esto es, de una causa, lo cual supone la presunta comisión de un delito de acción pública cuya acción penal no haya prescrito en tanto la prescripción extingue su ejercicio (Art. 416, núm. 5°).

De esta manera, no sólo se cumpliría con las garantías del principio de legalidad penal, según las cuales ninguna persona puede ser intervenida en su ámbito de libertad si no ha realizado un ilícito penal que determine el inicio de un proceso penal (Art. 5, núm. 1°) y legitime la autorización judicial de la restricción de alguna de sus libertades, sino que tampoco podría hablarse de peligro procesal -de fuga- sin proceso penal.

Aún más, sin ejercicio de la acción penal pública por parte de su titular -para lo cual se exigen suficientes indicios de la existencia de una infracción- y de la responsabilidad de la persona procesada (Art. 411), no habría legitimidad para decretar judicialmente la prisión preventiva, por causa de la legalidad. Tampoco necesidad de ello, por razón de la inexistencia de un proceso penal, sin el cual ni siquiera cabe pensar en una persona procesada, menos aún en medidas cautelares para garantizar su sujeción al proceso.

En lo requerido en el numeral 2°, relativo a los elementos de convicción claros y precisos, vale decir, circunstanciados sobre la ocurrencia de un delito y la correspondiente autoría o participación del procesado, el peligro procesal de fuga se explicaría por razón de la garantía del cumplimiento de la pena a imponer en la eventual sentencia condenatoria.

Razón por la cual el dictado de la prisión preventiva exige más que la existencia de un delito cuya acción penal no se halle prescrita. Demanda el *plus* consistente en el denominado pronóstico de condena en torno a la autoría o participación de la persona del procesado en la infracción delictiva. Sin probabilidades fundadas de tal prognosis, el peligro procesal del incumplimiento de la pena desaparece.

Atendiendo a la legalidad procesal, la inexistencia de elementos de convicción suficientes sobre la intervención del procesado en la infracción objeto del proceso penal haría inviable el dictado de la prisión preventiva por falta de uno de los requisitos que ha de concurrir con los demás. En consecuencia, no podría dictarse al concretarse un supuesto de atipicidad procesal. Pero aunado a ello, la prisión preventiva se tornaría innecesaria ante un procesado que no está vinculado con el delito imputado, quien, sin elementos de convicción y sin pruebas, difícilmente sería acusado o, a pesar de ello, condenado. Antes

bien, habría de ser sobreseído a tenor de lo señalado en el ordinal segundo del artículo 605 *ejusdem*.

Si esto es así: ¿Podría fundamentarse el peligro de fuga en cuanto al aseguramiento del cumplimiento de la pena al no contar con fundados indicios para demostrar la culpabilidad?

Finalmente, en lo que respecta a la exigencia del numeral 3°, referido a la extrema necesidad de decretar la prisión preventiva cuando las demás medidas no privativas de libertad sean insuficientes y, por ende, inidóneas para garantizar la sujeción y presencia del procesado a los actos del proceso, al igual que el cumplimiento de la pena, la vinculación de esta medida de coerción personal con la peligrosidad procesal de fuga resulta evidente.

La redacción de la norma, la disposición de los numerales en orden a los requerimientos legales para solicitar y decretar la prisión preventiva, al igual de los fines de las demás medidas cautelares, ponen de relieve lo gravoso de dicha figura afectante de la libertad personal al colocarla como el último recurso de aseguramiento procesal. Destacan pues la dimensión del riesgo a conjurar, de la misma manera que identifica de cuál peligrosidad procesal se trata.

Imponer cualquiera de las medidas cautelares a la persona del procesado, es decir, prohibirle ausentarse del país, obligarle a presentarse periódicamente ante el Tribunal u otra autoridad, arrestarle en su domicilio o colocarle un dispositivo de vigilancia electrónica, como única medida o en cuanto refuerzo de cualquiera de las otras, es indicativo de los grados de peligro procesal a conjurar. Por tanto, a mayor peligro procesal la restricción de la libertad se torna más gravosa.

De manera similar, la afinidad de dichas medidas cautelares con la prisión preventiva, a la par de explicarse por la entidad del peligro procesal, se concreta en compartir la misma finalidad de garantizar la presencia del procesado y el cumplimiento de la pena a imponer. Es decir, evitar el mismo riesgo.

Es así, como el aseguramiento de la comparecencia o presencia del procesado en los actos del proceso y el cumplimiento de la pena, inclusive, la discutible garantía a la víctima de un proceso sin dilaciones, pueden lograrse con la disposición del arresto domiciliario, la presentación periódica ante el Tribunal, la prohibición de salir del país y la colocación, separada o conjunta, de un dispositivo de vigilancia electrónica. Una similar salvaguarda procesal le ha sido asignada a la caución, la cual, como medida que suspende los efectos de la prisión preventiva, tiene por objeto garantizar la presencia del procesado (Art. 543).

La señalada afinidad de tales medidas cautelares y la caución con la prisión preventiva en cuanto al peligro de fuga, puede colegirse del numeral noveno del artículo 541 *ejusdem*, específicamente para sujetar a la persona del procesado a los actos del proceso:

La o el juzgador en el mismo acto que declare la caducidad de la prisión preventiva, de considerarlo necesario para garantizar la inmediación de la persona procesada con el

proceso, podrá disponer la medida cautelar de presentarse periódicamente ante la o el juzgador o la prohibición de ausentarse del país o ambas medidas. Además, podrá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica.

En un ejercicio de derecho comparado, es de interés lo señalado por Llobet (1997), quien, al distinguir entre los peligros a cubrir por las diversas medidas cautelares sustitutivas o alternativas a la prisión preventiva en el contexto de la normativa costarricense, expresa:

Con respecto a la disminución del peligro de fuga, por ejemplo, tiene relevancia especial a) el arresto domiciliario o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga; b) la obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que designe; c) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización; y d) la prestación de una caución adecuada (p. 304).

Cierto es que el autor costarricense también se refiere a los peligros de obstaculización y de reiteración delictiva, debiendo acotar que para conjurarlos pueden dictarse medidas cautelares, entre otras, como la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, la prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, la obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, la del arresto domiciliario, entre otras. A tal efecto, podría recurrirse de igual manera a la colocación de un dispositivo de vigilancia electrónica.

Sin embargo, los fines constitucionales y legales de la prisión preventiva, así como los de las demás medidas cautelares, establecidos en la normativa ecuatoriana en orden a la comparecencia y presencia del sujeto de imputación en el proceso y el cumplimiento de la eventual pena que pudiera imponérsele, descartan cualquier otro peligro procesal que no sea el de fuga.

Para concluir, la taxativa redacción del numeral 1° del artículo 77 de la Constitución del Ecuador explica la regulación de la prisión preventiva y las demás medidas cautelares con arreglo al peligro procesal de fuga, así como el intento del legislador en armonizar -o introducir- el peligro de obstaculización con el de fuga al normar las medidas de protección de manera conjunta con las medidas cautelares, refiriéndose a otras finalidades distintas de las indicadas en la citada previsión constitucional. Empero, es el de fuga, el peligro procesal a conjurar con la prisión preventiva y las demás medidas cautelares.

En síntesis, la prisión preventiva en el COIP es una medida de coerción personal, cautelar procesal, al igual que las demás medidas cautelares, la cual: *en primer lugar*, comporta una excepción al derecho de libertad; *en segundo lugar*, constituye, a la par de la pena privativa de libertad, la restricción más gravosa y lesiva del derecho de libertad; *en tercer lugar*, encarna la excepcional y gravosa restricción de la libertad personal, aplicable en supuestos de delitos de acción pública con pena privativa de libertad superior a un año; *en cuarto lugar*, sólo se justifica en cuanto a la estricta necesidad de aseguramiento procesal; *en quinto lugar*, se dirige a neutralizar el peligro procesal de fuga, expresado en la finalidad de garantizar la presencia y sujeción del procesado al proceso penal, así como

al cumplimiento de la eventual pena que pudiera llegar a imponerse, comprensiva de la reparación integral; *en sexto lugar*, sólo puede decretarse *-acreditado el peligro procesal que la justifica-*, cuando no exista otra medida cautelar que sea idónea para conjurar dicho peligro, lo que da contenido a su carácter de *ultima ratio*.

En séptimo lugar, es de interpretación y aplicación: a) Restrictiva: en tanto medida afectante de derechos, que además de hallarse determinada por los sub-principios de *lex stricta* y *lex certa* en cuanto integrantes del principio de legalidad penal, se halla limitada por el principio de mínima intervención, y b) Conforme a la Constitución: en cuanto sea favorable al principio *pro libertatis* o al estado de libertad.

En todo caso, al tratarse de una excepción con respecto al estado de libertad que asiste a toda persona, la prisión preventiva -al igual que las demás medidas cautelares y toda restricción a las libertades personales-, viene determinada por los principios de legalidad constitucional y penal, en cuanto garantías negativas de no intervención en la esfera individual, es decir, de estricta legalidad en clave garantista y democrático-constitucional (Ferraoli, 2000).

LA PRISIÓN PREVENTIVA ENTRE LAS GARANTÍAS Y LA EFICIENCIA: ¿EXCEPCIÓN O REGLA?

Asiste la razón a Binder (1997), al describir la política criminal como un sector de la realidad antes que una ciencia, delimitada por: “el conflicto, el poder, la violencia y el Estado” (p. 29). Tal realidad, social y política, es la que ha fijado el devenir de la prisión preventiva en el COIP y, por ende, en el proceso penal ecuatoriano, con posterioridad a la “enmienda” de la Constitución de Montecristi.

El garantismo de esta Carta Magna en cuanto al derecho a la libertad personal, daba a la prisión preventiva el estatus que la define conforme a los valores y principios de un Estado de Derechos: el de una estricta y extrema excepción. No obstante, el populismo punitivo de la democracia plebiscitaria concretado en la consulta popular de mayo de 2011, afectante de la independencia judicial y la garantía de los derechos (Pazmiño, 2017), ensanchó los alcances de la prisión preventiva a costa del derecho y, paradójicamente, en el desarrollo de una garantía: la del artículo 77, contraviniendo el principio a tenor del cual de una garantía sólo pueden extraerse límites al poder penal, nunca justificaciones o legitimaciones (Rusconi, 2008).

En este horizonte punitivo, la promesa constitucional resultante de la primera pregunta de la consulta: “La privación de la libertad no será la regla general”, anticipaba lo que habría de ocurrir con la prisión preventiva en el COIP, bien por lo auspiciado con la consulta, ora por lo conocido o temido, al haberse iniciado un camino regresivo en sustituir el límite de la excepcionalidad de la privación de libertad. De allí el señalamiento que, en Ecuador, a pesar de existir más normas restrictivas de la prisión preventiva que en Alemania, se encarcela más que en este país (Krauth, 2018). La praxis judicial puesta de relieve por el autor alemán, resalta el abuso de tal medida de coerción personal en el proceso penal ecuatoriano.

Esto no es consecuencia absoluta de la aplicación del COIP, habida cuenta de la cantidad de normas que la restringen -no obstante, las que favorecen su dictado. Verbigracia, la del numeral cuarto del artículo 534 *eiusdem*, al declararla procedente en delitos con pena privativa de libertad mayor a un año. Vale decir, la mayoría de los tipos y subtipos penales tipificados, en algunos casos con penas innecesarias y en otros desproporcionadas, lo que ha motivado la propuesta de una Ley Reformativa del COIP por parte del Defensor Público Nacional (Pazmiño, 2017).

El que la prisión preventiva se haya convertido en la regla -confirmando lo premonitorio de la mentada promesa constitucional-, seguramente también es el resultado de una interpretación aislada del numeral 1° del artículo 77 de la Constitución. En palabras de Rusconi (2008), de una hermenéutica infiel al sistema de garantías, que, en lugar de ajustarse a sus valores y principios, traducidos en normas más garantistas del derecho de libertad y restrictivas de la gravosa medida de coerción, de modo similar al COIP, se aviene con los ideales de un Poder Político que concibe, erróneamente, al Poder Judicial y a la ciencia del Derecho penal como partes integrantes del Poder Punitivo del Estado (Zaffaroni, 2007).

Pero lo más probable, es que ello se deba a lo que subyace en el *balance* entre garantías y eficiencia de la justicia penal planteado por el legislador ecuatoriano, determinado, no sólo por la tensión que caracteriza al Derecho penal -la de prevenir el delito y la de proteger a las personas ante la concreción de dicha tarea preventiva-, sino por el clima social y político en torno al cual se concretó la aludida consulta popular de 2011. Un ambiente que puede inferirse de lo señalado por Zambrano (2011):

Lamentablemente el mal uso de las propuestas de *derecho penal mínimo* y su predicado de *última* o de *extrema ratio* a pretexto del *carácter restrictivo* de las medidas de aseguramiento personal como es la prisión preventiva; y, la utilización prioritariamente de los sustitutos de la prisión preventiva en los casos de delitos graves, que debieran ser no excarcelables, ha degenerado en un uso perverso, irracional y abusivo del derecho, a pretexto de la defensa del derecho a la libertad! (p. 81).

En este estado de cosas, la inclusión de las víctimas como sujetos procesales sometidos al poder penal del Estado, da cuenta de las exigencias político-criminales en torno a la “parcial” eficiencia del sistema de justicia penal en el “combate de la impunidad” sugerida al momento de sancionarse el COIP. Quizá por ello la prisión preventiva acabó siendo la regla desde una perspectiva en la cual la privación de libertad, como afirma Jakobs (2005), mantiene unos mínimos de seguridad en relación a quienes, al estar en la cárcel, no podrán delinquir. De esta manera, se fue abonando para que en la praxis acabara concretándose con una finalidad similar a la atribuida a la pena en el denominado Derecho penal del enemigo, a saber, que los condenados cumplan el mayor tiempo de la pena privados de libertad. Esto es, como una medida de custodia de seguridad.

Muestra de ello es la regulación en el COIP del sistema progresivo y los regímenes de rehabilitación social: cerrado, semiabierto y abierto (Arts. 695 al 699), siendo que para los regímenes de pre-libertad se exige el cumplimiento de por lo menos el sesenta u ochenta por ciento de la pena impuesta. Aún más, de su cumplimiento efectivo, por virtud de la norma relacionada con el cómputo de la pena: “Para tal cómputo se tomará en cuenta el tiempo que la persona sentenciada está efectivamente privada de su libertad” (Art. 667).

Por tal razón, en la preeminencia de la prisión preventiva con respecto a las demás medidas cautelares, aun a pesar de lo previsto en los artículos 522 y 534 del Código, se la asume como pena anticipada en cuanto reflejo de su cumplimiento *intramuros*.

Llegados a este punto, conviene llamar la atención en torno al sitio que corresponde a la prisión preventiva, sin dejar de considerar el ideal de su abolición o supresión, por ejemplo, a través del juicio en rebeldía (Rusconi, 2005). De suyo entonces, atendiendo a la necesidad de procurar un equilibrio entre garantías y prevención, antes que eficiencia del sistema de justicia penal en combatir la impunidad o la criminalidad, valdría la pena tener presente que la eficacia preventiva de toda política criminal pasa por detenerse en reflexionarla como política que se sirve de instrumentos de enorme riesgo para las libertades ciudadanas (Binder, 2012), como lo son la pena y el encarcelamiento preventivo.

Debido a lo anterior resulta necesario destacar la excepcionalidad de toda intervención y restricción de los derechos de libertad, en particular, de la libertad personal, pues como enseña el autor argentino la eficacia de una política criminal no está en aumentar la violencia punitiva, digamos, mediante el uso predominante de la prisión preventiva y de la pena, sino en lo contrario. En virtud de esto, es por lo cual el constituyente de 2008, de modo decidido, y el legislador, a pesar del punitivismo, concibieron la prisión preventiva como medida de coerción personal con fines de aseguramiento procesal, de modo excepcional, subsidiario y de *ultima ratio* con respecto a las demás medidas cautelares, tanto por las normas expresas que así la regulan, como por los principios que la delimitan, entre ellos, el de mínima intervención.

De consiguiente, aun cuando se ha intentado desnaturalizarla para utilizarla como la regla en atención a las necesidades punitivas de la custodia de seguridad por parte del Poder Político [el cual, lamentablemente sigue sin comprender la relevancia de los derechos fundamentales y la independencia judicial en la materialización de la democracia], la prisión preventiva versa normativamente sobre una excepción y, en cuanto tal, en palabras de Greco (2007) constituye “la expresión de una regla que le sirve de base, que regula, justamente, cómo debe decidirse en el caso de situaciones excepcionales” (p. 10). Y esa regla, consustanciada con las referidas en el trabajo de Greco -las de la dignidad humana y el Estado de Derecho-, es la del derecho a la libertad personal.

En armonía con la precedente apreciación, es oportuno señalar que la prisión preventiva, normativa y dogmáticamente, es la excepción, aunque algunas normas sean contrarias a los principios que la determinan conceptualmente y muy a pesar de la praxis judicial de algunos tribunales penales en los cuales constituye la regla, bien por ponerla

al servicio de la eficiente lucha contra la impunidad, la protección de las víctimas y la sociedad, como por evitar incurrir en el indeterminado ilícito administrativo de error inexcusable. No es la excepción lo que condiciona la regla, es esta la que define la esencia y naturaleza de aquella. Es la libertad personal la que prima a su restricción mediante alguna medida cautelar, como la prisión preventiva, en cuanto excepción.

Más aún, ninguno de los derechos de libertad contenidos en la Constitución de la República del Ecuador, entre ellos, el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la libertad ambulatoria, constituyen la excepción. Por el contrario, encarnan el fundamento del contrato social que implica toda Carta Política.

Cuando el Legislativo y el Ejecutivo conminan a los jueces penales al eficiente combate de la criminalidad, el justiciable y el ciudadano se quedan sin tribunales imparciales y sin Poder Judicial, del mismo modo que carece de Constitución la sociedad en la que no se halle establecida –y se materialicen– la garantía de los derechos y la separación de los poderes.

CONCLUSIONES

El desarrollo de esta pequeña contribución, desde la descripción de la prisión preventiva hasta las sucesivas acotaciones axiológicas sobre el deber ser de su interpretación y aplicación, a la par de haber adelantado este apartado final como cierre argumentativo de lo esbozado en la introducción, constituye apenas una mirada sobre la realidad latinoamericana en cuanto al encarcelamiento de procesados con fines de pena anticipada, no obstante la reforma procesal penal emprendida en la región y las declaraciones de principios que engalanan las normativas procesales y ennoblecen las Constituciones. Las contrarreformas de los códigos procesales, el recurso a las leyes habilitantes y las involuciones de la democracia plebiscitaria a través de *referéndums*, invitan a dar cuenta que las reformas procesales en la configuración de un proceso penal propio de un *Estado de Libertades*, aunque necesarias, no son –ni han sido– suficientes.

Así las cosas, ha de insistirse en la civilidad y humanidad de la obra de Beccaria, en su advertencia sobre la pequeña porción de la libertad que los hombres cedieron para abandonar la inseguridad del Estado de Naturaleza, así como en denuncia de la tiranía de la pena innecesaria y, cuanto más, del uso de la prisión preventiva con fines de pena. También han de tenerse presente las sabias palabras de Montesquieu (1748) acerca de la libertad ciudadana:

Los conocimientos que se han de adquirir en diferentes países y los que se vayan adquiriendo en otros, acerca de las reglas que deben observarse en las causas criminales, interesan al género humano más que cuanto haya en el mundo. No más que en la práctica de tales conocimientos se funda la libertad (p. 124).

El aparente dilema entre seguridad y libertad, ha de resolverse del modo más decidido hacia la libertad. Sin esta, la seguridad no tiene sentido ni valor alguno.

Finalmente, la mayor seguridad que ha de atesorar el ciudadano y la sociedad, no es la de la necesaria prevención del delito o la de la peligrosa eficiencia del sistema de justicia penal en el combate de la impunidad, sino la de contar con garantías de sus libertades individuales. Ergo: la de estar seguros en sus libertades frente al poder punitivo del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARMENTA, T. (2009). *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (4ª ed.). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.
- ARTEAGA, A. (2007). *La privación de libertad en el proceso penal venezolano* (2ª ed.). Caracas: Talleres Tipográficos de Miguel Ángel García e Hijo.
- BECCARIA, C. (2000). *De los delitos y de las penas. Facsimilar de la edición príncipe en italiano de 1764.* (Trad. de Juan Antonio de las Casas). México: Fondo de Cultura Económica (Original en italiano, 1774).
- BERNAL, C. (2005). *El Derecho de los derechos* (2ª ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BINDER, A. (1997). *Política criminal: de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- BINDER, A. (1999). *Introducción al derecho procesal penal* (2ª ed.). Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- BINDER, A. (2004). *Introducción al derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- BINDER, A. (2012). *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- BOVINO, A. (2005). *Justicia penal y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL. Registro Oficial Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014. Reformado el 14 de febrero de 2018. Ecuador: Lexis Finder. Plataforma Profesional de Investigación Jurídica. Recuperado el 16 de abril de 2019 en <https://www.lexis.com.ec>
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. Registro Oficial Suplemento 544 del 9 de marzo de 2009. Última modificación del 22 de mayo de 2015. Ecuador: Lexis Finder. Plataforma Profesional de Investigación Jurídica. Recuperado el 16 de abril de 2019 en <https://www.lexis.com.ec>
- CÓDIGO ORGÁNICO PROCESAL PENAL. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.078 Extraordinario del 15 de junio de 2012. Imprenta Nacional.
- CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 906 del 31 de agosto de 2004. Diario Oficial N° 45.658. Bogotá: Distribuciones el Trébol Ltda.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Recuperado el 20 de noviembre de 2018 en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6716.pdf>
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008. Última modificación del 13 de julio de 2011. Ecuador: Lexis Finder. Plataforma Profesional de Investigación Jurídica. Recuperado el 16 de abril de 2019 en <https://www.lexis.com.ec>
- FERNÁNDEZ, J. (1999). *Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Introducción a la teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho* (2ª ed.). Bogotá: Editorial Leyser.

- FERNÁNDEZ, J. (2011). *Derecho penal. Parte General. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- FERNÁNDEZ-VIAGAS, P. (1994). *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madrid: Editorial Civitas, S. A.
- FERRAJOLI, L. (1999). *Derecho y garantías. La ley del más débil*. (Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid: Editorial Trotta, S. A. (Original del Italiano, 1999)
- FERRAJOLI, L. (2000). *El garantismo y la filosofía del derecho*. (Trad. de Gerardo Pisarello, Alexei Julio Estrada y José Manuel Díaz Martín). Bogotá: Universidad Externado de Colombia (Original en italiano, 2000).
- FERRAJOLI, L. (2008). *Garantías*. (Trad. de Gerardo Pisarello y Antonio de Cabo). En: *Democracia y garantismo*. Miguel Carbonell (ed.), 60 - 76. Madrid: Editorial Trotta, S. A. (Original en italiano, 2008).
- GRECO, L. (2007). Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*. In *Dret Revista para el análisis del derecho*. Recuperado el 12 de noviembre de 2018 en <https://www.indret.com>.
- HÄBERLE, P. (2003). *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Presentación y estudio preliminar de Francisco Fernández Segado. (Trad. de Joaquín Brage Camazano). Madrid: Editorial DYKINSON. (Original en alemán, 1983).
- JAKOBS, G. (2005). *Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, 15 - 64. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, s. r. l.
- KRAUTH, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito: Defensoría Pública del Ecuador. Serie Justicia y Defensa.
- MELLADO, A. (1987). *La prisión provisional*. Madrid: Editorial Civitas, S. A.
- MENESES, D. (1995). Recopilación para la comprensión, estudio y defensa de los Derechos Humanos. Caracas, Fundación Konrad Adenauer.
- MONAGAS, O. (2007). *Privación Judicial Preventiva de Libertad*. En: *Debido Proceso y Medidas de Coerción Personal. X Jornadas de Derecho Procesal Penal*, 49 - 68, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- MONTESQUIEU (1995). *Del espíritu de las leyes*. (Trad. de Nicolás Estévanez). Estudio preliminar de Daniel Moreno. (10ª ed.). México: Editorial Porrúa, S. A. (Original en francés, 1748).
- LLOBET, J. (1997). *La prisión preventiva (límites constitucionales)*. San José: Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.
- LLOBET, J. (2006) *Proceso penal comentado (Código Procesal Penal Comentado)*. (3ª ed.). San José: Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico.
- PAZMIÑO, E. (2017). *Proyecto de Ley Orgánica Reformativa al Código Orgánico Integral Penal (Para Constitucionalizar la Justicia Penal)*. En: *Defensa y Justicia. Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador*. N° 27, Edición especial. *Dos propuestas para garantizar la independencia judicial y humanizar la justicia*. Quito. Gráficas Ayerve, C. A.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. (2ª ed. 3ª reimp.). (Trad. de la 25ª edición alemana por Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. J. Maier). Buenos Aires: Editores del Puerto, s. r. l. (Original en alemán, 1998).

- RUSCONI, M. (2005). *Las Fronteras del Poder Penal*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- RUSCONI, M. (2008). *Nuevo proceso penal, garantías constitucionales y mínima intervención*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- SALAZAR, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- SERGI, N. (2001). *Límites temporales a la prisión preventiva*. En: *Nueva Doctrina Penal 2001/A*, 113-142. Buenos Aires: Editores del Puerto, s. r. l.
- STEIN, E. (1973). *Derecho político*. (Trad. de Fernando Sainz Moreno y nota preliminar a la edición española de Francisco Rubio Llorente. Madrid: Aguilar s a de ediciones (Orinal en alemán, 1971).
- ZAFFARONI, E. (2007). *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, s. r. l.
- ZAMBRANO, A. (2011). *Sobre la caducidad de la prisión preventiva* (1ra. Pregunta de consulta). En: *Revista Jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil*. Recuperado el 6 de mayo de 2019 de <https://www.revistajuridicaonline.com>

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES BREVE ANÁLISIS JURÍDICO

THE RIGHT TO PROTECTION OF PERSONAL DATA BRIEF LEGAL ANALYSIS

XAVIER CUADROS AÑAZCO

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

Nuestra información personal es manejada por varias personas, empresas, bancos e inclusive instituciones públicas, ya sea porque hemos dado nuestra autorización para dicho manejo, o porque la Ley otorgue esta facultad. Sin embargo, en muchas ocasiones no conocemos el motivo por el cual nuestros datos personales se encuentran en registros o archivos de terceros, puesto que dicho manejo se lo realiza sin tener nuestro consentimiento, haciendo vulnerable nuestra privacidad e intimidad; tomando en consideración el avance de la tecnología, en la cual su mala utilización incide cada vez más en dicha vulneración. Este artículo tiene como finalidad orientar al lector sobre la naturaleza jurídica del Derecho Constitucional a la protección de datos personales, las diferentes potestades que éste otorga a su titular y lo más importante: La razón que justifica tener una Ley que regule el tratamiento de los datos personales, debido a que lamentablemente en el Ecuador, aún no se ha instaurado una norma efectiva y eficaz, que permita tutelar la privacidad e intimidad del ciudadano, para lo cual entre más tiempo transcurre, mayores métodos se seguirán inventando para vulnerar el referido derecho constitucional y nuestro país como tal no puede quedar estancado en las instituciones jurídicas clásicas que se aplican en la actualidad, que si bien es cierto son útiles, no son suficientes ante el enorme apogeo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación.

PALABRAS CLAVE: datos personales, protección, privacidad, ciudadanos, información.

ABSTRACT

Our personal information is handled by several people, companies, banks and even public institutions, either because we have given our authorization for such management, or because the Law grants this power. However, on many occasions we don't know the reason why our personal data are in registers or files of third parties, since such management is done without our consent, making our privacy vulnerable, taking into account the progress of technology, in which its misuse, increasingly affects this violation.

This article aims to guide the reader, the legal nature of the constitutional right to the protection of personal data, the different faculties that gives its owner and most importantly, the reason that justifies having a law to regulate the processing of data personal, because unfortunately in Ecuador, has not yet been established an effective and effective rule, which allows privacy of the citizen, for which the more time passes, more methods will continue to invent to violate the aforementioned constitutional law and our country as such cannot remain stuck in the classical legal institutions that are currently applied, which, although they are useful, are not enough in the face of the enormous apogee of the new information and communication technologies.

KEYWORDS: personal data, protection, privacy, citizens, information.

INTRODUCCIÓN

Como lo determina ¹Garriga (2016), *“la comunicación digital fomenta una enorme exposición de la vida personal de un gran número de personas a través de muchos de los servicios y herramientas existentes, en especial a través de las redes sociales”*

A diario nos encontramos con casos en que nos llaman de diferentes empresas, especialmente las operadoras de telefonía móvil, para ofrecernos servicios o productos, que estoy seguro que a la gran mayoría causa malestar; ya que siempre nos contactan en el peor momento o cuando no estamos interesados. Otros casos en que nos llaman para decirnos que tenemos un “buen historial crediticio” y que somos merecedores de alguna tarjeta de crédito que ofrecen; o casos en la cual, con tan solo dar nuestro número de cédula en algún establecimiento, misteriosamente tienen abundante información personal de nosotros sin saber el motivo o la forma de su obtención.

¿Debería existir una entidad del Estado que controle el tratamiento de nuestros datos personales por parte de estas empresas, sean públicas o privadas? ¿Qué garantía existe para que estos terceros no puedan hacer uso de nuestros datos personales, cuando no cuentan con nuestro consentimiento? ¿Acaso estas empresas o terceros aplican alguna medida de seguridad informática para proteger nuestros datos personales de ataques informáticos? ¿Obtienen alguna ganancia o rédito por ceder nuestros datos personales? Lamentablemente en el Ecuador, aún no tenemos una ley que regule específicamente el tratamiento de datos personales, a diferencia de lo que ocurre en otros países latinoamericanos como Argentina o Perú, cuya legislación de protección de datos personales está inspirada en el modelo español, que éste a su vez cuenta con una entidad administrativa que vela por los derechos del ciudadano a la protección jurídica de sus datos personales (Agencia Española de Protección de Datos Personales).

¹ Garriga, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid, España. Editorial Dykinson.

Pese a que nuestra Constitución, en su artículo 66, numerales 19 y 20, consagra el derecho a la protección de datos de carácter personal y el derecho a la intimidad personal y familiar respectivamente, desde mi punto de vista no ha servido como garantía al ciudadano para que su información personal no sea tratada por terceros que no cuenten con nuestra autorización o consentimiento, ni mucho menos para que se regule su posible tratamiento, quedando como una simple letra muerta en un documento lleno de disposiciones utópicas. Solamente disponemos de la acción del *Hábeas Data*, que si bien es cierto es catalogada como una garantía jurisdiccional según nuestra Carta Magna, considero que no es un medio efectivo ni suficiente para la protección de nuestros datos, debido a que esta acción constitucional solamente opera cuando ya se ha producido la vulneración de nuestro derecho a la privacidad o intimidad, pero no sirve como un mecanismo preventivo en que se realice dicha vulneración de nuestros datos personales por parte de algún tercero. En otras palabras, el *Hábeas Data* actúa cuando el daño ya está producido, pero no evita que se produzca.

En consecuencia, nuestros datos personales están presentes en todos lados a raíz de su fácil acceso y difusión, por personas que no están autorizadas para tal efecto y que no se encuadran en los casos permitidos por ley, lo cual levanta una profunda preocupación, no solo a nivel jurídico sino también en el ámbito de derechos humanos, por lo que es necesario que el legislador incorpore en nuestro ordenamiento jurídico, una legislación que proteja de manera óptima y eficiente nuestros datos personales, frente a posibles tratamientos ilícitos.

La finalidad de este artículo es la de brindar una orientación al lector sobre la naturaleza jurídica de la protección de los datos personales, su importante rol en una sociedad modernizada gracias a las nuevas tecnologías de la información y comunicación y por qué debería existir una Ley que se encargue de regular el tratamiento de los datos personales por parte de terceras personas, cuenten o no con nuestro consentimiento.

¿QUÉ ES UN DATO PERSONAL?

Es toda información que identifica directa o indirectamente a una persona natural, como por ejemplo nuestros nombres completos, el correo electrónico, número de cédula de ciudadanía, matrícula del carro, fotografías, entre otros.

La Agencia Española de Protección de Datos Personales (en adelante AEPD), en su guía general al usuario, define al dato personal como “*cualquier información que permita identificarte o hacerte identificable*”.

Según ²Martínez (2009), dato personal es “*toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de ser recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable*”. (p.77).

² Martínez, R y Palazi P. (2009). *Secreto de las comunicaciones v. Protección de datos en el ámbito laboral*. En María Verónica Pérez (Ed). *Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales*. (p 77). Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.

Se tiene la errónea creencia que esta definición engloba solamente al dato íntimo o también denominado “dato sensible”, lo cual no es correcto; debido a que el dato personal comprende un género absoluto de nuestra información que nos identifica frente al mundo, a comparación de la información íntima que solamente comprende aquella información de la esfera humana que no desea ser conocida por nadie y en caso de vulneración, el titular sufre un agravio enorme a sus derechos extrapatrimoniales (imagen, honra, entre otros).

Así, por ejemplo, si se conoce el domicilio o el número de celular de una persona sin que lo haya proporcionado, admite un cierto grado de tolerancia por dicho conocimiento no consentido; pero, si se conoce que dicha persona padece de alguna enfermedad catastrófica con diagnóstico reservado o posee alguna fotografía de índole sexual, entonces la trasgresión a la intimidad del titular produce una lesión a su derecho extrapatrimonial, que puede ser susceptible de un daño moral.

Por lo tanto, se puede dejar establecido que todo dato íntimo es un dato personal, ya que identifica a la persona natural, pero no todo dato personal es un dato íntimo. También existe el denominado “dato público”, que consiste en aquel dato personal que se encuentra reposando en un registro, archivo o fuente asequible al público, que, para su recopilación o tratamiento, no se necesita de la autorización del titular o se encuentra amparado por la Ley. Por ejemplo, la consulta del RUC de un comerciante en la página web del SRI, el número de teléfono en la guía telefónica, el estado civil, entre otros.

Claro está que puede darse el caso que cierta información íntima pueda reposar en registros públicos, cuyo acceso no sería tan fácil para cualquier persona, a no ser que tenga una orden judicial para dicho fin. Es por este motivo que existe en nuestra legislación la Ley de Sistema Nacional de Registro de Datos Públicos, que en su primer artículo establece: *“La presente ley crea y regula el sistema de registro de datos públicos y su acceso, en entidades públicas o privadas que administren dichas bases o registros. El objeto de la ley es: garantizar la seguridad jurídica, organizar, regular, sistematizar e interconectar la información, así como: la eficacia y eficiencia de su manejo, su publicidad, transparencia, acceso e implementación de nuevas tecnologías”*. Como se puede apreciar, dicha Ley tiene como finalidad el de implementar una regulación a los registros públicos que contengan la información personal no reservada de las personas y su acceso por parte de cualquier tercero; es decir, regula la recopilación de los datos públicos amparados por Ley, pero no es una norma que regula el tratamiento de datos personales en sí por parte de terceros, debido a que en la actualidad no existe tal regulación.

¿EN QUÉ CONSISTE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES?

Consiste en aquella potestad que tiene toda persona natural de disponer y controlar su información personal cuyo tratamiento es realizado por terceras personas, sean éstas de carácter privado o público, para de esta forma evitar el uso ilegal o indiscriminado de éstos. Entiéndase como tratamiento a la recopilación, cesión, modificación, eliminación o cualquier actividad que influya en el tráfico de los datos personales.

Este derecho es diferente con respecto al derecho de intimidad, por cuanto el objeto del derecho a la protección de datos es más amplio, por cuanto su garantía no sólo se extiende a la intimidad como tal, sino también aquellos bienes pertenecientes a la personalidad del ciudadano, que pertenece al ámbito de la vida privada. ⁽³⁾Conde, 2005, p.5). Dentro de las facultades que otorga este importante derecho, se encuentran los denominados derechos “ARCO”, que son: A) Derecho de acceso; B) Derecho de rectificación; C) Derecho de cancelación; D) Derecho de oposición.

- a. **Derecho de acceso.** - Consiste en que el titular pueda conocer el uso o destino de su información personal que se encuentra bajo tratamiento por parte de algún tercero. Este derecho no solamente se limita en el conocimiento, sino que a su vez el titular pueda obtener de forma gratuita, la información personal que reposa en dicho archivo. Por ejemplo, que el titular solicite el acceso a todas sus transacciones bancarias por parte del banco que maneja su cuenta bancaria.
- b. **Derecho de rectificación.** - Consiste en que el titular pueda solicitar la modificación o corrección de algún dato personal, que se encuentra desactualizado o incorrecto en el archivo o registro de la información. Por ejemplo, solicitar la corrección del apellido que se encuentra registrado en alguna institución pública.
- c. **Derecho de cancelación.** - Consiste en la supresión del dato personal, por no ser adecuado a la finalidad que motivó su recopilación desde un principio, incluyendo los casos en que el responsable del tratamiento mantenga información personal excesiva que resulte innecesaria seguir manteniendo. Por ejemplo, si la operadora de telefonía móvil tenga registrado los datos médicos del cliente, lo cual no obedece a la finalidad de servicio, ya que lo único que debe mantener registrado son los datos personales que sean adecuados a la finalidad de servicio ofrecido y el hecho de conocer la información médica del cliente, en nada contribuye con dicho servicio.
- d. **Derecho de oposición.** - Consiste en que el titular solicita el cese del tratamiento de sus datos personales para una finalidad concreta. Por ejemplo, si la empresa de telefonía móvil nos envía publicidad o promociones sin que lo hayamos solicitado, para lo cual podemos solicitar que se abstenga en seguir enviando dicha publicidad y que solo se limite a prestar el servicio contratado.

Cabe indicar que el derecho a la protección de datos personales está consagrado en la Constitución, en su artículo 66, numerales 19 y 20, por lo que en la actualidad el mecanismo idóneo que posibilita su ejercicio de los derechos “ARCO”, es el Hábeas Data, que

³ Conde, C (2005). *La protección de datos personales: Un derecho autónomo con base a los conceptos de intimidad y privacidad*. Madrid, España. Editorial Dykinson.

además de estar también contemplado en la Carta Magna, se encuentra desarrollado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

También hay que tener en consideración, que “*la protección de datos es una necesidad ya constatada, pero no porque haya surgido nuevos derechos, sino porque existen nuevas formas de lesionarlos*” (Rebollo, 2014, p.42).

JURISPRUDENCIA VINCULANTE SOBRE LOS DATOS PERSONALES

La Corte Constitucional, en su sentencia No. 001-14-PJO-CC, del 23 de abril de 2014, y publicada en el Registro Oficial No. 281-S, del 3 de julio del mismo año, establece la jurisprudencia vinculante acerca de la acción del *Hábeas Data*.

Esta garantía constitucional, tal como lo consagra el artículo 92 de nuestra Constitución, faculta a toda persona a tener conocimiento de la existencia de documentos, datos genéticos, bancos, informes o archivos de datos personales, que tengan relación sobre su entorno personal o sobre sus bienes, que reposan en entidades públicas o privadas, ya sea en soporte material o electrónico. Así mismo, el *Hábeas Data* permite el acceso sin costo al archivo de datos, su actualización, rectificación, eliminación o anulación.

Los puntos más destacados sobre esta jurisprudencia vinculante, son los siguientes:

A.- LAS PERSONAS JURÍDICAS TIENEN DERECHO A ENTABLAR LA ACCIÓN DEL HÁBEAS DATA

En el ejercicio de los derechos constitucionales, no es muy común observar que una persona jurídica haga uso de las garantías jurisdiccionales reconocidas en nuestra Constitución, y en especial la acción del *Hábeas Data*. Por esta razón, la Corte Constitucional realiza una interpretación literal del concepto de igualdad que lo instituye la Carta Magna, en el sentido que la única condición para ser titular de los derechos constitucionales, es pertenecer a alguno de los géneros que están presentes en la Constitución, que son: “personas”, “comunidades”, “pueblos”, “nacionalidades”, “colectivos”. En consecuencia, al estipularse la palabra “personas”, se entiende que se incluye también a las personas jurídicas.

No obstante, se advierte que tal igualdad no es absoluta para las personas jurídicas, porque existen derechos constitucionales que no pueden ser ejercidos por estos mismos, debido a sus características o condiciones fácticas, como por ejemplo el derecho a la integridad psíquica. Pero, a pesar que las personas jurídicas no sean titulares de todos los derechos constitucionales, no significa que no puedan serlos respecto a los derechos que les sea compatibles, y efectivamente los derechos que ampara el *Hábeas Data* (como por ejemplo el derecho de imagen), son susceptibles de ser ejercidos por las personas jurídicas.

Claro está que lo manifestado por la Corte Constitucional en esta jurisprudencia, entra en total discrepancia con la naturaleza jurídica del derecho a la protección de datos personales, que solamente aplica para las personas naturales, más no para las jurídicas.

⁴ Rebollo, L; Saltor, C. (2014). *El derecho a la protección de datos en España y Argentina: orígenes y regulación vigente*. Madrid, España. Editorial Dykinson.

B.- EL ALCANCE DE LA INFORMACIÓN SOLICITADA POR LAS PERSONAS JURÍDICAS, A TRAVÉS DEL HÁBEAS DATA

Sobre este punto, la Corte Constitucional realiza una importante distinción acerca de la información que comprenda a la persona jurídica como tal, y la información que es de exclusivo dominio de sus asociados en el ámbito privado. Es decir, una cosa es el dato que identifica a la persona jurídica como figura ficticia del derecho, y otra es el dato personal del asociado, que, a pesar de tener vinculación con la persona jurídica, no necesariamente identifica de manera directa a ésta última.

Por ejemplo, una compañía podría entablar una acción de *hábeas data* en contra de un socio, para solicitar el acceso de los contratos que ha firmado éste a nombre de la compañía y que los tiene en su poder. Pero, lo que no puede hacer la compañía es solicitar el acceso a las cuentas bancarias o información sobre los bienes que son de exclusivo dominio del socio.

Debido a esto, se comprueba que una errónea aplicación del Hábeas Data estaría vulnerando el derecho a la protección de datos personales de los individuos que, pese a tener un vínculo legal con la persona jurídica, no se aplica para sus datos o informaciones personales que no identifican ni permiten identificar a la compañía.

Otro punto a destacar sobre este tema, es que no es admisible que una persona jurídica reclame como suyo el derecho a la protección de datos e información personal, sobre quienes están relacionados con ella, en tanto este derecho corresponda únicamente a la persona a quien le es atinente, salvo que la exigencia de protección por parte de la persona jurídica se sustente en la debida autorización de sus socios o representantes legales.

C.- DIFERENCIA ENTRE “DATO” E “INFORMACIÓN”

Levanta mucho la curiosidad que la Corte Constitucional haya realizado una distinción entre estos dos términos, y sobre esto considero que es válida esta diferenciación, para efectos de no confundirse en la pretensión de la acción, en cuanto al utilizar el término “datos personales”, y no “información personal”.

Antes de esto, la Corte primero explica la similitud entre estos dos términos, partiendo del significado del Diccionario de la Real Academia del “dato”, que es: “información dispuesta de manera adecuada para su tratamiento por un ordenador”; en consecuencia, el dato vendría ser una especie de información, disponible para ser procesada de diversas formas, según lo dicho por la Corte.

Pero la distinción ocurre a nivel de doctrina constitucional, en el que la Corte manifiesta lo siguiente:

“De acuerdo con la distinción conceptual citada, el dato adquiere la calidad de información en tanto cumple una función en el proceso comunicativo. La información, entonces, requiere una interpretación del dato, que dota de carga valorativa y funcionalidad concreta a la descripción que éste hace. Por lo tanto, el dato solamente es relevante para la protección por medio del hábeas data, en la medida en que sea susceptible de cumplir una función informativa”.

Así mismo, la Corte cita al tratadista Osvaldo Alfredo Gozaíni, para reforzar su razonamiento de la siguiente manera:

“El dato es difícil que, por sí solo, pueda tener una incidencia grande o grave en la llamada privacidad. Esto es, mientras el dato no resuelva una consulta determinada, no sirva a un fin, no dé respuestas o no oriente la posible solución a un problema, es el antecedente o punto de partida para la investigación de la verdad; pero, en el momento en que ese mismo dato da respuesta a una consulta determinada, o sirve a un fin, o se utiliza para orientar la solución de un problema, se ha convertido en información”.

En consecuencia, concluye la Corte que un dato es susceptible de ser protegido por medio de la acción del Hábeas Data, siempre que éste tenga un rol informativo relacionado con las personas y sus bienes, y en cuanto su comunicación, interpretación o tratamiento, pueda afectar en alguna medida los derechos de las personas como tal.

D.- EL HÁBEAS DATA NO ES UN MEDIO PARA PEDIR LA ENTREGA FÍSICA DE DOCUMENTOS

Como último punto, la Corte Constitucional establece en su jurisprudencia vinculante, que dada la naturaleza del Hábeas Data, al invocar el derecho de acceso, no puede ser utilizado como un medio para solicitar la entrega física del soporte material o electrónico, cuyos datos personales se presumen están recopilados, ya que, para efectos constitucionales, no interesa el papel o el disco duro, sino más bien el “dato” en su expresión literal y el uso informativo que se le da.

Por lo tanto, la acción del Hábeas Data sirve para conocer la existencia de los datos en cualquier soporte, y ejercer los derechos que reconoce el artículo 92 de la Constitución (Acceso, eliminación, actualización, eliminación y anulación).

Ahora bien, hubiera sido pertinente que la Corte Constitucional se hubiera pronunciado sobre qué ocurre en el caso que el accionante quisiera ejercer el derecho de eliminación de los datos, que se encuentran reposando en cualquier soporte (material o electrónico), puesto que, en este caso, aquí sí interesa el papel o el disco duro.

Desde mi punto de vista, si se solicita tal derecho, en caso que el dato esté en un soporte material, se tendría que proceder a la destrucción total de todo papel que vincule al dato personal; y en caso que sea en soporte electrónico, se tendría que proceder al borrado virtual de todos los archivos (incluyendo resguardos) en el que se encuentren recopilados los datos personales.

Pero, a mi criterio, la Corte Constitucional debió considerar que el derecho de acceso no solamente implica el conocimiento de la información personal, sino que además consiste que en el titular pueda solicitar cualquier muestra gratuita (como una copia del archivo, por ejemplo) del registro o archivo que realiza el tratamiento de su dato personal. En consecuencia, dicha jurisprudencia dejó un enorme vacío sobre el alcance del derecho de acceso. Es importante destacar esta jurisprudencia vinculante, debido a que es el

único pronunciamiento judicial que brinda una cierta orientación sobre la aplicación de la garantía del Hábeas Data, que es la encargada por ahora de velar por la protección de datos personales, hasta que el Ecuador no tenga su propia Ley que la regule.

¿PORQUÉ ES IMPORTANTE PARA EL ECUADOR, TENER UNA LEY QUE REGULE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES?

Mucho se ha debatido sobre la necesidad de que el Ecuador deba contar con una Ley que proteja al ciudadano frente al tratamiento de sus datos personales por parte de terceras personas, en especial porque es un derecho constitucional que merece ser exigido y respetado a través de un mecanismo legal efectivo. Como bien destaca ⁵Pérez y Louveaux (2009), “*la aplicación práctica de las leyes generales de protección de datos personales ha demostrado que existen algunos ámbitos en los cuales resulta necesario contar con legislación especial para regular riesgos específicos que se presentan*”.

A pesar que se presentaron dos proyectos de Ley (las mismas que no prosperaron en su trámite en la Asamblea), nuestra función legislativa ha restado importancia sobre debatir la necesidad de aprobarlas, dejando a un lado las cuestiones políticas que pudieron afectar su desempeño, pero si preocupa que siendo el Ecuador un “Estado constitucional de derechos y justicia”, no tenga en la actualidad un medio eficaz que sirva para tutelar al ciudadano frente al tráfico ilegal de sus datos personales, teniendo en cuenta que otros países latinoamericanos ya cuentan con su legislación que tutela el derecho a la protección de datos personales.

También hay que tener en cuenta que las innovaciones de las tecnologías también producirán nuevas formas de tratamiento de los datos personales, para lo cual el Derecho debe intervenir y de esta manera evitar cualquier vulneración a este derecho. (Recio, 2018, p17). Está claro que uno de los motivos por el cual quizá se haya retrasado o negado la incorporación de la Ley de protección de datos personales a nuestro ordenamiento jurídico, es la falta de necesidad para su creación debido a que existe la garantía constitucional del Hábeas Data y que en caso de existir dicha Ley, se podría ocasionar un exceso de medios procesales para salvaguardar su derecho, creando confusión al titular sobre que vía o trámite debe seguir, para solicitar la protección de sus datos personales.

Si bien es cierto que el Hábeas Data fue instaurado en nuestra Constitución como una herramienta que sirve para tutelar la información personal, su funcionamiento solamente aplica cuando se haya realizado la vulneración a su privacidad, más no tiene carácter preventivo, lo que sí tendría una Ley que regule tratamiento de datos personales; además que su incoación dependerá de la solicitud del titular hacia el órgano jurisdiccional

⁵ Louveaux, S y Pérez, M. (2009). *La protección de datos personales y el sector de las comunicaciones electrónicas. Un ejemplo de regulación sectorial*. En María Verónica Pérez (Ed). *Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales*. (p 19). Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.

⁶ Recio, M. (2018). *Protección de datos personales e innovación: ¿(in) compatibles?* Madrid, España. Editorial Reus.

competente, cuando en realidad se debería crear un organismo público independiente, que realice investigaciones de oficio o a petición de parte, sobre el tráfico ilegal de datos personales, de los usuarios que conforman una sociedad.

De acuerdo a lo expuesto, a mi criterio estas son las razones que justifican la necesidad de contar con una ley de protección de datos personales:

- a. **Establecer conceptos básicos.** - Esta Ley debe contemplar conceptos o definiciones básicas de todo lo que implique el tratamiento de datos personales, como por ejemplo concepto de dato personal, responsable del tratamiento, dato sensible, etc. Dichas definiciones ayudarían a despejar dudas sobre la aplicación de este derecho en la práctica, tomando en cuenta que el derecho de protección de datos personales, se encuentran contemplados de forma incompleta en otros cuerpos normativos y que inclusive el legislador confunde ciertos conceptos que me referiré más adelante.
- b. **Autoridad que vele por el cumplimiento de la Ley.** - Al igual que en la legislación española, el Ecuador necesita que una entidad administrativa, independiente de cualquier función del Estado, exija el respeto y cumplimiento de las disposiciones legales que amparen el derecho a la protección de datos personales, no solamente cuando lo requiera el titular, sino también realizar de oficio inspecciones de archivos o registros que posean las personas, sean naturales o jurídicas, para poder corroborar si éstas cumplieron con recabar el consentimiento del titular para la recopilación de su información personal. Así mismo, la autoridad podría imponer sanciones a los responsables del tratamiento de datos personales en caso de no cumplir con la Ley, colaborando de esta forma con el carácter preventivo de la norma.
- c. **Servir de ayuda al ciudadano.** - Muchas veces el ciudadano no tiene idea de cuáles son sus derechos frente al tratamiento de sus datos personales por parte de terceros, para lo cual la Ley serviría como una guía para que éste pueda conocer y emplear los denominados derechos “ARCO” y así evitar el tráfico ilegal de los datos personales o también la publicidad no deseada que causa malestar al titular.

Como podemos apreciar, la creación de una Ley que regule el tratamiento de los datos personales, es necesaria para su correcta aplicación por parte del ciudadano y evitar el abuso de su tráfico ilegal por parte de ciertas empresas, que se lucran con la información personal del usuario. Claro está que el tratamiento de datos personales por parte de compañías internacionales (como Facebook, Instagram, entre otros), resulta complejo obligarlas a cumplir con la legislación ecuatoriana, pero la autoridad competente que se crearía en virtud de la Ley que se propone, podría guiar al usuario en presentar su queja o denuncia, a través de los mecanismos internos que cuentan dichas compañías.

CUERPOS LEGALES QUE HACEN REFERENCIA AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

A pesar que no existe en la actualidad la Ley que regule la protección de datos personales, este importante derecho se encuentra establecido en diversos cuerpos legales, de las cuales expondré las más importantes:

- a. **Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional:** esta Ley se la considera como la ejecutora de las garantías jurisdiccionales contempladas en la Carta Magna. En el caso que nos compete, el artículo 49 establece el objeto y aplicación del Hábeas Data, indicando las facultades que tiene el titular al momento de entablar esta garantía, sobre la información personal tutelada y la pretensión que puede ser solicitada, como por ejemplo la reparación integral.
- b. **Código Orgánico Integral Penal:** el artículo 178 del COIP, tipifica el delito de violación a la intimidad, que establece: *“La persona que, sin contar con el consentimiento o autorización legal, acceda, intercepte, examine, retenga, grabe, reproduzca, difunda o publique datos personales, mensajes de datos, voz, audio y video, objetos postales, información contenida en soportes informáticos, comunicaciones privadas o reservadas de otras personas por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”*. (Lo subrayado es mío).

Se puede apreciar que este artículo, pretende el castigo de cualquier transgresión a la esfera íntima del ser humano; es decir, aquella información que contenga aspectos sensibles y que no desea ser conocido por un tercero bajo ninguna circunstancia, excepto si dicho conocimiento es autorizado por el titular o exista una disposición legal que permita la transgresión de la intimidad en determinados casos. No obstante, al analizar el mencionado artículo, nos damos cuenta que el delito no castiga exactamente la violación a la intimidad, sino que se estipula como bien tutelado los datos personales, que para efectos jurídicos no es lo mismo que la intimidad, tal como lo explico en líneas anteriores.

De acuerdo a lo establecido en el citado artículo, a pesar que su título estipula “violación a la intimidad”; en realidad la norma tipifica la violación de los datos personales, cuando no se cuente con el consentimiento del titular o la correspondiente autorización legal. Por lo tanto, este delito no castiga la transgresión de la intimidad específicamente, dejando un abanico de hipótesis legales que serían castigados a través de una pena.

En consecuencia, aplicando el artículo analizado y conociendo qué información comprenden los datos personales, podríamos mencionar como ejemplo que si alguien publica una foto de otra persona bebiendo alcohol en un evento (sea que la persona fije su mirada o no hacia la cámara), sin el consentimiento respectivo; estaría cometiendo el delito de “violación a la intimidad”, debido a que la foto representa la imagen fisiológica de la persona que lo identifica plenamente, lo cual es un dato personal y se encuadra con lo instituido en el artículo 178 del COIP (ejemplo visto con frecuencia en las redes sociales).

Es claro que la intención del legislador al haber creado esta norma, no fue precisamente establecer un castigo excesivo a la simple difusión, retención o acceso de todo dato

personal, sino únicamente aquellos actos que comprenden la intimidad del ser humano. Sin embargo, como la norma establece expresamente los “datos personales” y al estar prohibida la interpretación extensiva en el Derecho Penal, podría haber un problema jurídico al momento de investigar el hecho ilícito y una desproporción al aplicar la pena correspondiente, llegando inclusive a convertirse en un abuso del derecho.

Lo correcto desde el punto de vista jurídico, hubiese sido si el legislador en vez de estipular “los datos personales” como bien tutelado, se hubiese incluido los “datos íntimos” o “información íntima”. Pero para esto, habría que establecer casos taxativos en los cuales se comprometa la intimidad, para de esta manera evitar que exista alguna ambigüedad en la norma. Por ejemplo, que se estipule como dato íntimo *aquella información que revele o pueda inducir a la revelación de las partes desvestidas del ser humano (desnudez) o las enfermedades catastróficas que pueda padecer una persona.*

Cabe manifestar que es difícil establecer en una norma lo que consiste o comprenda la intimidad, sobre todo porque es un concepto jurídico indeterminado; pero que, a pesar de ello, debemos recordar que la protección y reconocimiento de la intimidad, tanto personal como familiar, se encuentra consagrada en nuestra Constitución. Por esta razón es que el legislador tuvo que basarse en las distintas fuentes del derecho (como la jurisprudencia y doctrina), al momento de tipificar el delito de violación a la intimidad, para de esta manera dejar claro cuál es el hecho ilícito punible y la adecuación de la pena respectiva, respetando el principio de proporcionalidad (equilibrio entre la pena y la conducta), debido a que no sería racional que alguien sea condenado con una sanción de uno a tres años, solo por publicar una foto de otra persona bebiendo alcohol en un evento social, sin contar con su consentimiento o autorización legal, para lo cual si fuese de esta manera por ejemplo, entonces casi todos los internautas que participan en las redes sociales, tendrían que afrontar procesos penales por haber cometido el delito de “violación a la intimidad”.

Con lo analizado en este artículo, queda comprobado una vez más que en el Ecuador se necesita de una Ley que regule los datos personales y su protección jurídica, para de esta manera evitar confusiones con otros bienes jurídicos, en especial, mantener clara la diferencia entre el dato personal y el dato íntimo.

- c. Código Orgánico General de Procesos:** el artículo 7 del COGEP, establece lo siguiente: *“Las y los juzgadores garantizarán que los datos personales de las partes procesales se destinen únicamente a la sustanciación del proceso y se registren o divulguen con el consentimiento libre, previo y expreso de su titular, salvo que el ordenamiento jurídico les imponga la obligación de incorporar dicha información con el objeto de cumplir una norma constitucionalmente legítima”.*

Como se puede apreciar, el citado artículo hace referencia a los datos personales de las partes que intervienen en un juicio, garantizando su protección por parte de los jueces y que solamente pueden tener un cierto grado de afectación o vulneración, cuando una norma constitucionalmente legítima lo permita. Los jueces, de acuerdo al COGEP, deben garantizar que los datos personales de las partes procesales, se destinen solamente a la

sustanciación del juicio como tal; es decir, no pueden ser destinados para fines distintos que los del proceso judicial que se lleva a cabo. Así, por ejemplo, si se sustancia un juicio de divorcio, en donde se encuentran estipulados los nombres de los cónyuges, de los hijos o cualquier otra información que los identifique a estos, no pueden ser cedidos a personas o empresas que realizan encuestas de matrimonios fallidos en el Ecuador, sino que deben ser destinados únicamente para la sustanciación de dicho juicio.

El artículo hace mención a dos importantes palabras: “divulgación” y “registro”. En cuanto a la primera, es decir la divulgación, significa que, bajo ninguna circunstancia, el juez puede poner a disposición al público en general, los datos personales de las partes procesales.

Cuando se hace referencia al consentimiento del titular para el “registro” de sus datos personales en el juicio, resulta extraño que se lo haya recopilado en dicho artículo sin mayor explicación, por cuanto es de conocimiento general que, en todo juicio, desde su comienzo hasta su finalización, resulta obvio que quedarán registrados los datos personales de las partes procesales (como el nombre y apellido) en los archivos judiciales. Pero en este caso, ¿Qué ocurre con el principio de publicidad? ¿Qué ocurre con el derecho de acceso a la información pública? Aparentemente, la “solución” se encuentra estipulado en el artículo 8 del mismo COGEP, en donde estipula que la información de los procesos sometidos a la justicia es pública y que únicamente se admitirá como excepción, las “estrictamente necesarias” para proteger la intimidad, el honor, el buen nombre o la seguridad de cualquier persona.

Por lo tanto, se verifica que el COGEP, al igual que el COIP, confunde el dato personal con la información íntima, llegando a la conclusión que el verdadero derecho que pretende tutelar el artículo 7 *ibídem*, es el de intimidad, siendo éste el límite del principio de publicidad.

Lamentablemente, al no existir la definición clara y precisa del dato personal en nuestra legislación, dicha confusión podría acarrear una incorrecta aplicación de dicho artículo por parte de los jueces. Por último, cabe destacar la excepción del consentimiento de la parte procesal, para la incorporación forzosa de un dato personal en el proceso judicial, cuando una norma constitucionalmente legítima lo permita. Por ejemplo, en un juicio de paternidad, se necesitará obligatoriamente la incorporación del examen de ADN, para determinar si el demandado es o no el padre de quien reclama dicha paternidad, siendo un dato personal que debe ser incorporado al proceso de manera obligatoria, por expreso mandato de la Ley.

- d. **Ley Orgánica de Telecomunicaciones:** en su artículo 78, se dispone la obligación que deben tener los prestadores de servicios de telecomunicaciones (como las operadoras de telefonía, por ejemplo), de respetar el derecho a la intimidad de los usuarios que contratan sus servicios. A pesar que el artículo hace referencia a la intimidad, la obligación de la tutela también abarca los datos personales del usuario, que comprende su protección frente a cualquier destrucción, pérdida o alteración ilícita o accidental, de sus registros o archivos, razón por la cual éstos

prestadores deben contar con los mecanismos de seguridad que garanticen su tutela o que permita la recuperación inmediata de la información personal. Así mismo, en el artículo 82 de esta Ley, se establece la prohibición de las prestadoras de servicios de telecomunicaciones, en enviar publicidad no deseada por el usuario, actividad en la que incurren reiteradamente las operadoras de telefonía móvil.

- e. **Ley Orgánica de Comunicación:** pese a la polémica aplicación de esta Ley en el Ecuador, su artículo 30 establece la prohibición que tienen los medios de comunicación, de difundir los datos personales de las personas que aparecen en los titulares o en la noticia, así como también sus comunicaciones personales, sin autorización del titular, el juez o la Ley. De igual forma se destaca lo indicado en el artículo 31 ibídem, en la cual contempla la prohibición grabar o registrar por cualquier medio las comunicaciones personales de terceros, sin que ellos hayan conocido y autorizado dicha grabación o registro, salvo el caso de las investigaciones encubiertas autorizadas y ordenadas por un juez competente y ejecutadas de acuerdo a la Ley.

Es importante manifestar que existen otras disposiciones legales, que hacen una mera referencia sobre los datos personales, pero los cuerpos normativos que se han expuesto anteriormente, son los que consagran de forma más directa, el derecho a la protección de los datos personales; pese a las complicaciones que podría acarrear su aplicación, debido a la confusión de conceptos básicos, tal como se indicó con anterioridad.

CONCLUSIONES

Un derecho tan importante como es el de la protección de datos personales, merece ser incluido en una norma que implemente su aplicación de forma inmediata y eficaz por parte del titular de la información personal y el Estado debe velar por el cumplimiento de normas claras y precisas que garantizan dicha tutela.

Su incorporación dentro del ordenamiento jurídico permitirá fortalecer el ejercicio de las facultades que tiene el titular del dato personal, frente a su tratamiento realizado por parte de terceros que no cuentan con la autorización o consentimiento respectivo, ya sea este ejercicio de carácter preventivo a través de la implementación de reglas coercitivas (sanciones legales) y cuando exista la vulneración a tal derecho.

Considero oportuno los debates que en la actualidad realizan diversos organismos del país, que se preocupan por la implementación de la “Ley de Protección de Datos Personales” en nuestra legislación, ya que el tráfico y tratamiento de los datos personales ocurre a diario y al no existir la regulación pertinente, da paso a los abusos y actividades ilegales con respecto a la información personal. Por tal motivo, estas organizaciones impulsan proyectos para contemplar el ejercicio del derecho a la protección de datos personales en una Ley eficaz, y que, inspirándose en las legislaciones extranjeras, el Ecuador pueda también garantizar al ciudadano el correcto ejercicio de este derecho.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GARRIGA, A. (2016). *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del Big Data y de la computación ubicua*. Madrid, España. Editorial Dykinson.
- MARTÍNEZ, R Y PALAZI P. (2009). *Secreto de las comunicaciones v. Protección de datos en el ámbito laboral*. En María Verónica Pérez (Ed). *Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales*. (p 77). Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.
- CONDE, C (2005). *La protección de datos personales: Un derecho autónomo con base a los conceptos de intimidad y privacidad*. Madrid, España. Editorial Dykinson.
- REBOLLO, L; SALTOR, C. (2014). *El derecho a la protección de datos en España y Argentina: orígenes y regulación vigente*. Madrid, España. Editorial Dykinson.
- LOUVEAX, S Y PÉREZ, M. (2009). *La protección de datos personales y el sector de las comunicaciones electrónicas. Un ejemplo de regulación sectorial*. En María Verónica Pérez (Ed). *Derecho a la intimidad y a la protección de datos personales*. (p 19). Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta.
- RECIO, M. (2018). *Protección de datos personales e innovación: ¿(in) compatibles?* Madrid, España. Editorial Reus.

ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN EL ECUADOR UNA MIRADA A LA REALIDAD LATINOAMERICANA

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN ECUADOR A LOOK AT LATIN AMERICAN REALITY

ROBERT FRIEND MACÍAS¹, SEBASTIÁN MENDOZA ZAMBRANO²

¹ Universidad Espíritu Santo, Ecuador.

² Universidad Espíritu Santo, Ecuador.

RESUMEN

Este trabajo de investigación tiene como objetivo analizar las Asociaciones Público Privadas (APP) en el Ecuador desde sus aspectos más importantes, como sus falencias y ventajas, y conocer el estado actual desde su implementación en el país. Además, se presenta un estudio comparativo de la realidad jurídica de estas asociaciones en el Ecuador bajo la perspectiva de lo reflejado en otros países latinoamericanos. Para cumplir estos fines se aplicó una metodología cualitativa comparativa y se empleó un método analítico explicativo. La investigación permitió concluir que en nuestro país la poca experiencia en APP trae consigo falencias en la práctica. Estas dificultades en la puesta en marcha de este tipo de figura asociativa, deberán resolverse con la aplicación de reformas legales, las cuales podrán inspirarse en la experiencia de otros países de la región que permitan optimizar el esquema asociativo que ha permitido ser una ventajosa herramienta para los países que necesitan motivación a la inversión extranjera.

PALABRAS CLAVE: Asociaciones Público Privadas, APP, Ecuador, región latinoamericana.

RECIBIDO: 8/05/2019
ACEPTADO: 24/05/2019

CORRESPONDENCIA:
robertfriend@uees.edu.ec

ABSTRACT

This research work aims to analyze Public-Private Partnerships (PPP) in Ecuador from its most important aspects, such as its shortcomings and advantages, and to know the current state since its implementation in the country. In addition, a comparative study of the legal reality of these associations in Ecuador is presented under the perspective of what is reflected in other Latin American countries. To achieve these purposes, a comparative qualitative methodology was applied and an explanatory analytical method was used. The investigation allowed us to conclude that in our country the little experience in PPP brings with it shortcomings in practice. These difficulties in the implementation of this type of associative figure, should be resolved with the application of legal reforms, which may be inspired by the experience of other countries in the region to optimize the associative scheme that has made it an advantageous tool for the countries that need motivation to foreign investment.

KEYWORDS: Público Privadas, APP, Ecuador, región latinoamericana.

INTRODUCCIÓN

La crisis económica que ha golpeado a nuestro país durante los últimos años afecta de manera directa al Presupuesto General del Estado, causando que muchas entidades estatales (centrales y seccionales) vean mermadas sus capacidades para el desarrollo de obras o la prestación de servicios públicos.

Debido a esto, el legislador ecuatoriano centró sus esfuerzos en la redacción de normas que reconocen esquemas legales de delegación y asociación como la concesión, el consorcio o las alianzas estratégicas, con el fin de captar recursos por parte del privado para el financiamiento de proyectos públicos.

Sin embargo, los modelos antes mencionados no resultaban suficientes ante la imperiosa necesidad de inversión privada en el país, por lo cual el legislador expidió la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas (LOIAPP) publicada en el Registro Oficial 652 con fecha de 18 de diciembre de 2015, conocida socialmente como ley “APP”.

EL NACIMIENTO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS A NIVEL MUNDIAL Y EN EL ECUADOR

Las asociaciones público privadas se caracterizan por la inserción del gestor privado en la ejecución de proyectos estatales para alivianar la carga presupuestaria del gobierno. (Alvárez Patiño, 2016, págs. 145-146). Dicha concepción se institucionalizó de manera tardía en nuestro país. No obstante, se debe mencionar que las Asociaciones Público Privadas (en adelante APP, por sus siglas) lleva más de 50 años de vigencia alrededor del mundo. Reino Unido es el gran precursor de la APP, incluyéndola bajo el nombre de “private finance initiative”, que brindaba al gestor privado la posibilidad de proveer servicios públicos a largo plazo, pagados mediante diferimientos que dependen de la disponibilidad y el uso de dicho servicio. (Baldeón Barriga, 2016, págs. 108-110)

A partir de la experiencia británica, otros países comenzaron a incluir a la APP en sus legislaciones bajo diferentes denominaciones, por ejemplo, en Francia se conocen como “*Contracts de Cooperation Public - Privé*” (Contratos de Cooperación Público Privadas),

países anglófonos como India, Sudáfrica, Australia o Canadá las llama “PPP” - *Private Public Partnership* (Asociación Público Privada), y en Latinoamérica se ha estandarizado la denominación Asociaciones Público Privadas. (Ibídem)

En la región, países como México y Colombia pasaron por años de reformas legales antes de incluir la APP; en el caso de México las nociones cercanas a este esquema aparecen desde 1980, por su parte Colombia tuvo antecedentes constitucionales que datan del año 1991, los cuales contribuyeron a la institucionalización del modelo. (Alvárez Patiño, 2016, págs. 145-146).

En Ecuador la APP es regulada por la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas (LOIAPP), publicada en el Registro Oficial 562 del 18 de diciembre de 2015 y permite, entre otras cosas la construcción, operación y mantenimiento de obras/servicios públicos por parte de un gestor privado. La ley APP se complementa con el Decreto Ejecutivo 582 llamado Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada y publicado en el Registro Oficial 453 el 6 de marzo de 2015, normativa que regula la iniciativa privada para presentar un APP. (López Suárez, Pérez, & Aguilar, 2016, pág. 50)

MECANISMOS SIMILARES A LA APP QUE PERMITEN LA PARTICIPACIÓN DEL PRIVADO EN EL DESARROLLO DE PROYECTOS PÚBLICOS CONCESIÓN SEGÚN LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

Libardo Rodríguez (2015) menciona que la concesión, a pesar de firmarse a través del ejercicio de la potestad estatal, no debe descartar la intervención de un actor proveniente del derecho privado que pueda asegurar un trabajo eficaz. (págs.535-536). Esta es la realidad de la concesión en el país, pues busca que se persiga el cumplimiento de los intereses de la colectividad y la preservación del medio. (LME, 1993).

Por lo anteriormente mencionado, la concesión se presta para la confusión con el esquema APP, diferenciándose porque esta última cuenta con bondades que la concesión no tiene, como por ejemplo el régimen especial de incentivos tributarios de la LOIAPP o la potestad de distribuir riesgos netamente al privado.

ALIANZAS ESTRATÉGICAS SEGÚN LA LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS

Menciona Zarkin (2013), que las alianzas estratégicas son empresas conjuntas que se unen con el fin de asociar esfuerzos para mejorar la competitividad y calidad de los bienes y servicios que van a ofrecerse. (págs. 315-316).

En el Ecuador las alianzas estratégicas son un método asociativo destinado a las empresas públicas a través de la LOEP, el cual adquiere la categoría de régimen especial por la inaplicabilidad de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública en sus procesos, lo cual se certifica con el pronunciamiento del Procurador General del Estado, Diego García Carrión en respuesta a una solicitud del Gerente de la Empresa Pública Municipal de Aseo de Machala (EMAM) donde al tenor de lo siguiente se confirma que no es necesario utilizar el régimen de contratación pública:

(...) *Le corresponde al Directorio, determinar los requisitos y procedimiento para la selección de socios privados. De igual manera, es de responsabilidad del Directorio precautelar la legalidad y transparencia del proceso, así como las condiciones de participación de la empresa pública.* (Pronunciamento del Procurador General del Estado. Oficio 10100. Dr. Diego García Carrión. Octubre 09 de 2012.)

Por lo que se puede concluir que las empresas públicas no podrán delegar sectores estratégicos o la prestación de servicios públicos, salvo que en la ley específica del sector se permita la delegación de alguno de estos dos.

**VENTAJAS DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS
BENEFICIOS TRIBUTARIOS CONTENIDOS EN LA LEY ORGÁNICA DE INCENTIVOS
DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS**

La LOIAPP a través de sus disposiciones reformatorias modifica el contenido en leyes conexas como la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno (LORTI), el Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) para poder establecer incentivos tributarios; bien pareciera que la LOIAPP en verdad es un vehículo para reformar otros cuerpos normativos y otorgar los siguientes incentivos:

TABLA 1. RÉGIMEN DE INCENTIVOS TRIBUTARIOS APLICABLES A LA APP

NO.	TRIBUTO	PLAZO
1	Exoneración impuesto a la renta	10 años
2	Exoneración del impuesto a la renta sobre utilidades o dividendos	10 años
3	Exoneración del impuesto a la renta para sociedades domiciliadas o no en el Ecuador	Define el CIAPP
4	Exoneraciones arancelarias	Define el CIAPP
5	Exoneración a tributos de comercio exterior	Define el CIAPP y Comercio Exterior (COMEX)
6	Exoneración para importaciones destinadas al proyecto	Define el CIAPP
7	Exoneración de impuestos regulados por el COOTAD	Define el CIAPP
8	Estabilidad jurídica	Por la duración de la APP
9	Agentes de retención en calidad de empresa pública, con derecho a crédito tributario	Define el CIAPP
10	Pagos al exterior serán deducibles, no sujetos a impuesto a la renta, ni a retención de fuente	Define el CIAPP
11	Beneficios adicionales mediante reformas	Define el CIAPP

Fuente: (López Suárez, Pérez, & Aguilar, 2016, págs. 52-54).

Para Medina (2016) los beneficios detallados anteriormente se consideran como un tratamiento especial tributario, el cual es discriminatorio, pues coloca al inversionista en una condición de inferioridad y por eso le otorgan beneficios tributarios. El autor profundiza indicando que el inversionista se motiva a invertir su capital en el estado que presente estas condiciones, sin embargo, de existir varios países con este tratamiento, la llegada de estos capitales dependerá de otros factores como el mercado y la demanda. (págs. 120-121).

DECRETO EJECUTIVO NO. 582: INICIATIVA PRIVADA, PRINCIPIO SWISS CHALLENGE

Otra ventaja que muestra el esquema APP es el principio de *Swiss Challenge*, el cual se incluye en el Reglamento del Régimen de Colaboración Público Privada, Decreto Ejecutivo No. 582 y que beneficia al privado que sea el “primer proponente” con bonificación opcional dentro de los pliegos del concurso público.

El Swiss Challenge es una negociación competitiva persigue un fin legítimo, buscar y escoger a través de la puja la oferta que mejores aspectos técnicos y financieros reúna en favor del Estado. (Moncayo, 2008, págs. 13-14).

**ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN EL ECUADOR: UNA MIRADA SOBRE LA REALIDAD DEL MODELO DE DELEGACIÓN EN NUESTRO PAÍS
FALENCIAS DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS**

Bodero menciona que existen dos motivos puntuales por los cuales la proyección de las APP se limita en el país, el primer motivo radica en la excesiva burocratización provocada por la inclusión de todos los ministerios al procedimiento precontractual de la APP; provocando incertidumbre en el inversionista, quien no tiene claro cuál es el organismo competente para aprobar su proyecto. En cuanto al segundo motivo, la prohibición para que la empresa privada pueda invertir en sectores estratégicos como el agua, es otro de los puntos limitantes de este modelo y que obliga al Estado a financiarse a través de préstamos que, por sus exigentes condiciones, terminan produciendo más pérdidas que ganancias. (Bodero, 2018, pág. 12)

A pesar de las falencias que contemplan las asociaciones público privadas en nuestro país, en mayo de 2016 se aprobaron dos proyectos “pilotos” vinculados al sector portuario; la constitución de la APP de Puerto Posorja y Puerto Bolívar, a las cuales se sumó el Puerto de Manta en diciembre del mismo año. (Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO) , 2017, págs. 15-19).

APP: SU FUTURO INMEDIATO EN EL ECUADOR

A pesar de las preocupaciones que presentan varios sectores ante la implementación de las asociaciones público privadas, el panorama parece estar en la ruta hacia una mejora sustancial. Esta es la sensación que se da tras el anuncio del “Programa Económico de Estabilización Fiscal y Reactivación Productiva” por parte del Presidente de la República del Ecuador, el Lcdo. Lenín Moreno Garcés, el cual busca combatir la actual crisis económica que enfrenta el país con medidas correctivas como, el inicio de un activo proceso de alianzas público privadas. (Presidencia de la República del Ecuador, 2018, págs. 4-5)

La medida antes referida estimulará la ejecución de APP en obras de infraestructura, hidrocarburos, energía, minería, telecomunicaciones, transporte y obras públicas; el Gobierno apunta a obtener inversiones de 7.000 millones de dólares entre 2018 y 2021. (Ibidem). Para llegar a esta meta, dichas asociaciones necesitan reformas a nivel normativo e institucional, que incluyan la eliminación de las falencias que han sido contempladas en este capítulo. La pregunta ahora sería ¿Cómo llevar a cabo dichas reformas?

LAS REFORMAS

La pregunta con la que se cerró el punto anterior comenzó a ser contestada a mediados del año 2018 con la Ley de Fomento Productivo, Atracción Inversiones, Generación de Empleo (LFPAIGE) publicada en el Registro Oficial Suplemento 309 de 21 de agosto de 2018. Esta ley contempla modificaciones a la LOIAPP en dos muy sensibles: Trámite de aprobación de la asociación y sectores estratégicos. (LFPAIGE, 2018)

A través de esta ley se reforman los artículos 6 y 12 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, en los cuales se incluye que para las APP que no contemplen beneficios tributarios, serán los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) delegantes quienes podrán aprobar directamente el trámite. (LFPAIGE, 2018)

Esto ahorraría los meses que debe destinar el Comité Interinstitucional de APP para aprobación del proyecto y viabiliza un plan más rápido para ejecutar la inversión. Claro está que solo aplica cuando los proyectos sean a nivel seccional y no tengan al Gobierno Central como entidad delegante.

Así también, la Ley de Fomento Productivo, Atracción Inversiones, Generación de Empleo contempla un tema tan delicado como los sectores estratégicos, reformando el artículo 13 de la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas, en el cual se sostiene que los sectores estratégicos para participar en APP deberán sujetarse a su ley específica, pero en caso que no haya disposición que habilite la delegación, se podrá avanzar con la APP siguiendo el trámite de la ley sobre APP y otras disposiciones concordantes. (LFPAIGE, 2018)

LEGISLACIÓN COMPARADA

La realidad es que dentro de la región se ha incorporado este esquema para incentivar a la micro, pequeña y mediana empresa (Mipymes). (Font Aranda, et al., 2017, pág. 65). Otros de los motivos del apogeo de la APP en Latinoamérica es que este esquema busca la reducción de la pobreza y el desarrollo de proyectos sociales claves. (Demirag, et al., 2011, pág. 23)

Perú a través del Decreto Legislativo 1012 aprueba la “Ley Marco de Asociaciones Público Privadas y Proyectos”. El Decreto Legislativo en cuestión es la base normativa de la APP en Perú, a partir del cual se admiten innovaciones a este modelo de asociación; como claro ejemplo se puede mencionar lo que realiza el Ministerio de Educación (MINEDU), el cual utiliza este esquema como medio para ejecutar la construcción, mantenimiento y equipamiento de la infraestructura educativa. (Grupo propuesta ciudadana, 2017, págs. 12-14)

Según cifras oficiales, el MINEDU desarrolla este plan con aproximadamente 173 planteles educativos, divididos entre instituciones educativas iniciales, primarias, secundarias y superiores tecnológicos, presentes en 87 regiones de Perú, buscando alivianar la carga al Estado a la hora de desarrollar infraestructura educativa, puesto que quién haría el esfuerzo aquí sería el inversionista. (Ministerio de Educación de Perú, 2015, págs. 5-8)

En el ámbito de APP, México se destaca en el área de salud, llevando a cabo exitosos proyectos de hospitales mediante las modalidades de bata gris y bata blanca, las cuales se

diferencian en que la primera comprende la construcción de la infraestructura, mientras que la segunda implica además de esto, la dotación de los servicios médicos necesarios. (Astorga, et al., 2016, pág. 6)

Esta innovación aplicada en México ha resultado en la ejecución de 13 de hospitales bajo el esquema de bata gris, superando a Colombia que cuenta con un solo hospital, y a su vez viéndose superado por países como Perú y Brasil con 16 y 24 obras de esta categoría hasta febrero 2016. (Astorga, et al., 2016, pág. 3).

En Colombia con la Ley 1508 en vigencia se ha buscado promover proyectos APP tales como: autopistas, vías perimetrales, modernizaciones de aeropuertos, planes para potenciar navegabilidad en ríos y la construcción de infraestructura pública. Este último mencionado abarca gran parte del portafolio de proyectos vía APP que señala el Departamento Nacional de Planeación, convirtiéndolo así en una prioridad del gobierno colombiano. (Departamento Nacional de Planeación, 2018, pág. 15).

Como ya se abordó en párrafos precedentes, los actuales números de Colombia no son altos en cuanto a las APP constituidas, a pesar de esto, la expectativa por los proyectos que puede llegar a ejecutar es muy alta, sobre todo por la gran variedad de áreas que llegará a beneficiar a través de las asociaciones público privadas.

La APP tuvo su aparición en Brasil en el año 2003 dentro de la legislación local del Estado de Minas Gerais, a esta tendencia se sumó el Estado de Sao Paulo, hasta que finalmente a finales de 2004 se expidió la Ley Federal No. 11.079/2004 – Ley General de APP publicada el 30 de diciembre de 2004, la cual normó esta institución de manera general en todo el país. La Ley Federal No. 11.079/2004 contiene regulaciones que limitan el esquema como por ejemplo que solo podrán constituirse APP en proyectos que sobrepasen los R\$ 20,000,000.00 lo que aproximadamente ascenderían a USD\$5,846,000.00. (Marques Neto & De Souza Loureiro, 2013, págs. 280-282)

Algo que llama la atención en esta ley es que el proceso de contratación exige a quien tiene la iniciativa de constituir una APP, de contar con estudios técnicos o licencias ambientales para el desarrollo del proyecto. Este aspecto podría considerarse como una ventaja porque ahorra tiempo en la contratación, sin embargo, también representa un inconveniente pues al no contar con estos requisitos, la obra no será ejecutada y además, puede causar desajustes financieros en la proyección económica, desencadenando el fracaso de la APP. (Ibídem).

A diferencia de Ecuador, donde la APP se encuentra vetada en ciertos sectores estratégicos como el agua; en Brasil la Ley General de APP permite delegaciones en áreas como ésta, lo cual ha permitido el desarrollo de grandes obras como el Sistema Productor del Alto Tietê realizado por SABESP. (Marques Neto & De Souza Loureiro, 2013, pág. 278)

CONCLUSIONES

Luego de haber expuesto los componentes que integran una APP, haciendo énfasis en las ventajas y falencias que vive dicho esquema en Ecuador, además de extender el estudio

hasta otros territorios de la región, es importante establecer las conclusiones respectivas al tenor de lo siguiente:

Las Asociaciones Público Privadas en el Ecuador, pueden ser consideradas como un modelo delegatorio-asociativo similar a otros reconocidos en nuestro país como la concesión y alianzas estratégicas, pero que se diferencia por las ventajas que ofrece en el rango de incentivos tributarios.

Ante las falencias evidenciadas en Asociaciones Público Privadas del Ecuador, se debe procurar disminuir la burocratización en el trámite de constitución de las APP; así como también buscar la inclusión de otros sectores estratégicos, tal como pasa en los demás países de la región, para así lograr acaparar mayor atención de la inversión privada nacional y extranjera en estos proyectos de millonarios montos.

Del análisis de la legislación comparada en asociaciones público privadas se observa que Perú y México cuentan con innovaciones en áreas de educación y salud respectivamente, Colombia ha priorizado la infraestructura pública, y Brasil tiene un campo de acción amplio con mejoras en la tramitología de contratación; estos constituyen significativos avances que podrían ser incluidos en la experiencia ecuatoriana.

Para buscar la optimización del esquema de delegación, Ecuador debe tomar la experiencia de los países latinoamericanos que los han implementado, impulsando los cambios mencionados en una ley reformativa a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas y toda la normativa que se deriva de ésta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ PATIÑO, L. A. (2016). Las Asociaciones Público Privadas: una manifestación de innovación y corresponsabilidad en la gestión pública. En U. d. Antioquia, *Estudios de derecho* (pp. 145 - 146). Antioquia: Universidad de Antioquia. doi:10.17533/udea.esde.v73n162a06
- ASTORGA, I., ALONSO, P., PINTO, D., FREDDI, J., & CORREDERAS, M. (2016). *10 años de Asociaciones Público Privadas (APP) en salud en América Latina Qué hemos aprendido?* Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado el 20 de Marzo de 2018, de <https://publications.iadb.org/handle/11319/7751>
- BALDEÓN BARRIGA, I. M. (2016). Las Asociaciones Público Privadas (APP) en el marco jurídico ecuatoriano. *FORO Revista de Derecho, I semestre*(25), 108 - 110. Recuperado el 28 de Febrero de 2018, de file:///C:/Users/User/Downloads/Las_asociaciones_público_privada%20(2).pdf
- BODERO, M. (14 de Enero de 2018). Las Alianzas Público-Privadas no despegan. *El Expreso*. Obtenido de <http://www.expreso.ec/actualidad/comercio-alianza-empresas-publicas-privadas-GK1963228>
- CASTILLO, M. (15 de Noviembre de 2017). Sector bananero marcha en Machala. *El telégrafo*. Obtenido de <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/economia/1/sector-bananero-marcha-en-machala-por-alza-de-tarifas-en-puerto>
- CENTRO DE ESTUDIOS DE LAS FINANZAS PÚBLICAS. (2016). *Las Asociaciones Público Privadas como Alternativa de Financiamiento para las Entidades Federativas*. México DF: EECEFP. Recuperado el

- 4 de Abril de 2018, de <http://www.cefp.gob.mx/publicaciones/documento/2016/junio/ecefp0032016.pdf>
- COMITÉ INTERINSTITUCIONAL DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS. (2017). *Guía metodológica para presentación y proyectos bajo la modalidad de asociación público - privada*. Quito.
- DEMIRAG, I., KHADAROO, I., STAPLETON, P., & STEVENSON, C. (2011). *Risks and the financing of PPP: Perspectives from the financiers*. . The British Accounting Review 43.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN. (2018). *Asociaciones Público Privadas -APP- en Infraestructura en Colombia*. Bogotá. Recuperado el 11 de Abril de 2018, de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Participacin%20privada%20en%20proyectos%20de%20infraestructu/Oficial%20Enero%202018.pdf>
- FONT ARANDA, M., SALAS ÁLVAREZ, W., ANDRADE ALCÍVAR, L., & PEÑATE SUÁREZ, Y. (2017). Alianzas Público Privadas para el desarrollo turístico local, visión comparada Cuba - Ecuador. *PODIUM*. Recuperado el 12 de marzo de 2018, de <https://search.proquest.com/docview/1908296024/826C3D01E3B14174PQ/1?accountid=36753>
- GARRONE, J. A. (1993). Diccionario Jurídico Abeledo - Perrot. En J. A. Garrone, *Diccionario Jurídico Abeledo - Perrot* (pp. 474). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GONZÁLEZ SERNA, C. (Junio de 2014). De los avances legislativos en asociaciones públicoprivadas -APP-: los retos en estructuración de proyectos de iniciativa privada. *Justicia Juris*, 10(1), 21-31. Recuperado el 20 de Marzo de 2018, de <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a03.pdf>
- GRUPO PROPUESTA CIUDADANA. (2017). *La inversión privada en el sector educación*. Lima. Recuperado el 2 de Abril de 2018, de <http://propuestaciudadana.org.pe/wp-content/uploads/2017/01/La-inversi%C3%B3n-privada-en-el-sector-educaci%C3%B3n-Un-an%C3%A1lisis-de-las-APP-y-OXL-en-infraestructura-educativa.pdf>
- HIDROTOAPI - CELEC. (2010). Bases del concurso Hidroeléctrica Toachi Pilatón.
- JARRÍN BARRAGAN, J. J. (2013). Derecho tributario formal ecuatoriano. En J. J. Jarrín Barragan, *Derecho tributario formal ecuatoriano* (pp. 34-35). Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- LÓPEZ SUÁREZ, D., PÉREZ, A., & AGUILAR, J. (2016). Manual de contratación pública. En D. López Suárez, A. Pérez, & J. Aguilar, *Manual de contratación pública* (pág. 9). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones .
- LOZANO MONTERO, E., GODÍNEZ LÓPEZ, R., & ALBOR GUZMÁN, S. (2017). Las Asociaciones Público Privadas en México: Financiación y beneficios sociales en proyectos de infraestructura de carretera. *Revista Global Negocios*, 5(7), 23-43. Recuperado el 29 de Marzo de 2018, de <ftp://ftp.repec.org/opt/ReDIF/RePEc/ibf/rgnego/rgn-v5n7-2017/RGN-V5N7-2017-3.pdf>
- MARQUES NETO, F., & DE SOUZA LOUREIRO, C. (2013). Diez años de Alianzas Público-Privadas (APP) en Brasil. *Círculo de derecho administrativo*, 275-295. Recuperado el 7 de Abril de 2018, de [file:///C:/Users/User/Downloads/13481-53685-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/13481-53685-1-PB%20(1).pdf)
- MARTÍNEZ LAGO, M. Á., & GARCÍA DE LA MORA, L. (2010). Lecciones de Derecho Financiero y Tributario. En M. Á. Martínez Lago, & L. García de la Mora, *Lecciones de Derecho Financiero y Tributario* (pp. 259-260). Madrid: IUSTEL.

- MEDINA BERMEJO, A. (2016). La eficacia de los incentivos tributarios a la inversión en Centroamérica. En A. Medina Bermejo, *La eficacia de los incentivos tributarios a la inversión en Centroamérica* (pp. 120-121). Guatemala: Serviprensa.
- MENDOZA, E. (8 de Enero de 2012). *Asociaciones público - privadas: nueva oleada de privatizaciones*. Recuperado el 2018 de Abril de 20, de Voltairenet: <http://www.voltairenet.org/article173758.html>
- MINISTERIO DE EDUCACIÓN DE PERÚ. (2015). *Inversión Privada para el Desarrollo: Estrategia del Sector Educación*. Cuzco: MINEDU.
- MINISTERIO DE INDUSTRIAS Y PRODUCTIVIDAD (MIPRO) . (2017). *Asociaciones Público Privadas - APP* . Quito.
- MONCAYO, P. (2008). *El Nuevo Aeropuerto de Quito, Documentos para la historia*, Quito. Quito: El Antebrazo Taller de Comunicación - Alcaldía Metropolitana de Quito.
- OSORIO, M. (2008). Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y Sociales. En M. Osorio, *Diccionario de Ciencias Jurídica, Políticas y Sociales* (pág. 61). Buenos Aires: Heliasta.
- PÉREZ, E. (2009). Derecho Administrativo. En E. Pérez, *Derecho Administrativo* (pp. 655-657). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- PINTO SILVA, A. M. (2014). *Transparencia en la contratación pública*. Obtenido de [http://unimilitar-dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/11078/1/Transparencia%20en%20la%20contratación%20pública%20\(ensayo\).pdf](http://unimilitar-dspace.metabiblioteca.org/bitstream/10654/11078/1/Transparencia%20en%20la%20contratación%20pública%20(ensayo).pdf)
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2018). *Programa Económico de Estabilización Fiscal y Reactivación Productiva* . Quito.
- RODRÍGUEZ, L. (2015). Derecho Administrativo. En L. Rodríguez, *Derecho Administrativo* (pp. 535-536). Bogotá, Colombia: TEMIS.
- UMEZAWA, A., & REAÑO, M. (2013). Evolución de las Asociaciones Público Privadas - APPs, conforme a la regulación normativa: una visión a través de experiencias. *Círculo de Derecho Administrativo*. Recuperado el 15 de Abril de 2018, de revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/.../14094
- ZARKÍN CORTÉS, S. S. (2013). Derecho Corporativo. En S. S. Zarkín Cortés, *Derecho Corporativo* (pp. 315-316). México D.F.: PORRÚA .

LEYES CONSULTADAS

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR [Const]. Art. 316. Octubre 20 de 2018 (Ecuador).
- CÓDIGO ORGÁNICO DE PRODUCCIÓN, COMERCIO E INVERSIONES (COPCI). Art. 100. Diciembre 29 de 2010 (Ecuador).
- Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD). Art. 283. Octubre 19 de 2010 (Ecuador).
- LEY ORGÁNICA DE INCENTIVOS PARA LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS DE 2015. Por la cual se regulan las Asociaciones Público Privadas en el Ecuador. Diciembre 18 de 2015. RO Suplemento No.652.

- DECRETO EJECUTIVO 582 [PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR] Por medio el cual se reglamenta la iniciativa privada en asociaciones público privadas. Marzo 6 de 2015.
- LEY 50, LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO. Por la cual se regulan las privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada. Diciembre 31 de 1993. R.O. No.349.
- LEY ORGÁNICA DE EMPRESAS PÚBLICAS. Por la cual se regulan las empresas públicas. Octubre 16 de 2009. R.O. Suplemento No.48.
- CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. 001-12-SIC-CC. Dr. Manuel Olivera Viteri. Enero 5 de 2012
- LEY DE COMPAÑÍAS. Por la cual se regulan las compañías y sociedades corporativas en el Ecuador. Noviembre 5 de 1999. R.O. No.312.
- LEY ORGÁNICA DE RECURSOS HÍDRICOS, USOS Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA. Para la regulación al uso del sector estratégico del agua. Agosto 6 de 2014. R.O. Suplemento 305.
- PRONUNCIAMIENTO DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO. Oficio 10100. Dr. Diego García Carrión. Octubre 09 de 2012.
- LEY DE FOMENTO PRODUCTIVO, ATRACCIÓN INVERSIONES, GENERACIÓN DE EMPLEO. Sección Quinta, modificaciones a la Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público Privadas. Agosto 21 de 2018. R.O. Suplemento 309.
- DECRETO LEGISLATIVO PERÚ 1012 [CON FUERZA DE LEY] Por medio el cual se aprueba la ley marco de asociaciones público - privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada. Mayo 13 de 2008.
- LEY 1508 DE 2012 (COLOMBIA). Por la cual se establece el régimen jurídico de las asociaciones público privadas, se dictan normas orgánicas de su presupuesto y se dictan otras disposiciones. Enero 10 de 2012. D.O. No.48.308.
- LEI 11.079/2014 (BRASIL). Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público privada no âmbito da administração pública. Diciembre 30 de 2004. Diario Oficial de la Unión.
- LEI 12.766/2012 (BRASIL). Altera as Leis 11.079, de 30 de Dezembro de 2004, que Institui Normas Gerais para Licitação e Contratação de Parceria Público- Privada No Ambito da Administração Publica, para Dispor Sobre o Aporte de Recursos em Favor do Parceiro Privado, 10.637, de 30 de Dezembro de 2002, 10.833, de 29 de Dezembro de 2003, 12.058, de 13 de Outubro de 2009, 9.430, de 27 de Dezembro de 1996, 10.420, de 10 de Abril de 2002, 10.925, de 23 de Julho de 2004, 10.602, de 12 de Dezembro de 2002, e 9.718, de 27 de Novembro de 1998, e a Medida Provisoria 2.158-35, de 24 de Agosto de 2001, e da Outras Providencias.. Diciembre 27 de 2012. Diario Oficial de la Unión.

EL CHEQUE DE PAGO DIFERIDO TEORÍAS JURÍDICAS

THE DEFERRED PAYCHECK LEGAL THEORIES

ALEJANDRO LAZO MORA

Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la razón de ser de la nueva figura jurídica denominada “cheque de pago diferido” (Ch.P.D.) vigente tan sólo en unos pocos países (Uruguay, Paraguay, Argentina y Perú) desde 1975 y que fue poco tratado a nivel mundial, tanto de forma teórica como desde el punto de vista normativo. Se revisa la escasa literatura existente sobre las principales teorías jurídicas sobre el cheque de pago diferido, diferenciándolo del cheque común y del cheque posfechado, y estableciendo su relevancia para el establecimiento de normativas en aquellos países donde esta figura no se encuentra vigente.

PALABRAS CLAVE: cheque de pago diferido (Ch.P.D.), cheque posfechado, cheque común.

ABSTRACT

This paper analyzes the rationale of the new legal concept called “deferred payment check” (D.P.Ch.) in force only in a few countries (Uruguay, Paraguay, Argentina and Perú) since 1975 and that was little treated at the international level globally, both theoretically and from a normative point of view. The few literature on the legal theories of the deferred payment check is reviewed, differentiating it from the common check and post-dated check, and establishing its relevance for the establishment of regulations in those countries where this figure is not current.

KEYWORDS: deferred payment check (D.P.Ch.), posdated check, common check.

RECIBIDO: 12/06/2019
ACEPTADO: 25/06/2019

CORRESPONDENCIA:
dr.alejandro.lazo@gmail.com

INTRODUCCIÓN

La doctrina jurídica considera al cheque común como “un título valor de pago inmediato, formal, parcialmente abstracto que permite a su tenedor exigir al banco girado la efectivización incondicional de la orden emitida por el girador a favor del beneficiario” (Alvear-Icaza, 2006, 25). Al afirmarse que el cheque es un título de valor “de pago inmediato”, significa que es pagadero a la vista, esto es, su sola presentación para el cobro ante el banco girado. Sin embargo, en la práctica muchas personas emiten a veces los cheques con fecha de emisión posfechada, esto es, estableciendo como fecha de emisión una fecha futura, diferente de la fecha en que realmente se emitió el documento, a fin de que el beneficiario no lo cobre ante el banco de forma inmediata, sino en la fecha futura establecida en el documento, práctica que va en contra de la naturaleza para la que fue creado el cheque.

El Código Orgánico Monetario y Financiero que rige en el Ecuador recoge disposiciones relacionadas al cheque (*Código orgánico monetario y financiero*, 2014), las mismas que guardan concordancia con las normas reglamentarias dictadas por la Junta de Política de Regulación Monetaria y Financiera (*Las normas generales del cheque*, 2015). En este último cuerpo legal se establece la sanción de multa contra el beneficiario que acepte un cheque como instrumento de préstamo (esto es, al girar un cheque posfechado), lo cual evidencia que la normativa no reconoce ni tolera esta mala práctica. Esta problemática no sólo se da en la República del Ecuador, sino también en el resto del mundo, lo cual es reconocido por diferentes autores y la doctrina jurídica (Pérez-Fontana, 1994; Gómez-Leo, 1995; Villegas, 1995; Rodríguez-Olivera, 1998; Montoya-Manfredi y Montoya-Alberti, 2005; Zúñiga-Ordóñez, 2017, etc.).

A modo de solución, algunas naciones incorporaron en su normativa una nueva institución jurídica del derecho mercantil, denominada “cheque de pago diferido” (Ch.P.D.), vigente tan sólo en unos pocos países de América del Sur (Zúñiga-Ordóñez, 2017), esto es, en Uruguay (*Ley de cheques de Uruguay*, 1975), Paraguay (*Código civil de Paraguay*, 1985; *Ley reformativa al código civil de Paraguay*, 1996), Argentina (*Ley de cheques de Argentina*, 1995) y Perú (*Ley de títulos de valores del Perú*, 2000).

El cheque de pago diferido es un instrumento de crédito que es pagadero a la finalización de un plazo determinado en el documento (Pérez-Fontana, 1994; Amadeo, 1995; Gómez-Leo, 1995; Villegas, 1995; Rodríguez-Olivera, 1998; Montoya-Manfredi y Montoya-Alberti, 2005). Este instrumento se caracteriza por tener dos fechas: una, que es la fecha de emisión del documento (aspecto que es igual en el cheque común), y otra, la fecha futura de pago (que es el nuevo requisito incorporado dentro del formato del documento, y que lo diferencia del cheque común).

Cabe destacar, que la presente investigación no pretende analizar el cheque posfechado ni al cheque común. Tan sólo se quiere hacer la revisión de la literatura sobre la naturaleza jurídica del cheque de pago diferido, esto es, su razón de ser y sus fundamentos teóricos, a fin de poder determinar cuál de todas las teorías planteadas hasta el momento

es la más coherente, y a la vez, establecer su viabilidad para incorporarlo dentro de la normativa de los países en donde dicha figura jurídica no se encuentra vigente aún.

Para la obtención de los datos se consultó la legislación y doctrina extranjera en donde se encuentra vigente la figura del cheque de pago diferido. Para el efecto, se verificó directamente el contenido de las normas en los países donde se encuentra vigente dicha figura jurídica, esto es en Uruguay (*Ley de cheques de Uruguay*, 1975), Paraguay (*Código civil de Paraguay*, 1985; *Ley reformativa al código civil de Paraguay*, 1996), Argentina (*Ley de cheques de Argentina*, 1995) y Perú (*Ley de títulos de valores del Perú*, 2000)

Además, se consultó a los principales autores que reflexionaron sobre la naturaleza jurídica de dicho documento como Pérez-Fontana (1994), Amadeo (1995), Gómez-Leo (1995), Villegas (1995), Rodríguez-Olivera (1998), Montoya-Manfredi y Montoya-Alberti (2005).

Cabe destacar que una búsqueda exhaustiva en bases de datos da cuenta del poco desarrollo teórico que esta figura jurídica tiene en cuanto a sus fundamentos y, por tanto, las dificultades de muchas personas tuvieron al confundirla con la práctica del giro de cheques posfechados y del cheque común. La información obtenida fue sistematizada de forma que primero se expone la teoría menos aceptada, hasta terminar con la que cuenta con mayor sustento. El tratamiento de cada apartado se desarrolla desde una perspectiva crítica, partiendo de la exposición de las ideas de los diferentes autores, pasando por su comparación con otras figuras jurídicas existentes, y determinando con el análisis lógico sus fundamentos y razón de ser. Al final de la investigación, se exponen las conclusiones que se derivan de la revisión de los fundamentos de cada una de estas teorías.

DESARROLLO

El término “naturaleza”, según José Lois Estévez es de uso constante en la Filosofía aristotélico-escolástica y en Teología. Es por ello que resulta verosímil que los filósofos luego lo hayan exportado al campo jurídico (Estévez, 1956), para intentar dar una explicación argumentada sobre la esencia de cualquier figura jurídica del derecho, determinando si la misma toma características de otra previamente existente, o si la misma es una nueva forma legal que responde a una época y país determinado.

Son pocos los autores que reflexionaron sobre la naturaleza jurídica del cheque de pago diferido. En Uruguay tenemos a Pérez-Fontana (1994) y Rodríguez-Olivera (1998). En Argentina tenemos a Gómez-Leo (1995), Amadeo (1995), Gilberto-Villegas (1995), Richard y Zunino (2002), Zunino (2009) y Molina-Sandoval (2013). En Perú tenemos a Linares-San-Román (2004), Montoya-Manfredi y Montoya-Alberti (2005). Y en Ecuador tenemos a Alejandro Lazo-Mora (2005), Villarroel (2009), Del-Pozo-Donoso (2011), González-Pozo (2014), Quiñónez-Fiallo (2014), Velasco-Villacís (2015), Chávez y Fernández (2016).

De los análisis respectivos, todos están de acuerdo en dos aspectos, a saber: Primero, que el cheque de pago diferido es un “título de valor” que funge como “medio de crédito”.- La doctrina considera que dicha figura es un título de valor, pues el derecho está incorporado al título. Pero como el derecho incorporado es exigible después de un plazo

determinado, el documento tiene el carácter de título de crédito, susceptible de circular como cosa material mediante endoso o mediante cesión ordinaria. Asimismo, la doctrina lo considera como un documento necesario, literal y autónomo, teniendo el atributo de la abstracción (Rodríguez-Olivera, 1998); y, segundo, el cheque de pago diferido tiene la misma estructura funcional del cheque común, con la sustancial diferencia de que no es pagable “a la vista”.- En efecto, el cheque común que todos conocemos actualmente, nació como una orden de pago incondicional a la vista, esto es, pagadero a su sola presentación al cobro ante el banco girado (Alvear-Icaza, 2006), característica ésta última que no la tiene el cheque de pago diferido por ser pagadero en una fecha futura determinada en el documento (Ley de cheques de Uruguay, Art. 70, numeral 4 y 7; Código civil de Paraguay, Art. 1696; Ley reformativa al código civil de Paraguay, Ley 805, Art. 1; Ley de cheques de Argentina, Art. 54, numeral 4 y 7; Ley de títulos de valores *del Perú*, Art. 200).

Si bien los juristas están de acuerdo que es un título de crédito que tiene la misma estructura funcional del cheque común (Villegas, 1995; Montoya-Manfredi y Montoya Alberti, 2005), se discute si tal estructura implica que el instrumento mantenga desde sus inicios la naturaleza de cheque, o al contrario, es cheque a partir de determinada etapa de su instrumentación o negociación, o si se trata de una nueva figura jurídica totalmente independiente del cheque común. Las opiniones difieren, según la legislación de donde procede y del criterio de los diferentes autores. Así, se han propuesto hasta el momento cuatro diferentes teorías que se desarrollan a continuación: (1) El cheque de pago diferido es la legalización de un cheque común posfechado; (2) El cheque de pago diferido es un título de crédito que se transforma en cheque común; (3) El cheque de pago diferido es un cheque bajo una modalidad de pago a plazo; y, (4) El cheque de pago diferido es una institución jurídica nueva e independiente, totalmente diferente del cheque común.

1.- TEORÍA DE LA LEGALIZACIÓN DE UN CHEQUE COMÚN POSDATADO

Esta teoría sostiene que el cheque de pago diferido no es más que la legalización del cheque común posfechado. Lo anterior implica que al documento se lo considera como un cheque común, pero que no puede ser cobrado sino a la llegada del plazo estipulado. Tal razonamiento se desprende de un Informe que una comisión de diputados de Argentina elaboró (*Informe en particular del dictamen de mayoría de las comisiones de finanzas, de legislación penal y de legislación general de la Cámara de Diputados de la Nación Argentina*, 1995), cuando al comentar el sistema de cheque de pago diferido vigente en Uruguay, expresaron que “la recepción del sistema uruguayo sólo significa legalizar el sistema actual de cheques posdatados” (Amadeo, 1995, 251).

Así, en Perú, Ulises Montoya comenta que “la naturaleza del cheque de pago diferido es la de un cheque común, a excepción de las características particulares señalados en los artículos precedentes” (Montoya-Manfredi y Montoya-Alberti, 2005, 759-760), agregando además que “Este instrumento se crea como remedio a la gran distorsión que se da al cheque con motivo de los cheques posdatados” (Montoya-Manfredi y Montoya-Alberti, 2005, 756).

En lo personal, la teoría de que el cheque de pago diferido es la legalización de un cheque común posdatado no es admisible, dado que debe diferenciarse lo que significa un plazo expreso, frente al giro de un cheque con fecha posdatada. En el primer caso, el cheque de pago diferido contiene dos fechas: (1) la fecha de emisión del documento, y (2) la fecha futura de pago. En el cheque de pago diferido se hace constar que el plazo en que debe pagarse el documento es el de uno, o diez o veinte días después de la fecha de emisión del mismo; en el segundo caso, en el cheque común, solamente hay espacio para llenar la fecha de emisión del cheque, por lo que el girador, pese a emitir el documento en un día dado, de manera expresa hace constar como fecha de emisión del cheque algunos días después de la fecha en que realmente lo giró (cheque posdatado). De esta forma, se observa que tanto el cheque común como el cheque de pago diferido contienen la fecha de emisión del documento. Pero, a diferencia del cheque común, el cheque de pago diferido contiene un elemento adicional, que es la fecha o plazo futuro estipulado para su presentación al cobro (*Ley de cheques de Uruguay*, Art. 70, numeral 4 y 7; *Código civil de Paraguay*, Art. 1696; *Ley reformatoria al código civil de Paraguay*, Ley 805, Art. 1; *Ley de cheques de Argentina*, Art. 54, numeral 4 y 7; *Ley de títulos de valores del Perú*, Art. 200).

En lo personal, si bien es verdad que puede darse el caso de que la fecha de emisión pueda ser posfecha en ambos documentos, sin embargo, esta posibilidad no tendría razón de ser en el cheque de pago diferido, dado que este instrumento cuenta con el otro espacio para agregar la fecha futura de pago, siendo este un elemento adicional y totalmente diferente a la fecha de emisión. Por tanto, si la fecha futura de presentación al cobro es un elemento totalmente diferente a la fecha de emisión del documento, es absurdo considerar que el cheque de pago diferido sea la legalización de un cheque común posfecha.

Por otra parte, si se aceptara que el cheque de pago diferido es la legalización del cheque posfecha, significaría que la ley, para esta clase de cheques (los diferidos) automáticamente está eliminando la norma que sanciona con multa al beneficiario que acepta un cheque a sabiendas de que es posdatado, pues no puede ser objeto de sanción lo que posteriormente se llega a legalizar. De todas formas, aunque se mantenga la sanción de multa al beneficiario por aceptar cheques comunes con fecha de emisión posfecha, tal norma chocaría abiertamente con la otra que autoriza a los cheques comunes para que sean girados y pagaderos después de un determinado plazo, lo que implica una contradicción.

Otra diferencia importante es que el cheque posdatado se lo denomina simplemente “cheque”, mientras que, en el caso del cheque de pago diferido, necesariamente a la denominación de “cheque”, se le agrega la frase “de pago diferido”, de forma tal que lo distinga del cheque común (Quiñónes, 2014, 13).

En consecuencia, en lo personal se considera que se mantiene vigente el criterio de no permitir que se falsee la fecha de emisión en ambos instrumentos con el establecimiento de una fecha de emisión futura diferente de la fecha en que realmente se emite el docu-

mento. La diferencia está en que esta práctica ya no tendría sentido en el caso del cheque de pago diferido, dado que este instrumento, además de tener el espacio para estipular la fecha de emisión, se puede establecer la fecha futura de pago. Desde este enfoque, se puede colegir que la creación de la figura jurídica del cheque de pago diferido no busca legalizar los cheques comunes posdatados.

2.- TEORÍA DEL TÍTULO DE CRÉDITO QUE SE TRANSFORMA EN CHEQUE COMÚN

Esta teoría sostiene que el cheque de pago diferido desde sus inicios es un título de crédito que luego, cuando se llega a cumplir la fecha de vencimiento, el documento se transforma en un cheque común pagadero de forma inmediata. Este razonamiento tuvo lugar por primera vez en los debates que ocurrieron en la República del Uruguay con motivo de la vigencia de la Ley 14.412 (*Ley de cheques de Uruguay*, 1975). En dicho país, los consejeros Espínola y Praderi sostuvieron que el cheque de pago diferido “es un nuevo título de crédito que en determinado momento se transforma en un cheque común” (Pérez-Fontana, 1994, 101).

Según esta teoría, el documento desde sus inicios adquiere la naturaleza de un título de valor ya conocido, como la letra de cambio o el pagaré, pero luego se transforma en un cheque común, concretamente, al momento que puede ser presentado para el cobro a la fecha de su vencimiento. La teoría del título de crédito que se transforma en cheque común se apoya en los antecedentes históricos, pues sostiene que el cheque común como actualmente se lo conoce (pagadero a la vista), tuvo su origen remoto en la letra de cambio, la misma que es un verdadero título de crédito. La letra de cambio como instrumento usado en operaciones mercantiles se remonta al siglo XIII d. C., en la Europa del medioevo, cuando el comercio alcanza su verdadero desarrollo a través de la navegación y los viajes, evitando los comerciantes transportar grandes cantidades de dinero de un lugar a otro, y estableciendo que el pago del documento se lo pueda realizar en una fecha futura (Alvear-Icaza, 2006). La letra de cambio puede considerarse como el tronco donde se ramificó primero, y se independizó, después, el cheque común. En cambio, la presencia del cheque común se da mucho después, sobre todo cuando se desarrolla la banca en Inglaterra, haciendo formalmente su aparición en dicha nación a raíz de la Ley de 1856. Posteriormente, Francia tiene el honor de ser el primer Estado que lo legisló dentro del continente europeo en 1865, como un instrumento pagadero a la vista (Ancalo S.A., 1977; Alvear-Icaza, 2006).

Por lo expuesto, tomando en cuenta la evolución histórica antes referida, si se quisiera volver a usar en un cheque una fecha futura para pagar las deudas que se contrajeren, esta teoría considera que se debería regresar a la figura de la letra de cambio, dado que se argumenta que es de la esencia de un cheque común el hecho de que sea pagadero a la vista, esto es a su sola presentación al cobro. Pero si el cheque de pago diferido se lo paga en una fecha futura, significaría que desde sus inicios el documento es cualquier otra cosa, menos un cheque. Sólo cuando se cumpla el plazo fijado, es que el documento se

transforma en un cheque común, que puede efectivizarse al momento de su presentación al cobro (pagadero a la vista). Entonces, si desde sus inicios el cheque de pago diferido no es un cheque común, entonces tiene que ser un título de crédito de los ya conocidos, como la letra de cambio o el pagaré.

En lo personal se considera que esta teoría no es admisible. Si bien es cierto que el cheque de pago diferido es un título de crédito debido al plazo de diferimiento establecido en él, no se lo puede considerar desde sus inicios como una letra de cambio, pues tal documento implica que sea “aceptado” por el girado, quien asume la responsabilidad del pago. La “aceptación” es un acto cambiario propio de las letras de cambio (Alvear-Icaza, 2006), y dado que dentro de la estructura del cheque común no se permite la fórmula de aceptación por parte del banco girado, es imposible considerar al Ch.P.D. desde sus inicios como una letra de cambio. Tan cierto es esto que en todos los países objeto de la presente investigación, se establece que “toda fórmula de aceptación puesta en el cheque se reputa no escrita” (*Ley de cheques de Uruguay*, Art. 11; *Ley de cheques de Argentina*, Art. 24; *Ley de títulos de valores del Perú*, Art. 180 numeral 1; *Código civil de Paraguay*, Art. 1699). Adicionalmente la legislación de todos estos países reconoce que, por lo general, la responsabilidad del pago del cheque siempre recae sobre el girador (*Ley de cheques de Uruguay*, Art. 12; *Ley de cheques de Argentina*, Art. 11; *Ley de títulos de valores del Perú*, Art. 182; *Código civil de Paraguay*, Art. 1710)

Por otro lado, se puede observar que estructuralmente, el cheque de pago diferido se asemeja más al pagaré, porque ambos instrumentos contienen la promesa unilateral de pagar una determinada suma de dinero a una fecha futura establecida. Pero tampoco se lo puede considerar desde sus inicios como un pagaré que luego se convierte en cheque común, pues la suscripción del pagaré implica que el suscriptor o girador se responsabiliza directamente para pagar una obligación, mientras que, en el cheque de pago diferido, la obligación la asume de manera indirecta, pues el girador designa a un “encargado para el pago”, que es el banco girado.

3.- TEORÍA DEL CHEQUE BAJO UNA MODALIDAD A PLAZO

Tanto el jurista uruguayo Pérez Fontana (1994), como el tratadista argentino Gilberto Villegas (1995), sostienen la teoría del cheque bajo una modalidad a plazo. Esta teoría considera que el cheque de pago diferido conserva su naturaleza de cheque desde sus inicios. Hay varios argumentos a favor de esta teoría. En primer lugar, que tanto el cheque común como el cheque de pago diferido contienen los mismos requisitos esenciales, con la sola diferencia de que éste último contiene un requisito adicional, a saber: la fecha o plazo futuro en que el documento puede ser presentado para su cobro. En efecto, ambos cheques tienen iguales requisitos, entre los que destacamos, la fecha de la emisión del documento. Pero el cheque de pago diferido contiene otra fecha adicional, que es la fecha o plazo de su presentación al cobro.

En segundo lugar, el requisito de ser “pagadero a la vista” no es de la esencia “formal” del cheque. Tanto es así que, si se analiza los requisitos de forma que debe contener un che-

que común en cualquier legislación, en ninguna se menciona que contenga la orden de ser “pagadera a la vista”, sino “la orden de pagar una cantidad determinada de dinero”. Luego, si al cheque le incorporamos como requisito adicional que la orden de pago se cumpla en una fecha futura, el documento como tal no degenera en otro diferente, sino que sigue conservando su esencia *estructural* como cheque, aunque claro está, usado como instrumento de crédito.

En tercer lugar, un cheque deja de serlo, si le falta uno o más de los requisitos de forma para su plena validez. Pero en ninguna legislación se sostiene lo contrario, esto es, que, si se le aumenta algún requisito adicional, pierda su validez como cheque. Por tanto, el cheque deja de ser tal si le “falta” algún requisito para su validez, más no si le “sobra”.

En cuarto lugar, a diferencia de la letra de cambio y el pagaré, el cheque es el único título de valor cuyo girado debe ser exclusivamente una institución bancaria, en donde el girador tuviere depositado fondos en una cuenta corriente. Tal requisito lo contempla el cheque de pago diferido.

Por último, en quinto lugar, la misma legislación que crea a estos documentos, siempre los denomina “cheque”, aunque tal término se encuentre acompañado con la expresión peculiar “de pago diferido”, la misma que no hace más que aclarar la modalidad de pago de esta clase de documentos (*Ley de cheques de Uruguay*, Art. 70; *Ley reformativa al código civil de Paraguay*, Ley 805, Art. 6; *Ley de cheques de Argentina*, Art. 54 numeral 1; *Ley de títulos de valores del Perú*, Art. 200).

Si bien es verdad que, conforme a la presente teoría, el cheque de pago diferido comparte muchas de las características que tiene el “cheque común”, en lo personal se considera que esta teoría falla cuando sostiene que el cheque de pago diferido desde sus inicios conserva la naturaleza jurídica del cheque común. Si bien pone como un buen argumento que el requisito de ser “pagadero a la vista” no es de la esencia formal del cheque, esta teoría no tomó en cuenta que al momento de intentar falsear la fecha de emisión del documento, estableciendo una fecha futura de cobro, no por ello se entiende que se haya establecido “legalmente” por voluntad de las partes una modalidad de pago a plazo, pues tal acto lo que en realidad provoca es la desnaturalización del cheque común, al tratar de usarlo como instrumento de crédito, sin que el girado este obligado para nada a respetar dicho acuerdo de las partes. Al contrario, en un cheque común, el girado siempre tiene la obligación de pagarlo o de protestarlo al momento que el documento le es presentado al cobro.

Por lo expuesto, la teoría de que el cheque de pago diferido sea desde sus inicios un cheque común bajo una modalidad a plazo no explica la real naturaleza jurídica del instrumento; pues conforme a lo manifestado, se puede evidenciar que el cheque de pago diferido no se lo puede considerar desde sus inicios como un “cheque común” por las razones anotadas anteriormente.

4.- TEORÍA DE UNA INSTITUCIÓN JURÍDICA NUEVA E INDEPENDIENTE DENOMINADA CHEQUE DE PAGO DIFERIDO

Si bien Gómez Leo (1995) está de acuerdo en que el cheque de pago diferido es una institución jurídica independiente del cheque común, discrepa cuando se considera que el cheque de pago diferido es “cheque”, o una modalidad derivada del cheque común. Gómez Leo es muy tajante al sostener que el llamado “cheque de pago diferido” *no es cheque*, porque para tener esa naturaleza le falta un recaudo de la esencia del cheque, en cuanto cheque: que debe ser pagadero a la vista, en función de su carácter de instrumento de pago que tiene ese título. Por tanto, el cheque de pago diferido simplemente es una institución jurídica nueva y totalmente independiente del cheque común.

La teoría expuesta por Gómez Leo es la que mejor explica la naturaleza jurídica de dicho instrumento, sobre todo cuando se observa que dentro de dicho documento se establecen dos fechas: a) La fecha de emisión; y b) La fecha futura de pago. Si bien es verdad que tanto el cheque común como el cheque de pago diferido comparten el requisito de la fecha de emisión, en cambio es de observar que el cheque de pago diferido se caracteriza por tener otro requisito adicional; la fecha futura de pago, debiendo el beneficiario y el girado respetar y hacer respetar esta decisión establecida por parte del girador y amparada en la Ley. Por tanto, el cheque de pago diferido sólo será exigible una vez que llegue a cumplirse el plazo de diferimiento establecido en el documento.

CONCLUSIONES

De acuerdo con la legislación y la opinión de los juristas de los países referidos en esta investigación (Uruguay, Paraguay, Argentina y Perú), se puede colegir que la institución jurídica del cheque de pago diferido no busca legalizar el cheque común posfechado. Al contrario, se trata de una nueva institución jurídica, cuya implementación en el resto de los países trae múltiples ventajas, entre las cuales se destacan las siguientes:

- En primer lugar, se reestablece al cheque común con su función de pago a la vista, evitando que éste sea usado como instrumento de crédito, pues para esto bastaría con usar el cheque de pago diferido.
- En segundo lugar, se genera un nuevo instrumento de crédito, el cheque de pago diferido, figura jurídica más confiable que el pagaré a la orden, por ser el girado (el banco) el encargado de pagar el documento cuando este se presente al cobro en cualquiera de las ventanillas del banco en la fecha de vencimiento;
- En tercer lugar, se acepta la función del cheque de pago diferido como instrumento de crédito, en cuanto se cumplan ciertos requisitos determinados en la ley, esto es, que cumpla con las formalidades para su emisión;
- En cuarto lugar, se reestablece la confianza en el cheque, en sus dos versiones, esto es, cheque común y cheque de pago diferido. Es importante aclarar que, de incorporarse dicha figura jurídica en la legislación, su uso dependerá de las necesidades

del mercado, y su éxito dependerá de una adecuada educación financiera dirigida a la población en general que explique no sólo las ventajas de su uso, sino también las diferencias que existen con el cheque común.

- Por último, ante las dificultades que la población pudiera tener por diversos motivos para acceder a un préstamo, no cabe duda que esta necesidad encuentra solución con el uso del cheque de pago diferido, facilitando así las transacciones del comercio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVEAR-ICAZA, J. (2006). *Manual elemental de derecho mercantil ecuatoriano*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino.
- AMADEO, J. L., (1995). *Cheque: jurisprudencia y legislación comparada*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Ancalo S.A. (1977). *Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo 5*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- CHÁVEZ-HIDALGO, J.E., FERNÁNDEZ-LUZ, P.L. (2016). *Análisis Comparativo del Cheque de Pago Diferido con respecto al Común Posdatado como Título Ejecutivo y otros títulos de crédito*. Guayaquil: Universidad del Pacífico. Recuperado de: <http://repositorio.upacifico.edu.ec/bitstream/40000/419/1/TDC-UPAC-19101.pdf> Fecha de consulta: 5 de septiembre, 2019.
- CÓDIGO CIVIL DE PARAGUAY. Ley 1183/85. 23/12/1985.
- CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO. Ley s/n. Suplemento Registro Oficial de la República del Ecuador N° 332. 12/09/2014.
- DEL-POZO-DONOSO, P.J. (2011). *Naturaleza Jurídica del Cheque de Pago Diferido*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Recuperado de: <http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/4576> Fecha de consulta: 10 de mayo, 2019.
- ESTÉVEZ, J.L. (1956). Sobre el concepto de Naturaleza Jurídica. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (4): 159-182. Recuperado desde el siguiente enlace o link: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2057273.pdf> Fecha de consulta: 16 de marzo, 2019.
- LAS NORMAS GENERALES DEL CHEQUE. Resolución número 92-2015-F de la Junta de Política de Regulación Monetaria y Financiera de la República del Ecuador. Registro Oficial de la República del Ecuador N° 561. 07/08/ 2015.
- LEY DE CHEQUES DE ARGENTINA. Ley 24452. 02/03/1995.
- LEY DE CHEQUES DE URUGUAY. Ley 14412. 14/08/1975.
- LEY DE TÍTULOS DE VALORES DEL PERÚ. Ley 27287. 19/06/2000.
- LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO CIVIL DE PARAGUAY. Ley 805. 16/01/1996.
- GÓMEZ-LEO, O. R. (1995) *Cheques: comentarios al texto de la Ley 24,452* (1ra. ed.). Buenos Aires: Editorial Depalma.
- GONZÁLEZ-POZO, F.K. (2014). *Análisis Comparativo de la Ley de Cheques con normas de otros países de Iberoamérica*. Quito: Universidad Central del Ecuador. Recuperado de: <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3264/1/T-UCE-0013-Ab-93.pdf> Fecha de consulta: 5 de septiembre, 2019.

- INFORME EN PARTICULAR DEL DICTAMEN DE MAYORÍA DE LAS COMISIONES DE FINANZAS, DE LEGISLACIÓN PENAL Y DE LEGISLACIÓN GENERAL DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN ARGENTINA, Buenos Aires, 1995.
- LAZO-MORA, A. (2005). *El Cheque de Pago Diferido según el Derecho Comparado Internacional*. Guayaquil, Ecuador: Editorial Edino.
- LINARES-SAN-ROMÁN, J.J. (2004). *El cheque de pago diferido*. Recuperado de: <http://www.jusdem.org.pe/articulosinteres/CHEQUE%20DE%20PAGO%20DIFERIDO%20OK.pdf> Fecha de consulta: 5 de septiembre, 2019.
- MOLINA-SANDOVAL, C.A. (2013). *Manual de Cheques*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- MONTOYA-MANFREDI, U., MONTOYA-ALBERTI, U., MONTOYA-ALBERTI, H. (2005). *Comentarios a la Ley de Títulos Valores (7º ed.)*. Lima: Editora Jurídica Grijley,
- PÉREZ-FONTANA, S. F. (1994). *Manual de derecho comercial (1º ed.)*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- QUIÑONES-FIALLO, L. (2014). *Estudio del Cheque de Pago Diferido*. Quito: Universidad de Los Hemisferios. Recuperado desde el siguiente enlace o link: <http://dspace.uhemisferios.edu.ec:8080/jspui/bitstream/123456789/109/1/CHEQUE%20DE%20PAGO%20DIFERIDO%20.pdf> Fecha de consulta: 5 de septiembre, 2019.
- RICHARD, E.H., ZUNINO, J.O. (2002). Régimen de Cheques. Ley 24.452. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- RODRÍGUEZ-OLIVERA, N. (1998). *Cheques*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- VELASCO-VILLACÍS, A.S. (2015). *Propuesta del Cheque de Pago Diferido como instrumento de crédito en el Ecuador*. Quito: Universidad de Las Américas UDLA. Recuperado desde el siguiente enlace o link: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/4822/1/UDLA-EC-TAB-2016-01.pdf> Fecha de consulta: 5 de septiembre, 2019.
- VILLARROEL, P. (2009). *El cheque de pago diferido: una alternativa de financiamiento para las PYMES, microempresas, y programas de emprendimiento en el Ecuador*. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja. Recuperado de: https://www.academia.edu/3752332/Tesis_cheques_diferidos Fecha de consulta: 5 de septiembre, 2019.
- VILLEGAS, C. G. (1995). *Régimen bancario, ley 24.144: reforma operativa: reglamentación del B.C.R.A.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- ZUNINO, J.O. (2009). *Cheques. Comentario exegético de la Ley 24.452 normativa complementaria y modificación*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- ZÚÑIGA-ORDÓÑEZ, J.L. (2019). De la función económica del cheque, del cheque común al de pago diferido. *Jurídicas CUC*, 13(1), 2017: 183-198. Recuperado en: https://revistascientificas.cuc.edu.co/juridicascuc/article/download/1669/pdf_81 Fecha de consulta: 4 de marzo, 2019.

EL SISTEMA DE JURADOS. ANÁLISIS DE SU PROCEDENCIA O NO EN EL ECUADOR

THE JURY SYSTEM. ANALYSIS OF ITS CONVENIENCE OR NOT IN ECUADOR

ERNESTO SALCEDO ORTEGA¹, MEY-LI MACIO CENTENO²

¹ Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

² Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

RESUMEN

Teniendo en consideración que la imparcialidad de los jueces en los últimos años se ha percibido como viciada en los veredictos finales que estos toman, y tornándose difícil confiar en la justicia que nos precautela en los derechos que como ciudadanos ostentamos, se permite precisar un análisis respecto de la implementación del Sistema de Jurados en el Ecuador, sistema que se encuentra integrado por ciudadanos que ejerciendo los principios de independencia e imparcialidad, inclusive frente al desconocimiento de la ciencia jurídica, desarrollan la agilización de la justicia, permitiendo que los procesados sean juzgados por la conciencia social de las personas que lo conforman, actuando a la vez, como un instrumento de control de los órganos judiciales y como medida garantista de la imparcialidad del juzgador.

PALABRAS CLAVE: jurado, independencia, imparcialidad, ciudadanos, justicia.

ABSTRACT

Taking into account that the impartiality of judges in recent years has been perceived as vitiated in the final verdicts they take, and becoming difficult to rely on the justice that protects us in the rights that we hold as citizens, is possible to specify an analysis regarding the implementation of the Jury System in Ecuador, a system that is composed of citizens who, exercising the principles of independence and impartiality, including in the face of ignorance of legal science, develop the speeding up of justice, allowing the defendants to be judged by the social conscience of the people who comprise it, acting at the same time, as an instrument of control of the judicial organs and as a guarantee of the impartiality of the judge.

KEYWORDS: jury, independence, impartiality, citizens, justice.

RECIBIDO: 6/04/2019
ACEPTADO: 15/04/2019

CORRESPONDENCIA:
ernesto.salcedo.o@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Muy por el contrario de lo que se pueda creer, el sistema de jurados no es una institución desconocida en nuestro sistema de justicia. En el Ecuador este sistema estuvo vigente desde el 8 de enero de 1848 hasta el 5 de octubre de 1928, época en que el entonces Presidente Provisional de la República el señor Doctor Don Isidro Ayora, lo derogara mediante Decreto Supremo No. 256¹, al reformar el Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal. En aquél entonces, se promulgó este sistema como mecanismo de lucha contra la corrupción e instrumento de agilización de la justicia.

Existen diferentes versiones sobre el origen del jurado. Algunos historiadores afirman que sus antecedentes más remotos nacen de los tribunales griegos de los heliastas, o de las antiguas costumbres y leyes romanas, otros en cambio, atribuyen su aparición a los escandinavos. Sin embargo, la mayoría de fuentes doctrinarias se inclinan por considerar que la cuna de la institución del jurado es de origen anglosajón, que contempla como hito de su nacimiento la redacción de la Carta Magna de 1215, cuyo texto expone: “Los barones exigieron al Rey ser juzgados por sus pares y ese derecho fue reconocido como esencial”.² Así, esta institución fue implementada en Inglaterra como resultado de los usos y costumbres, incorporándose luego al “common law” para constituirse en parte sustancial del mismo.³

Posteriormente, a partir de la proclamación de la Asamblea Nacional Constituyente francesa de 1789 tomó fuerza la instauración del sistema de jurados como una forma de contrarrestar la justicia administrada por jurisconsultos ligada a un modelo inquisidor. Uno de los principales motivos que inspiró la aparición del jurado en Francia, fue

¹ El referido Decreto, que reformó el Código de Enjuiciamiento en materia Criminal de la época, expuso lo siguiente en los artículos pertinentes: Art. 1.- “Toda infracción calificada de crimen en el Código Penal está sujeta al Tribunal del Crimen”. Art. 2.- “Toda persona de cualquier clase o condición que incurriere en algún crimen, estará sujeta al Tribunal de Crimen con excepción de los funcionarios públicos a quienes la Constitución o la ley ha señalado Tribunal especial, y los que en primera y segunda instancia deben ser juzgados por la Corte Suprema o por las Cortes Superiores, según la Ley Orgánica del Poder Judicial.” Art. 4.- “Habrá Tribunal del Crimen en todas las capitales de provincia.” Art. 10.- “El Tribunal del crimen se compondrá del Juez de Letras principal, del Juez de Letras suplente y de los tres Vocales principales nombrados de conformidad con el artículo 5º.” Por su parte, los artículos 107 y 109 de las Disposiciones Comunes y Transitorias de dicho código reformado exponían: Art. 107.- “Las causas pendientes y que ha debido conocerlas el Jurado, pasarán al Tribunal del crimen establecido por la presente Ley, y seguirán sustanciándose conforme a ésta.” Art. 109.- “En todos los artículos del Código de Enjuiciamientos Criminales, donde dice: “Jurado” léase: “Tribunal del crimen”. Ver en: Código de Enjuiciamiento en Materia Criminal, publicado en el Registro Oficial No. 761, del año III, en la ciudad de Quito, el viernes 5 de octubre de 1928.

² BIANCHI, ALBERTO, El Juicio por Jurados, La Participación Popular en el Proceso, Editorial DePalma, Buenos Aires, 1999, p. 85.

³ D’ORSI, LUIGI, NOZIONI DI PROCEDURE PENALE, Edizioni Getim-Brezzo, Milano, 1973, p. 26.

la desconfianza de la ciudadanía en los jueces del “Ancien Régime”⁴. En los Estados Unidos de América, por su parte, el sistema de jurados fue originalmente creado como mecanismo de tutela de los súbditos frente a la tiranía real, y se ha constituido en la piedra angular de la idea de justicia estadounidense.⁵ Su prestigio proviene del papel que desempeñaron los tribunales de jurados en la lucha por la independencia como representantes del pueblo estadounidense, en abierta oposición a los jueces de nombramiento real.⁶

En los últimos 25 años, el jurado está experimentando un pequeño y sorprendente renacimiento en las legislaciones del mundo. En Rusia se implementó en 1993 y en España en 1995. En Latinoamérica cada vez toma mayor fuerza en países como Argentina y Brasil.⁷ Este sistema bien podría constituirse en una herramienta propicia para la efectividad del debido proceso, por cuanto mantiene la oralidad de los procedimientos, y favorece los principios de contradicción, publicidad, inmediación, imparcialidad y sobre todo el de independencia. En este entorno, el sistema de jurados aparece como una alternativa para optimizar la justicia, debido a los enérgicos reclamos sociales que enfrenta la institucionalidad de la Función Judicial, lo que ha ocasionado un lamentable distanciamiento entre la justicia y la ciudadanía en general. Y es que no es posible alcanzar verdaderamente la paz, ni mucho menos consolidarla en el tiempo, sin haber logrado previamente un sistema sólido, eficaz, equitativo, abierto y rápido de la justicia, razón suficiente para comprender que el servicio de administración de justicia es un asunto particularmente relevante.⁸

LOS MODELOS DE JURADO

⁴ VÁSQUEZ SOTELO, JOSÉ LUIS, *La Presunción de Inocencia del Imputado*, Editorial S.A. BOSCH, Barcelona, 1984, p. 67.

⁵ Concretamente, el derecho al proceso mediante jurado en las causas penales surge de la Sexta Enmienda que señala textualmente “En toda causa criminal, el encausado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y estado en que el delito se haya cometido, distrito que deberá haber sido determinado previamente por la ley, así como a que se haga saber la naturaleza y causa de la acusación, a que se le caree con testigos que depongan en su contra, a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y a contar con la ayuda de un abogado que le defienda”. Ver en: HASTIE Reid, PENROD Steven y PENNINGTON Nancy, *La Institución del Jurado en Estados Unidos: Sus intimidades*, Editorial CIVITAS, Madrid, 1986, p. 83.

⁶ FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Tomo 1, Editorial de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1983, p. 192.

⁷ VÁSQUEZ ROSSI, JORGE. *Crisis de la Justicia Penal y Tribunal de Jurados*, Editorial Juris, Rosario, 1998, p. 45.

⁸ DE LA CALLE, JOSÉ MIGUEL, “Ensayo Sobre una Solución de los Problemas de la Justicia en Colombia”, en *Revista Jurídica Sistemas Judiciales*, Editorial Centro de Estudios de Justicia de las Américas en conjunto con el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales -INECIP, No. 12, Santiago de Chile, 2012, p. 102.

El jurado es una figura procesal clásica, a través del cual los ciudadanos participan en la toma de decisiones de la administración de justicia. De este modo se busca, mediante el concurso de personas comunes y legos en conocimientos jurídicos, t de manera temporal, controlar y garantizar la independencia de la Función Judicial con respecto a los demás órganos de gobierno. Como afirmaba Tocqueville, el sistema de jurados parece la consecuencia directa y extrema de la soberanía del pueblo, del mismo modo que el sufragio universal. El jurado ubica el real control de la sociedad en las manos de los gobernados, o en una porción de los gobernados, y no en las de los gobernantes.⁹

En el derecho comparado destacan tres principales modelos de jurado, todos ellos de origen europeo: El anglosajón, el escabinado y el mixto.

El modelo anglosajón también llamado “puro” o “tradicional” nació en la Inglaterra medieval, época en que se convocaba a doce hombres “buenos y libres” para ayudar al rey en la labor de administrar justicia. Con el tiempo, los británicos consideraron al juicio por jurado como un mecanismo de protección contra abusos del soberano. Además, como el derecho inglés contemplaba rigurosas sanciones, como la pena de muerte, los británicos utilizaban el jurado para mitigar esa dureza, condenando a los procesados por delitos menos graves. Posteriormente, este modelo fue acogido por los Estados Unidos de América, donde el jurado actúa como un filtro para el ejercicio del poder estatal de administrar justicia, pues no puede un juez aplicar una sanción, sin que previamente las personas miembros del jurado -que representan al pueblo- lo hayan valorado y así decidido. Este modelo desempeña una función civil que representa uno de los derechos más fundamentales para la ciudadanía norteamericana, el derecho a ser juzgados por sus pares o iguales. Este modelo de jurado tradicional se encuentra vigente en un gran número de países, verbigracia (por ejemplo), Estados Unidos de América, Reino Unido, Canadá, España, Puerto Rico, Australia, Gales, Escocia, Noruega, entre otros.

Kalven y Zeisel definen a la institución del jurado en los Estados Unidos en los siguientes términos: “El jurado anglo-americano es una notable institución política. La misma recluta doce “legos”, escogidos al azar entre la vasta población; convocándolos a los fines de un juicio particular; confiándoles los mayores poderes de decisión oficial; permitiéndoles llevar a cabo deliberaciones en secreto y reportando su veredicto final sin dar las razones que hubieren llevado a él; y una vez concluido el servicio temporal prestado al Estado, se ordena su disolución y regreso a sus vidas privadas.”¹⁰

El modelo escabinado, por su parte, vigente en algunos países de la Europa continental, consiste en constituir un jurado compuesto de personas legas en derecho y de profesionales abogados designados por sorteo, formando un solo órgano que dirige

⁹ TOCQUEVILLE, ALEXIS. *Democracy in America*, Edited by Liberty Fund Inc., New York, 1994, p. 282.

¹⁰ KALVEN, HARRY Y ZEISEL, HANS, *The American Jury*, published in Washington and Lee Law Review Journal, Vol. 24, Washington, 1967, p. 32

el proceso oral, y determina la culpabilidad o inocencia del procesado, estableciendo la sanción correspondiente. El jurado tiene derecho a la información, pudiendo formular preguntas directamente al acusado. El veredicto se adopta por mayoría. En este modelo se puede apreciar una mayor influencia de los miembros del jurado profesionales por sobre los legos, que, en atención a sus insuficiencias jurídicas, pasan a tener un papel secundario en las deliberaciones del jurado. No obstante, la percepción de la ciudadanía suele ser favorable y de mayor confianza debido a la composición de jurados legos y técnicos. Se aplica en Francia, Italia, Alemania, Suiza, Portugal, para nombrar algunos países.

Existen, sin embargo, algunas críticas formuladas en contra del sistema escabinado, que pretenden identificar ciertas falencias en la estructura de este sistema, entre ellas: a) que la opinión de los expertos de derecho es dominante tras la deliberación, así sea minoritario el número de jueces técnicos en el jurado; b) que existe cierto grado de pleitesía o subordinación por parte de los miembros del jurado legos con respecto a los profesionales en derecho; y, c) Se difumina la responsabilidad de la decisión por parte de los miembros legos, lo que desnaturaliza un poco el espíritu de cuerpo que debe existir entre los miembros del jurado.¹¹

El último modelo, el mixto, combina las características del jurado anglosajón con el escabinado. Este modelo sigue el procedimiento oral de juicio de la misma forma que el sistema puro o tradicional únicamente hasta la etapa de sentenciar, momento exacto en que adopta la estructura del modelo escabinado. Los miembros del jurado legos dirimen si el procesado es culpable o inocente, y sólo si el veredicto es de culpabilidad, se mixturán los miembros del jurado legos con los profesionales expertos en Derecho para determinar la pena o sanción correspondiente. Bélgica y Austria son países referentes en la aplicación de este modelo.

VENTAJAS DEL SISTEMA DE JURADOS

Entre las más destacadas ventajas que aporta el sistema de jurados encontramos el acercamiento de la actividad jurisdiccional con la realidad social, sin perjuicio de que deja de convertirse en un servicio exclusivo de los letrados, permitiendo la participación ciudadana. El concurso de la ciudadanía en los fallos de causas penales es vital, porque excluye valoraciones judiciales únicamente técnicas, dándole paso a consideraciones sociales y humanas, imprescindibles en la resolución de conflictos penales.

Al intervenir personas privadas en el conocimiento y resolución de causas se democratiza aún más el órgano judicial, instituyéndose el deber de la sociedad de coadyuvar con el servicio básico de administración de justicia, permitiendo que el pueblo realice una labor de control sobre los posibles abusos de poder derivados de una Función Judicial estrictamente manejada por el Estado. En este sentido, la población

¹¹ ARCE RAMÓN, FARIÑA FRANCISCA, VILA CARLOS Y REAL SANTIAGO, *Empirical Assessment of the Escabinato Jury Sistem, Psychology - Law and Crime*, Edited by Overseas Publishers Association, Amsterdam, 1995, pp. 131 y ss

entera se involucra y se siente parte de las decisiones que adopta el sistema de justicia, contribuyendo a generar confianza ciudadana en la labor de la Función Judicial, y a la necesaria percepción de seguridad jurídica. Así, las decisiones que adoptan los órganos jurisdiccionales no afectan solamente a los litigantes, sino que involucra a la sociedad entera, al ser parte de la institucionalidad del sistema de administración de justicia.

La participación ciudadana hace efectiva en la práctica la publicidad de los procesos judiciales, algo que con el sistema escrito jamás ha funcionado a plenitud, y dado que los miembros del jurado son los que elaboran el veredicto sin ser letrados, (algunos de ellos sin siquiera estar alfabetizados),¹² los litigantes se ven en la necesidad de expresarse en un lenguaje común y entendible para el pueblo, propiciando con ello que cualquier persona pueda concurrir a las audiencias como espectador, generando que los procesos judiciales y las sentencias que se dictan en las mismas estén al alcance de toda la población.

En términos generales podemos sostener que la participación ciudadana encuentra una triple fundamentación. Una de naturaleza política, por la legitimación de la democracia y por la tarea de promover una educación ciudadana que permita crear conciencia participativa en la sociedad. Otra de tipo sociológica, que permite una necesaria conexión entre la ciudadanía y los órganos jurisdiccionales. Y por último, una funcional, que promueve la colaboración de los ciudadanos en su rol cívico de coadyuvar en la labor de administración de justicia, insertando a los miembros de la comunidad dentro de la organización de la Función Judicial.¹³

En un sistema de jurados, generalmente el juez -representante del Estado- actúa como un tercero imparcial de la contienda, presidiendo el debate procesal, instruyendo al jurado y controlando la legalidad de las pruebas que se incorporan al juicio, pese a ello, es el pueblo convocado para cada caso particular el responsable de determinar mediante su íntima convicción, luego de deliberar y evaluar la prueba, la culpabilidad o inocencia de una persona. Naturalmente, el jurado siempre será seleccionado por sorteo, de entre un grupo de ciudadanos residentes en la misma ciudad, distrito o parroquia, en donde todos tienen igualdad de opciones para ser elegidos,¹⁴ estando excluidos de serlo los familiares

¹² Cuando se empezó a instituir el jurado, debemos decir que en el siglo XIII aún no había sido creada la imprenta, razón por la cual prevelece la tradición oral. No todos los habitantes de una misma región dominaban el idioma latín, por lo que resultaba relevante establecer la no exigencia de saber leer y escribir, ni tampoco la exigencia de contar con algún tipo de instrucción para acceder al estrado en calidad de jurado. Ver en: LUJAN LOPEZ, María, Algunos Lineamientos para el Establecimiento del Juicio por Jurados en la Argentina. En Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, núm. 32, Buenos Aires, 2004. Disponible en: <http://www.revistapersona.com.ar/Persona32/32Lopez.htm>. Consultado el 3/2/2017.

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Juicio por Jurados: un Examen desde el Derecho Comparado, Editado por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Buenos Aires, 2003, año 7, núm1, p. 186.

¹⁴ Los antecedentes de la figura son claros al respecto, pues la selección debe operar por sorteo y de manera que todos los integrantes de la vecindad tengan oportunidad de ser llamados para ejercer

o conocidos del imputado, y en general quienes tengan algún interés en el juicio.¹⁵ En definitiva, no existe forma más idónea de probar la inocencia de una persona que ante un jurado conformado por iguales,¹⁶ en un juicio donde el Estado interviene pero que sin embargo no tiene la última palabra.

En cierto modo, el juicio por jurados se presenta como el mecanismo más adecuado para hacer efectivas las garantías del debido proceso en favor del procesado. Entre las más importantes contribuciones y aportes del sistema de jurados a la administración de justicia está la preservación de la garantía de imparcialidad del juzgador. Recordemos que la imparcialidad es el fundamento común de los principios de independencia judicial y juez natural, que resultan instrumentales respecto de ella.¹⁷ Así, la garantía de imparcialidad en sintonía con el principio de independencia, debe tenerse como un derecho del justiciable que le asegure plena igualdad frente al acusador.

Luego, decimos que el juicio por jurados salvaguarda las garantías de imparcialidad e independencia, en primer orden, porque se reglamenta un mecanismo de designación y selección de miembros del jurado, con escenarios rigurosos de excusas y recusación, en procura de una representación ciudadana lo más neutral posible. Tal designación nunca es permanente, sino que se constituye un jurado diferente para cada caso particular, con sus respectivos suplentes. Los nombres de los elegidos salen aleatoriamente por un sorteo que se realiza de los registros de padrones electorales o bien de los datos del último censo llevado a cabo en la ciudad o provincia.¹⁸ Importante es mencionar, que los miembros

este deber-derecho. Ver en: SPOONER, Lysander, *Trial by Jury*, transcribed by Lawrence Casella, Edit. Hobart & Robbins, Boston, 1852, p. 20

¹⁵ NEVÁREZ MUNÍZ, DORA, *Sumario de Derecho Procesal Penal puertorriqueño*, 5ta. edición publicada por Instituto para el Desarrollo del Derecho, San Juan, 1998, p. 81

¹⁶ Como señala el profesor español Orts: “El jurado popular le puede gustar a uno o no, pero responde a una idea democrática, que sean los ciudadanos quienes juzguen a sus iguales... El jurado se puede equivocar, ¡Claro que se puede equivocar! Pero es que los jueces profesionales también se equivocan. Es una visión simplista sostener que el juez profesional juzga mejor que el ciudadano. Porque el jurado popular no realiza juicios valorativos ni formula teorías jurídicas sino que lo que hace es pronunciarse sobre hechos y decir si una persona realizó o no realizó tal hecho. Después, tal vez la calificación jurídica la habrá de hacer el juez profesional. ¡Pero claro que el ciudadano medio está capacitado para decir si una persona hizo o no hizo esto o aquello!” Ver en: ORTS BERENQUER, Enrique, Disponible en <http://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2012/01/30/jurado-popular-querria-juzgara-tribunal-ciudadanos/877009.html>. Consultado el 2/2/2017.

¹⁷ BOVINO, ALBERTO, “El Debate” en el Nuevo Código Procesal de la Nación, *Análisis Crítico*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 180.

¹⁸ Algunos autores, partiendo del principio de que el procesado debe ser juzgado por iguales, sostienen que el proceso de selección de un jurado debe llevarse a cabo por una comisión de científicos sociales conocedores de las técnicas de muestreo que, al mismo tiempo, puedan evaluar y contrarrestar los efectos de determinadas variables de tipo psicológico que podrían sesgar las deliberaciones del jurado. Ver en: SOBRAL, Jorge y ARCE, Ramón. *La Psicología Social en la Sala de la Justicia*, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 1990, p. 138. También se sostiene que el

del jurado luego de aprobar los filtros para su designación definitiva, desconocen por completo los hechos que serán tratados en el proceso judicial, esto es, llegan a la audiencia sin saber la temática del caso que van a resolver, precautelando así la imparcialidad, por cuanto van a resolver según lo que ocurre en el debate y en base a los alegatos de los abogados de las partes.

La recusación a cualquier miembro del jurado se puede realizar por las partes procesales o por el Fiscal mediante vías de impugnación con antelación al inicio del juicio, dentro del plazo que establezca el reglamento, una vez que se conoce con algunos días de anticipación los nombres de los ciudadanos designados. Las causales de recusación siempre están encaminadas a velar por la imparcialidad y la independencia, en procura de excluir de los miembros del jurado a aquellas personas que hubieren anticipado alguna opinión, o tuvieren interés en el resultado del juicio, o sentimientos de afectos o desafectos en contra de las partes o de sus abogados. Por tal motivo, se busca comprobar si estas personas, para el caso particular para el que han sido convocadas, podrían tener algún tipo de interés o predilección, según sus inclinaciones culturales, su credo, su orientación política, su preferencia sexual, entre otras cosas.

Además de lo expuesto, el mayor baluarte del sistema de jurados es que al acercar la justicia a la ciudadanía y legitimar el compromiso de la población con los deberes cívicos de participación ciudadana, se consigue arribar a la tan anhelada independencia en los procesos judiciales. Lo anterior se evidencia por la regla del secreto absoluto en las deliberaciones del jurado, de sus detalles y de los criterios que se utilizaron para obtener el veredicto, algo que es esencia misma del sistema de jurados y de su independencia judicial frente al gobierno.¹⁹

procedimiento debe ser controlado con una primera fase aleatoria donde se designe a los miembros del jurado preservando la igualdad de participación, y una segunda fase donde se efectúen peritajes con intervención de psicólogos para evitar jurados homogéneos. Ver en: ARCE, Ramón y FARÍÑA, Francisca, *El Papel del Psicólogo en la Administración de Justicia*, Editorial Nuevos Horizontes, Madrid, 1994, p. 113.

¹⁹ La Corte Suprema de Canadá expuso: “Hay enormes puntos en común en estas apelaciones sobre las reglas de secreto del jurado que comprenden la regla del common law y el art. 649 del Código Criminal. Todos también coinciden en que una medida de secreto es esencial para asegurar la independencia y la efectividad del jurado”. Ver en: Corte Suprema de Canadá. Caso “Rv. Pan; R v. Sawyer, 2001, 344 párr. 38. Disponible en: <http://www.editorial.jusbaires.gob.ar/descargar/139.pdf>. Consultado el 2/2/2017.

En similar sentido la Suprema Corte de los Estados Unidos ha señalado: “Particularmente, en un caso de notoriedad pública, es apropiado explicarle a los jurados que, a pesar que tienen el derecho a hablar con la prensa u otros sobre los detalles de las deliberaciones, la confidencialidad de la deliberación del jurado es esencial para la libertad y la independencia de los futuros jurados, de modo tal de evitar el escalofriante efecto de la vergüenza que la esperable publicidad de las deliberaciones pusiera causar y para desalentar la hostilidad y el acoso a los jurados por las partes derrotadas en el juicio.” Ver en: Suprema Corte de los Estados Unidos de América, Caso Clark vs United States, 238 U.S.1, 12-13, 53 S.Ct 465, 468-469, 1933. Disponible en: <http://www.editorial.jusbaires.gob.ar/descargar/139.pdf>. Consultado el 2/2/2017.

En este sentido, también abona al fortalecimiento de la independencia el hecho de que los miembros del jurado, al no ser servidores judiciales, están exentos de obediencia y sumisión respecto a jueces de grado superior, o de órganos administrativos y disciplinarios de la propia Función Judicial. Dicho de otro modo, el jurado no forma parte de la burocracia interna y no comparte los intereses corporativos inherentes a las entidades públicas.²⁰ Zaffaroni sobre el tema expuso: “Que la independencia interna implica seguridad de que el juez no sufrirá las presiones de los órganos colegiados de la misma judicatura. Así mismo, que la independencia interna sólo puede ser garantizada dentro de una estructura judicial que reconozca igual dignidad a todos los jueces, admitiendo como únicas diferencias jurídicas las derivadas de la disparidad de competencias.”²¹

En suma, los miembros del jurado no son funcionarios públicos, no tienen aspiración política alguna ni están necesitados de hacer carrera judicial, por lo que carecen de compromisos para satisfacer requerimientos del gobierno de turno, siendo muy complicado influir en ellos en consideración a que su composición responde a una pluralidad de personas, de diferentes oficios, edades, estratos culturales, convicciones religiosas y géneros. Son convocados en forma ocasional para resolver un caso específico, de tal manera que, finalizada su tarea, continuarán con sus tareas habituales, convirtiendo al sistema de jurados en un proceso que brinda mayor transparencia, equidad e independencia, por la carencia de influencias y presiones. No ocurre lo mismo con el sistema propio del Derecho Romano vigente en Ecuador que se basa en los códigos legales escritos, en donde la mayoría de jueces adolecen de cierta insensibilidad social, producto del sesgo que les provoca la influencia de ciertas élites económicas, políticas y burocráticas.²²

Como se aprecia, el sistema de jurados constituye un modelo de cooperación entre los ciudadanos y los jueces, en donde cada quien tiene sus facultades bien delimitadas. Mientras el jurado es un tribunal compuesto por personas nuevas para cada caso²³, los

²⁰ El tratadista alemán Michels sobre este tema mencionaba: “Toda organización se burocratiza y su cúpula tiende a oligarquizarse generando intereses y perspectivas propias que requieren estrategias y lenguaje que no resultan identificables ni coincidentes con los de sus representados. La cuestión de la independencia de la justicia no sólo debe abordarse respecto de los otros poderes políticos del Estado. La justicia puede ser dependiente, en el mal sentido, del clamor de la mayoría descuidando a las minorías o de intereses poderosos de ciertas minorías descuidando a las mayorías populares. También algunos autores sostienen que la dependencia interna de la propia estructura judicial es un problema casi mayor que el de la relación con los órganos políticos.” Ver en. MICHELS, Robert. *Los Partidos Políticos*. Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1979, p. 189.

²¹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Estructuras Judiciales*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 106.

²² BERCHOLC, JORGE, *La Independencia de la Corte Suprema a través del Control de constitucionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2004, p. 77.

²³ El Manual para Miembros de Jurado que prestan servicio ante los Tribunales de Primera Instancia en lo Federal de los Estados Unidos de América, expresa lo siguiente: “A los fines de emitir veredictos correctamente, los jurados deben ser honestos e inteligentes. Deben tener integridad

jueces doctos en derecho están sobrecargados de casos, procesos y audiencias, muchos de ellos repetitivos, lo que produce en muchos de ellos obcecación y ofuscación. Por otro lado, los abogados de las partes conocen de antemano a los jueces y sus modos de operar, mientras que el jurado está compuesto por personas desconocidas, lo que extrema los esfuerzos de ambos litigantes por demostrar quién tiene la verdad de su lado, mejorando la calidad de los litigios.

Con relación a los riesgos dentro del rol que desempeñan en este tipo de procesos tanto el juez como el jurado, es interesante el pensamiento de Thomas Jefferson, quien expuso: “Podemos apreciar el rol del jurado civil o penal -pues a su juicio debía ser extendido a todas las materias- en relación al rol ejercido por el magistrado. El primero debe entender en las cuestiones fácticas de las causas, mientras que el segundo juzgará de las leyes. Pero si hubiese sospechas de que el funcionario judicial aparenta tener un comportamiento desviado o apreciaciones parciales, la división entre la determinación de los hechos y del derecho se desvanece y en todo caso será preferible que la decisión quede en manos del propio jurado, y no de un magistrado elegido por el gobernador, pues la más remota posibilidad de que doce hombres de bien de los que se integran ese cuerpo, incurran en un error es menos probable (casual) y en ese supuesto será preferible apostar por los últimos antes que dejar librada la cuestión al arbitrio de un funcionario de comportamiento dudoso.”²⁴

Quienes se pronuncian en contra de la institución del jurado, arguyen que cualquier ciudadano común que resulte designado como miembro de un jurado, en relación a un juez técnico y profesional, está expuesto a más riesgos de que se vicie su opinión, pues son personas más vulnerables frente a amenazas, intimidaciones y prejuicios gestados por la opinión pública o los medios de comunicación. Sostienen también que su falta de conocimiento y experiencia sobre aspectos básicos del derecho procesal, garantías jurisdiccionales y

y buen juicio. El sistema por jurado se basa en dichos atributos, y su continuidad dependen de ellos. Para actuar con responsabilidad, deben decidir sobre los hechos y aplicar la ley imparcialmente. No deben favorecer a ricos o a pobres, deben tratar en forma igualitaria a todos los hombres y mujeres, personas jurídicas o físicas. La justicia debe ser aplicada a todas las personas sin distinción de raza, color, religión o sexo. El prestar servicio como jurado es cumplimentar una elevada obligación cívica. Encuentran su recompensa en la satisfacción de haber realizado bien una importante tarea. No hay trabajo más valioso que un ciudadano común pueda realizar en apoyo de su gobierno que el cumplimiento acabado y honesto del deber de jurado. La efectividad de un sistema democrático se mide mayormente por la integridad, inteligencia y las cualidades de ciudadanía de los jurados que cumplen su servicio en nuestros tribunales.” Ver en: Manual Para Miembros de Jurado que Prestan Servicio por ante los Tribunales de Primera Instancia en lo Federal de los Estados Unidos de América. Disponible en: <http://inecip.org/wp-content/uploads/Manual-para-orientaci%C3%B3n-de-los-miembros-del-jurado-EEUU.pdf>. Consultado el 2/2/2017.

²⁴ JEFFERSON, THOMAS, *The Writings of Thomas Jefferson*, Published by order of the Joint Committee of Congress, Virginia, 1853, p. 179.

aspectos probatorios, sumado a su imposibilidad de motivar jurídicamente sus veredictos,²⁵ convierten al jurado en un ente susceptible de cometer yerros irreparables en sus decisiones, que propiciarían un mayor índice de decisiones injustas.²⁶

También se considera como un factor desventajoso el alto costo que genera la implementación de un jurado, pues al Estado le corresponde asumir gastos de traslados, capacitación, alojamientos, manutención, viáticos y compensaciones económicas por la ausencia de los miembros del jurado a sus actividades laborales durante el tiempo que dure el proceso.

De cualquier manera, frente a eventuales críticas que existen en contra del juicio de jurados, resulta atinada la opinión del jurista Carvajal Palacios, quien expresó que: “No se requieren conocimientos científicos ni intelectualismos peligrosos para el ejercicio de la justicia; sólo se requieren hombres probos, sinceros, conscientes de su responsabilidad que traduzcan en sus veredictos la conciencia social, la conciencia del pueblo. O sea, el conocimiento de los jurados no debe versar sobre el derecho sino sobre la vida, sobre los hechos aprehensibles por los sentidos”.²⁷

De acuerdo con lo anteriormente señalado, resulta preciso añadir una tabla que permita el entendimiento de la eficacia del sistema que desarrolla el juicio con la intervención de un jurado en los diferentes países en los cuales se encuentra vigente, siendo así:

ESPAÑA

En este caso, desde el restablecimiento del sistema de enjuiciamiento a través de jurados, mediante la promulgación de la Ley Orgánica 5/1995 de fecha 22 de mayo de 1995²⁸, y que al año 2014, se han registrado las siguientes cifras en la Provincia de León:

²⁵ En este contexto, se ha señalado que: “La íntima convicción de los jurados escapa al contralor popular que el sistema impone en la administración de justicia. Nuestra cultura cívica y formación procesal no concibe una sentencia sin fundamentación... No hay duda de que el fallo racional y motivado del tribunal técnico ofrece mayores garantías. Es el resultado de una versación jurídica y técnica judicial adecuada para excluir los elementos de convicción ajenos a los autos. El jurado mezcla sus internas motivaciones con el ámbito emocional de los sentimientos, declarando la culpabilidad o la inocencia de un solo vocablo, con prohibición de explicarlo. La fundamentación del fallo judicial es garantía de justicia, conquistada a través de largas vacilaciones. Es un derecho de todos los miembros de la colectividad conocer la razón de una condena o de una absolución para evitar la arbitrariedad y exigir la objetividad de los pronunciamientos.” Ver en: CLARIA OLMEDO, Jorge, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 274.

²⁶ GORANSKY, MIRNA, “Un juicio sin Jurados”, en El Nuevo código Procesal Penal de la Nación, Análisis Crítico, Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 1993, p. 129.

²⁷ CARVAJAL PALACIOSH, NATALIO, El Juicio por Jurado, Editado por Dirección General de Publicaciones, Buenos Aires, 1953, p. 51.

²⁸ Ver en: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Ley Orgánica 5/1995 publicada en BOE núm. 122, de 23 de mayo de 1995, entrada en vigor el 23 de noviembre de 1995. Disponible en: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/05/22/5/con>. Consultado el 25/11/2019.

TABLA 1. CAUSAS RESUELTAS EN LEÓN

AÑO	NÚMERO DE CAUSAS RESUELTAS EN MATERIA PENAL (PROVINCIA DE LEÓN)
2000	3
2001	5
2002	4
2003	5
2004	2
2005	2
2006	4
2007-2008	No se registró ninguno
2009	1
2010	2
2011-2012	No se registró ninguno
2013	6 (Considerado como el año que tuvo más causas resueltas por jurados)
2014	5

En base a esto, cabe mencionarse que, en el año 2014, último año en que el Consejo General del Poder Judicial disponía de estadísticas para el 2016, se establece que de 375 casos, de los cuales 1 de cada 10 culminaron con absolución de la sentencia, es decir, el 89,6% de los procesos elevados, concluyeron con veredictos de culpabilidad, para lo cual, en los últimos 20 años, se ha podido contabilizar que se han iniciado alrededor de 10,000 procedimientos, de los cuales más de la mitad han acabado en juicio, manifestándose una cifra del 89% de juicios en que se dictaron condena, un porcentaje superior al de los jueces de procedimientos sumarios, con un total del 85% y de procedimientos abreviados, con el total del 79%.²⁹

ARGENTINA

Para el caso de Buenos Aires, en donde el sistema por jurados se implementó en el año 2015, hasta finales de diciembre del 2018, se han desarrollado 173 procesos siguiendo esta modalidad, de los cuales, el 64% de los juicios concluyeron en condena, es decir, en 6 de cada 10 procesos se determinó la culpabilidad de los acusados, y el 36% en veredicto absolutorio, cabiendo recalcar lo siguiente³⁰:

²⁹ Obtenido de: El 89%,6 de los veredictos de los jurados populares son de culpabilidad contra los reos. Diario de León, publicado el 01 de marzo del 2016. Consultado el 25/11/19.

³⁰ Ver en: De cada 10 juicios con jurados populares, 6 terminan en condena. Diario Clarín, Policiales, publicado el 13 de septiembre del 2018. Disponible en: https://www.clarin.com/policiales/10-juicios-jurados-populares-terminan-condena_0_HJKVLAW_7.html. Consultado el 25/11/19.

TABLA 2. CAUSAS RESUELTAS EN BUENOS AIRES

AÑO	NÚMERO DE CAUSAS RESUELTAS EN MATERIA PENAL (BUENOS AIRES)
2015	38
2016	58
2017	77

De los cuales 5 de ellos, no alcanzaron un veredicto por: 3 estancarse al no completar el número de votos y, 2 suspendidos por casos de fuerza mayor.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

De acuerdo con un estimado anual de las causas que se resuelven por medio de juicio por jurados en los Estados Unidos de América, se redondean las siguientes cantidades³¹:

TABLA 3. CAUSAS RESUELTAS EN ESTADOS UNIDOS

DE UN TOTAL ESTIMADO DE 154,000 JUICIOS:	
149,000	Tribunales Estatales
5,000	Tribunales Federales
66%	Juicios penales, de los cuales:
47%	Delitos Graves
19%	Delitos menores
31%	Juicios Civiles
4%	Otros juicios

JAPÓN

Luego de haber transcurrido 10 años desde la implementación del sistema japonés de jurado popular en mayo del 2009, y teniendo en cuenta de que se trata de un sistema controvertido debido a ser caracterizado como un país que emite en su mayoría sentencias condenatorias, ha presentado las siguientes cifras de acuerdo a las causas resueltas:³²

TABLA 4. CAUSAS RESUELTAS EN JAPÓN

AÑO	DE 12.081 JUICIOS CON JURADO POPULAR:
Hasta marzo del 2019	97% de los juicios concluyeron con sentencias de culpabilidad, entre ellos: condenas con pena de muerte, 233 de prisión por período definitivo y 104 casos en los cuales se hallaron como no culpables a los procesados. Duración media de los juicios:
2009	De 3 a 7 días
Finales del 2018	De 8 a 10 días

³¹ Ver en: State of the States Survey of Jury Improvement Efforts, abril del 2007. Centro Nacional de Tribunales de los Estados. Disponible en: <https://ar.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/26/2016/02/7-10-09-anatomy-of-a-jury-trialsp-final.pdf>. Consultado el 25/11/2019.

³² Ver en: Se cumplen 10 años de la introducción del sistema japonés de jurado popular. Nippon, una ventana a Japón, publicado el 13 de junio del 2019. Disponible en: <https://www.nippon.com/es/japan-data/h00468/>. Consultado el 25/11/19.

Según lo anteriormente sustentado, podemos concluir que la implementación del juicio por jurados favorece la democratización de la justicia, aumentando la representatividad de los ciudadanos, de manera tal que el propio pueblo actúa como instrumento de control a la Función Judicial. Por ser un sistema que fomenta la integración de la sociedad a la administración de justicia, cosecha un ambiente de necesaria credibilidad y confianza ciudadana en la labor de los órganos jurisdiccionales. Su mayor aporte, radica en el fortalecimiento de la independencia judicial, tan cuestionada en nuestro sistema escrito, además de su flexibilidad que permite prescindir de excesivos tecnicismos, formalismos procesales y de la tan molesta burocratización judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARCE, R., & FARIÑA, F. (1994). *El papel del Psicólogo en la Administración de la Justicia*. Madrid: Nuevos Horizontes.
- ARCE, R., FARIÑA, F., VILA, C., & REAL, S. (1995). *Empirical Assessment of the Escabinato Jury System, Psychology, Law and Crime*. Amsterdam: Overseas Publishers Association .
- BERCHOLC, J. (2004). *La Independencia de la Corte Suprema a través del Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- BIANCHI, A. (1999). *El Juicio por Jurados, La Participación Popular en el Proceso*. Buenos Aires: DePalma.
- BOVINO, A. (1993). *El Debate en el Nuevo Código Procesal de la Nación, Análisis Crítico*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- CARVAJAL, N. (1953). *El Juicio por Jurado*. Buenos Aires: Dirección General de Publicaciones.
- CLARIA, J. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- DE LA CALLE, J. (2012). *Ensayo sobre una solución de los Problemas de la Justicia en Colombia*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, en conjunto con el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales.
- D'ORSI, L. (1973). *Nozioni di Procedure Penale*. Milano: Getim-Brezzo.
- FAIRÉN, V. (1983). *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*. Madrid: Editorial de Derecho Reunidas S.A.
- GORANSKY, M. (1993). *Un juicio sin Jurados en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto.
- HASTIE, R., PENROD, S., & PENNINGTON, N. (1986). *La Institución del Jurado en Estados Unidos: Sus intimidades*. Madrid: CIVITAS.
- JEFFERSON, T. (1853). *The Writings of Thomas Jefferson*. Virginia: Order of the Joint Committee of Congress.
- KALVEN, H., & ZAISEL, H. (1967). *The American Jury*. Washington and Lee Review Journal.
- LUJÁN, M. (2004). *Algunos Lineamientos para el Establecimiento del Juicio por Jurados en la Argentina*. Buenos Aires: Revista Electrónico de Derechos Existenciales.
- MICHEL, R. (1979). *Los Partidos Políticos*. Buenos Aires: Editorial Amorrortu.

- NACIÓN, C. S. (2003). Juicio por Jurados: un Examen desde el Derecho Comparado. Buenos Aires: Secretaría de Investigación de Derecho Comparado.
- NEVÁREZ, D. (1998). Sumario de Derecho Procesal Penal puertorriqueño. San Juan: Instituto para el Desarrollo del Derecho.
- SOBRAL, J., & ARCE, R. (1990). La Psicología Social en la Sala de la Justicia. Barcelona: Paidós Ibérica.
- SPOONER, L. (1852). Trial by Jury. Hobart&Robbins.
- TOCQUEVILLE, A. (1994). DEMOCRACY IN AMERICA. NEW YORK: LIBERTY FUND INC.
- VÁSQUEZ, J. (1984). La Presunción de Inocencia del Imputado. Barcelona: S.A. BOSCH.
- VÁSQUEZ ROSSI, J. (1998). Crisis de la Justicia Penal y Tribunal de Jurados. Rosario: Juris.
- ZAFFARONI, E. (1994). Estructuras Judiciales. Buenos Aires: Editorial Ediar.

UNA MIRADA AL ABUSO SEXUAL INFANTIL

A LOOK AT CHILD SEXUAL ABUSE

ELIA REGA FERRÁN¹, YELITZA GARCÍA BRITO²

¹ Universidad de La Habana, Cuba.

² La Habana Vieja, Cuba.

RESUMEN

El presente estudio se encaminará al análisis de aquellas formas de abuso sexual que sufren los menores de edad residentes en las provincias de Artemisa, Mayabeque y La Habana como manifestación de victimización primaria infantil, con la finalidad de elaborar propuestas de prevención para mitigar este fenómeno. Para la comprensión del contenido se realizó además un examen de su protección en instrumentos nacionales e internacionales, de los conceptos víctima, delito, abuso sexual infantil, control social entre otras, así como el estudio de casos denunciados en sede penal, explorados en el Centro de Protección a Niños y Adolescentes de la provincia de La Habana, entrevistas a expertos, especialistas en la materia, para determinar los factores criminógenos que incidieron en la materialización del flagelo; que permitieron el desarrollo de propuestas de prevención que podrán utilizarse por agentes del control social formal e informal para tributar a la disminución de este fenómeno.

PALABRAS CLAVE: abuso sexual, menores, víctima, social, delito.

ABSTRACT

This investigation aims to analyze the sexual abuse on children, residents in Cuban provinces of Artemisa, Mayabeque and Havana. The main purposes are to examine the phenomenon of primary victimization in order to make prevention proposals. Definitions about victimization, victim, crime, child sexual abuse, social control and prevention strategies, are used with the purpose of facilitating a better understanding of the content. The national and international legal framework for child protection was also revised, especially documents referring the safeguard of sexual indemnity of children. The author considered data on child sexual abuse, which have been denounced in the above-mentioned provinces in 2018, and received at the Child Protection Center, located in Havana. This study includes the result of interviews and meetings, with professionals working at the Child Protection Center in Havana and other specialists of the criminal justice sector, to identify factors directly linked with child sexual victimization. This paper concludes with some proposals on preventive measures to be implemented by social control agents, aimed to contribute to the mitigation and eradication of child sexual victimization in those regions.

KEYWORDS: sexual abuse, minors, victim, social, crimejustice.

RECIBIDO: 6/05/2019

ACEPTADO: 15/05/2019

CORRESPONDENCIA:

elia.rega@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Desde un enfoque científico, la victimología ha sido conceptualizada de manera diversa; en consecuencia, este trabajo abordará la definición que al respecto realizara Rodríguez Manzanera (1998) para quien:

...en general, la victimología puede definirse como el estudio científico de las víctimas; en este aspecto amplio, la Victimología no se agota con el estudio del sujeto pasivo del delito, sino que atiende a otras personas que son afectadas, y a otros campos no delictivos como puede ser el de accidentes. (pp. 71-72)

A la cual se suma la definición efectuada por Gómez Pérez (2016), integradora de la doctrina cubana, al afirmar que la victimología es:

...conocimientocientífico, interdisciplinario y transdisciplinario, de carácter empírico o experimental que estudia los procesos de victimización y las características bio-socio-psicológicas de las víctimas, tomando como referente La Declaración Universal de los Derechos del Hombre, porque alcanza no solo a las víctimas del crimen, sino también a las del poder político o económico, todo lo cual debe resultar funcional para proyectar la reacción social y las estrategias de prevención. (pp. 144-145)

Después de la culminación de la Segunda Guerra Mundial, en el año 1945, surgió en el campo científico de la criminología un "redescubrimiento" de la víctima, al concedérsele atención a la realidad de las personas situadas en el plano de víctimas y a la victimización como expresión de esa acción negativa que las ubicaba en tal estado. Surge así la victimología, de la cual Benjamín Mendelsohn y Hans von Hentig, fueron considerados pioneros y por ende catalogados como sus padres. El saber de la victimología comprende a la victimología infantil, cuyo objeto de estudio es el cúmulo de procesos de victimización que involucran a los menores de edad. El presente estudio se centrará en el abuso sexual infantil, desde la arista de la victimización primaria, al ser una de las formas de maltrato de menores más tardíamente estudiadas debido al secretismo de su consumación, pues raras veces ello trasciende más allá del ámbito familiar, producto de la opinión social de repudio que implica, así como de la ausencia, en muchos casos, de síntomas físicos visibles o psicológicos que denuncien tal abuso y respalden el testimonio del menor.

DESARROLLO

Resulta necesario, auxiliarse de la acepción de víctima para una mejor comprensión de la situación del menor receptor de estos tratos execrables, definiéndose en sus orígenes como víctima a "la persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio; a la persona que se expone a un grave riesgo en obsequio de otra; a la persona que padece por culpa ajena o por causa fortuita"; tal como obra contenido en la mayoría de los diccionarios. Empero,

en correspondencia con la evolución de la sociedad, este concepto fue perfilándose, hasta encontrarse a tono con la victimología, y por ello ha sido acogida la idea concebida por Mendelsohn, para quien:

...víctima es la personalidad del individuo o de la colectividad en la medida en que está afectada por las consecuencias sociales de su sufrimiento, determinado por factores de origen muy diverso: físico, psíquico, económico, político o social, así como el ambiente natural o técnico. (Como se citó en Rodríguez Manzanera, 1998, p. 57)

CONCEPTUALIZACIÓN DE ABUSO SEXUAL INFANTIL

La definición de abuso sexual infantil se sustenta en dos grandes pilares a saber, el de coerción y el de asimetría de edad, según criterios propuestos por Finkelhor y Hotaling y ratificados por López; Cantón Duarte y Cortés Arboleda, en tal sentido, realizaron una conceptualización de coerción y de asimetría de edad, entendiéndolo por la primera de ellas:

...al contacto sexual mantenido con un menor mediante el uso de la manipulación, la presión, la autoridad o el engaño, y debe ser considerada criterio suficiente para etiquetar una conducta de abuso sexual, independientemente de la edad del victimario. (como se citó en Pereda Beltrán, Abad Gil y Guilera Ferré, 2012, p. 26)

Y por asimetría de edad o desigualdad madurativa, hubo de identificarse:

...aquella que impide la auténtica libertad de decisión del menor e imposibilita una actividad sexual compartida, ya que los participantes tienen experiencias, grado de madurez biológica y expectativas sobre la relación sexual muy diferentes. (como se citó en Pereda Beltrán *et al.*, 2012, p. 26)

Asimismo, para otros autores como INTEBI y OSNAJANSKI (2006), el abuso sexual infantil consiste en:

Involucrar al niño en actividades sexuales que no llega a comprender totalmente, a las cuales no está en condiciones de dar consentimiento informado, o para las cuales está evolutivamente inmaduro y tampoco puede dar consentimiento, o en actividades sexuales que transgreden las leyes o las restricciones sociales. El abuso sexual infantil se manifiesta en actividades entre un niño y un adulto, o entre un niño y otro que, por su edad o por su desarrollo, se encuentra en posición de responsabilidad, confianza o poder. (p. 74)

La Organización Mundial de la Salud y la Sociedad Internacional para la Prevención del Abuso y Abandono Infantil (WHO & ISPCAN, 2006), emitió una definición mejorada del abuso sexual infantil, denominándola como:

La implicación de un niño en una actividad sexual que él o ella no comprenden completamente, por lo que es incapaz de dar su consentimiento informado para ello, o para lo cual el niño no se encuentra preparado desde el punto de vista de su desarrollo, o que violan las leyes o los tabúes de la sociedad. Los niños pueden ser abusados sexualmente tanto por adultos como por otros niños que, en virtud de su edad o estado de desarrollo, se encuentran en una posición de responsabilidad, confianza o poder sobre la menor víctima. (p. 10)

La coincidencia entre los conceptos vertidos por INTEBI y OSNAJANSKI y el emitido por las referidas instituciones, permite a los autores del presente trabajo afiliarse a los mismos, pues reúnen los elementos básicos para la descripción del abuso infantil, al comprender de manera general las conductas integradoras de esta figura delictiva, así como los sujetos que pueden ser autores de estos hechos, incluyendo no sólo a los adultos, sino también a otros menores, ratificándose en ambas acepciones la presencia de los elementos de asimetría de edad, el empleo de coerción y subrepción para su perpetración, así como el propósito de su comisor el cual puede estar orientado a la satisfacción personal, o a la complacencia de un tercero. No obstante, la validez de las definiciones antes citadas, es perceptible que ellas se enfocan en el espacio físico como escenario del abuso sexual, al no hacer mención expresa a la victimización que, también puede manifestarse en el ámbito virtual con el empleo de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información. Esta nueva forma de victimización originó el pronunciamiento de la comunidad internacional, mediante la Resolución No. 2011/33 "Prevención, protección, y cooperación internacional contra el uso de nuevas tecnologías de la información para abusar y/o explotar niños", en la cual se reconoció el hecho de que el abuso sexual infantil puede tener lugar tanto en el espacio físico como en el ciberespacio; percepción que viene a completar el concepto de abuso sexual infantil en las condiciones actuales (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas [ECOSOC], 2011).

CUERPOS NORMATIVOS ENCAMINADOS A LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES DE EDAD

Ante la proliferación y agudización de los maltratos a los niños, niñas y adolescentes en la actualidad, los estudios recientes han encontrado respaldo en cuerpos legales, tanto de carácter internacional como nacional, con el propósito de disminuir la victimización infantil a nivel mundial. A los fines antes apuntados, se adoptaron varios instrumentos internacionales, tanto en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, como en otros foros.

En la ONU, los principales textos orientados hacia la protección de la infancia, adoptan la forma de tratados internacionales, resoluciones de la Asamblea General, resoluciones del Consejo Económico y Social, así como otros documentos de trabajo, elaborados básicamente por el Fondo de Naciones Unidas para la Protección de la Infancia, UNICEF,

y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen, UNODC, organismos encargados respectivamente, de la atención a los menores de edad y de la protección a las víctimas del crimen, labor en la cual también participan la Organización Mundial de la Salud y otras agencias. Dentro de los tratados internacionales referidos, cabe resaltar por su importancia a la “Convención sobre los Derechos del Niño”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1989, y sus Protocolos, donde se reconocen los derechos civiles, políticos, económicos, culturales y sociales de los niños y su consecuente protección a nivel universal, cuya administración ha sido encargada a UNICEF y de la cual Cuba es Estado Parte, por haberla firmado el 26 de enero de 1990 y haberla ratificado en 1991; La “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, y sus Protocolos, conocida también como “Convención de Palermo”, cuya administración ha sido encargada a la UNODC, de la cual Cuba es parte desde el año 2000; y la “Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, de fecha 18 de diciembre de 1979, entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981.

En el ámbito de la Asamblea General de la ONU, se han aprobado varias resoluciones orientadas a la protección de la infancia y la prevención del abuso sexual infantil, entre las cuales se encuentran la Resolución No. 1386 (XIV), aprobando la “Declaración Universal de los Derechos del Niño”, de fecha 20 de noviembre de 1959; la Resolución No. 40/34, “Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, adoptada el 29 de noviembre de 1985; la Resolución No. 54/263 aprobando el “Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, contra la venta de niños, prostitución y pornografía infantil”, aprobada el 25 de mayo de 2000; la Resolución No. 55/25 que aprueba la “Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional”, de fecha 15 de noviembre de 2000; la Resolución No. 61/146 sobre “Derechos de los niños” adoptada el 19 de diciembre de 2006 y la Resolución No. 62/134 “Eliminación de la violación y otras formas de violencia sexual en todas sus manifestaciones, especialmente en situaciones de conflicto y situaciones análogas” aprobada en fecha 18 de diciembre de 2007.

En el marco del Consejo Económico y Social de la ONU, también se han aprobado instrumentos relevantes sobre la protección de la infancia y contra el abuso sexual, entre las cuales merecen ser mencionadas la Resolución No. 2005/20 “Directrices en justicia relativa a niños víctimas y testigos de crimen”, adoptada en fecha de 22 de julio de 2005; y la Resolución No. 2011/33 “Prevención, protección, y cooperación internacional contra el uso de nuevas tecnologías de la información para abusar y/o explotar niños”, aprobada el 28 de julio de 2011. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud, publicó en el año 2009 el documento titulado “Prevención de maltrato infantil: guía para tomar acción y generar evidencia”, en el que se expone una definición de abuso sexual infantil.

Otros instrumentos de interés para la protección de la infancia, son la “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, aprobada en Costa Rica, en el año 1969, que entró

en vigor el 18 de julio de 1978; y la Resolución sobre "Seguridad cibernética y derecho a la privacidad", adoptada en la Vigésimo Tercera reunión anual del Fórum Parlamentario de Asia Pacífico en fecha 14 de enero de 2015. Cuba ha realizado y continúa realizando una labor normativa para la protección de los infantes, partiendo de la recientemente aprobada "Constitución de la República de Cuba"; y otros cuerpos legales que se atemperan al contenido de la "Convención sobre los Derechos del Niño". A pesar de ello, a la fecha no existe un cuerpo legal de protección integral a las víctimas en general, y a los menores en particular, que se traduzca en programas de manejo y acompañamiento de los niños, niñas y adolescente víctimas y testigos del crimen, en aras de evitar su revictimización.

TIPOS LEGALES DE LOS DELITOS SEXUALES

En secuencia de lo expuesto, los ilícitos penales en cuestión perfectamente pueden configurarse sin contacto físico, puesto que ellos no sólo se traducen en tocamientos y/o caricias (de genitales, senos, trasero, etc.), y en coito (vaginal, anal u oral), sino que pueden consistir también, en la contemplación del cuerpo desnudo del menor; en la exhibición directa o mediante imágenes (filmicas o fotográficas), o la narración de historias de índole sexual, la masturbación del adulto ante el menor, o proposiciones, ya fueren orales o escritas de contenido obsceno. Este nuevo enfoque ha sido reconocido en las legislaciones de varios países¹ al prever diversas modalidades de abusos sexuales que contemplan como sujetos pasivos a los infantes, por ser este un fenómeno internacional requerido de pronto y efectivo tratamiento, en aras de la protección de la indemnidad o intangibilidad sexual de los mismos (REGA FERRÁN, 2018). De estas figuras delictivas, se hará mención de las más recurrentes y perniciosas a nivel mundial, y que, obviamente, atañen a los menores de edad.

Entre las figuras delictivas antes referidas se encuentran: El estupro, la pederastia con violencia, la corrupción de menores, la violación, los abusos lascivos, y el ultraje sexual. Todas estas figuras delictivas ostentan finalidad preservadora y defensora del sano desarrollo de los menores de edad mediante el disfrute de una sana infancia, a través de la salvaguarda de su indemnidad sexual, siendo estas expresiones del legislador apropiadas y consecuentes con el amparo que en tal sentido ameritan los infantes.

PROPUESTAS DE PREVENCIÓN PARA LIMITAR LA VICTIMIZACIÓN SEXUAL INFANTIL EN LA HABANA

En atención a ello, el presente trabajo procura elaborar propuestas con fines de prevención pues, producto de la aflicción de abusos sexuales de que es víctima el menor, este puede sufrir en el futuro no solo estrés post-traumático, baja o nula autoestima, depresión, retraimiento, conductas suicidas, sino, además, asimilar la violencia como una forma de relación y desarrollar un interés sexual por los niños, lo que, unido a otros factores, agudizará o atenuará, la magnitud de las secuelas. El ser humano, como sujeto bio-psico-

¹ "Notas" Algunos ejemplos de ello son ostensibles en el Código Penal de España, en el Código Penal Federal de México, en el Código Penal Francés, en el Código Penal de la Nación Argentina, en el Código Penal de Chile y en el Código Penal de Italia, entre otros.

social, permite que la estrategia de socialización,² se desarrolle, vitalicia y eficazmente, mediante el proceso de socialización³ sobre todos los miembros de la sociedad, siendo emprendida esta estrategia por los agentes del control social informal. La estrategia de prevención,⁴ tal como su nombre lo indica, tiene como finalidad prevenir, en este caso, el fenómeno criminal, y para ello se auxiliará tanto de las agencias de control social informal como de aquellas de control social formal (GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, 2016, pp. 28-34). A pesar de encontrar abrigo ambas estrategias en el control social llevado a cabo en Cuba, evidente es que las ya creadas por las instituciones en nuestro país para la mitigación de la victimización sexual infantil, no han causado el efecto pretendido pues, lejos de obtenerse una disminución de esta modalidad de abusos que aflige a los infantes, en los últimos tiempos, se percibe un tenue ascenso de la misma. Resulta necesario adoptar nuevas medidas o perfeccionar las existentes con miras a reducir de manera efectiva el abuso sexual infantil, por ello es que, en un intento por contribuir al descenso de tales sucesos ignominiosos, se exponen algunas propuestas de prevención.

PROPUESTAS DE PREVENCIÓN RELACIONADAS CON EL CONTROL SOCIAL INFORMAL

Las agencias de control social informal se encuentran integradas por la familia, la escuela, la iglesia, los medios de comunicación, la comunidad, el centro laboral, entre otras. La familia, la escuela, y los medios de comunicación se reconocen como estructuras de transmisión ideológica, cuyo rol es la reproducción social del comportamiento con fines controladores para mantener el orden social.

PROPUESTAS DE PREVENCIÓN RELACIONADAS CON LA FAMILIA

La familia, no obstante, los cambios a que esté sujeta en la actualidad, es el espacio donde el ser humano experimenta sus primeros sentimientos y los aprehende, incorpora las principales normas de conducta, vivencia sus vínculos relacionales y adquiere sus incipientes saberes; por lo que esta se convierte en el primer espacio educativo del hombre. Ella cumple tal cometido valiéndose, principalmente, de las estrategias de socialización y de prevención. Si bien, en aquellos hogares monoparentales, se torna

² GONZÁLEZ RODRÍGUEZ conceptualiza como estrategia de socialización al "proceso de la socialización, de lo que se deriva un carácter diacrónico y permanente de este; además de la bidireccionalidad (término neologista) del fenómeno representada en la relación de determinación mutua entre sociedad e individuo, el ser humano a la vez que es socializado se convierte en agente socializador, porque la sociedad influye en él y este último a su vez va a reproducir es influencia sobre la sociedad a través del tiempo, influyendo de esta manera sobre los demás."

³ Para GONZÁLEZ RODRÍGUEZ esta será definida como "una estrategia del Control Social destinada a reducir la delincuencia mediante la eliminación de sus determinantes causales y condicionantes en los niveles macro social (sociedad general), micro social (comunitario) e individual."

⁴ Para GONZÁLEZ RODRÍGUEZ esta será definida como "una estrategia del Control Social destinada a reducir la delincuencia mediante la eliminación de sus determinantes causales y condicionantes en los niveles macro social (sociedad general), micro social (comunitario) e individual."

ardua la realización, de manera simultánea, por ese progenitor que a su abrigo tiene a su prole, de las gestiones pertinentes para sustentar materialmente las exigencias de su descendencia y las necesidades del hogar, para brindar afecto, conocimientos y atenciones al menor, y además tener un control de las actividades que este realiza; ello no es justificación para la desidia ante las demandas de los infantes. Lamentablemente, de los casos estudiados, pudo constatarse que el número preponderante de víctimas de abuso sexual infantil pertenecen a familias monoparentales, aspecto que denota las carencias propias de este ámbito, reconociéndose incluso que, gran cantidad de estos casos está caracterizado por la renuncia de los padres a la responsabilidad educativa.

Esta abdicación es notoria en las conductas autoritarias, sobreprotectoras, permisivas, de delegación de responsabilidades parentales y educativas en terceras personas, y de recusación de los hijos. Las familias ensambladas también son grandes generadoras de menores víctimas de abusos sexuales pues, al acoplarse en ellas personas que no guardan vínculo alguno con el infante, propician la realización de varias modalidades de victimización, entre ellas la sexual. Nótese que, generalmente, al ser la madre del menor con quien este convive⁵ e instituir ella una nueva familia surge la figura del padrastro, máximo exponente de la victimización sexual infantil en la esfera intrafamiliar. Reconstitución de la familia que también incorpora a otros individuos quienes pueden ser familiares o amigos del sujeto que suplanta la figura paterna, primordialmente cuando la progenitora y el infante comienzan a residir en el inmueble del padrastro, aumentando así las probabilidades de abusos sexuales al menor. Entre las propuestas que pudiesen contribuir a la prevención de esta tipología de victimización se encuentra, primeramente, el reconocimiento por parte del progenitor que ostenta la guarda y cuidado del menor, en cuanto a la incursión de su persona en la dimisión, consciente o inconsciente, de las responsabilidades parentales-educativas. Una vez reconocida esa renuncia, debe procederse entonces a subsanar prontamente esa relación paterno-filial defectuosa, con el fin de que se restablezca entre ellos la confianza y una sana comunicación.

⁵ En el artículo 386 de la Ley No. 7 de fecha 19 de agosto de 1977 "Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico", se dispone que: En lo que se refiere a la guarda y cuidado provisional de los hijos, fuera del caso de que exista acuerdo entre los padres, el Tribunal se guiará para resolver, únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores, y en igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que éstos deben quedar, durante el proceso, al cuidado del padre en cuya compañía se encuentren, prefiriendo a la madre si se hallan en la de ambos, y salvo en todo caso que razones especiales aconsejen cualquier otra solución. Igual sucede en el artículo 89 de la Ley No. 1289 de fecha 14 de febrero de 1975 "Código de Familia", en el que se regula que: De no mediar acuerdo de los padres o de ser el mismo atentatorio a los intereses materiales o morales de los hijos, la cuestión se decidirá por el tribunal competente, que se guiará para resolverla, únicamente, por lo que resulte más beneficioso para los menores. En igualdad de condiciones, se atenderá, como regla general, a que los hijos queden al cuidado del padre en cuya compañía se hayan encontrado hasta el momento de producirse el desacuerdo, prefiriendo a la madre si se hallaban en compañía de ambos y salvo, en todo caso, que razones especiales aconsejen cualquier otra solución.

El representante legal del menor debe auxiliarse de ayuda especializada, ya bien en la Casa de Orientación a la Mujer y a la Familia o de facultativos de la rama de la psicología que radiquen en su centro de salud más próximo, si resultasen baldíos los esfuerzos encaminados a un progreso en la comunicación entre ellos. Es necesaria la confianza que deben depositar, tanto los ascendientes como los familiares con los que convive el menor, en este, aspecto que debe ser notorio para el infante, para así lograr de él una mejor identificación y confidencia de todos los aspectos de su vida con su padre o madre. Además, la figura guardadora deberá ser más cuidadosa al momento de seleccionar nueva pareja, y velar siempre por la relación que se entablará entre su descendencia y ese nuevo sujeto, para evitar así signos de victimización sexual infantil derivados de la desmedida confianza depositada en este. Se deberá transmitir a la prole, de manera diáfana y acorde a la edad madurativa del infante, cuales tratos debe evitar sin importar el sujeto del que provengan, así como la necesidad de comunicar inmediatamente estos tratos, sin temor alguno.

PROPUESTAS DE PREVENCIÓN RELACIONADAS CON LA ESCUELA

La escuela posee un rol importante en la instrucción integral de sus pupilos y, en especial, para la prevención de agresiones de contenido sexual de que puedan ser objeto, debiendo ser esta última cuestión tenazmente explotada. Para ello es insuficiente la impartición de asignaturas que, muy acertadamente explican desde una arista biológica el cuerpo humano y sus correspondientes sistemas, así como la sexualidad humana; si tales materias son incapaces de transmitir formas de protección que el menor puede adoptar para evadir o disminuir el abuso sexual que pueda padecer. Es preciso quebrantar las fronteras que pautan los abusos sexuales en el marco escolar y preparar a los estudiantes, mediante lecciones acordes a su fase cognitiva, para identificar este tipo de abuso y evitarlo a tiempo o, en su defecto, comunicarlo con celeridad a cualesquiera de las figuras adultas que conformen su microambiente para su ulterior denuncia; y armarlos con herramientas tales como valentía, seguridad y confianza, para lograr esta pronta información pues, muchas de estas víctimas, desconocen que están siendo objeto de victimización sexual y las que lo conocen, temen confesar aquello que les está sucediendo.

PROPUESTAS DE PREVENCIÓN RELACIONADAS CON LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LOS AVANCES TECNOLÓGICOS

Los medios de comunicación poseen una función socializadora y preventiva pues a través de ellos se difunden valores, normas, modelos de comportamiento, opiniones, y costumbres. En Cuba los medios masivos de comunicación, entendidos como la televisión, la radio y la prensa escrita, pertenecen al Estado y, por ende, su finalidad no es propagandística, comercial ni sensacionalista, como acontece en aquellos países donde estos medios tienen carácter privado. Tal peculiaridad permite la emisión de mensajes educativos, preventivos y socializadores, acordes a la función del control social infor-

mal, que son transmitidos a la sociedad en general, y que inciden, peculiarmente, en los infantes y adolescentes. Ante la incuestionable capacidad controladora que evidencian estos medios deben crearse mensajes destinados a los niños, niñas y adolescentes que, de manera translúcida y en correspondencia con la sapiencia relativa a cada edad, les inculque un sentido protector ante determinadas circunstancias que implican abuso sexual, y para ello debe exponerse, de manera didáctica, qué actos implican victimización sexual infantil y qué hacer ante ellos.

Aún y cuando nuestros medios de comunicación, especialmente la televisión, aquella a la cual la población más joven de nuestro país es asidua, ha creado una serie de programas, documentales, animados y *spots*, que transmiten mensajes destinados a los infantes, ninguno de ellos comprende información o señales de esta tipología de abuso infantil. En aras de alcanzar una educación sexual plena en Cuba, el cúmulo de estos medios de comunicación deben crear espacios para la difusión, subliminal y sin originar alarma, de mensajes para la prevención del abuso sexual infantil. Es evidente que los cambios sociales y tecnológicos han incidido en la victimización infantil, ampliando su espectro, al entrañar nuevas tipologías relacionadas, especialmente, con la modalidad de abusos sexuales que no implican contacto físico. La novedosa categoría de este abuso sexual derivado de los avances tecnológicos en los medios de comunicación, cual es la exposición involuntaria a material sexual en Internet, derrumba las fronteras entre lo público y lo privado, al suponer fácil acceso a los datos personales del cibernauta y convertirlos en públicos, o bien por comprender la publicación en la red, por cualquier usuario, de información íntima relativa a la persona que sea de su interés, información a la que podrá acceder todo aquel que lo desee. En Cuba la realidad del acceso al servicio de Internet, en este sentido, constituye un consuelo pues, producto de su carestía, es ínfimo el número de niños, niñas y adolescentes que pueden acceder a este. Situación que permite no exista una alta tasa de victimización sexual infantil a través de ella, lo que no indica la ausencia de tal abuso en aquellos infantes que puedan usar este servicio. Los padres, representantes legales o familiares con los que resida el infante, con un control constante y supervisión efectiva del contenido recopilado en los citados medios tecnológicos que pertenezcan al menor o, a través del empleo de contraseñas en los dispositivos propiedad de las figuras adultas que obstaculicen el acceso de los infantes a estos materiales sexuales, pueden propiciar una reducción del abuso sexual infantil y así proteger la sana infancia de su prole y evitar una adultificación de estos.

PROPUESTAS DE PREVENCIÓN RELATIVAS AL DEFICIENTE MANEJO DE LA EDUCACIÓN SEXUAL

Entre los objetivos del gobierno cubano, la educación sexual de la población ha encontrado espacio y, por tal, se han fabricado variados programas, de este corte educativo, que han sido difundidos por diversos medios e instituciones, ya fuere en centros educacionales, mediante charlas de expertos o documentales reproducidos en las escuelas; a través de programas televisivos y radiales que abordan este tópico; o mediante la prensa y revistas.

A pesar de tales denuedos, los programas de educación sexual, al tener como designio cardinal un encausamiento a las cuestiones de índole reproductiva, evitación de embarazos no deseados y erradicación de enfermedades de transmisión sexual, afrontan deficientemente el abuso sexual infantil y, por ende, no alertan ni previenen sobre el mismo. Cuestión que propicia la creencia general de que, de tales sucesos, están exentos nuestros infantes, reformados deben ser entonces los métodos de educación sexual que imperan en la Cuba actual, pues ante la sucesiva perpetración de tales hechos abominables contra los menores de edad evidente es que, los mismos no son del todo efectivos. La reestructuración de la educación sexual invocada debería implementarse, de forma multisectorial, donde se involucren las instituciones de educación, justicia y salud, primordialmente, y estar dirigida a la población en general, incluida la población infantil. En consecuencia deben renovarse los sistemas escolares en el sentido de que, la educación integral sobre la sexualidad, se imparta a todo lo largo del programa de estudios, pues esta forma de educación entraña y respeta los derechos humanos básicos, y suministra información basta y fidedigna que permitirá inculcar a los infantes, desde edades tempranas, el reconocimiento de su cuerpo y de aquellas acciones que impliquen vejaciones de sus derechos sexuales y las vías para procurar protección oportuna. El empleo de los medios de comunicación en tal sentido, constituye igualmente un pilar esencial, para cultivar en la población cubana, la percepción de riesgo de abuso sexual infantil y poder así dotarla de armas para su prevención, para que la familia y la comunidad en general, desempeñen un rol efectivo en la detección de este abuso y en la transmisión de este conocimiento preventivo a los menores de edad. Los infantes no deben ser exentos de tal preparación pues, generalmente, esta victimización sexual acontece en solitario, o sea, entre agresor y menor víctima, y al tener muchos de los niños y niñas abusados una edad inferior a los cinco años no pueden identificar que han sido objeto de abuso sexual, por desconocer que tales conductas son incorrectas, y por ende tal abuso en ellos puede perpetuarse, al no ser percibido ni denunciado, por lo que, deben crearse programas televisivos infantiles, animados y didácticos, contentivos de mensajes orientados a lograr que el menor, según su desarrollo cognitivo, pueda distinguir si está siendo objeto de agresión sexual y así empoderarlo.

PROPUESTAS DE PREVENCIÓN VINCULADAS AL TRATAMIENTO JURÍDICO-PENAL DEL ABUSO SEXUAL INFANTIL

No obstante, las sanciones principales contenidas en el ordenamiento jurídico penal cubano, previstas para los delitos sexuales que contengan a los menores de edad como sujetos pasivos, sería prudente adoptar otras penalidades, previstas en ley, para estos ilícitos en atención al nivel del riesgo que comporte para el infante victimizado. De cualquier manera, cabe recordar que la ya mencionada Resolución No. 2005/20 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas "Directrices en justicia relativa a niños víctimas y testigos de crímenes", encarga a los responsables del bienestar de los niños, velar porque se respeten los principios medulares reconocidos en la Convención sobre los Derechos del

Niño, a saber la dignidad y el interés superior del menor, en lo que al tratamiento de los derechos de los infantes víctimas y testigos del crimen respecta. La protección del interés superior del niño obliga, a considerar que más allá de la salvaguarda de los derechos del acusado o sancionado, todo niño tiene derecho a que se tenga en cuenta su interés como consideración primaria, lo cual incluye el derecho a protección y a la oportunidad de un desarrollo armonioso, (Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas [ECOSOC], 2005). En este sentido, y como sanción accesoria, la condena al acusado de cualquiera de las figuras delictivas tratadas en esta investigación, contenidas en nuestra ley sustantiva penal, relativa a la privación o suspensión de derechos paterno-filiales y de tutela resulta acertada, para los supuestos en que el autor de los hechos sea el ascendiente o representante legal del infante; así como la prohibición, con carácter permanente, del ejercicio del magisterio o de cualquier otra función de dirección de la juventud de ser los responsables de los actos de abuso sexual infantil previstos en la ley, aplicable a maestros o encargados en cualquier forma de la educación o dirección de la juventud. Pero en los hechos en que el autor de este tipo de delito sea otro de los familiares del niño, niña o adolescente, ya bien por consanguineidad o por afinidad y que, por tanto, no les asiste derecho a la patria potestad o tutela, o se trate de un vecino del infante abusado, atinado sería decretarle la prohibición de frecuentar lugares determinados, como pudiese ser la residencia del menor o su centro de enseñanza, sanción accesoria esta de no aplicación a la fecha por los órganos juzgadores. En defecto de ello, las medidas de seguridad posdelictivas pudiesen emplearse con la finalidad de evitar una nueva vinculación del infante con el agresor. Pues, no es favorable al infante la revinculación del predecesor que fue sancionado por esta tipología de abuso contra su progeñe, entendiéndose por tal el "intento de reconstituir o constituir un vínculo paterno-filial que, por razones de su funcionamiento anterior, ha sido suspendido o limitado como un modo de proteger al niño de un daño o del riesgo de un daño para su desarrollo psicofísico" (GANDUGLIA, 2016, p. 149). Asimismo, sucede con el acercamiento o relación posterior del agresor, ya fuere por ser vecino o miembro de la familia del menor victimizado con este, debe ser un aspecto seriamente considerado por aquellos profesionales encargados de la protección de la salud del infante pues, este nuevo contacto con el menor puede significar nuevas victimizaciones para su persona o malestar emocional. En el supuesto que el agresor conviviese, previo a los hechos, en el mismo inmueble que el niño, niña o adolescente objeto de abuso sexual, debe ordenarse que el victimario cambie de domicilio para evitar que, cuando aquel egrese del establecimiento penitenciario, retorne a convivir con el infante y se perpetúe así la revictimización de este. Ante aquellos casos en que el agresor es el propietario del inmueble donde residiese el menor victimizado, la normativa vigente no permite realizar actuación alguna, por lo cual es aconsejable efectuar una revisión normativa en aras de adoptar una solución que permita evitar una nueva relación entre estos posterior a la extinción de la sanción, de carecer el menor abusado sexualmente de otro lugar de residencia distinto al del agresor, aunque tal solución

a adoptar implicase la pérdida de titularidad dominica inmobiliaria por parte del agresor, en cumplimiento de la obligación de proteger el interés superior del niño.

CONCLUSIONES

- PRIMERA: el comportamiento del abuso sexual infantil en los últimos cinco años en las provincias de La Habana, Artemisa y Mayabeque tiene estadísticas tendentes al ascenso.
- SEGUNDA: las tipologías de abuso sexual infantil denunciadas en las provincias de La Habana, Artemisa y Mayabeque en el año 2018 fueron, abusos lascivos, corrupción de menores, ultraje sexual, violación, pederastia y estupro; las víctimas fueron fundamentalmente del sexo femenino, que formaban parte de familias monoparentales o extendidas y los hechos en su mayoría fueron ejecutados por personas próximas al menor de edad.
- TERCERA: del análisis de las entrevistas a los expertos y especialistas, pudo conocerse que, a pesar de los esfuerzos realizados por el Estado cubano, es necesario perfeccionar la educación sexual de la población cubana, con la inclusión de los temas relacionados con el abuso sexual infantil.
- CUARTA: los agentes del control social informal, fundamentalmente la familia, la escuela y los medios de comunicación, han tenido un papel deficiente en la prevención de esta tipología de victimización infantil.
- QUINTA: de las entrevistas realizadas a los jueces del Tribunal Provincial Popular de La Habana se percibe que la sanción accesoria relacionada con la prohibición de frecuentar medios o lugares determinados, al momento de emitir pronunciamiento sancionatorio no se aplica para brindar protección efectiva a los infantes abusados.
- SEXTA: se observa que no existe en todos los casos plena percepción de la importancia del control y supervisión parental por parte de representantes legales o familiares con los que reside el infante, especialmente con respecto al contenido recopilado en los medios tecnológicos a los cuales tiene acceso el menor de edad.

RECOMENDACIONES

- PRIMERA: se sugiere al Centro de Protección a Niñas, Niños y Adolescente, ubicado en La Habana, Cuba:
 - Establecer acciones de prevención integral para evitar la comisión de delitos contra los menores de edad y, de no ser pertinente la modificación de su misión en tal sentido, modificar entonces el nombre de la referida institución hacia Centro de Protección a Niñas, Niños y Adolescentes Víctimas.
 - Crear mecanismos de trabajo para obtener de los órganos de instrucción penal, las informaciones de interés relativas a los factores criminógenos del

agresor sexual para el análisis de los casos de menores víctimas de abuso sexual infantil, en aras de no fracturar las acciones futuras de protección y prevención de esta tipología de victimización infantil.

- SEGUNDA: se sugiere a la Casa de Orientación a la Mujer y a la Familia
 - Contribuir al fortalecimiento, mediante diálogos, del rol de las familias, en cuanto a la sana comunicación que debe existir entre sus miembros, y la confianza que debe depositar esta en el menor de edad.
 - Incidir mediante charlas, conferencias, y otras formas, en una toma de actitud más selectiva por parte de la figura guardadora del menor al momento de elegir nueva pareja o de confiar el cuidado del menor a terceras personas.
 - Trabajar por desarrollar en los representantes legales y demás personas con las que resida el niño, niña o adolescente, ya sean consanguíneos o afines, las habilidades para controlar el contenido de los dispositivos de comunicación o tecnológicos a los que tengan acceso los menores de edad.
- TERCERA: se sugiere al Instituto Cubano de Radio y Televisión y al Ministerio de Cultura:
 - Crear y divulgar programas televisivos infantiles, animados y didácticos, en coordinación con el Ministerio de Salud Pública y el Ministerio de Educación, consecuentes con el desarrollo cognitivo del infante, que le permitan desde edades tempranas, detectar las situaciones de abuso sexual y les confieran herramientas para evadir estas.
- CUARTA: se sugiere al Ministerio de Educación:
 - Ofrecer al personal del sector una formación especializada, para la prevención, identificación y manejo de los casos de abuso sexual infantil.
 - Analizar la posibilidad de que se incorpore a los planes de estudios, en todos los niveles de enseñanza, los tópicos relacionados con el abuso sexual infantil y las vías para recibir asistencia y protección adecuada en los casos que se requiera.
- QUINTA: se sugiere al Tribunal Supremo Popular:
 - Exhortar a los jueces a que valoren la posibilidad de emplear la sanción accesoria de prohibición de frecuentar medios o lugares determinados, prevista en el Código Penal cubano, con el objetivo de evitar una nueva vinculación entre el menor abusado y el agresor.
- SEXTA: se sugiere al Ministerio de Justicia:
 - Efectuar una revisión normativa integral, para valorar la posibilidad de adoptar soluciones que permitan evitar una nueva relación entre el menor víctima de abuso sexual y el agresor, durante la sustanciación del proceso penal y luego de la extinción de la sanción; en aquellos casos en que el menor víctima careciera de otro lugar de residencia distinto al domicilio del agresor, incluir como medida excepcional la posibilidad de imponer la pérdida de titularidad

dominica inmobiliaria por parte del agresor, en observancia del interés superior del niño.

- Valorar, en el futuro, la aprobación de una norma especial y la consiguiente implementación de programas para la detección, el manejo y el acompañamiento de los menores de edad que resulten víctimas y/o testigos del crimen, en general, con el objetivo de evitar su revictimización.
- Valorar la conveniencia de ofrecer principalmente a jueces, fiscales y abogados, una formación especializada para la atención a los casos de abuso sexual infantil y fundamentalmente a través de los cursos de formación y acreditación *online* que de manera gratuita se encuentran disponibles en el sitio www.unodc.org.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GANDUGLIA, ALICIA H. (2016). *Revinculación: una nueva oportunidad... ¿para quién?; Abuso sexual en la infancia*. Cuba: Compilador VOLNOVICH, Jorge R., Editorial CENESEX.

GÓMEZ PÉREZ, ÁNGELA. (2016). *Victimología; Criminología*. Cuba: Coordinadora DE ARMAS FONTICOPA, Tania, Editorial Félix Varela.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, MARTA T. (2016). *Control Social desde la Criminología; Criminología*. Cuba: Coordinadora DE ARMAS FONTICOPA, Tania, Editorial Félix Varela.

PEREDA BELTRÁN, NOEMÍ; ABAD GIL, JUDIT Y GUILERA FERRÉ, GEORGINA. (2012). *Victimología del desarrollo Incidencia y repercusiones de la victimización y la polivictimización en jóvenes catalanes*. España: Publicado en Internet: www.ub.edugreviaassetsvictimologia_desenvolupament_cast.pdf, consultado en fecha 26 de octubre de 2017 a las 8:00 p.m.

REGA FERRÁN, ELIA ESTHER. (2018). *Estudios sobre el Código Penal cubano en el XXX Aniversario de su vigencia. Logros y perspectivas*. Cuba: Editorial UNIJURIS.

RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS. (1981). *Criminología*. México: Segunda edición. Editorial Porrúa. S.A. AV. República Argentina.

The Economic and Social Council of United Nations. (2005). *Resolution 2005/20 Guidelines on Justice in Matters involving Child Victims and Witnesses of Crime*. Publicado en Internet: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKewivz92DqYDiAhUDA6wKHbm-0BhAQFjAAegQIBhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.un.org%2Fecosoc%2Fsites%2Fwww.un.org.ecosoc%2Ffiles%2Fdocuments%2F2005%2Fresolution-2005-20.pdf&usg=AOvVaw0ChFKCfdT4eH3-WuOFAQVY>, consultado en fecha 3 de mayo de 2019 a las 5:29 pm.

The Economic and Social Council of United Nations. (2011). *Resolution 2011/33 Prevention, protection and international cooperation against the use of new information technologies to abuse and/or exploit children*. Publicado en Internet: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=2ahUKewiS3riogoDiAhVDMawKHD-DCDB0QFjADegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.unodc.org%2Fdocuments%2Fcommissions%2FCCPCJ%2FCrime_Resolutions%2F2010-2019%2F2011%2FECOSOC%2FResolution_2011-33.pdf&usg=AOvVaw0K7HBoBJqsRErQS88WzeDc, consultado en fecha 3 de mayo de 2019 a las 2:51 p.m.

World Health Organization and International Society for Prevention of Child Abuse and Neglect (ISPCAN). (2006). *Prevención de maltrato infantil: guía para tomar acción y generar evidencia*. Publicado en Internet: https://scholar.google.com/cu/scholar?q=Preventing+Child+Maltreatment:+A+Guide+to+Taking+Action+and+Generating+Evidence&hl=es&as_sdt=0&as_vis=1&oi=scholar, consultado en fecha 3 de mayo de 2019 a las 2:05 p.m.

PRINCIPALES FACULTADES Y DERECHOS DE LOS ACCIONISTAS

MAIN POWERS AND RIGHTS OF SHAREHOLDERS

PAOLA PINOARGOTE VÁZQUEZ

Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

RESUMEN

En este artículo se enfocan los derechos fundamentales que adquieren los integrantes de las compañías cuando estos llegan a conformarlas, especialmente nos referiremos a las denominadas sociedades de comercio. En retribución al capital aportado a las sociedades, en cualquiera de las formas contempladas en la ley, los inversionistas reciben una determinada cantidad de beneficios de naturaleza política o patrimonial. Revisaremos el contenido de algunos de estos derechos, desde la perspectiva jurisprudencial española que será citada, así como también se incluye la comparación con normativa societaria de España y Brasil relacionada con el asunto. Con respecto a la realidad jurídica ecuatoriana, analizaremos también las Doctrinas Jurídicas emitidas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, relacionadas con el ejercicio de los derechos de los accionistas.

PALABRAS CLAVE: derechos, accionistas, compañías.

ABSTRACT

This article focuses on the fundamental rights acquired by the members of the companies when they conform it, especially we will refer to the so-called trading companies. In return for the capital contributed to the companies, in any of the ways contemplated in the law, the investors receive a certain amount of benefits of a political or patrimonial nature. We will review the content of some of these rights, from the Spanish jurisprudential perspective that will be cited, as well as the comparison with corporate regulations of Spain and Brazil related to the matter. With respect to the Ecuadorian legal reality, we will also analyze the Legal Doctrines issued by the Superintendence of Companies, Securities and Insurance, related to the exercise of the rights of the shareholders.

KEYWORDS: shareholders, rights, companies.

INTRODUCCIÓN

Partiendo de esta premisa realizaremos una enunciación de los principales derechos que acompañan a la calidad de socio o accionista, desde el momento que suscriben el contrato social o adquieren participación en una compañía.

Los derechos de los accionistas, entre otras clasificaciones que realiza la doctrina¹, se dividen en a) derechos políticos y b) derechos patrimoniales o económicos. *“Los derechos políticos son aquellos mediante los cuales el accionista ejerce los mecanismos que le permiten asegurarse de que la actividad social está efectivamente encaminada a la obtención de rendimientos adecuados. A través de los derechos políticos, al tener injerencia en la marcha social, posibilitan al accionista que pueda obtener de su capital el mayor rendimiento posible”. En cuánto que los derechos patrimoniales son “los que corresponden con el interés del accionista de obtener un beneficio a través de la actividad desarrollada por la sociedad”*²

Entre los principales y más discutidos derechos que adquieren los accionistas, conjuntamente con sus obligaciones al momento de formar parte de una sociedad, tenemos la participación en la toma de decisiones, así como en la distribución de las ganancias que obtuviere la compañía, tomar conocimiento de los asuntos que atañen al desarrollo del negocio social, participar en el incremento del volumen del negocio y de la distribución del patrimonio social en caso de liquidación, entre otros.

EL DERECHO A PARTICIPAR EN LAS DECISIONES SOCIALES

En proporción al valor de su acción, el socio o accionista ejerce este derecho por medio de la votación en las propuestas efectuadas por el órgano de administración de la compañía, el cual deberá manejarse siempre dentro de los límites establecidos por el contrato social, además deberá siempre procurar la búsqueda de las mejores oportunidades para el desarrollo de los negocios sociales y no priorizar la atención de intereses particulares, respetando el denominado deber de lealtad³.

El deber de lealtad, se manifiesta en todos los aspectos de la intervención de los socios o accionistas, impidiendo la competencia de éstos con la sociedad de la cual forman parte, o la divulgación de cuestiones inherentes a la administración o también de los secretos industriales y/o de las operaciones comerciales que la compañía efectúa.

Previo al ejercicio del derecho a participar en la toma de decisiones sociales, los socios o accionistas deben ser convocados debidamente por el administrador de la sociedad, en la forma prevista en los estatutos sociales, siendo este un derecho que no admite transacción,

¹ BALBÍN, SEBASTIÁN. Curso de Derecho de las Sociedades Comerciales. Pg. 298.

² AMICO, MATEO. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo I. Derecho Societario. Segunda Edición. Pg. 433

³ NISSEN, RICARDO A. Curso de Derecho Societario. Capítulo X: Derechos y Obligaciones de los Socios. Pg. 198. Editorial AD-HOC 2006.

por ser irrenunciable así lo entiende la doctrina societaria No. 32⁴ de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros del Ecuador. Además, por estar vinculado este derecho con la obligación de los administradores de realizar la convocatoria debidamente, cuyo incumplimiento implicaría negligencia en el desempeño de su cargo.

El derecho de participar en las decisiones sociales, es la expresión de la democracia que debe existir en las sociedades, en virtud de la igualdad que debe primar en los órganos colectivos, con mayor razón cuándo esta participación se fundamenta en una fracción de capital que se tuvo la voluntad de suscribir o adquirir posteriormente. Recordemos que las compañías fueron el prototipo de los países que escogieron la democracia como sistema de gobierno⁵, por tener una estructura en la cual se promueve la participación activa mediante la voz y el voto de todos sus integrantes.

En uso de esta facultad, el socio o accionista participa activamente en el gobierno de la sociedad deliberando sobre el destino de los bienes de la compañía, repartición de los beneficios sociales, aprobación de estados financieros, reformas al contrato social, así como también en la designación o destitución de los administradores y representantes de la misma, entre otras actividades; recalándose que a la vez de un derecho de los miembros de la sociedad también constituye una obligación que es la de coadyuvar con el buen desempeño de la sociedad para alcanzar los resultados pretendidos con el ejercicio de la actividad económica de la misma.

El hacer uso del derecho a intervenir en las decisiones que atañen a la empresa como tal, parece más importante cuándo se trata de sociedades de personas o sociedades de capital cerrado o conformadas con pocos socios o accionistas, destacándose en estas hipótesis la asistencia a las asambleas para proponer ideas para mejorar la ejecución de los negocios sociales, así como la participación activa por medio del voto, en vista que el manejo de la empresa en estos casos es más cercano o personal.

En el lado opuesto, tenemos a las sociedades de capital abierto o que cotizan sus acciones en la bolsa de valores, quienes ostentan un capital que se divide en gran cantidad de acciones que son ofrecidas al público en general. En este tipo de sociedades la presencia o ausencia de los accionistas no será significativa para la toma de decisiones en torno al desarrollo del negocio social o para la designación de sus órganos directivos

⁴ DOCTRINA No. 32: RENUNCIA DE LOS ACCIONISTAS AL DERECHO A SER CONVOCADOS A JUNTA GENERAL. - “... ¿Constituirá, por tanto, un derecho renunciable este de ser convocado? Para pronunciarse al respecto, hay que considerar que, como contrapartida de este derecho, existe la obligación del administrador de la compañía de convocar en la forma que determina la ley, a las juntas generales. Por ello, no resulta suficientemente claro que sea posible renunciar ni a un derecho al que la ley ha revestido de cierta solemnidad, ni a una obligación legal correlativa, que acarrea responsabilidad a quien dejara de cumplirla, por más que este derecho y esta obligación, por lo menos en su faz más notoria, miren o se refieran al estricto interés de los particulares...”

⁵ Micklethwait John & Wooldridge Adrian. A Companhia, Breve história de uma idéia revolucionária, pp. 237 ss.: “No século XIX a companhia se transformou de instrumento de governo em uma “pequena república” em si mesma, encarregada de gerir seus próprios negócios e enriquecer seus acionistas”

que generalmente obedecerán a otra estructura y serán en un mayor número que en las sociedades de personas y en las de capital cerrado.

En las sociedades de capital abierto, a decir de los doctrinarios⁶, no existe *affectio societatis*, o ánimo que inspira el espíritu de colaboración de quien se reúne en torno a una idea de negocio, sino que se trata de inversionistas que procuran obtener un lucro en el menor tiempo posible, en caso de no conseguir su objetivo seguramente enajenarán sus acciones.

Los accionistas que participan en este tipo de compañías muchas veces no se conocen, ni se relacionan entre ellos, así como tampoco tienen mucho interés en concurrir a las asambleas, ni participar en las deliberaciones sociales.

EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A FISCALIZAR LOS NEGOCIOS SOCIALES

Estos derechos que pudieren parecer diferentes en cuanto a su enunciación, corresponden a una misma actividad de los socios o accionistas y de igual importancia para efectos de mantenerse al día sobre el desarrollo del normal y legal funcionamiento del giro de la compañía.

La información comprende la facultad que tiene el socio o accionista para poder examinar la documentación especialmente los libros sociales que forman parte de la compañía, la cual debe ejecutarse de una forma que no obstaculice la labor de los administradores; especialmente cuándo se lo hiciere de una forma rutinaria y no porque exista alguna sospecha de un manejo negligente o que involucre malas prácticas de comercio, que pudieren menoscabar la imagen de la compañía y generar algún tipo de responsabilidad para sus integrantes.

Por otra parte, los gestores de la compañía están en el compromiso de entregar la información requerida, de forma oportuna y ordenada, en cualquier tiempo que fuere solicitada por los accionistas; teniendo en cuenta el interés social, respecto del cual debe hacerse la consecuente evaluación de la información que deba proporcionarse al accionista, principalmente para que pueda intervenir con el debido conocimiento sobre los asuntos a tratarse en las asambleas, contribuyendo con interrogantes o soluciones que coadyuven al mejor funcionamiento de la compañía.

Así mismo, y en miras a fortalecer el interés social, los denominados “secretos industriales o comerciales”, no están comprendidos dentro de la esfera de lo que necesita ser conocido por los socios o accionistas, para evitar su propagación o discusión en manos de terceros que podría conducir a un perjuicio para el desarrollo y éxito de la actividad económica de la compañía.

⁶ NISSEN, RICARDO A. Curso de Derecho Societario. Capítulo X: Derechos y Obligaciones de los Socios. Pg. 197. Editorial AD-HOC 2006.

Queremos acotar que, actualmente en algunas legislaciones, como la española⁷, existe la obligación de tener una página web para las sociedades que cotizan en bolsa, siendo potestativo para las otras sociedades. En dicha página deberá constar la información veraz referente a las compañías, de esta manera, las personas que pretendan contratar con determinada sociedad podrán conocer su estado financiero.

En la normativa ecuatoriana, no existe disposición referente a la creación de una página web de la compañía, que otorgue información sobre la situación de ésta. Sin embargo, en la web institucional de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que es el órgano de control de las sociedades mercantiles; existe información de acceso público sobre las compañías sometidas a su control, la cual se mantiene actualizada con las informaciones que tienen la obligación de proporcionar a este organismo, los representantes legales de las mismas.

Si los terceros, tienen esta ventaja de estar dotados del conocimiento del estado real de una sociedad, con mayor razón deberían tener derecho a la información las personas que han invertido su patrimonio para participar de una sociedad.

Del análisis del carácter de estas normas que pretenden la transparencia de la información de las compañías, debemos colegir que los integrantes de la sociedad deben estar informados sobre los procedimientos y cumplimientos de las normas societarias y contables que las compañías deben observar; puesto que el incumplimiento pudiere ser motivo de responsabilidad para los socios o accionistas, que no podrán oponer su desconocimiento frente a esta situación en caso de presentarse alguna disociación de la realidad de la situación de la compañía para obtener un provecho.

Al respecto, citamos un pronunciamiento de los tribunales españoles,⁸ emitiendo su criterio sobre la obligación de los órganos de administración de la compañía de dotar al socio de la información que requiera, para que puedan precautelar sus intereses, especialmente en defensa de los socios minoritarios.

En uso del derecho de información, los socios o accionistas deben tener conocimiento anticipado de los temas que serán tratados en la Junta General a la cual fueron convocados y sobre los cuales se dilucidará, para que puedan presentar su postura de una manera eficiente que aporte al progreso social.

En cuanto a la fiscalización de los negocios sociales, estimada como una rendición de cuentas que tienen que hacer los administradores de las compañías a su mandante que

⁷ Ley de Sociedades de Capital de España. Sección 4ª Página web. Artículo 11 bis. Página web de la sociedad

⁸ SENTENCIA 439/2013. Id Cendoj: 08019370152013100445, expedida por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección: 15. Recurso No. 705/2012. F.J. Séptimo cita el pronunciamiento que consta en la STS de 19 de septiembre de 2013: "19. Por tanto, el TS no solo conecta el derecho de información con el legítimo ejercicio del derecho de voto sino que también lo pone en relación con la defensa de los intereses del socio, particularmente en los supuestos en los que los mismos pueden verse amenazados por encontrarse en una posición minoritaria dentro de la sociedad".

es la Asamblea como máximo organismo social, con la frecuencia mínima de una vez al año, existen disposiciones legales similares en la mayoría de las legislaciones, sobre el conocimiento y discusión de los informes de los administradores; aprobación de los estados financieros y resultados económicos, que deberá realizarse cada año luego de la finalización del ejercicio económico respectivo, mediante la instalación de una asamblea convocada específicamente para el efecto.

Esta asamblea tiene especial relevancia, porque mediante las demostraciones financieras de la compañía se puede tener conocimiento de su situación económica financiera y los cambios patrimoniales que hubiere experimentado, reflejando los índices de liquidez, lucro obtenido y nivel de endeudamiento⁹, permitiendo aplicar los correctivos si fuere pertinente para mejorar la liquidez de la compañía, evitando ubicarse en causal de disolución y liquidación.

EL DERECHO A PARTICIPAR EN LA DISTRIBUCIÓN DE UTILIDADES Y DE LA DISTRIBUCIÓN DEL ACERVO SOCIAL EN CASO DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

Dentro de los derechos de carácter patrimonial o económico, está comprendido el derecho a recibir las utilidades que resultaren del ejercicio económico del año inmediato anterior, cuando así fuere decidido por la junta general de socios o accionistas.

Cuando los asistentes a la junta decidieren que no se repartan las utilidades éstas pasarán a formar parte de las cuentas contables correspondientes para capitalizar¹⁰ la compañía, debiendo reflejarse en el estado de situación financiera.

No obstante, según señala la Doctrina Societaria 112¹¹, basta con que un solo socio o accionista que ostentare el derecho a voto, expresare su deseo que los beneficios obtenidos en el año anterior sean repartidos, para que la Junta General acuerde su reparto en las proporciones indicadas en la Ley.

La distribución de las utilidades que es la repartición de la ganancia obtenida, está condicionada al presupuesto que la compañía hubiere generado saldos a favor, luego de

⁹ TAVARES BORBA, JOSÉ EDWALDO. DIREITO. SOCIETÁRIO. Editorial Renovar, 9ª edição. Pg. 433.

¹⁰ Ley de Compañías de Ecuador. Artículo 297.- inciso 7: *“Todo el remanente de las utilidades líquidas y realizadas obtenidas en el respectivo ejercicio económico por los emisores cuyas acciones; se encuentren inscritas en el Catastro Público del Mercado de Valores, que no se hubiere repartido o destinado a la constitución de reservas legales y facultativas, deberá ser capitalizado.”*

¹¹ DOCTRINA No. 112: BENEFICIOS LIQUIDOS ANUALES: REPARTO MINIMO Y CIERTOS ASPECTOS TRIBUTARIOS.- *“...Pero tal modificación es muy indirecta, pues aún sigue bastando el voto de una sola participación o de una sola acción con derecho a voto para que la Junta General se vea obligada a acordar el reparto mínimo de por lo menos el 50% de las respectivas utilidades líquidas del año correspondiente, con la diferencia de que, junto a tal acuerdo, la Junta también puede resolver el aumento de capital por compensación de los créditos que se produjeron por los dividendos no retirados, siempre que los socios o accionistas que no los retiraren dejen constancia expresa de su conformidad en que esos créditos suyos (por aquellos dividendos no retirados) se apliquen al pago de las nuevas acciones que a ellos les correspondan en el respectivo aumento de capital; para lo cual en la práctica será siempre necesario que la administración haya previamente auscultado el futuro comportamiento de los socios o accionistas, con el fin de contar en su momento con los suficientes elementos de juicio que hagan factible el aumento de capital...”*

haber separado lo correspondiente al patrimonio que no es parte de los beneficios que deben distribuirse, realizar todos los pagos e inversiones correspondientes y constituir las reservas de capital, por lo que se configurará este derecho cuando hubiere un remanente debiendo consistir en una utilidad líquida y realizada¹².

No es pertinente que exista un acuerdo de la asamblea de socios o accionistas para repartir los beneficios resultantes del ejercicio económico cuando éstos se hubieren calculado sin haberse atendido a las deudas correspondientes del giro normal de la empresa en el ejercicio de su actividad económica, o cuando no se hubiere considerado el déficit patrimonial que está afectando a la sociedad. Esto puede concluir en una necesidad de reducción de capital, por verse afectado el valor del capital social suscrito, tal como se indica en la sentencia española¹³ que contiene un fallo en el que se considera que no debió haberse suscitado la repartición de los beneficios porque aunque concurrieron los supuestos legales necesarios, no se consideró las circunstancias desfavorables por las que estaba atravesando el negocio.

Para que ocurra la repartición de las utilidades netas de la compañía, se necesita la concurrencia de dos presupuestos: El primero está subordinado a que haya beneficios para repartirse y el segundo que sea aprobada su distribución por la asamblea general de socios o accionistas, sin vulnerar los otros aspectos que pudieren impedir que la compañía siga ejerciendo su objeto social.

Si se genere una conclusión adversa en el ejercicio económico del año inmediatamente anterior, el derecho de percibir los beneficios se transformará en una obligación para los socios o accionistas, esto es, cuando no se hubieren producido ganancias en el ejercicio económico finalizado. En este caso, los socios o accionistas deberán soportar las pérdidas en una proporción similar al capital que hubieren suscrito.

Mientras la compañía siga ejerciendo su actividad económica, esta pérdida, no corresponderá a un valor fijo, porque no hay nada que repartir, sino que será un valor calculable, en caso se llegare a suscitar la necesidad de liquidar a la persona jurídica. Esta condición de pérdida, se verá reflejada con respecto a la gestión global del negocio, que

¹² CABANELLAS DE LAS CUEVAS, GUILLERMO. Derecho Societario. Parte General. Los Socios, Derechos, Obligaciones y Responsabilidades. Tomo V, pp. 89 ss.: “Las utilidades líquidas y realizadas suponen una expansión en el patrimonio societario, plenamente determinable en dinero y definida en base a operaciones que, conforme a las reglas contables utilizadas, han dado lugar a la incorporación definitiva del incremento patrimonial a la sociedad.”

¹³ SENTENCIA 428/2014, expedida por el Tribunal Supremo, Sala Primera De Lo Civil el 24 de julio de 2014. Recurso No. 2912/2012. F.J. Décimo octavo: “...También cabría apreciar el perjuicio en otras hipótesis en que, si bien formalmente se cumplían todas las previsiones legales, de hecho, por las significativas pérdidas sufridas por la sociedad en los primeros meses del ejercicio en curso, al tiempo de aprobarse las cuentas del anterior y de acordarse la distribución de beneficios, se ha producido un drástico deterioro de la situación patrimonial de la sociedad, de modo que su patrimonio neto ya no alcanza la cifra del capital social o no lo hará como consecuencia del reparto de beneficios, o bien ha devenido o devendría en estado de insolvencia. En estos casos podría rescindirse el acuerdo de distribución de beneficios, totalmente, si el perjuicio alcanza a la totalidad del importe reconocido a los socios, o de manera parcial, hasta el montante a que ascienda el perjuicio.”

ocasionará que la compañía se ubique en una circunstancia peligrosa; debido al incremento en el riesgo empresarial, provocará un impacto negativo y desconfianza en el mercado.

Aunque esto tampoco debería ser motivo de alarma, si consideramos que el mundo de los negocios tiene una naturaleza dinámica, mutable y sobretodo es dependiente de la realidad externa, considerando como ésta a los clientes del negocio; sin restar importancia a la situación económica del país o región en la cual estuviere establecido. Sin embargo, de no subsanarse este estado de pérdidas de la compañía, podría producirse una necesidad de reducción de capital o de disolución y liquidación.

De ocasionarse la necesidad de disolución¹⁴ y liquidación de la compañía, se origina otro de los derechos de los socios o accionistas, que es el de participar en la distribución del patrimonio de la compañía cuando sus integrantes reunidos en junta general llegaren a acordar el cierre de sus operaciones mercantiles o cuando estuviere en causal¹⁵

¹⁴ TAVARES BORBA, JOSÉ EDWALDO. *Direito Societário. “A dissolução não extingue a sociedade, mas tão-só determina o início do processo de liquidação, no final do qual, aí sim, a sociedade se encerra”*. Editorial Renovar, 9ª edição. Pg. 453.

¹⁵ En el caso de Ecuador, según el artículo 361 de la Ley de Compañías, el organismo de control tiene la facultad de declarar la disolución de las compañías en ciertos casos: “La o el Superintendente, o su delegado, podrá, de oficio, declarar disuelta una compañía sujeta a su control y vigilancia cuando:

1. Exista imposibilidad manifiesta de cumplir el objeto social para el cual se constituyó o por conclusión de las actividades para las cuales se constituyó;
2. La sociedad inobserve o contravenga la Ley, los reglamentos, resoluciones y demás normativa expedida por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera o la Superintendencia, según corresponda, o los estatutos de la sociedad;
3. La sociedad cuya intervención ha sido dispuesta por la Superintendencia, se niegue a cancelar los honorarios del interventor o no preste las facilidades para que este pueda actuar;
4. La compañía obstaculice o dificulte la labor de control y vigilancia de la Superintendencia o incumpla las resoluciones que ella expida;
5. La compañía tenga pérdidas que alcancen el 60% o más del capital suscrito y el total de las reservas; o,
6. No haya superado las causales que motivaron la intervención de la sociedad, previo informe del área de control de la Superintendencia que recomienda la disolución”. En otras legislaciones como la española y la brasilera, se requiere la intervención judicial para disolver una sociedad: Código Civil Brasileiro. Artigo. 1.034. “A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: I - anulada a sua constituição; II - exaurido o fim social, ou verificada a sua inexistência”. Ley de Sociedades de Capital de España. Artículo 362. “Disolución por constatación de la existencia de causa legal o estatutaria. Las sociedades de capital se disolverán por la existencia de causa legal o estatutaria debidamente constatada por la junta general o por resolución judicial”.

de disolución o liquidación de acuerdo a la normativa imperante, para lo cual deberá elaborarse el respectivo balance de pérdidas y ganancias¹⁶.

Una vez cumplido con la elaboración del estado de pérdidas y ganancias final, se dará inicio a la etapa de liquidación de la sociedad¹⁷. El liquidador tiene el deber de verificar el patrimonio existente y las deudas de la sociedad, para procurar satisfacer las acreencias que se hubieren producido durante la vida de la compañía, tomando en consideración la correspondiente prelación de créditos.

Luego de cumplido este proceso, se deberá instaurar la junta de socios para deliberar sobre la repartición en caso de haberlo de la cuota que corresponderá a cada socio o accionista en proporción a su participación en el capital social, además de lo que hubiere producido la sociedad durante su vida jurídica.

EL DERECHO DE PREFERENCIA A SUSCRIBIR NUEVAS ACCIONES EN EL CASO DE AUMENTO DE CAPITAL

El derecho de preferencia, tiene particular relevancia dentro de los derechos políticos de los socios o accionistas por vincularse con la oportunidad que tienen de adquirir más participación en la compañía, en todo sentido, tanto en la toma de decisiones como en la repartición de beneficios.

Este derecho consiste en la opción que tienen los socios o accionistas de aumentar su participación en el capital social de la compañía, cuando los accionistas reunidos en asamblea hubieren tomado la decisión de fortalecer y expandir sus operaciones comerciales, mediante un incremento del capital social. Sabemos que una menor cantidad de participación, ata al socio o accionista a las decisiones de la mayoría. Sin embargo, un accionista minoritario en ejercicio del derecho de preferencia pudiere llegar a tener un mejor posicionamiento en la compañía, en caso que otros socios o accionistas decidieren no hacer uso de su correspondiente preferencia.

Se considera que el derecho de preferencia es uno de los fundamentales, que derivan de la calidad de accionista por lo que no se puede privar de su ejercicio a los accionistas de

¹⁶ FERNÁNDEZ ADRIO, ÁNGEL. CUESTA TERÁN, ÁLVARO. PAN ALFARO, ESTANISLAO. GARCÍA MORENO, VICENTE. Biblioteca Práctica de Contabilidad. Contabilidad de Empresas. Consolidación, p.18.: “Como paso previo a la fase de liquidación social, deberá cerrarse la contabilidad en el momento del acuerdo de disolución, determinándose el Balance y el estado de Pérdidas y Ganancias de cierre. Posteriormente el proceso liquidatorio establecerá las prioridades existentes para cada acreedor de la compañía. El objetivo básico será liquidar todos los activos con el objeto de hacer frente al pago del pasivo, si hubiera fondos para ello”.

¹⁷ SENTENCIA 140/2013, Id Cendoj: 15030370042013100127, expedida por la Audiencia Provincial de Coruña, Sección: 4. Recurso No. 441/2011. F.J. Segundo: “...La liquidación de una sociedad mercantil de responsabilidad limitada, que se inicia tras la declaración de su disolución, exigida legalmente para la inscripción registral de su extinción, trata de un conjunto de operaciones formales que tiene por objeto la realización del activo y del pasivo de la sociedad, así como el cumplimiento de las deudas y obligaciones sociales, necesarias imperativamente por Ley para provocar su extinción. Y requiere por tanto, entre otras, concluir las operaciones pendientes y pagar las deudas sociales (art. 116 LSRL).”

la compañía, constando en el análisis que hace la Doctrina Societaria 104¹⁸, que aunque sea un derecho absoluto, está sujeta al presupuesto que el accionista se encuentre al día en el pago de las acciones suscritas.

En algunas legislaciones este derecho de preferencia se aplica de diferentes maneras cuando se refiere a las sociedades limitadas y a las anónimas, que generalmente tienen un tratamiento similar con respecto a la estipulación sobre los beneficios de los socios o accionistas.

En las sociedades de responsabilidad limitada¹⁹, el derecho de preferencia solo existirá si así fuere contemplado en el contrato social o fuere aprobado por la junta de socios, es decir este derecho no es absoluto en este tipo de sociedades según la legislación societaria del Ecuador. Mientras que, en España y Brasil, sí existe este derecho para las sociedades limitadas, reconocido en la Ley, independientemente de si consta o no en los estatutos sociales. En el caso de las compañías anónimas, los accionistas siempre gozan del derecho de preferencia a suscribir nuevas acciones.

Esta preferencia la ejercen los integrantes de la compañía en proporción a las acciones o participaciones que tuvieren suscritas en el capital, guardando de esta manera la proporción necesaria de intervención y aportación en la sociedad.

Así mismo, los socios o accionistas de acuerdo a su conveniencia, tienen plena facultad de abstenerse de aportar una mayor cantidad de capital en la compañía, sin que exista ninguna manera de obligarlos a acrecentar el valor de sus contribuciones económicas. Excepto que el contrato social estipule lo contrario, sencillamente si no quisieren ejercer este derecho²⁰, podrán hacer usar de él, otro de los socios o accionistas; y, en los casos de las compañías de capital abierto, se podrán ofrecer dichas acciones para la suscripción pública.

En el uso de su derecho de preferencia los socios no pueden menoscabar el derecho de los otros integrantes de la compañía, ni modificarlo mediante pactos adicionales paralelos

¹⁸ DOCTRINA No. 104: EL DERECHO DE PREFERENCIA ES UNO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES” DE LOS ACCIONISTAS EN LAS COMPAÑIAS ANONIMAS: “...Claro que para ejercer tal derecho el accionista debe estar al día en el pago de sus acciones que para entonces tuviera, tal como se expresa en el artículo 188 (actual 177) de la Ley de Compañías. Por ello, ese derecho no puede ser desconocido ni aún por resolución unánime de la Junta General de Accionistas de la compañía, a menos que la decisión haya sido adoptada con el voto conforme de la totalidad del capital pagado de la compañía, ya que tal decisión entrañaría el consentimiento del propio accionista afectado con ella...”.

¹⁹ Ley de Compañías de Ecuador. Artículo 114.- “El contrato social establecerá los derechos de los socios en los actos de la compañía, especialmente en cuanto a la administración, como también a la forma de ejercerlos, siempre que no se opongan a las disposiciones legales. No obstante cualquier estipulación contractual, los socios tendrán los siguientes derechos...”

²⁰ Ley de Compañías de Ecuador. Artículo 217.- “Ningún accionista podrá ser obligado a aumentar su aporte, salvo disposición en contrario de los estatutos”.

al contrato social, así lo ratifica la jurisprudencia²¹ en algunos de sus pronunciamientos, porque al pactar la cesión del derecho de preferencia los otros socios, ven diluida su participación dentro de la compañía; de tal manera que podrán realizarse acuerdos que solo vincularán al socio que realizó el pacto con el tercero, no teniendo los otros socios la obligación de reconocerlos o aceptarlos.

CONCLUSIONES

Analizamos brevemente en este artículo algunas de las facultades que adquieren los socios y accionistas de las sociedades, cuando estos integran una porción del capital social. Se ha podido observar que en el ejercicio de estas facultades también se originan responsabilidades para los socios o accionistas. Recurrimos al análisis de jurisprudencia española (por ser más extensa en el contenido de la materia de este artículo), así mismo se realiza una breve comparación de la normativa existente en España y Brasil sobre el tema enunciado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amico, Mateo. *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Derecho Societari Segunda Edición.
- BALBÍN, SEBASTIÁN. Curso de Derecho de las Sociedades Comerciales, editorial AD HOC
- BRASIL. Código Civil
- CABANELLAS, GUILLERMO. *Derecho Societario, parte general. Los Socios, Derechos, Obligaciones y Responsabilidades*
- DOCTRINA NO. 32 DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS
- DOCTRINA NO. 104 DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS
- DOCTRINA NO. 112 DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPAÑÍAS, VALORES Y SEGUROS
- Ecuador. Ley de Compañías
- España Código Civil.
- España. Ley de Sociedades de Capital
- FERNÁNDEZ ADRIO, ÁNGEL. CUESTA TERÁN, ÁLVARO. PAN ALFARO, ESTANISLAO. GARCÍA MORENO, VICENTE. Biblioteca Práctica de Contabilidad. Contabilidad de Empresas. Consolidación

²¹ SENTENCIA 17/2015, expedida por el Tribunal Supremo, Sala Primera De Lo Civil el 4 de febrero de 2015. Recurso No. 800/2013. F.J. Primero: “...”*La Sala coincide con la recurrente en que dicho pacto sólo despliega efectos en el ámbito de las relaciones internas de las partes. En modo alguno se puede pretender que afecte a los socios interesados en ejercer el derecho de adquisición preferente. De lo contrario, quedaría en manos de los socios la facultad de vaciar de facto el contenido de la cláusula estatutaria, a través de pactos con potenciales adquirentes dirigidos a desincentivar la adquisición preferente, pacto que, una vez superado el escollo de la tramitación del procedimiento estatutario en cuestión, las partes podrían dejar sin efecto, en claro perjuicio de los socios. Así se explica que el artículo 8 de los estatutos de la sociedad no contemple la obligación de comunicar el contenido íntegro del acuerdo de transmisión entre el socio y el tercero, sino sólo “el número de acciones que se propone vender, el nombre y circunstancias personales del comprador inicialmente elegido y el precio fijado para la venta”. Todo lo demás carece de trascendencia, porque no es oponible a los socios.*”

MICKLETHWAIT JOHN & WOOLDRIDGE ADRIAN. A Companhia, breve história de uma idéia revolucionária. Tradução de S. Duarte. Editora Objetiva Ltda.

NIISSEN, RICARDO A. Curso de Derecho Societario, editorial AD HOC.

TAVARES BORBA, JOSÉ EDWALDO. Direito Societário. Editorial Renovar, 9ª edição.

JURISPRUDENCIA

ESPAÑA

Sentencia 140/2013, Id Cendoj: 15030370042013100127, expedida por la Audiencia Provincial de Coruña, Sección: 4. Recurso No. 441/2011

Sentencia 439/2013, Id Cendoj: 08019370152013100445, expedida por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección: 15. Recurso No. 705/2012.

Sentencia 428/2014, expedida por el Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil el 24 de julio de 2014. Recurso No. 2912/2012.

Sentencia 17/2015, expedida por el Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil el 4 de febrero de 2015. Recurso No. 800/2013.

PROTECCIÓN LEGAL DE LA NATURALEZA Y PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO¹

LEGAL PROTECTION OF NATURE AND INDIGENOUS PEOPLES IN THE ECUADORIAN LEGAL SYSTEM

MANUEL MONTERO LARA²

RESUMEN

Ecuador es uno de los países más megadiversos del mundo, así como también uno de los principales exportadores de banano y petróleo. Es el hogar de al menos 14 pueblos indígenas reconocidos con sus territorios y derechos propios.

Actualmente existe un debate entre los mecanismos legales para mantener el equilibrio entre la cosmovisión occidental extractivista y la cosmovisión indígena de vivir en armonía con la naturaleza y las comunidades nativas.

El objetivo de este estudio es analizar las políticas públicas y protecciones legales implementadas por Ecuador a partir de la Constitución de la República (2008), donde se incluye a la naturaleza como sujeto de derechos y por tanto poder comparecer en juicio cuando se afecta su equilibrio. También se deriva de esta protección el derecho a la consulta previa para los pueblos indígenas, donde se describirán las características y requisitos de este derecho, así como casos prácticos donde se ha aplicado en Ecuador, incluyendo la fallida propuesta Yasuní ITT. Las conclusiones y recomendaciones sobre este estudio serán sobre si las iniciativas de protección a la naturaleza como parte de la búsqueda de justicia climática, han generado resultados positivos para lograr la armonía entre pueblos indígenas, naturaleza, gobierno, así como otros actores económicos y sociales.

PALABRAS CLAVE: Ecuador, extractivismo, pueblos indígenas, derechos de la naturaleza, consulta previa, Sumak Kawsay, Buen Vivir.

¹ Ponencia (traducida al español) presentada durante la Conferencia Regional 2019 titulada “Paths Towards Climate Justice”, organizada por la International Association for Political Science Students (IAPSS) en la Universidad de Estocolmo, Suecia

² Máster (MA) en Relaciones Internacionales, especialización Estudios Europeos, de la Universidad de Pécs, Hungría, UE. Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República de Ecuador, especialización Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

ABSTRACT

Ecuador is one of the most mega-diverse countries in the world, as well as one of the main exporters of bananas and oil. It is home to at least 14 indigenous peoples recognized with their own territories and rights.

There is currently a debate between the legal mechanisms to maintain the balance between the extractivism western worldview and the indigenous worldview of living in harmony with nature and native communities (Sumak Kawsay). The objective of this study is to analyze the public policies and legal protections implemented by Ecuador from the Constitution of the Republic (2008), where nature is included as a subject of rights and therefore can appear in court when its balance is affected. The right to prior consultation for indigenous peoples is also derived from this protection, where the characteristics and requirements of this right will be described, as well as practical cases where it has been applied in Ecuador, including the failed Yasuni ITT proposal. The conclusions and recommendations on this study will be about whether initiatives to protect nature as part of the search for climate justice have generated positive results to achieve harmony between indigenous peoples, nature, government as well as other economic and social actors.

KEYWORDS: Ecuador, extractivism, indigenous peoples, nature rights, prior consultation, Sumak Kawsay.

INTRODUCCIÓN

Ecuador es el tercer país más pequeño de América del Sur (283 560 km²) que se encuentra en la parte noroeste de América del Sur, incluyendo las Islas Galápagos. El territorio está dividido en cuatro regiones naturales: Costa, Sierra, Oriente e Insular. La parte oriental es la sección de nacimiento de la cabecera de la cuenca del río Amazonas, que incluye también a Colombia, Perú y Brasil. Ecuador es el hogar de al menos 14 nacionalidades indígenas que viven principalmente en la región amazónica y, en segundo lugar, en las montañas de los Andes.

Si se cuenta por tamaño, Ecuador es el país con mayor biodiversidad del mundo.¹ Dentro del pequeño territorio hay un 8% de todas las especies de anfibios, 16% de todas las especies de aves y también un número especial de especies endémicas, principalmente en la selva amazónica y en las Islas Galápagos.

El Código Ambiental Orgánico (C.O.A.) es actualmente la ley más importante sobre temas ambientales, porque en el pasado las regulaciones ambientales se encontraban dispersas en diversas leyes, sin llegar a estar unificadas. El objetivo de la compilación legal fue regular los temas necesarios para una adecuada gestión ambiental. Aunque el C.O.A. fue aprobado en abril de 2017, entró en vigencia solo un año después (abril de 2018). Los principales temas que regula esta ley son el cambio climático, las áreas protegidas, la vida silvestre, el patrimonio forestal, la calidad ambiental, la gestión de desechos, la bioseguridad, el biocomercio, zona de la costa marina, los recursos genéticos, entre otros.

Con estos antecedentes, siempre ha existido un conflicto entre las poblaciones indígenas nativas y las autoridades estatales, así como con los colonizadores y las empresas privadas; respecto al límite de sus actividades, y que no causan daño a la naturaleza. La protección legal para los pueblos indígenas proviene de los últimos años del siglo XX y la inclusión de los derechos de la naturaleza a nivel constitucional solo surgió en 2008.

¹ <https://biodiversitygroup.org/documenting-biodiversity-ecuador/>

Antes de esta inclusión, hubo algunos casos de conflictos que llegaron a instancias judiciales, a nivel nacional e internacional. Mencionando entre los casos más importantes la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a favor del pueblo Kichwa Sarayacu (2003); y el juicio presentado por los pueblos indígenas de Sucumbíos contra la compañía petrolera “Chevron” en 2003, y cuyas instancias finales aún se encuentran en curso.

DESARROLLO DE CONCEPTOS

Los derechos de la naturaleza son un concepto innovador en el derecho positivo, más a nivel de América Latina; donde a pesar de albergar grandes reservas de biodiversidad, históricamente sus poblaciones nativas han sido víctimas de los abusos de empresas multinacionales, así como del Estado, quienes extraen recursos naturales sin medir el impacto ambiental, principalmente en petróleo y minería. Los gobiernos locales también han sido negligentes en la inversión a favor de las políticas ambientales y han sido responsables o cómplices del daño ambiental contra las comunidades, siendo a través de largas acciones civiles, la única forma de reparar el daño causado.

Por lo tanto, el objetivo de este trabajo es describir y analizar la inclusión de los elementos que conforman el derecho a la naturaleza en la Constitución del Ecuador desde 2008, como parte de la corriente neo-constitucionalista, es decir, el respeto y garantía de derechos más allá de la norma escrita, dando prioridad a los principios y valores incluidos en la constitución.

Dado que la naturaleza es una ficción legal, sin la capacidad de representarse por sí misma dentro de un juicio, es importante determinar si su representación puede ser extensiva para las comunidades afectadas, o restrictiva sólo para las autoridades estatales u organizaciones sociales debidamente reconocidas y registradas.

La consulta previa, libre e informada como un derecho fundamental de los pueblos indígenas en Ecuador es un tema que en los últimos años ha tenido un mayor debate, sin escapar de la controversia, debido a la actividad extractiva de los recursos naturales dentro de los territorios que pertenecen de forma ancestral a las comunidades indígenas.

Se busca con este tema analizar y concluir cuán factible es su aplicación y las condiciones legales y fácticas actuales, así como recomendaciones para mejorar su aplicación por parte de todos los actores involucrados (representantes de comunidades y pueblos indígenas, agentes estatales, defensores de la naturaleza y derechos humanos, operadores de justicia, abogados, empresas constructoras y extractores de recursos naturales, etc.)

DERECHOS DE LA NATURALEZA MARCO LEGAL NACIONAL

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) aprobada en 2008 es la máxima norma jurídica del Ecuador. Incluye en su eje el concepto de *Sumak Kawsay*, (Buen Vivir), que es la

comprensión de la cosmovisión indígena para vivir en armonía con la naturaleza y los habitantes (indígenas y mestizos).

Y el principio más progresivo que se incluye en la Constitución es sobre los Derechos de la Naturaleza. Se reconoce que la naturaleza, en todas sus formas de vida, tiene derecho a existir, persistir, mantenerse y regenerar sus ciclos vitales. Y la población tiene la autoridad legal para hacer cumplir estos derechos en nombre del ecosistema. El ecosistema en sí puede ser nombrado como la parte ofendida en el proceso judicial, con la ayuda *del Defensor del Pueblo*² (Ombudsman) en contra de entidades públicas o privadas que violen los derechos de la naturaleza o rompan la armonía.³

El capítulo siete sobre los Derechos de la Naturaleza, establece el principio de la “Pacha Mama”, el término indígena para la naturaleza, que se considera el origen de la vida y para su reproducción, teniendo la naturaleza el derecho a continuar su ciclo eterno. El artículo 72 de la Constitución de la República garantiza el derecho de la naturaleza a su protección y restauración en caso de daños.

ARTÍCULO 72. La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas.

El problema doctrinal sobre quién debería representar a la naturaleza se resolvió en el artículo 74 de la Constitución de la República, donde se interpreta en un sentido extenso. Todas las personas, comunidades y pueblos tienen la facultad y la legitimación activa para demandar a quienes afectan los derechos de la naturaleza. La Defensoría del Pueblo puede, de oficio, ser una parte activa o, en su defecto, ser un colaborador a favor de los derechos de la naturaleza. Con esto, la naturaleza no queda indefensa y se evitan las restricciones de carácter político que solo incluyen representantes legales del Estado u organizaciones ambientales.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA MARCO LEGAL NACIONAL E INTERNACIONAL

El derecho a la consulta previa, libre e informada tiene su antecedente inmediato la aprobación (Congreso Nacional del Ecuador, 1998) en Naciones Unidas y su posterior

² <https://www.dpe.gob.ec/que-hacemos/>

³ Artículo 72 Constitución de la República de Ecuador.

ratificación (Presidencia de la República del Ecuador, 1998) por parte del Ecuador del Convenio No. 169 de la O.I.T. Luego de la ratificación, coincidiendo con la redacción de la Constitución Política del Ecuador se realiza la mención a este derecho para los pueblos y comunidades del país. (Chávez, 2012)

En la Constitución de la República aprobada en octubre de 2008, se ratifican los principios del derecho a la consulta previa, ampliándose con el desarrollo de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, en el caso concreto, el derecho a la consulta previa libre e informada.

ARTÍCULO 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos.

5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita.

6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras.

7. La consulta previa, libre e informada dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.

Además en el capítulo sobre Biodiversidad y Recursos Naturales se relacionan los derechos de las comunidades con la protección al Medio Ambiente y una gestión de modelo sustentable de extracción y administración de recursos naturales con el menor impacto ambiental posible; todo lo anterior en el marco del *Sumak Kawsay* o Régimen del Buen Vivir.

El artículo 398 de la Constitución de la República amplía el derecho de la consulta previa a la circunscripción de los pueblos y nacionalidades indígenas, ya que en general a la comunidad donde se vea involucrado un proyecto medioambiental

ARTÍCULO. 398.- Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente.

El sujeto consultante será el Estado.

La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta.

El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley.”

Los tratados e instrumentos internacionales que se han firmado sobre la materia de pueblos indígenas, tanto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (OEA) como del Sistema Universal de Derechos Humanos (ONU), son entre los más importantes los siguientes: (Due Process of Law Foundation, 2011)

SISTEMA UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
 - Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas.
 - Foro Permanente de las Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.
 - Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR)
- Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

- Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), de la cuál derivan dos instituciones que proveen de fuentes de consulta sobre la materia:
 - Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)
- Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).
- Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

NATURALEZA VINCULANTE DE LA CONSULTA

A pesar de tener el precedente jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha existido a nivel nacional un impedimento más político que jurídico para que la consulta previa cumpla con todos los estándares internacionales recomendados. En el caso concreto, el requisito de que esta sea de carácter vinculante.

Como ejemplo podemos mencionar el proceso legislativo para la aprobación de la Ley de Minería (2009) y la Ley de Recursos Hídricos (2014), donde no se especifica como vinculante y de obligatorio cumplimiento la decisión de la comunidad indígena luego del proceso de consulta previa (Chávez, 2012), dejando preceder un vacío de interpretación constitucional, porque la forma de implementar este derecho y mecanismo de participación ciudadana, que debían ser desarrolladas en estas leyes secundarias, se dejó de forma ambigua e incompleta.

Principios vinculados con el carácter vinculante de la consulta son la presunción de buena fe al realizarlo, un acto plural y compuesto, como parte del diseño de políticas públicas de diseño, ejecución y evaluación de proyectos, procurar en lo posible el menor impacto ambiental o desplazamiento forzoso de las comunidades.

CASOS EN ECUADOR

CONTAMINACIÓN DEL RÍO VILCABAMBA

En el caso de los derechos a la naturaleza, se han informado 30 acciones judiciales desde 2008 hasta 2019 invocando este derecho ante los tribunales de justicia en Ecuador. La primera acción presentada fue en 2009 por un grupo de habitantes de la ciudad de Vilcabamba, provincia de Loja. Se inició una acción de protección contra el gobierno provincial de Loja, debido a la contaminación del río Vilcabamba. El 30 de marzo de 2011⁴ la Corte Provincial Justicia de Loja falló a favor de los demandantes en nombre de la naturaleza y condenó al Gobierno Provincial de Loja por violación de los derechos de la naturaleza.

Esta demanda se debió a la contaminación causada en el río debido a la aparición de material de excavación que las autoridades provinciales no eliminaron adecuadamente y se asentaron en el fondo del río. En consecuencia, hubo un aumento en el flujo del río debido a las lluvias e inundaciones que afectaron las tierras de los miembros de la comunidad exigente.

Entre las sanciones emitidas en la sentencia, el Gobierno Provincial de Loja ofreció disculpas públicas, también asumió el costo de reparar los daños ambientales causados por su negligencia, incluida la eliminación de sedimentos enterrados.⁵

⁴ https://therightsofnature.org/wp-content/uploads/pdfs/Espanol/Sentencia%20Corte%20Provincial%20Loja_marzo_2011.pdf

⁵ <https://www.derechosdelanaturaleza.org.ec/casos-en-ecuador/>

SENTENCIA CASO SARAYAKU VS. ECUADOR

Este caso es considerado por abogados y ambientalistas como un ejemplo ilustrativo y emblemático sobre la lucha por el reconocimiento del derecho a la consulta previa. Fue la solicitud hecha por la comunidad ecuatoriana de *Kichwa Sarayaku* ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que terminó con una condena de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado ecuatoriano.

El Estado ecuatoriano fue condenado por la violación de los siguientes derechos de los miembros de la comunidad indígena: (Pueblo Sarayaku vs. Ecuador, 2012)

- 1) La violación de los derechos de consulta, propiedad comunal indígena e identidad cultural, por haber permitido que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio sin haber consultado previamente a los Sarayaku.
- 2) Poner en grave riesgo la vida e integridad personal de los miembros del pueblo Sarayaku, con respecto a los actos realizados por la empresa desde las fases de exploración petrolera (incluyendo la introducción de explosivos en territorio indígena).
- 3) La violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial.

INICIATIVA YASUNÍ ITT

El Parque Nacional Yasuní está ubicado en la selva de Ecuador, entre las provincias de Napo y Pastaza, con una superficie de 10277 km² que contiene gran biodiversidad de plantas y animales en su interior. También incluye las mayores reservas de petróleo de Ecuador, que es la primera fuente de ingresos para el país y allí viven también comunidades indígenas, algunas de las cuales han vivido en asilamiento de la civilización occidental.

En 2007, Ecuador ofreció una suspensión perpetua de la extracción de petróleo en parte de la superficie del Parque Nacional Yasuní, concretamente en tres campos petroleros llamados Ishpingo-Tambococha-Tiputini (ITT) a cambio de contribuciones financieras por un total de \$3.6 mil millones de dólares por parte de la comunidad internacional. El apoyo a la campaña incluyó figuras famosas como Leonardo Di Caprio, Edward Norton, Roger Walters, y también el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Ban Ki-Moon.

Desafortunadamente, después de recibir promesas por un total de \$200 millones de dólares hasta 2012, el gobierno ecuatoriano anunció que eliminaría el plan el 15 de agosto de 2013 debido a la falta de apoyo de la comunidad internacional y en 2016 la extracción de petróleo comenzó, según versiones oficiales, solo en el 1% del territorio del parque.

DEMANDA CONTRA CHEVRON

En 2003, se entabló una demanda colectiva contra Texaco (adquirida por Chevron en 2001) en Ecuador alegando una severa contaminación ambiental de la tierra donde Texaco realizó sus actividades de operación petrolera. Los demandantes alegaron que esta contaminación ha llevado a mayores tasas de cáncer, así como a otros problemas de salud graves para los residentes de la región.

En diciembre de 2006, y nuevamente en septiembre de 2009, Chevron presentó una demanda de arbitraje internacional ante la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, alegando que el Gobierno de Ecuador violó un tratado bilateral de inversión entre Estados Unidos y Ecuador. El 12 de noviembre de 2013, la Corte Suprema de Ecuador confirmó el fallo de agosto de 2012 contra Texaco / Chevron por daños ambientales, pero redujo a la mitad los daños a \$9.51 mil millones.

En septiembre de 2014, Chevron presentó un reclamo contra Woodsford Litigation Funding, que había financiado a abogados que trabajan para hacer cumplir la sentencia ecuatoriana de \$9.5 mil millones contra Chevron, quien afirma que el juicio se logró por fraude y soborno.

A finales de 2013, se inició la campaña “La mano sucia de Chevron” desde los lagos de Sucumbíos (selva amazónica), donde todavía hay residuos de la contaminación ambiental llevada a cabo desde 1972, con un daño mayor que el causado por Exxon Valdez en Alaska o British Petroleum en el Golfo de México.

El presidente de Ecuador, Rafael Correa, con guantes puestos, enterró su mano dentro del lago y sacó su mano completamente negra. Con esta misma iniciativa, varios personajes conocidos como Roger Walters, Danny Glover, Mía Farrow, Alexandra Cousteau, Residente, y miembros del Parlamento Europeo españoles, franceses y alemanes llegaron a Ecuador.

Lamentablemente, los resultados no fueron los esperados, ya que Ecuador ahora tendrá que pagar una compensación económica a Chevron en lugar de recibir dinero de la compañía por daños ambientales.

PROPUESTA DE CONSULTA POPULAR DEL COLECTIVO “YASUNIDOS”

Los grupos ecologistas y los defensores de los derechos humanos que han representado a varias comunidades y pueblos indígenas han argumentado que, además del vacío constitucional para la implementación de la consulta, los proyectos han sido iniciados, ya sea por el gobierno central o por los gobiernos locales, sin tomar en cuenta la solicitud de consulta; o en su defecto, habiéndose realizado la consulta pero que no tenía el carácter vinculante ni de cumplimiento obligatorio.

El caso del colectivo Yasunidos, quienes pretendían que se apruebe su solicitud para una consulta popular, con el objetivo que se pueda consultar sobre la explotación de los campos petroleros Ishpingo Tambococha y Tiputini, después de que la iniciativa Yasuní ITT fracasara en agosto de 2013. (Abad, 2016)

El presidente de la República, Rafael Correa, anunció en 2013 que el 1% del área protegida del Parque Nacional Yasuní no se vería afectada, un anuncio que no concordó con la elaboración del mapa de los campos a explotar, por parte del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en los que aparentemente fueron eliminados del mapa pueblos indígenas que viven en aislamiento dentro de los límites del parque.

El colectivo acudió al Consejo Nacional Electoral (CNE) para solicitar los formularios y completó las firmas. Cuando entregaron los formularios con 756623 firmas, el CNE anuló el 66% de sus firmas enviadas y la solicitud de consulta planteada no fue aprobada.

PROYECTO MINERO “MIRADOR”

El Estado ecuatoriano junto a la empresa china “Ecuacorriente S.A”. (ECSA) trabajan en la zona previamente concesionada para la minería a cielo abierto en el cantón El Pangui, provincia de Zamora Chinchipe para extraer a gran escala cobre y oro, zona donde viven miembros de la comunidad Shuar.

En este caso no hubo proceso de consulta previa, ya que simplemente se concesionó y se inició la construcción de los caminos para iniciar con la explotación minera, con sus consiguientes desalojos en la parroquia Tundayme.

La CONAIE, a través de su presidente Jorge Herrera ha intervenido a favor de las comunidades shuar de la zona, pero han sido acusados por el gobierno de estar politizando el asunto y que la explotación cumple con todos los estándares ambientales. (Abad, 2016)

El motivo de la disyuntiva ha sido la forma de adquirir las tierras de la comunidad, sea por compra de tierras o por contratos con servidumbre para dejar hacer con plazo mínimo de 25 años, con opción a renovación.

CONCLUSIONES

El marco legal de Ecuador, desde la Constitución hasta las leyes secundarias, podría considerarse una legislación progresista y ecológica. Es especialmente interesante el concepto de los Derechos de la Naturaleza, que permite a cualquiera (con la ayuda del Defensor del Pueblo) presentar una demanda contra los responsables de dañar a la naturaleza. Este concepto verde está vinculado con el objetivo final del Régimen del Buen Vivir.

Entre los derechos garantizados a favor de la naturaleza están el de la restauración, la conservación en un estado integral, la prohibición de la introducción de organismos genéticamente modificados (OGM) así como los servicios ambientales.

La forma de ejecución del derecho a la naturaleza ha sido a través de acciones constitucionales, en las cuales, con la aplicación del principio de precaución, los trabajos, servicios o actos que puedan afectar la naturaleza podrían suspenderse hasta que su resultado se decida en un juicio constitucional.

De un total de 30 casos que se han presentado en nombre de los derechos de la naturaleza en los últimos diez años, la mayoría han sido admitidos y se han resuelto a favor de la naturaleza. En aquellos casos que se resolvieron negativamente, se presume que la legalidad de los actos realizados por la parte demandada, no causaron daño a la naturaleza.

Ecuador, como parte de la actual doctrina del neo-constitucionalismo y proclamando ser un “Estado constitucional de derechos y justicia”, tiene el deber de respetar y hacer cumplir los derechos de quienes forman parte del país, incluidos los miembros de los pueblos indígenas.

El derecho a la consulta previa tiene respaldo jurídico internacional. A nivel de las Naciones Unidas por el Convenio No. 169 y la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Y a nivel interamericano según la “Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”; así como los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desafortunadamente, en algunos casos no ha sido posible aplicar plenamente el derecho a la consulta previa por razones políticas y legales. Como en la fallida solicitud de consulta popular planteada por el grupo ambientalista “Yasunidos” o que las demandas de los grupos indígenas y ambientalistas no hayan sido consideradas durante el debate de leyes pertinentes al tema, como la Ley de Minería, la Ley de Recursos Hídricos y la Ley de Hidrocarburos, entre otras.

La naturaleza vinculante o no de la consulta es el principal dilema para su aplicación plena y efectiva como un derecho y mecanismo para la participación ciudadana; donde Ecuador tiene un precedente jurisprudencial (Caso Sarayaku ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y pese al cual, no se ha comprometido plenamente a las garantías de no repetición y de incorporar estos criterios jurisprudenciales al ordenamiento jurídico nacional.

Además, un tema relacionado es el derecho de participación de las comunidades indígenas, ya que desde el Estado se les acusa de ser influenciados políticamente por organizaciones que se han desviado de sus fines apolíticos; mientras que las comunidades y los grupos de apoyo argumentan que sufren una persecución por parte del Estado para que el debate sobre el vacío constitucional del mecanismo de implementación de la consulta previa como vinculante no se incremente y sea posicionado en la opinión pública.

RECOMENDACIONES

Continuar capacitando a las comunidades y pueblos sobre los derechos constitucionales a la naturaleza, de modo que en caso de una supuesta violación de sus derechos, puedan presentar una acción para proteger los derechos. Destacar la positiva colaboración de la Defensoría del Pueblo en muchos de los casos resueltos favorablemente a favor de los demandantes.

Que los casos de mayor importancia no tienen que llegar a instancias judiciales sin los casos de consulta previa con comunidades afectadas por proyectos que pueden considerarse perjudiciales para la naturaleza no se han llevado a cabo antes.

Extender la capacitación sobre los derechos de la naturaleza por parte de la Defensoría del Pueblo también para jueces y otros funcionarios administrativos estatales, de modo

que estos tengan en consideración estos derechos en la legalidad de los actos que vayan a realizar y no sean acusados más tarde por ignorarlos.

Que el tema de la consulta previa se maneje desde un punto de vista más legal y menos político, porque es precisamente el factor político que ha impedido el avance en el debate para lograr el cumplimiento de todos los estándares internacionales en la materia.

Esta gestión debe provenir del Estado a través de estas alternativas:

- Solicitar al Tribunal Constitucional que realice una interpretación constitucional para determinar si los artículos que tratan sobre el derecho a la consulta previa en leyes secundarias cumplen o no con los estándares internacionales (Control de Convencionalidad). En caso de que su fallo sea negativo, argumentando la inconstitucionalidad de la norma, la Asamblea Nacional debería llenar estos vacíos junto con el Tribunal Constitucional para lograr el ejercicio pleno de este derecho.
- Que la Asamblea Nacional, por iniciativa propia, proceda a procesar una ley para regular los mecanismos de consulta previa, alcance, plazos y ratifique que tienen el carácter vinculante, estas reglas se aplican a las leyes secundarias previamente aprobadas sobre el tema.
- Instruir y capacitar a los miembros de las comunidades indígenas en particular a sus líderes, para que conozcan sus derechos y los mecanismos que tienen para ejercerlos en asuntos de consulta previa. Esto con el objetivo que no sean víctimas de influencias políticas para protestar ante cada proyecto con posible impacto ambiental que surja sin su debida socialización previa.
- Que la elaboración de políticas públicas por parte del Estado incluya todas las fases del proceso plural y compuesto que conlleva la consulta previa. Esta observación a menudo es supervisada por la Defensoría del Pueblo, que ha realizado informes sobre casos que han llegado a su conocimiento, debido a la competencia radicada para intervenir a favor de los derechos de la naturaleza.
- Este proceso plural de consulta debe incluir, socializar el proyecto a nivel gubernamental y seccional, con miembros de las comunidades, defensores de los derechos humanos y grupos ambientalistas, así como representantes de las empresas que van a llevar a cabo proyectos en el área. Deben intervenir en todas las fases: diseño, ejecución y evaluación del posible proyecto a realizar dentro de la comunidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABAD, J. L. (2016). *La Consulta Libre, Previa e Informada en el Ecuador*. Quito: Centro de Derechos Económicos y Sociales -CDES-.
- CARRIÓN, P. (2012). *Consulta Previa: Legislación y aprobación*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung.
- CHÁVEZ, D. (2012). *Consulta Previa en el Ecuador*. CDES.

- Congreso Nacional del Ecuador. (24 de Abril de 1998). Resolución Legislativa. No. 304. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Constitution of the Republic of Ecuador. (2008)
- Código Orgánico del Ambiente (2017)
- Due Process of Law Foundation. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas*. Washington D.C.: OXFAM.
- Presidencia de la República del Ecuador. (6 de Mayo de 1998). Decreto Ejecutivo . No. 1387. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- CARRIÓN, P. (2012). *Consulta Previa: Legislación y aprobación*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung.
- CHÁVEZ, D. (2012). *Consulta Previa en el Ecuador*. CDES.
- Congreso Nacional del Ecuador. (24 de Abril de 1998). Resolución Legislativa. No. 304. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Due Process of Law Foundation. (2011). *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas*. Washington D.C.: OXFAM.
- Presidencia de la República del Ecuador. (6 de Mayo de 1998). Decreto Ejecutivo . No. 1387. Quito, Pichincha, Ecuador: Registro Oficial.
- Pueblo Sarayaku vs. Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 27 de Junio de 2012).

REFERENCIAS ONLINE

- <https://biodiversitygroup.org/documenting-biodiversity-ecuador/>
- <https://es.mongabay.com/2017/01/ecuador-los-problemas-ambientales-deben-resolverse-2017/>
- <https://www.business-humanrights.org/en/texacochevron-lawsuits-re-ecuador>
- <https://www.cancilleria.gob.ec/ecuadorian-painters-support-campaign-against-chevron/>
- <https://www.nodal.am/2018/09/ecuador-cuando-el-mundo-conocio-la-mano-sucia-de-chevron/>
- <http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1038/579>
- https://therightsofnature.org/wp-content/uploads/pdfs/Espanol/Sentencia%20Corte%20Provincial%20Loja_marzo_2011.pdf
- <https://www.derechosdelanaturaleza.org.ec/casos-en-ecuador/>

LOS RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN TORNO A LA PROTECCIÓN INTEGRAL COMO POLÍTICA SOBRE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL ECUADOR, SU IMPACTO Y RELEVANCIA EN LA CIUDAD DE GUAYAQUIL

THE CHALLENGES OF PUBLIC ADMINISTRATION AROUND COMPREHENSIVE PROTECTION AS A POLICY ON CHILDREN AND ADOLESCENCE IN ECUADOR, ITS IMPACT AND RELEVANCE IN THE CITY OF GUAYAQUIL

KATHERINE MATA ECHEVERRÍA¹

¹ Universidad de Guayaquil

RESUMEN

Los principios, declaraciones y garantías que aseguran los derechos de la niñez y adolescencia a la salud, a la nutrición, educación, a vivir en un medio familiar, al bienestar social, constituyen el aspecto fundamental de la tan anhelada protección integral de los niños y adolescentes. Los intentos de la Administración Pública ante el reto de una sociedad colmada por cambios permanentes debido a una ventana que todos podemos ver, sin restricción, llamada internet, se convierten en desdeñables, al paso que las acciones llevadas a cabo por el Estado no se logran ajustar ante la realidad que vive la nueva sociedad global, dando como lamentable resultado una compunción generalizada en las familias ecuatorianas al ver a sus hijos en estado de absoluto ocio y algunos hasta consumiendo drogas a temprana edad. El presente informe, corresponde a un estudio científico, en el mismo se ha implementado un método hipotético deductivo, como estudio de campo, luego de un estudio exhaustivo de la historia y la doctrina correspondiente a la evolución de los derechos de la niñez y adolescencia y su protección integral aplicando un método descriptivo e histórico con la documentación y la normativa correspondiente. El estudio de campo se ha realizado en sectores extensos de la ciudad de Guayaquil en los que se llevaron a cabo diversas acciones con el objetivo de identificar los factores de riesgo que inciden en las situaciones de peligro que viven nuestra niñez y adolescencia.

PALABRAS CLAVE: principios, niñez, adolescencia, sociedad, riesgo.

RECIBIDO: 17/05/2019
ACEPTADO: 25/05/2019

CORRESPONDENCIA:
katherinemata2011@hotmail.com

ABSTRACT

The principles, declarations and guarantees that ensure the rights of children and teenagers to health, nutrition, education, to live in a family environment, to social welfare, constitute the fundamental aspect of the long-awaited comprehensive protection of children and teenagers. The attempts of the Public Administration before the challenge of a society filled with permanent changes due to a window that we can all see, without restriction, called the Internet, become negligible, while the actions carried out by the State are not achieved adjust to the reality of the new global society, giving as a regrettable result a widespread compunction in Ecuadorian families to see their children in a state of absolute leisure and some even taking drugs at an early age. This report corresponds to a scientific study, in which a hypothetical deductive method has been implemented, as a field study, after an exhaustive study of the history and doctrine corresponding to the evolution of the rights of children and teenagers and integral protection by applying a descriptive and historical method with the corresponding documentation and regulations. The field study has been carried out in large sectors of the city of Guayaquil in which various actions were carried out in order to identify the risk factors that affect the situations of danger that our children and adolescents experience.

KEYWORDS: principles, childhood, adolescence, society, risk.

INTRODUCCIÓN

El descubrimiento de una situación concreta puede ser consecuencia directa de lo que se ha denominado marginación social, debido a defectos estructurales de la propia sociedad global. Las deficiencias estructurales producen una especie de embotamiento o una falta de sensibilidad para centrar la cuestión en sus exactos términos, pero aun cuando las soluciones no puedan conseguirse desde el ámbito estricto de la protección del Estado, es incuestionable que servirá para iniciar la correspondiente acción social con la cooperación de los organismos públicos correspondientes. La tarea se hace más difícil cuando nos encontramos en la plenitud de la globalización, aludiendo a a “sociedad global”, que es el producto mismo de la globalización, término que alude a la creciente interdependencia de la vida social en el mundo (IMF, 2000).

En la introducción a su libro *Globalization* Manfred sostiene que:

“La sociedad global trasciende las fronteras políticas de la comunidad internacional debido a los contactos directos personales y profesionales que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) les facilitan con alcance global a sus usuarios, pertenecientes potencialmente a todas las naciones del mundo. Su manifestación se ha visto acelerada tras el fin de la Guerra Fría con la caída de la Unión Soviética en 1991 y el rápido desarrollo, comercialización y difusión a nivel global de las tecnologías de la información y comunicación desde entonces. Esta explosión de medios de información y comunicación ha impulsado una expansión de las actividades comerciales en número y magnitud debido a la rapidez y seguridad en las comunicaciones y transacciones de índole económica y financiera a nivel global. La red de internet constituye la red de intercambio de información y comunicaciones a

través de computadoras que le da cohesión y promueven la expansión de la Sociedad Global.” (p.1).

Y es éste el reto que la Administración Pública debe enfrentar, en un mundo donde la tablet es más importante que un buen libro, donde la televisión es el lugar favorito antes que practicar un deporte, donde las redes sociales son la única forma de comunicación de la niñez. La evaluación de la situación o su estudio, exige una previa investigación para comprobar las circunstancias que la comportan, por ejemplo menores que viven prácticamente solos en donde no existe una supervisión de un adulto; la Administración Pública debe garantizar mediante políticas certeras la deserción de la situación de riesgo, muchas veces extrema, que viven la niñez y la adolescencia cuando muchos de ellos, ya culminado su bachiller, ni trabajan, ni estudian.

Guzmán (2005), refiere que la Administración Pública es la acción del gobierno encaminada en forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y reglamentos, a promover el bien público en todas sus manifestaciones, económica, de seguridad, de protección, de integridad territorial, educación, vialidad, etc., como a dar resoluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se susciten o presentaren.

Según el artículo 227 de la Constitución del Ecuador “la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”. Por lo tanto es la Administración Pública la responsable de realizar los esfuerzos necesarios para la consecución de los planes que fundamenten una imprescindible política pública para la recuperación de la niñez y adolescencia, asegurándoles un futuro mejor.

De ahí que en el Ecuador, con base en este principio de responsabilidad de la Administración Pública, se ha planteado un Consejo Nacional para la Igualdad, una ley especial que norma lo establecido por la Constitución de la República y la Ley especial en torno a la niñez y adolescencia. Pero la realidad nos muestra un panorama diferente, pues estas leyes aun operando con supuesta eficacia dentro de un área restringida, son incapaces por sí mismos de satisfacer todas las necesidades de este grupo. La intervención tutelar del Estado, a través del organismo público especializado, debe entrar en juego cuando estas necesidades siguen insatisfechas con requerimientos mínimos socialmente establecidos, para alcanzar una eficaz protección integral de la niñez y adolescencia.

Ahora bien la actividad pública también se encuentra sometida a normas, lo que implica, una autolimitación en su actividad, capaz de ser sancionada por un órgano del Estado con la anulación del acto o disposición, incluyendo su actividad material (Rojas, 2007, p. 51). Esto es cuando la Administración pública no cumple su objetivo de proteger y ser el instrumento mediante el cual el Estado brinda una mejor garantía social. Existe un principio de autotutela-autoregulación, este principio denota la posibilidad que tiene el ciudadano de exigir al Estado la realización de los objetivos, motivación por la que la institución pública fue creada.

SEPARACIÓN ESTADO-SOCIEDAD ANTE LA PROBLEMÁTICA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Se distinguen claramente las competencias de las políticas sociales, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales y la conjunción entre el Estado y la sociedad, entendiendo a ésta como la nueva sociedad. Las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, por estar descentralizadas y focalizadas en los gobiernos seccionales.

La protección es de los derechos del niño y/o el adolescente, garantizar los derechos de todos los niños y adolescentes. Por lo tanto, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe. Por ese motivo la protección no puede significar intervención estatal coactiva, la idea debe conjugar las dos partes La Administración Pública y la sociedad deben encaminarse juntos a lograr esa meta: La protección integral de la niñez y adolescencia. La doctrina de protección integral apunta hacia la construcción de una visión de la infancia. En esta doctrina se asume un nuevo paradigma y se establece que todos los niños, niñas y adolescentes son en la actualidad sujetos de Derecho (Simon, 2002).

De otro lado la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia. Es por eso que el nuevo Sistema Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia¹ busca recuperar la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”. Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo.

¹ El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a los niños y adolescentes: Atención a menores de seis años, que garantice su nutrición, salud, educación y cuidado diario en un marco de protección integral de sus derechos. 2. Protección especial contra cualquier tipo de explotación laboral o económica. Se prohíbe el trabajo de menores de quince años, y se implementarán políticas de erradicación progresiva del trabajo infantil. El trabajo de los adolescentes y los adolescentes será excepcional, y no podrá conculcar su derecho a la educación ni realizarse en situaciones nocivas o peligrosas para su salud o su desarrollo personal. Se respetará, reconocerá y respaldará su trabajo y las demás actividades siempre que no atenten a su formación y a su desarrollo integral. 3. Atención preferente para la plena integración social de quienes tengan discapacidad. El Estado garantizará su incorporación en el sistema de educación regular y en la sociedad. 4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones. 5. Prevención contra el uso de estupefacientes o psicotrópicos y el consumo de bebidas alcohólicas y otras sustancias nocivas para su salud y desarrollo. 6. Atención prioritaria en caso de desastres, conflictos armados y todo tipo de emergencias. 7. Protección frente a la influencia de programas o mensajes, difundidos a través de cualquier medio, que promuevan la violencia, o la discriminación racial o de género. Las políticas públicas de comunicación priorizarán su educación y el respeto a sus derechos de imagen, integridad y los demás específicos de su edad. Se establecerán limitaciones y sanciones para hacer efectivos estos derechos. 8. Protección y asistencia especiales cuando la progenitora o el progenitor, o ambos, se encuentran privados de su libertad. 9. Protección, cuidado y asistencia especial cuando sufran enfermedades crónicas o degenerativas.

En la actualidad el Estado mediante políticas públicas claramente establecidas busca reconocer todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos más uno que estructura la lógica de la protección integral² sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta. Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de Derecho Público (penal) o Privado (familia). El juez, está limitado en su intervención por las garantías constitucionales.

Se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven un catálogo de medidas, en el que lo alternativo, excepcional, ultima ratio y temporalidad es la privación de libertad. Estas medidas se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semi libertad o privación de la libertad en institución especializada.

Se determina que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave.³

Todos estos derechos de la niñez y adolescencia, tiene implícito su deber ser, deber ser que tiene como garante al Estado que a través de la Administración pública establece política de orden prioritario para su tutela efectiva. El Consejo Nacional de la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia es el organismo rector que en este caso funcionaría para el verdadero cuidado de nuestros niños, niñas y adolescentes normando para esto las juntas cantonales, que son instituciones seccionales creadas por los municipios.⁴

² Este principio es de vital importancia puesto que nos señala sobre la concurrencia que debe haber entre la familia, el estado y la comunidad y los deberes y obligaciones que tienen éstos para con la infancia de nuestro país.

³ A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”. CORTE I.D.H.: Caso Villagrán Morales y Otros; Caso Niños de la Calle. Sentencia de 19 de noviembre de 1999.

⁴ Las Juntas Cantonales de Protección de Derechos son órganos de nivel operativo, con autonomía administrativa y funcional, que tienen como función pública la protección de los derechos individuales y colectivos de los niños, niñas y adolescentes, en el respectivo cantón. Las organizará cada municipalidad a nivel cantonal o parroquial, según sus planes de desarrollo social. Serán financiadas por el Municipio con los recursos establecidos en el presente Código y más leyes.

La separación del Estado-sociedad comienza justamente en estos postulados, pues las juntas cantonales en el Ecuador carecen de cuidado presupuestal, social y técnico para el cumplimiento de la meta que se ha propuesto.

RESUMEN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

TRABAJO DE CAMPO

El trabajo de campo se realizó en la ciudad de Guayaquil, en colegios y barrios en los que se llevaron a cabo diversas acciones con el objetivo de identificar los factores de riesgo que inciden en las situaciones que viven los niños y adolescentes.

DISEÑO

El trabajo de campo se ha llevado a cabo siguiendo el método hipotético deductivo, que considera el punto de partida del presente informe en la formulación de la hipótesis en donde los retos del Estado ante la protección de la niñez y adolescencia en la nueva sociedad representan tarea difícil en la actualidad.

EXPLORACIÓN PREVIA

Se hizo el reconocimiento del lugar durante un año, en escuelas colegios y barrios del sur de la ciudad de Guayaquil, para luego realizar el estudio en el campo en los últimos seis meses.

HIPÓTESIS

La sociedad global representa un reto para la Administración Pública al momento de la implementación de políticas tendientes a mejorar la situación de riesgo que vive la niñez y adolescencia en detrimento del bien común.

Código de la Niñez y Adolescencia. - Art. 206. Funciones de las Juntas Cantonales de Protección de Derechos.- Corresponde a las Juntas de Protección de Derechos: a) Conocer, de oficio o a petición de parte, los casos de amenaza o violación de los derechos individuales de niños, niñas y adolescentes dentro de la jurisdicción del respectivo cantón; y disponer las medidas administrativas de protección que sean necesarias para proteger el derecho amenazado o restituir el derecho violado; b) Vigilar la ejecución de sus medidas; c) Interponer las acciones necesarias ante los órganos judiciales competentes en los casos de incumplimiento de sus decisiones; d) Requerir de los funcionarios públicos de la administración central y seccional, las información y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones; e) Llevar el registro de las familias, adultos, niños, niñas y adolescentes del respectivo Municipio a quienes se haya aplicado medidas de protección; f) Denunciar ante las autoridades competentes la comisión de infracciones administrativas y penales en contra de niños, niñas y adolescentes; g) Vigilar que los reglamentos y prácticas institucionales de las entidades de atención no violen los derechos de la niñez y adolescencia; y, h) Las demás que señale la ley. Procurarán, con el apoyo de las entidades autorizadas, la mediación y la conciliación de las partes involucradas en los asuntos que conozcan, de conformidad con la ley.

INDICADORES

- Estado familiar, situación irregular, migración, estudios, salud mental, nutrición, drogas.
- Definir los diferentes ámbitos de interés en los que centraríamos nuestro estudio sobre la exclusión social y la permanente vulneración de los derechos de la niñez y adolescencia.
- Acordar las técnicas de investigación más apropiadas en función de los objetivos planteados, llevar a cabo la selección de informantes que participarían en el proyecto de diferentes maneras a lo largo de todo el proceso.
- Elaborar los guiones para las acciones de campo: las entrevistas, los grupos focales y las historias de vida.
- Una vez establecido el diseño del trabajo de campo, se procedió a implementar las diferentes acciones previstas:
 - Se concertó un calendario de entrevistas y encuentros con diferentes informantes y se establecieron los primeros contactos con ellos para explicarles el proyecto.
 - Se procedió a la realización de las entrevistas, la dinamización de los grupos y el desarrollo de las historias de vida.
 - Se aprovechó para recoger materiales que pudieran proporcionar información de interés para el proyecto: folletos informativos de asociaciones y entidades, etc.
 - Se transcribieron literalmente todas las acciones de campo desarrolladas para poder llevar a cabo el análisis cuantitativo y cualitativo.

ACCIONES REALIZADAS

Informantes clave

- 50 estudiantes de colegios entre 11 y 15 años, 20 varones, 30 mujeres
- 50 niños entre 8 y 10 años, 25 mujeres, 25 varones

Grupos focales

- 10 grupos diferentes en barrios de 5 niños por grupo: Sector:
- 10 grupos diferentes en barrios de 5 niñas por grupo: Sector:

Entrevistas en profundidad

- Madres solteras, 100 entrevistas
- Padres solteros, 100 entrevistas
- Abuelas a cargo, 100 entrevistas
- Docentes de colegios, 100 entrevistas

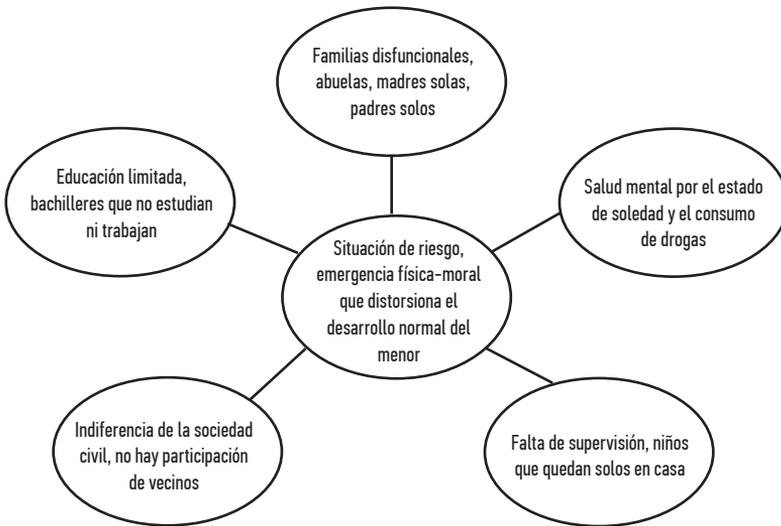
Historias de Vida: 50 entrevistas a jóvenes entre 12 y 17 años entre hombres y mujeres 25 y 25 respectivamente.

La totalidad de investigación obtenida a través del trabajo de campo, que se presenta en el presente informe, únicamente son resultados de oportuna revisión ya que esta es muy amplia y susceptible de varias lecturas posibles. Lo que en este resumen se pretende exponer es la veracidad de los datos que llevan al análisis que a continuación en el siguiente epígrafe se podrá observar a través de los varios aspectos estudiados.

ANÁLISIS

La protección especial como parte integrante e integradora de la protección integral no está dirigida al reconocimiento de situaciones jurídicas de derechos humanos universales (salud, educación, vida digna, etc.), sino al reconocimiento del derecho a ser protegido frente a situaciones de hecho que impiden el ejercicio de otros derechos, o violentan derechos, para restituir la condición y situación a parámetros normales de protección, y en consecuencia se trata de una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en estas situaciones especiales de desprotección.

Los retos de la Administración Pública ante la protección de la niñez y adolescencia en la nueva sociedad girarán en torno a los siguientes puntos críticos que evidencian los resultados obtenidos de la investigación. No se trata ya de dar beneficios a los niños, sino de acabar con los maleficios que no les dejan disfrutar de los beneficios que otros tienen. Y es así del cuadro que observaremos podemos entender lo que sucede en la situación irregular de la niñez y adolescencia en el Ecuador; la Administración Pública como responsable pretende direccionar todo su esfuerzo hacia la niñez y adolescencia pero sus resultados son limitados.



La evaluación realizada constituye una labor asistencial de carácter tuitivo, dirigida a ponderar la situación en que un menor se encuentra para evitar los riesgos que para la evolución de su personalidad, de tal situación se derivan para él. Se puede afirmar de manera general que la sociedad global representa un verdadero reto para la Administración Pública al momento de la implementación de acciones afirmativas en torno a la protección de la niñez y adolescencia en un contexto universal.

También es necesaria aquella sensibilidad que permita identificar ciertas prácticas como características propias de ciertos sectores culturales de la comunidad, no perjudiciales para el desarrollo normal, aun cuando sean diferentes o incluso molestas para el resto de la colectividad. La sociedad global exige que preparemos a los menores para unas formas de colaboración acentuadas en los campos de orden social, esto es en el deporte, el arte, las organizaciones culturales, es evidente la necesidad que tiene el Estado y la sociedad de profundizar en las exigencias auténticas del objetivo a conseguir para encontrar el modo de actuarlo en la práctica de la educación reglada.

La unión del Estado-sociedad se hace emergente ante la realidad que vive la niñez y adolescencia, la creciente movilidad social, que es consecuencia inmediata de la transformación social de nuestros días, exige de los establecimientos educativos el que no puedan ser discriminatorios, porque sociológicamente surgen nuevas presiones que harán desaparecer esas tradicionales apariencias clasistas que aún subsisten, lamentablemente, y que constituyen un obstáculo para la armoniosa interacción de todos en función del bien común.

La creación de un control comunitario respecto a las instituciones que forman parte del sistema nacional descentralizado de la niñez y adolescencia, y de mecanismos que dinamicen la ejecución de los planes y programas de protección de los derechos humanos de la niñez y adolescencia para el desarrollo integral de los mismos, sería la meta idónea para enrumbar el nexo del Estado y la sociedad, no solo en el Ecuador sino en Latinoamérica a la luz de los convenios Internacionales y los encuentros, conversatorios que se hacen al respecto

PROPUESTA

DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL ECUADOR

Como resultado del estudio desarrollado en torno a la situación de riesgo de la niñez y adolescencia en el Ecuador, se ha corroborado, luego del análisis documental, histórico, doctrinal y de trabajo de campo, la confirmación de las premisas de investigación acerca de la existencia real de limitaciones al ejercicio, aplicación y desarrollo de algunos de los derechos fundamentales que se encuentran contemplados en el texto constitucional del Ecuador en torno a la protección integral de la niñez y adolescencia.

Al respecto, es necesario enfatizar también que la premisa planteada respecto a la mejora de mecanismos del Sistema Descentralizado para la Protección Integral de la niñez y adolescencia, no corresponde en sí al proceso investigativo sino que ha sido agregada como una especie de hipótesis *ex post facto* que sugiere como alternativas de salida o mejoramiento de la situación problemática confirmada, el diseño y aplicación de políticas de Estado y de medidas normativas y jurisdiccionales para superar las limitaciones presentes en la aplicación y desarrollo progresivo de los derechos fundamentales en conflicto.

En la convicción sustentada de que las limitaciones de derechos investigadas son producidas por la presencia de concepciones propias de la globalización, de la que todos estamos inmersos, y en la que los principios del interés superior del niño se torna en un simple texto constitucional, se cree necesario delinear en general un conjunto de ideas que, articuladas como propuesta complementaria de la investigación, sirvan como un primer paso para la discusión de formas de salida a la situación actual y vías| de tránsito hacia un ejercicio pleno de los derechos fundamentales hoy limitados y se considera:

Que el Ecuador ha suscrito acuerdos internacionales en torno a la Niñez y Adolescencia. Que estos acuerdos son parte histórica de la evolución del reconocimiento de los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Que la Constitución de la República del Ecuador señala que el Estado deberá adoptar medidas efectivas y eficientes para garantizar los derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes.

Que la protección integral es un paradigma que se ha formado para tutelar efectivamente todos los derechos que deben proveérsele a los niños y adolescentes.

Que existe un Sistema Nacional Descentralizado para la Protección de la Niñez y Adolescencia.

Que este sistema contiene las “Juntas cantonales de protección de derechos”, las que les corresponde conocer de los casos de amenaza o violación de cualquiera de los derechos individuales de niños, niñas y adolescentes dentro de la jurisdicción del respectivo cantón.

Que la Constitución del Ecuador señala que la Administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

En este sentido, y como uno de los elementos de carácter necesario, aunque no suficiente, para la superación del problema que se ha investigado y confirmado, se plantea la necesidad de:

PRIMERO: Aplicar la reingeniería de carácter constitucional, orientada hacia un replanteamiento de la concepción y redacción de los derechos fundamentales que se encuentre libre de concepciones de los derechos de los niños y adolescentes, sino más bien dar el camino para el goce de éstos derechos que se encuentran normados en la ley para la protección de los que están desprotegidos. El trámite para las enmiendas constitucionales es el que se encuentra previsto en el artículo 441 de la Constitución del Ecuador.

Los temas que deberían ser incluidos en el debate previo a las enmiendas constitucionales en este sentido, se han formulado en el transcurso de la presente investigación y son, en primer lugar, aquellos que tienen que ver con las limitaciones del ejercicio de

los derechos fundamentales de los niños y adolescentes que se encuentran en situación irregular y que no pueden ejercer plenamente su derecho de manera positiva, y que de manera negativa, regulando y armonizando esos derechos acunados en la globalización se dejaron a un lado la afectividad y seguridad de que actualmente se encuentran desprovistos los niños y adolescentes.

En segundo lugar, el debate debería incluir también, y de manera amplia e inclusiva la discusión, desprovista de elementos morales que tengan relación alguna con principios doctrinarios de la protección integral de la niñez y adolescencia y que no se sustenten en verdades científicas, acerca de los límites normativos de los derechos fundamentales y de libertad, especialmente los referidos al derecho a la afectividad y seguridad en un entorno familiar, escolar, social y comunitario, hoy blindados y orientados al beneficio de algunos sectores de la sociedad en desmedro de otros, no cumpliendo así la Administración Pública con brindar la satisfacción de las necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales de los niños y adolescentes.

En último lugar, se considera de la misma manera necesario y conveniente para el desarrollo de los derechos fundamentales en el país y para la protección integral de la niñez y adolescencia que se constituye como un principio supremo del Estado, el debate acerca de la limitación del ejercicio pleno de sus derechos al momento de desproverlos de sus escuelas de barrios que representan la gestión de convivencia escolar que necesitan en este momento los más pequeños.

Se torna, entonces, imprescindible la responsabilidad estatal de asumir un conjunto de tareas complementarias en diversas áreas, en especial aquellas que tienen que ver con la modelación del pensamiento ciudadano; así también en aquellas que regulan el ejercicio de derechos o el funcionamiento de los servicios sociales o las instituciones públicas que los proporcionan, la educación en su participación desde un ámbito tradicional para la niñez y adolescencia.

Además de lo expuesto y que pasaremos a detallar brevemente, luce como una necesidad de primer orden incluir toda la serie de medidas que se contemplen como necesarias o complementarias para los objetivos planteados; así como también la inclusión de los diversos temas de desarrollo y aplicación plena de los derechos fundamentales afectados dentro de la planificación multinivel del Estado, tanto la que corresponde al gobierno central y las instituciones públicas dependientes del mismo, como a las de las entidades autónomas y gobiernos descentralizados; de otra manera, se dificultaría el establecimiento de metas y plazos concretos y el seguimiento necesario para la verificación del cumplimiento de las medidas adoptadas.

SEGUNDO: La gestión escolar encuentra cuna en el planteamiento de la reforma del nivel educativo; en cuanto a las medidas complementarias que hemos señalado como de vital importancia para lograr resultados efectivos y de alcance duradero en materia de aplicación plena y desarrollo efectivo de derechos fundamentales; dándole camino a los niños y adolescentes en el Ecuador, en especial de aquellos que se han mostrado

afectados por la influencia de otros factores que no los dejan gozar plenamente sus derechos fundamentales. Tenemos en primer lugar a las que implican innovaciones o modificaciones a nivel educativo; esto, por cuanto es justamente en las aulas de clase, en conjunto con los hogares, en donde se modela el pensamiento ciudadano y se puede influir de manera positiva en la valoración de los derechos constitucionales integrales; los derechos de la diferencia y de las minorías; junto con su respeto y promoción. A este nivel, se considera que se podrían implementar los siguientes cambios, esto como propuesta a ser aplicada por el rescate del grupo motivo de esta investigación, la niñez y adolescencia:

Retomar las escuelas de los barrios, las mismas que fueron eliminadas por las escuelas del milenio.

Proveer a las escuelas de los sectores urbanos y suburbanos y rurales de profesionales capacitados e implementar avances de índole tecnológico, en la medida de sus necesidades. Implementación de campañas en donde los protagonistas sean los docentes que motivarán la gestión de convivencia escolar en la comunidad

Fortalecer los contenidos en las escuelas, donde la materia de “Cívica” no deberá ser excluida, por su alto contenido de enseñanza de principios y valores

Incluir también asignaturas como “Ética Laica y Formación Ciudadana”, a partir de la inclusión de actividades extracurriculares obligatorias en las que se pongan en práctica los valores aprendidos y que sirvan para una temprana vinculación de los estudiantes con la realidad social y el contacto con la colectividad a través del tiempo compartido y del conocimiento de sus problemas

Inclusión formativa curricular de las áreas de Filosofía e “Historia del Pensamiento” en los niveles de bachillerato de todas las especialidades y modalidades de estudio.

TERCERO: La gestión de convivencia escolar deberá estar provista de trabajadores sociales y psicólogos que mantengan un nivel comunicacional en el que encontraremos otro de los pilares imprescindibles para la formación y difusión de los derechos fundamentales; la protección en la propia comunidad será la mejor representación que tenga el Estado al momento de encontrar niños desprotegidos.

CUARTO: El área de la comunicación social interviene también activamente en la modelación del pensamiento ciudadano, por lo que cualquier medida o política de Estado con tendencia a morigerar los patrones actualmente concebidos, deberá pasar por la difusión de otras vertientes y enfoques de los valores sociales y de los derechos humanos; para coadyuvar en esa tarea, luce necesaria la adopción de variadas medidas, entre las cuales podemos destacar:

Campañas permanentes de promoción de los derechos fundamentales, basados en una visión humanista, inclusiva y de ética, tanto en los medios públicos como en los medios privados de todo tipo.

Difusión masiva de obras académicas, culturales, y publicaciones de avances científicos y tecnológicos que destaquen los valores humanistas, los logros que el esfuerzo humano puede alcanzar para fines pacíficos y de obtención del buen vivir. Prohibición de la difusión de contenidos agresivos y de conductas inadecuadas en los medios públicos de comunicación, y regulación de la difusión de los mismos contenidos en los medios privados.

QUINTO: La Administración Pública, representada actualmente por el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia, quedará extinguido en su totalidad. En complemento de la necesaria reingeniería de derechos fundamentales que ya se ha expuesto al inicio de esta propuesta, se debe emprender en cambios normativos orientados a viabilizar una visión inclusiva de los derechos fundamentales ya desprovistos de limitaciones provenientes de la situación de riesgo que vive la niñez y adolescencia.

SEXTO: Se deberá crear un Ministerio denominado, “Ministerio del Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia”, que tendría que ser estructurado de la siguiente forma:



SÉPTIMO: El Ministerio del Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia, será el órgano rector de los Ministerios de Educación, Salud y Deporte, atendiendo lo que dice la norma constitucional respecto a la protección integral.

OCTAVO: Las escuelas del barrio, son escuelas creadas dentro de los barrios y sectores rurales, en donde la gestión de convivencia social y escolar es necesaria para la erradicación de la situación de riesgo de la niñez y adolescencia.

NOVENO: El Consejo de Trabajo Social para la niñez y adolescencia será el encargado de proveer a las escuelas, tanto del milenio como de las escuelas de barrios de profesionales

en trabajo social para realizar su trabajo desde la comunidad misma. El Consejo de Trabajo Social existirá en cada gobierno seccional.

DÉCIMO: El Consejo de Psicología para la Niñez y Adolescencia, será el encargado de proveer a las escuelas, tanto del milenio como de las escuelas de barrios, de profesionales especializados en psicología infantil y psicología para adolescentes para que éstos realicen el trabajo desde la convivencia escolar de los niños y adolescentes. El Consejo de Psicología existirá en cada Gobierno Seccional.

DÉCIMO PRIMERO: El Consejo de Formadores para la Niñez y Adolescencia, será quien recepte todos los docentes a nivel nacional para que sean ubicados en las diferentes escuelas para brindar el aporte de formación que necesita la niñez y adolescencia. El Consejo de Formadores existirá en cada Gobierno Seccional.

Como ya se planteó en la introducción de la presente propuesta, todos los cambios que se deban implementar como complemento a la reingeniería constitucional de los derechos fundamentales y como testimonio del cambio de orientación del Estado desde una protección al niño y adolescente que por su situación irregular no puede ejercer plenamente sus derechos, deberán constar en los instrumentos de planificación a nivel nacional, regional, provincial y local.

Debe ser responsabilidad de las autoridades públicas su diseño e implementación para un correcto seguimiento y evaluación de las metas alcanzadas; entre las ideas que se pueden incluir en la planificación, aparte de todas las que se han expuesto en los diferentes puntos, se destacan, de manera independiente, las siguientes:

- Diseño de planes de estímulo a las familias que se formen en programas de valores humanistas; los programas deberán ser asimismo diseñados y coordinados entre niveles de gobierno para su aplicación.
- Implementación de Campañas para una mejor convivencia escolar.
- Campañas referentes a la Situación de riesgo de la niñez y adolescencia
- Construcción de Áreas deportivas en cada barrio, en cada sector para brindar la oportunidad a la niñez y adolescencia de un verdadero Buen Vivir.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El camino recorrido en el trabajo que se entrega a través de este documento, partió originalmente de una inquietud que, seguramente, ha surgido en muchas personas relacionadas o no con el mundo de las ciencias jurídicas o del Derecho Constitucional; algunas que son quizás simples ciudadanos que han conocido casos cercanos o se han visto afectados actual y directamente en cuanto al ejercicio de sus derechos fundamentales debido a limitaciones constitucionales de las cuales no alcanzan a entender sus motivos o fundamentaciones últimas.

La Constitución de cada Estado debe ser un instrumento en el que se reconozcan las realidades sociales de todo tipo presentes en un momento histórico determinado; no

están llamadas a ser o imponer los modelos de construcción de la vida social sino a ser el reflejo de los mismos; así, constituye un error primario el hecho que en su elaboración los responsables políticos repitan, sin un análisis profundo y una contrastación con la realidad empírica, formatos o instituciones sociales tradicionales que quizás sean parte del problema que actualmente acongoja a la niñez y adolescencia, el abandono de la sociedad y del Estado en sí, llama a realizar cualquier forma posible, dejando incluso atrás la globalización, manteniéndola como un reto, pero no vital, para proteger a los niños y adolescentes en situación de riesgo en nuestro país.

El momento de la inclusión de derechos en una carta constitucional, es decir, el acto constituyente, expresado a través de los sujetos políticos que representan la voluntad popular, debe en lo posible tratar de mantenerse siempre libre de influencias, convicciones o intereses institucionales o personales que se encuentren distanciados o en conflicto con la realidad de los hechos y la dinámica social, que se encuentran en constante evolución. Lamentablemente no siempre se ajustan a la realidad de cada sociedad.

En el caso concreto del tema propuesto y del problema de investigación que sirvió de motivación para la realización del estudio, se ha podido demostrar, con base en el estudio teórico de análisis documental que se ha efectuado, la presencia de algunas de las limitaciones referidas al ejercicio, aplicación o posibilidades de desarrollo de varios de los derechos fundamentales más importantes para el disfrute de una vida armónica y del bienestar individual y social de los niños y adolescentes, en donde esa afectividad y seguridad en la praxis son evidentemente carentes.

Se han podido constatar casos en los que la misma Constitución del Ecuador contradice sus postulados de igualdad y libertad a través de las referidas limitaciones insertas en su propio texto. Por ejemplo, con la creación del Sistema Nacional Descentralizado, una institución que dentro de sus funciones pragmáticas no pudo concretar la afectividad y seguridad de la que carecen los niños y adolescentes en el Ecuador. La principal tarea cumplida fue esta, pues la creación de este aparataje, al vivir la investigación de campo se pudo develar la negativa de sus resultados tras la concepción y elaboración de algunos derechos fundamentales y algunas instituciones sociales que vertebran la vida y organización comunitaria de la sociedad; los estudios realizados, han confirmado las premisas planteadas y la existencia de un problema de graves alcances en materia de derechos fundamentales en el Ecuador.

En definitiva, lo que se puede concluir de todo el esfuerzo investigativo es que, reconociendo los significativos avances que en materia de derechos fundamentales representa la Constitución del Ecuador aprobada en el año 2008, aún quedan tareas pendientes de suma importancia; el documento constitucional que tenemos, admirado en muchas latitudes, es perfectible y esa debe ser la tendencia que anime a quienes están interesados en los temas de derecho constitucional y protección integral de la niñez y adolescencia.

Para transitar hacia el perfeccionamiento y evolución de los derechos fundamentales, así como para la inclusión de nuevos derechos, es necesario establecer un replanteamiento

de los valores que animan a nuestra Constitución; a simple vista, se piensa que detrás de todo el entramado conceptual de los derechos se encuentra desarrollo integral, que valora por encima de todo al ser humano como tal; sin embargo, queda claro que persisten concepciones dogmáticas que distorsionan la armonía axiológica constitucional; y que, por consiguiente, es necesario erradicar.

Para cumplir con la tarea de limpieza dogmática de los derechos constitucionales que se han identificado como afectados por los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia, se deberá hacer un replanteamiento de los mismos desde una óptica humanista libre de adjetivos inherentes a la vivencia misma de la niñez y adolescencia que pondere la titularidad expresa de los derechos por los sujetos sociales, sin mediaciones de ninguna especie; esto conlleva una tarea de reingeniería de los derechos fundamentales que debe estar acompañada de medidas colaterales que coadyuven a una implementación consensuada con los beneficiarios directos; libres de presiones o influencias externas como la situación irregular de los niños y adolescentes.

En la presente propuesta que da como solución al problema planteado y verificado, se han sugerido ajustes adicionales a la reingeniería constitucional de los derechos, medidas que son de carácter diverso, principalmente de carácter educativo y comunicacional, pues, se considera que no hay otra manera más efectiva de eludir o combatir las influencias ideológicas de los grupos de presión que a través de la racionalización tanto en las aulas de clases como en los medios de difusión y retroalimentación de la información conllevan a una mejor convivencia escolar que da como resultado la presencia del Estado en cada hogar que necesite atención para su niño o adolescente en situación de riesgo.

De manera complementaria, otras recomendaciones traducidas en propuestas están relacionadas con una activa intervención estatal respecto a la defensa y promoción de los derechos hoy escamoteados a muchos niños y adolescentes como consecuencia de su tergiversación doctrinaria, olvidando la realidad que viven muchos de ellos. Para aquello, se han sugerido medidas de carácter administrativo que ayuden a desideologizar la esfera pública y a consolidar el carácter protector del Estado; a la par, se cree necesario incluir estos temas, apoyados en planes concretos y estructurados, dentro de la planificación nacional multisectorial; esto, por cuanto se está persiguiendo un beneficio de alcance general para todos los niños y adolescentes con especial atención a los desprotegidos, a los que se les hace difícil ejercer por su propia condición, sus propios derechos.

Finalmente se plantea la presentación de la presente propuesta a la Asamblea Nacional con todo su trabajo de campo realizado y totalmente esquematizado para cumplir con el deber de investigadora, que es multiplicar el hallazgo hacia los que deben y necesitan conocer este tipo de realidades.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR CAVALLO, GONZALO. “El principio del interés superior del niño y la corte interamericana de derechos humanos”, Estudios Constitucionales No. 1/2008, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, pp. 223-247
- ALZATE PIEDRAHÍTA, MARÍA VICTORIA. “El descubrimiento de la infancia, modelos de crianza y categoría sociopolítica moderna”, Ciencias Humanas No. 31/2003, Universidad Tecnológica de Pereira, Colombia, pp. 2-8.
- ARELLANO TREJO, EFRÉN. “Justicia especializada para adolescentes.” Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública Documento de Trabajo número 7/2006, Cámara de Diputados, México.
- ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO Y CORREDORES LEDESMA, MARÍA BELÉN (Eds.). Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2010.
- BALLESTER AÑÓN, ROSA. “En torno al Siglo de los Niños”, DYNAMIS. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus, No. 25/2005, pp. 539-545.
- BLANCO ESCANDÓN, CELIA. “Estudio histórico y comparado de la legislación de menores infractores”, González Martín, Nuria (Coord.), Estudios en homenaje a Marta Morineau, Tomo II. UNAM, 2006, pp. 83-116.
- CALHOUN KELLER, SUZANNE. La familia, Editorial McGraw Hill, 2ª edición, Madrid, 2000.
- CHIRINOS PORTILLO, LISBETH M., “Interés superior de los niños, niñas y adolescentes trabajadores en Venezuela”, Gaceta Laboral, Universidad del Zulia, Venezuela, No. 2/2014, pp. 126-143.
- CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR 2008, 20 de octubre. Registro Oficial No. 449.
- CONVENIO N° 138 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO SOBRE EL TRABAJO INFANTIL.
- DE BARTOLOMÉ CENZANO, JOSÉ CARLOS. “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”, Revista sobre la Infancia y la Adolescencia, No. 3/2012.
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1959).
- LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (1989).
- LA REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA DE MENORES (Reglas de Bejín, 1985).
- LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE. Caracas 2 de abril de 2008. Gaceta Oficial N° 38.901.
- MARTÍNEZ ÁLVAREZ, MOIRA. Sistema de Responsabilidad y Procedimiento Penal del Adolescente. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, 2005.
- MONTOYA, CÉSAR. Familia y Menores. Caracas. Editorial Livrosca, 1999.
- MORAIS DE GUERRERO, MARÍA. Introducción a la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente. Caracas. Publicaciones UCAB. 2000
- PERRET GENTIL, CRISTÓBAL. Procedimiento en la Ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente. Editores Vadell Hermanos, 2000.

RECOMENDACIÓN NO. 146 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD (Reglas de Riyadh, 1990).

ROSALES, ELSIE. Constitución, principios y garantías penales. U.C.V. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 1996.

RETOS DE LA FUNCIÓN POLICIAL EN MÉXICO DESDE LA PERSPECTIVA DEL CASO “MUJERES VÍCTIMAS DE TORTURA SEXUAL EN ATENCO”*

CHALLENGES OF THE POLICE FUNCTION IN MEXICO FROM THE PERSPECTIVE OF THE CASE “WOMEN VICTIMS OF SEXUAL TORTURE IN ATENCO”

FILIBERTO MANRIQUE MOLINA

¹ Universidad Autónoma del Estado de Morelos.

² Universidad Nacional de Colombia.

RESUMEN

El presente artículo emplea la metodología de la teoría del caos desarticulado, el cual es aplicado a las ciencias para motivar un cambio de paradigma y generar conocimientos científicos en el área de los sistemas inestables; tal y como lo es el caso “Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México”, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conocido y que ha revelado la brutalidad policial, el exceso de violencia injustificada, las violaciones graves de los derechos humanos derivadas de la falta de capacitación y profesionalización del estado policial, así como los desafíos que tiene la policía mexicana para evitar los casos de violación y tortura sexual en su desempeño.

PALABRAS CLAVE: seguridad, derechos humanos, capacitación, represión, tortura, violencia sexual.

ABSTRACT

This article uses the methodology of disarticulated chaos theory, which is applied to the sciences to motivate a change of paradigm and generate scientific knowledge in the area of unstable systems; just as is the case “*Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*”, which the Inter-American Court of Human Rights has known and which has revealed the police brutality, excess of unjustified violence, serious violations of human rights derived from the lack of training and professionalization of the police state, as well as the challenges that the Mexican police have to avoid cases of rape and sexual torture in his performance.

KEYWORDS: Security, Human Rights, Training, Repression, Torture, Sexual Violence.

* Artículo resultado de investigación CONACYT durante el Programa de Estancias Posdoctorales en el Extranjero 2018 - 1, en trabajo colaborativo con la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y los grupos de Investigación “Escuela de Derecho Penal NULLUM CRIMEN SINE LEGE ÚN”, Reconocido y Clasificado en A COLCIENCIAS 2017, Universidad Nacional de Colombia, COL0078909 y el Centro Interamericano de Investigación en Derechos Humanos y Litigio Estratégico CIIDHLEX A.C.

RECIBIDO: 6/03/2019
ACEPTADO: 15/03/2019

CORRESPONDENCIA:
lic.frmanrique@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Una de las grandes preocupaciones que se han hecho visibles en los últimos años en México, es sin duda el tema de la inseguridad y violencia, la cual afecta un conjunto amplio de derechos humanos de miles de personas que habitan y transitan el suelo mexicano; problemática que deriva de un fenómeno multidimensional y con alcances regionales, el cual, ha generado preocupación y atención de diversas organizaciones nacionales e internacionales, pues el país se ha caracterizado por ser uno de los más violentos a escala global.

De acuerdo con el *Global Peace Index*, México se considera un país de baja seguridad (Institute for Economics and Peace, 2017), ello se justifica a que el país sigue enredado en el conflicto de la lucha contra carteles de la droga y más de 200 organizaciones criminales; creando nuevas instituciones como lo es la Guardia Nacional y reformando otras de alcance estatal, aumentando para ello el presupuesto y el número de responsables de seguridad interna, sin importar que la gran mayoría de elementos no cuenten con la debida profesionalización ni las capacidades suficientes para hacer frente a estos retos sin generar tensiones con los derechos humanos.

Lo anterior ha venido atentando e incumpliendo con una serie de reformas de nivel constitucional, estas son las del 31 de diciembre de 1994 al artículo 21, de 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011; a través de las cuales se viene exigiendo a las instituciones de seguridad la profesionalización de sus elementos, para efecto de que la función policial se apegue al discurso de respeto y garantía de los derechos humanos que en la carta política y en diversos instrumentos de carácter internacional se consagran.

A pesar de tan importante encomienda que el Congreso (desde hace más de 25 años) introdujo en el ordenamiento constitucional con dichas reformas y que vincula a un conjunto de autoridades, vemos con preocupación que existe un claro rezago en la adopción de medidas integrales y eficaces tendientes a implementar y aterrizar las obligaciones que derivan de las mismas, y con ello ejecutar las transformaciones legales, estructurales, políticas y educativas que permitan hacer tangibles dichos cambios tan paradigmáticos que nos traen los derechos inherentes al ser humano, y con ello, la disminución de sus incumplimientos por parte de los elementos de la policía.

Partiendo de la realidad, ha quedado claro que, desde hace más de diez años, la violencia y la inseguridad en México ha sufrido escaladas nunca antes registradas, pues de acuerdo con el índice de paz México 2018, se señala que los últimos años han sido un periodo de considerable agitación ya que *“After two years of escalating violence, Mexico’s 2017 homicide rate surpassed its previous 2011 peak. It was the most violent year in at least two decades, raising serious concerns for policy makers and egatively affecting trust amongst the population. The increase in violence has been driven not only by organized crime, but also by individuals likely empowered by the weak rule of law.”* (Institute for Economics and Peace, 2018)

Violencia que no solo ha sido incitada por los particulares, sino que ha sido alimentada por las deficiencias de las autoridades (civiles y los que actúan bajo su mandato)

encargadas de hacer cumplir la ley. Esto ha provocado numerosos casos comprobados sobre transgresiones graves a los derechos humanos a las personas en general, en las cuales se ha denigrado al ser humano en su calidad, pues en su actuar se han visto involucrados en la comisión de barbaries, tales como detenciones arbitrarias, privación ilegal de la libertad, secuestro de personas, tortura, violencia física, sexual o psicológica de las mujeres, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, etc. Crímenes que tal y como lo señala el Estatuto de Roma “*constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad*”, los cuales son las principales tareas de los Estados modernos, pues sin estas no existen las condiciones mínimas para vivir en sociedad.

Un ejemplo de ello, es la controversia que se ha ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante (Corte IDH); la cual devela la brutalidad policial, exceso de violencia injustificada, la falta de capacitación y profesionalización del estado policivo, nos referimos al caso “Mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México”, el cual ha puesto en evidencia la debilidad del Estado de Derecho, en donde cualquier servidor público o autoridad incurre en abusos graves, sin importarle las obligaciones y limitaciones que les imponen las propias leyes, mandatos constitucionales y supraconstitucionales; es por ello, que en el presente trabajo develaremos los retos de la seguridad en México desde la perspectiva del presente caso.

OBJETO DE LA CONTROVERSIA

Ya lo dijo Heller en su obra Teoría del Estado que “*la realidad social es un caos desarticulado que solo puede ser ordenado gracias a los puntos de vista valorativos que aporte el investigador,*” (Heller, 2014) por lo que, la metodología de esta investigación parte del análisis del caos desarticulado “la realidad”, el cual nos dará las directrices para brindar los aportes originales y novedosos necesarios para cambiar dicha realidad.

Partiendo de esa metodología, hay muchos casos en México sobre el abuso, la brutalidad policial y afectaciones a los derechos de sus habitantes, uno de esos casos es el que se relaciona con una serie de violaciones cometidas por la policía en contra de once mujeres, de nombres “Mariana Selvas Gómez, Georgina Edith Rosales Gutiérrez, María Patricia Romero Hernández, Norma Aidé Jiménez Osorio, Claudia Hernández Martínez, Bárbara Italia Méndez Moreno, Ana María Velasco Rodríguez, Yolanda Muñoz Diosdada, María Cristina Sánchez Hernández, Angélica Patricia Torres Linares y Suhelen Gabriela Cuevas Jaramillo”. (Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, 2018)

Estas violaciones se produjeron dentro de un contexto de detenciones y traslados arbitrarios e ilegales realizados como parte de un operativo de seguridad en los municipios de Texcoco y San Salvador Atenco, Estado de México, los días 3 y 4 de mayo de 2006. Este caso también propició y permitió un estado de impunidad, pues no se cumplió con la obligación de investigar, identificar, juzgar y sancionar a todas las personas responsables del operativo y sus efectos adversos en los derechos de las personas.

De acuerdo con los reportes periodísticos, las investigaciones presentadas por la “Comisión Nacional de Derechos Humanos” y el dictamen que valora la investigación por parte de la “Suprema Corte de Justicia de la Nación”, el recuento de los hechos es el siguiente. Los días 3 y 4 de mayo del año 2006, en los poblados de San Salvador Atenco y Texcoco, Estado de México, se detonó un desacuerdo entre una agrupación de floricultores y horticultores, quienes era simpatizantes del movimiento denominado “Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra”, los cuales se opusieron a ser reubicados por las autoridades municipales de Texcoco, quienes realizaron un operativo de prohibición contra el comercio informal con el objeto de recuperar áreas comunes y mejorar la imagen urbana.

Días previos al conflicto, ya se habían suscitado operativos en contra de los campesinos. El día 10 de abril de 2006 no se les permitía instalarse y vender sus productos en el mercado Belisario Domínguez, siendo el día 20 de abril de 2006 en donde los policías y servidores públicos municipales toman el mercado y realizan con lujo de abuso una serie de detenciones arbitrarias; a partir de ese momento, los horticultores, floristas y el “Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra” realizan una serie de diálogos con las autoridades municipales para encontrar una solución y alcanzar la liberación de las personas sujetas a detención.

La seguridad en las intermediaciones del mercado se intensificó con policías de los tres órdenes, esto es, federales, estatales y municipales (Dictamen que valora la investigación Constitucional Expediente 3/2006, 2009) pues el conflicto escaló, tal y como lo señaló el pleno del alto tribunal mexicano que, “los particulares rebasaron su derecho de manifestación lícita y pacífica, desatendiendo su deber de obedecer la Ley; toda vez que bloquearon la carretera Lechería Texcoco, retuvieron a servidores públicos y actuaron de forma violenta, atacando con machetes, palos, piedras, bombas molotov y cohetes a las autoridades que intervinieron”. (Dictamen que valora la investigación Constitucional Expediente 3/2006, 2009)

Como parte del operativo para rescatar a los servidores públicos, patrullas y armamento; es que los elementos de la policía se desplegaron en el poblado de Atenco, ingresando a los domicilios particulares sin orden judicial, realizando detenciones indiscriminadas a diversas personas, tanto al interior de los inmuebles como en la vía pública, las cuales incluyeron “agresiones físicas, amenazas de muerte, patadas, golpes con -tolete- e insultos, despojo de pertenencias.” (Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, 2018)

Siendo este el escenario en donde 50 mujeres fueron detenidas de manera ilegal y arbitraria, mientras desempeñaban sus actividades diarias, daban atención médica a los lesionados, o documentaban los mismos en los días 3 y 4 de mayo de 2006; de las cuales 31 “refirieron haber sido agredidas sexualmente de diversas formas por parte de elementos policiales al momento de su detención, en las camionetas o vehículos en que fueron conducidas a los autobuses, al ingresar a y durante su estadía en los autobuses utilizados para su traslado al CEPRESO y al ingresar al penal”. (Dictamen que valora la investigación Constitucional Expediente 3/2006, 2009)

Los abusos policiales denunciados por las mujeres consistieron en: “manoseos, tocamientos, apretones y pellizcos en senos, pezones, piernas, pubis, glúteos, ano y vagina, en algunos casos por encima de la ropa y, en otros, estableciendo un contacto directo con la piel; introducción de los dedos y la lengua en la boca; colocación del tolete entre las piernas; frotamiento del miembro viril en el cuerpo; obligación a practicar sexo oral mediante la introducción del miembro viril en la boca; penetración vaginal con los dedos; e introducción de objetos extraños en la vagina”. (Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, 2018)

De acuerdo con Velázquez Moreno, “las agresiones sexuales hacia las mujeres fueron utilizadas como una herramienta para desincentivar un movimiento social, destacando que en este caso los elementos policiales estaban desarrollando un operativo que tenía como objetivo desarticular una manifestación.” (Velázquez Moreno, 2019) Recordemos que la violación sexual se dirige al “aniquilamiento de la voluntad de la víctima cuya reducción es justamente significada por la pérdida de control sobre el comportamiento de su cuerpo y el agenciamiento del mismo por la voluntad del agresor” (Rita Segato, 2016), los fines del agresor en este caso, fueron más allá del aniquilamiento de la voluntad de la persona, sino que trascendió con un impacto de poder y coerción en la colectividad, enmarcándose en una práctica denigrante de represión y control social.

Cabe mencionar que la violación en diversos conflictos ha sido, “utilizada como método de tortura o como forma de lesionar el honor del enemigo” (Amnistía Internacional, 2004) agresiones que se califican con el carácter de tortura sexual, de acuerdo con la Corte IDH en su línea jurisprudencial ha establecido que “un acto de tortura puede ser perpetrado tanto mediante actos de violencia física como a través de actos que produzcan en la víctima un sufrimiento psíquico o moral agudo”. La violencia sexual trae este tipo de sufrimientos a la víctima, adicionalmente, el tribunal interamericano ha reconocido que “la violación sexual es una experiencia sumamente traumática que tiene severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico que deja a la víctima humillada física y emocionalmente...De ello se desprende que es inherente a la violación sexual el sufrimiento severo de la víctima”. (Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, 2010)

Aquí es conveniente señalar que, solo fueron objeto de violencia sexual las mujeres, pues de acuerdo con la investigación “no hay denuncias de este tipo por parte de los varones detenidos” (Dictamen que valora la investigación Constitucional Expediente 3/2006), es decir, que las agresiones sexuales se propiciaron para generar un castigo y humillación a las mujeres por su condición de ser mujeres, lo que constituyó una forma de discriminación por razones de género, con una marcada idea de estereotipos en cuanto a sus roles sexuales.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) ha establecido que la definición de discriminación alcanza una serie de violencias contra las mujeres, a saber:

(...) Actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad. La violencia contra la mujer puede contravenir disposiciones de la Convención, sin tener en cuenta si hablan expresamente la violencia. (Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1994).

Estas discriminaciones contra la mujer son un reflejo de las relaciones históricas de poder desiguales entre mujeres y hombres; las cuales se han convertido en un desafío prioritario para las autoridades mexicanas, incluyendo a las de seguridad, pues las prácticas sexistas que permiten la violencia sexual sobre sus cuerpos, así como la violencia física, y psicológica, restringen un conjunto de derechos y libertades que atentan contra el zócalo de los mismos, nos referimos a la dignidad humana de las mujeres.

Por cuanto se refiere al estereotipo de género, la Corte IDH ha acuñado en una línea jurisprudencial que esta se refiere a una “pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado”... “es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial”. (Caso González y otras “Campo Algodonero” Vs. México, 2009)

Tal y como ocurrió en el caso Atenco, el empleo de patrones estereotipados por parte de las fuerzas policiales -donde se hace inferior a la mujer- se convirtió en una de las causas del control, la coerción, dominio, abnegación y violencia de género en contra de las mujeres sujetas a detención. Es por lo anterior que, la Comisión Interamericana ha señalado que “los estereotipos y prácticas sociales y culturales basados en el concepto de que las mujeres son inferiores a los hombres pueden influenciar negativamente las acciones de los funcionarios públicos”. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2007)

Teniendo en cuenta lo anterior, es que en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”, señala dentro de su artículo 6 que:

El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:

- a. El derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
- b. El derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. (Organización de los Estados Americanos, 1994)

De allí que, los gobiernos de los Estados, para disminuir esos factores de riesgo hacia las mujeres, deben realizar acciones tendientes a prevenir, erradicar y sancionar este tipo de violencias -discriminación y patrones estereotipados- cuyo carácter es de tipo estructural, las cuales no solo provienen de la sociedad sino también provienen de las instituciones de seguridad y de procuración de justicia, las cuales hoy en día, permiten las manifestaciones más misóginas que conducen a la victimización y re-victimización de las afectadas, transgrediendo sus derechos de ayuda, asistencia médica y psicológica temprana así como la protección inmediata. Pero sobre todo se instauren como auténticas instituciones de garantía de los derechos de las mujeres lesionadas a conocer la verdad, a una investigación, acceso a la justicia, la reparación del daño y la no repetición de los hechos violentos.

Otros elementos que se han sumado a la afectación de las mujeres víctimas de violencia y tortura sexual en el caso Atenco, son los periodos prologados de impunidad que prevalecieron en el presente caso, en el que solo 11 mujeres pudieron tener acceso a la justicia por la vía internacional, pero que de acuerdo a la diversos colectivos pro víctima, la gran mayoría de las afectadas no han tenido acceso a la verdad, a la justicia y mucho menos la reparación; pues los casos no son investigados y en otros cuantos, las indagaciones son dilatorias, carecen de seriedad, imparcialidad y efectividad; pues han sido deficientes por más de 13 años, por lo que no se han constituido en recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia y permitan a las víctimas de Atenco conocer la verdad; condenándolos a la total impunidad.

En general, todo ese tipo de hechos y violencias contra las mujeres de Atenco, por parte de las autoridades de seguridad fueron calificadas por la Corte IDH como:

(I) la represión de la protesta social en México, y (II) el uso generalizado de la tortura y la violencia sexual contra las mujeres, lo cual incluye referencias a: (a) el uso generalizado de la tortura en México y la falta de documentación de sus secuelas; (b) la violencia sexual, discriminación y falta de acceso a la justicia para las mujeres en México, y (c) la tortura sexual contra las mujeres en México. (Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, 2018)

Ese es la situación luego los enfrentamientos violentos entre habitantes de los municipios de Texcoco y San Salvador Atenco, Estado de México, y “700 elementos de la Policía Federal Preventiva, 1,815 de la Agencia de Seguridad Estatal y, al menos, nueve policías municipales de Texcoco” (Sobre el caso de los hechos de violencia suscitados los días 3 y 4 de mayo de 2006 en los Municipios de Texcoco y San Salvador Atenco, Estado de México, 2006), los cuales dieron con un saldo total de 209 personas agraviadas, de ellas, dos víctimas fallecidas, “una de ellas menor de edad, así como la detención de 207 personas”, las cuales fueron puestas a disposición de manera ilegal, con el empleo

de la violencia, la “tortura física, psicológica y sexual” en el marco de su arresto, conducción y llegada a los centros de detención.

LOS RETOS DEL GOBIERNO MEXICANO PARA ARMONIZAR LA FUNCIÓN POLICIAL A LA LUZ DE LA SENTENCIA “MUJERES VÍCTIMAS DE TORTURA SEXUAL EN ATENCO”

Tal y como se desprende de la sentencia de la Corte IDH, el Estado mexicano por conducto de sus autoridades de seguridad, al desplegar el operativo en San Salvador Atenco violaron los derechos a “*la integridad personal, la vida privada, y no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, consagrados en los artículos 5.1, 5.2 y 11 de la Convención Americana, los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura y el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará; Transgredieron el derecho de reunión y protesta, consagrado en el artículo 13 y 15 de la Convención Americana; Violación flagrante del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7, numerales 1, 2, 3 y 4, y del derecho a la defensa, consagrado en el artículo 8.2, literales b, d y e, del Pacto San José y se encontró responsable por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana*”. (Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, 2018)

Asimismo, las autoridades mexicanas pasaron por alto las obligaciones de “respetar y garantizar los derechos humanos” sin discriminación, consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, o tal y como los denomina Ferrajoli, aquellas “expectativas negativas o positivas a las que les corresponden obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de no lesión)” (Ferrajoli, 2004).

Para dotar de mayor claridad, la Corte IDH se ha referido y ha hecho reflexiones sobre la obligación de respeto desde la primera de sus jurisprudencias y que nos dice lo siguiente:

165. “La primera obligación asumida por los Estados Partes, en términos del citado artículo el 1.1 del Pacto de San José, es la de respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención...”. (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988)

La obligación de respeto “no solo se cumple con abstenerse de violar por acción u omisión un derecho humano, si no que respetar, impone una conducta gubernamental encaminada a cumplir el mandato internacional de naturaleza convencional” (Huertas Díaz, R. Manrique Molina, Correa de Molina, Trujillo González, & Herreño Castellanos, 2015), obligación que de acuerdo a Claudio Nash, deben ser cumplidas por los Estados a través de las acciones de cumplimiento, que pueden implicar una actividad de prestación o abstención. (Nash Rojas, 2009)

En relación a la denominada “obligación de garantía”, esta hace especial referencia a aquellas acciones que de manera progresiva y continua debe desplegar todo el aparato Estatal, para que, dentro de su jurisdicción y competencia, generen las mejores condiciones que permitan el acceso a todas las personas, sin distinción, y de manera libre el goce y disfrute efectivo de los derechos más básicos consagrados en el Pacto San José, esta obligación:

166. "...implica el deber de los la jurisprudencia que se está comentando Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos...". (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988)

De esa línea jurisprudencial, es que "todo el aparato gubernamental, en todas sus estructuras, a través de la cual se manifiesta el ejercicio del poder público, que en México son los organismos autónomos, el poder Legislativo, Judicial y el Ejecutivo en sus tres niveles de gobierno, llámese Federal, Estatal y Municipal" (Huertas Díaz, R. Manrique Molina, Correa de Molina, Trujillo González , & Herreño Castellanos , 2015), son en quienes recae la obligación de allanar las vías para la ejecución de planes, programas y políticas para el pleno desarrollo de los derechos humanos y libertades.

También debemos señalar que, la Corte IDH establece que el deber de garantía implica cuatro acciones para los Estados:

166. "...Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos". (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988)

Como se podrá observar, la obligación de garantía implica el organizar todo el aparato gubernamental y todas sus estructuras para desplegar aquellos actos tendientes a "prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier violación a los derechos humanos", de allí que las obligaciones de respeto y garantía se convierten en la piedra angular para que los estados parte del Sistema Interamericano cumplan con las obligaciones consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los cuales se afectaron en el caso "Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco".

Otro aspecto relevante es la prevención, la cual juega un rol importantísimo para el pleno desarrollo y vigencia de los derechos humanos, ya que en palabras de Nash Rojas "el establecimiento de un sistema internacional de derechos humanos busca la prevención de violaciones de derechos humanos," (Nash Rojas, 2009) en ese sentido se afirma que "el Estado que más cumple con el tema de los derechos humanos es aquel que realmente evita que las personas sufran atentados contra su dignidad, esto es la prevención; impedir a toda costa que autoridades y particulares transgredan los derechos humanos...la Corte ha establecido en su jurisprudencia que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos". (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988)

Es por lo anterior que, la Corte IDH ha dispuesto en el caso “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco”, como obligación del Estado, el desarrollar medidas de prevención, para efecto de evitar la repetición de ese tipo de actos, por ello dispuso que el Estado mexicano en un plazo de dos años debe:

...Crear un plan de capacitación de oficiales de la Policía Federal y del Estado de México, y establecer un mecanismo de monitoreo y fiscalización para medir y evaluar la efectividad de las políticas e instituciones existentes en materia de rendición de cuentas y monitoreo del uso de la fuerza de la Policía Federal y la policía del Estado.

Elaborar un plan de fortalecimiento calendarizado del Mecanismo de Seguimiento de Casos de Tortura Sexual cometida contra Mujeres. (Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, 2018)

Si bien la sentencia es reciente, de data 28 de noviembre de 2018, por los cambios constitucionales en el país mexicano en el año 2019, dicha obligación de capacitación se deberá adecuar para el personal de la nueva institución de seguridad denominada “Guardia Nacional”, la cual absorbe a la denominada Policía Federal. En relación a la obligación de capacitación a la policía del Estado de México, consideramos que los alcances de la sentencia deberán ampliarse a las autoridades de seguridad de las 32 entidades federativas, pues son actos que en ninguna zona del país se pueden volver a repetir.

De allí que, es necesario instrumentar e impulsar “la capacitación y profesionalización permanente de los elementos de las instituciones policiales para asegurar el respeto y garantía de los derechos humanos en su función policial” (R. Manrique Molina & Jiménez Rodríguez, 2016) y evitar que actos como lo son la brutalidad policial, la represión de la protesta social, el uso generalizado de la tortura, la violencia sexual contra las mujeres, discriminación y la tortura sexual se vuelvan a repetir.

Ante la falta de una educación sólida en el conocimiento y respeto de los derechos humanos en la carrera y función policial, es que los elementos no podrán cumplir de manera íntegra con las obligaciones constitucionales y supraconstitucionales, pues al no contar con una cultura sólida, evidentemente existirán falencias al momento de desarrollar su actividad, lo que traerá como consecuencia la comisión por acción u omisión de delitos graves, incluso calificados de lesa humanidad, tales como lo son afectaciones a la libertad personal, la integridad física y psíquica, o cualquier otra forma de trato cruel, inhumano y degradante.

Prácticas que son “intolerables” para todos los Estados, a los cuales se prohíbe realizarlos incluso en estados de excepción, tales como en las guerras, periodos de inestabilidad política o de emergencia, para evitar dichas prácticas, la “Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes” impone la obligación de que se tomen medidas efectivas que tiendan a impedir las y eliminarlas.

En el caso de las fuerzas de seguridad pública, dicha convención impone la obligación de brindar el adiestramiento de la policía y otros funcionarios públicos responsables de las personas privadas de su libertad, pues hace imperativo que se asegure *“que se tenga plenamente en cuenta la prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esta prohibición se incluirá, asimismo en su caso, en las normas o instrucciones generales que se publiquen en relación con los deberes y funciones de cualquier encargado de la custodia o trato de dichas personas.”* (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1975) Para que se cumpla con el estándar internacional, los Estados tienen la obligación de realizar esfuerzos de capacitación a los elementos y de verificación del trato de aquellas personas sujetas a detención, como de aquellos que se encuentran bajo prisión preventiva o cumpliendo con una condena, así como los métodos empleados al momento de realizar cualquier tipo de interrogatorio en la etapa de investigación.

El fundamento de esa capacitación es el artículo 10 de la “Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes”, la cual señala que el *“Estado parte velará por que se incluya una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.”* (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1987), Pues la información y educación permitirá a los encargados de hacer cumplir la ley el prevenir la comisión de este tipo de actos.

Otro de los puntos que obliga la Corte IDH, es la elaboración de un plan de fortalecimiento calendarizado del “Mecanismo de Seguimiento de Casos de Tortura Sexual cometida contra Mujeres”. Aquí conviene señalar que en México desde el año 2015 se cuenta con ese importante mecanismo de seguimiento; el cual tiene como finalidad revisar los casos prioritarios de mujeres denunciantes de tortura sexual, emitir conclusiones sobre los casos revisados, monitorear y dar seguimiento a casos, salvaguardar la integridad física y psicológica de las mujeres víctimas y elaborar políticas públicas dirigidas a la prevención y combate de la tortura sexual.

Conviene elevar una advertencia, de que no solo se requiere de la elaboración de un plan de fortalecimiento calendarizado del mecanismo para su fortalecimiento; también es necesario integrar a los representantes de las instituciones de policía de nivel Federal, Estatal y Municipal, pues estas no forman parte de ese mecanismo, lo que resulta grave, pues son las policías el primer ente de contacto entre el ciudadano y el Estado, por ello, si se busca generar mayor confianza y prevenir este tipo de casos, es necesario y urgente integrarlos.

CONCLUSIONES

La Corte Interamericana de Derechos Humanos con la emisión de la sentencia “Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México” puso en evidencia una

serie de falencias del sistema mexicano; en especial de las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley, tanto civiles o todos aquellos que actúen bajo su mandato, pues en su función han afectado los derechos y libertades más importantes de la población mexicana.

Lo cual significa que la actuación de los funcionarios responsables de seguridad interna son en realidad un riesgo para la población, en especial para las mujeres; pues la gran mayoría no cuenta con la debida profesionalización ni con las capacidades suficientes para hacer frente a los retos de seguridad que atraviesa el país. Tal y como se ha planteado en esta investigación, ha vulnerado el espíritu constitucional, por lo cual se viene exigiendo a las instituciones de seguridad la profesionalización de sus elementos, para efecto de que la función policial se apegue al discurso de respeto y garantía de los derechos humanos, principios que se consagran en diversos instrumentos de carácter internacional.

Lamentablemente por más 25 años las autoridades mexicanas han sido omisas e irresponsables en ejecutar las transformaciones legales, estructurales, políticas y educativas que permitan hacer tangibles las obligaciones que impone la constitución y con ello poder hacer palpables los cambios tan paradigmáticos que nos traen los derechos inherentes al ser humano, y permitir la disminución de sus incumplimientos por parte de los elementos de la policía.

Un ejemplo claro de esas omisiones es el caso “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco”, en el cual 11 mujeres resultaron víctimas de tortura sexual por parte de las autoridades, practicas denigrantes cuya finalidad era la represión de la protesta social. Cabe señalar que la gran mayoría de las víctimas del caso Atenco (209 personas detenidas) no han tenido acceso a la verdad, a la justicia y mucho menos la reparación; pues los casos no han sido investigados y en otros cuantos, las indagaciones son dilatorias, carecen de seriedad, imparcialidad y efectividad; pues han sido deficientes por más de 13 años, por lo que las víctimas no han tenido un recurso efectivo de acceso a la justicia.

Para evitar la repetición de casos tan atroces como el de Atenco es indispensable que los encargados de la seguridad en México ya sean nacionales o locales, cuenten con todas las capacidades y todos los recursos, pero sobre todo con la capacitación y profesionalización que demanda el servicio, para el efecto de lograr los mejores resultados sin generar tensiones con los derechos humanos de la población que habita o transita el territorio mexicano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMNISTÍA INTERNACIONAL. (2004). *Colombia, cuerpos marcados, crímenes silenciados; Violencia sexual contra las mujeres en el marco del conflicto armado*. Madrid: Amnesty International Publications.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (9 de diciembre de 1975). Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. New York, USA: Naciones Unidas, AG.

- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. (26 de junio de 1987). Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. *Resolución 39/46*. Nueva York, USA: UN.
- CABALLERO, A. A. (2012). *Los derechos humanos en México*. México, D.F.: Porrúa.
- Caso Fernández Ortega y otros Vs. México, Serie C No. 215 (Corte IDH 30 de agosto de 2010).
- Caso González y otras "Campo Algodonero" Vs. México, Serie C No. 205 (Corte IDH 16 de noviembre de 2009).
- Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, Serie C No. 371 (Corte IDH 28 de noviembre de 2018).
- Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Serie C No. 4 (Corte IDH 29 de julio de 1988).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2007). *Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las américas*. Washington : OEA.
- Dictamen que valora la investigación Constitucional Expediente 3/2006, 3/2006 (Suprema Corte de Justicia de la Nación 12 de febrero de 2009).
- FERRAJOLI, L. (2004). *Derechos y garantías, La ley del más débil*. (A. G., & P. A. Ibáñez, Trads.) Madrid: Trotta.
- HELLER, H. (2014). *Teoría del Estado*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Huertas Díaz, O., R. Manrique Molina, F. E., Correa de Molina, C., Trujillo González, J. S., & Herreño Castellanos, D. (2015). Retos para lograr en México la cultura de la paz y los derechos humanos. *Iustitia*, 285-310.
- IBÁÑEZ NAJAR, J. E. (2014). *Justicia Transicional y las Comisiones de la verdad*. Bogotá D.C: Instituto Berg.
- Institute for Economics and Peace. (2017). *Global Peace Index*. Sydney, New York, and Oxford: IEP.
- Institute for Economics and Peace. (2018). *Mexico Peace Index 2018, analyzing the changing dynamics of peace in Mexico*. Ciudad de México: IEP.
- Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1994). *Recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*. Nueva York: U.N.
- Nash Rojas, C. (2009). *El sistema interamericano de derechos humanos en acción. Aciertos y desafíos*. México: Porrúa.
- Organización de los Estados Americanos. (9 de junio de 1994). Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer "Convención de Belem do Pará". Belem, do Pará, Brasil: OEA.
- R. Manrique Molina, F. E., & Jiménez Rodríguez, N. P. (2016). Hacia la implementación de un control integrador y universal de los Derechos Humanos en la actuación de las fuerzas de seguridad en México. En H. González Chévez, *Seguridad Pública, Presupuesto y Derechos Humanos* (págs. 149-165). México: Fontamara.
- Rita Segato, L. (2016). *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de sueños.

Sobre el caso de los hechos de violencia suscitados los días 3 y 4 de mayo de 2006 en los Municipios de Texcoco y San Salvador Atenco, Estado de México, Recomendación no. 68, año 2006 (Comisión Nacional de los Derechos Humanos 16 de octubre de 2006).

VELÁZQUEZ MORENO, A. L. (2019). Caso Atenco: control social por medio de la violencia sexual a las mujeres. *Nexos*. Recuperado el 4 de abril de 2019, de <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=9459>

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN LA REVISTA JURÍDICA

TRAYECTORIA, COBERTURA Y CONTENIDO

La Revista Jurídica es uno de los órganos de difusión científica de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Tiene una periodicidad semestral. Fundada en el año 1990, publica principalmente producciones inéditas relacionadas con las más importantes áreas del Derecho. Su objetivo es difundir el conocimiento especializado que permita promover la discusión crítica en temas jurídicos relevantes. Su distribución es gratuita a nivel nacional e internacional.

El Consejo Científico de la Revista se reserva el derecho de efectuar correcciones de forma, con el propósito de asegurar una presentación uniforme. La publicación de los artículos no tiene ningún costo.

I. RECEPCIÓN DE ARTÍCULOS

Los artículos se recibirán en formato Microsoft Word, y en el documento deberán constar los datos personales de los autores. Como archivo complementario, deberá presentar una carta declaratoria de responsabilidad de autoría, dirigida al director de la revista, que en lo principal manifieste que es un artículo original, que no ha sido publicado en otra revista; así mismo se manifieste los posibles conflictos de interés, y esté firmada por todos los autores.

II. PRESENTACIÓN

En cuanto a los datos, contenido, estructura y estilo de los originales; los autores observarán las siguientes normas para lograr una mayor eficacia en la gestión editorial:

FORMATO

CONSIDERACIONES GENERALES

Tipografía: Times New Roman tamaño 12

Interlineado: sencillo, no habrá espacios en blanco entre párrafos.

Márgenes: 2.5 cm. de margen en todos sus lados.

Extensión: máximo 20 páginas.

TABLAS Y FIGURAS

Todas las tablas o figuras deberán enumerarse en función del tipo, según su aparición en el artículo.

El texto que aparece en el interior ha de leerse con claridad.

Los títulos deben ser lo suficientemente claros y concisos y se situarán en la parte inferior de la figura.

Las tablas deben entregarse en formato editable, no como imagen

En las tablas, cada columna debe ir encabezada por un título breve.

Las figuras deben estar en formato de imagen de alta calidad y con todo legible, y se incluirán un máximo de seis.

En caso de ser necesario, las explicaciones del contenido se incluyen en notas al pie de la tabla o figura.

ABREVIATURAS

Usar solamente abreviaturas estándares; la primera vez que se usa una abreviatura debe ir precedida por el término sin abreviar, seguido de la abreviatura entre paréntesis, a menos que sea una unidad de medida internacional.

TÍTULO

Será lo más ilustrativo y conciso posible, y no debe tener más de 15 palabras.

RESUMEN

Todos los artículos se deben acompañar de un resumen que no exceda las 250 palabras, y que debe estar redactado en tiempo pasado y en tercera persona. En él deberán consignarse los procedimientos metodológicos básicos: alcance o repercusión del estudio, métodos, objetivos, población, muestras, técnicas empleadas. También los aspectos esenciales de la discusión y los principales resultados; así como unas breves conclusiones.

PALABRAS CLAVE

Tras el resumen, se deben incluir de tres a cinco palabras clave o descriptores, escritas en español e inglés.

REVISIÓN DE PARES

Los artículos serán sometidos al análisis de Par(es) doble ciego afines al tema que propone el autor; el arbitraje se centrará en analizar el contenido, la coherencia, y la pertinencia de su publicación.

ESTRUCTURA

La estructura del artículo de investigación deberá corresponderse con lo establecido al respecto: introducción, materiales y métodos, discusión de resultados, conclusiones, recomendaciones (de ser necesarias estas), referencias bibliográficas.

Los artículos de revisión, comunicaciones cortas o de carácter reflexivo y ensayístico, no necesariamente se estructurarán como los anteriormente descritos, aunque

sí deberán mantener las siguientes partes: introducción, desarrollo por secciones (según el tema o los contenidos), conclusiones y referencias bibliográficas.

CONFLICTO DE INTERESES

Se hace referencia a los hechos o circunstancias que pueden influir en el juicio y la integridad de las acciones de los autores, revisores y miembros del Comité Editorial y, en consecuencia, afectar a la credibilidad de un artículo científico. Hay un potencial conflicto de intereses con independencia de que las personas consideren que dichas circunstancias no han afectado a su juicio o integridad, y en consecuencia deben declararse siempre.

Los conflictos de intereses pueden ser de diversa índole:

Laborales (persona editora o revisora que trabaja en el mismo centro donde se ha realizado el estudio),

De investigación (tener un proyecto similar a punto de ser finalizado, una colaboración cercana o un antagonismo con alguno de los autores).

Económicos (acciones o derechos sobre acciones en compañías, financiación de estudios por entidades comerciales, *sponsor*; recepción de pagos por consultoría, ponencias o pertenencia a consejos de dirección).

Morales (reparos religiosos con el aborto, la sexualidad y el fin de la vida); en general, cuestionar el pluralismo moral.

La Revista Jurídica es firme defensora de la declaración de los conflictos de intereses y diferencia tres niveles relacionados con el proceso editorial en cuanto a tales conflictos: uno relacionado con los autores; otro con los miembros del Comité

editorial, y finalmente el relacionado con los revisores de los manuscritos.

Todos los artículos que se envíen a la revista Jurídica deben ir acompañados de una declaración de los posibles conflictos de intereses de cada uno de los autores en el que deben indicar por escrito si existe alguno de estos conflictos, o si no los hubiera. Los editores podrán requerir a los autores que esta declaración de conflictos se amplíe o detalle cuando lo consideren oportuno.

PLAGIO

El plagio es un fraude científico que supone el uso de ideas, publicadas o no, de otros sin atribución de autoría, cita bibliográfica, ni permiso, presentando el trabajo como nuevo y original, más que derivado de otra fuente. Con el plagio se intenta y se consigue (si no se detecta) confundir a los lectores, y que acepten a la persona plagiadora como autora. El autoplagio es la práctica de usar partes de trabajos ya publicados por el propio autor, sin especificarlo con una referencia bibliográfica. Si los editores de la revista Jurídica detectan plagio o autoplagio, rechazarán el artículo en cuestión. Si se llegara a publicar, la dirección de la revista debe informar a las partes interesadas y publicar una retracción, facilitando todo lo posible la investigación judicial si la hubiera.

Se aplicarán los mecanismos técnicos para la detección del plagio, mediante la utilización de *software* especializado.

RESPUESTA A LOS CASOS DE FRAUDE CIENTÍFICO

La revista Jurídica se manifiesta en contra del fraude en las publicaciones científicas y está dispuesta a actuar con pertinencia, para lo cual necesita de la colaboración de

los autores y lectores. Dependiendo de la gravedad de cada caso, la revista Jurídica actuará con una gradación de acciones que pueden ir desde la advertencia a las personas autoras, la denuncia a las personas responsables legales de la institución donde trabajan los autores investigados y finalmente hasta la retractación pública del artículo, dando a conocer toda la información relevante en una nota editorial.

Los hechos potencialmente fraudulentos pueden ser deliberados, o producidos por ignorancia o premeditación. Sólo se considerará fraude los casos en que se documente acción deliberada, mala fe e intención de engañar a las personas lectoras de la revista Jurídica, incluyendo: falsificación de datos, plagio, autoría inapropiada, manipulación en el análisis de los datos, actuación inapropiada y sesgada como revisor o editor, violación de las regulaciones sobre investigación.

FE DE ERRATAS Y RETRACTACIÓN

En sección se publican correcciones tras haber detectar errores en los artículos ya impresos o retractaciones cuando se haya advertido algún tipo de fraude en la preparación o en los resultados de una investigación incluida. En este último caso, será comunicada a los autores y a las autoridades o directivos de la institución a que pertenezcan.

Las opiniones expresadas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de los autores y no comprometen la opinión y política científica de la Revista.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Las referencias bibliográficas del manuscrito deben seguir las normas de publicación

de la APA (Publication Manual of the American Psychological Association, 5ª ó 6ª edición). Todas las referencias se insertarán en el texto (nunca a pie de página) e irán en minúscula (salvo la primera letra).

Las citas bibliográficas en el texto se harán con el apellido del autor y año de publicación (ambos entre paréntesis y separados por una coma). Si el autor forma parte de la narración se pone entre paréntesis sólo el año. Si se trata de dos autores, siempre se citan ambos. Cuando el trabajo tiene más de dos y menos de seis autores, se citan todos la primera vez, en las siguientes citas se pone sólo el apellido del primero seguido de “*et al.*” y el año, excepto que haya otro apellido igual y del mismo año, en cuyo caso se pondrá la cita completa. Para más de seis autores se cita el primero seguido de “*et al.*” y en caso de confusión se añaden los autores subsiguientes hasta que resulten bien identificados. Cuando se citan distintos autores dentro del mismo paréntesis, se ordenan alfabéticamente. Para citar trabajos del mismo autor o autores, de la misma fecha, se añaden al año las letras a, b, c, hasta donde sea necesario, repitiendo el año.

Las referencias bibliográficas alfabéticamente se ordenarán al final y atendiendo a la siguiente normativa:

Para libros: Autor (apellido, coma e iniciales de nombre y punto, en caso de varios autores, se separan con coma y antes del último con un “&”); año (entre paréntesis) y punto; título completo en cursiva y punto; ciudad y dos puntos y editorial. Ejemplo:

Lezak, M., Howieson, D. B., & Loring, D. W. (2004). *Neuropsychological Assessment* (4th ed.). New York: Oxford University Press.

Para capítulos de libros colectivos o de actas: Autor(es); año; título del trabajo que se cita y, a continuación introducido con “In”, el o los directores, editores o compiladores (iniciales del nombre y apellido) seguido entre paréntesis de Ed., añadiendo una “s” en el caso del plural; el título del libro en cursiva y entre paréntesis la paginación del capítulo citado; la ciudad y la editorial. Ejemplo:

de Wit, H., & Mitchell, S. H. (2009). *Drug Effects on Delay Discounting*. In G. J. Madden & W. K. Bickel (Eds.), *Impulsivity: The Behavioral and Neurological Science of Discounting* (pp. 213-241). Washington, DC: American Psychological Association.

Para revistas: Autor(es); año; título del artículo; nombre completo de la revista en cursiva; Vol. en cursiva; Nº entre paréntesis sin estar separado del Vol.; y, página inicial y final. Ejemplo:

Byrne, B. M. (2008). *Testing for multigroup equivalence of a measuring instrument: A walk through the process*. *Psicothema*, 20, 872-882.

Para páginas web: Formato básico: Autor de la página. (Fecha de publicación o revisión de la página, si está disponible). Título de la página o lugar. Recuperado (Fecha de acceso), de (URL- dirección). Ejemplo:

Suñol, J. (2001). *Rejuvenecimiento facial*. Recuperado el 12 de junio de 2001 de <http://drsuno.com>.

CONTACTO E INFORMACIÓN

Teléfonos: +593 (4) 3804600 - Ext. 2635 - 2636
 Correo elect.: revista.juridica@cu.ucsg.edu.ec
 Guayaquil-Ecuador

