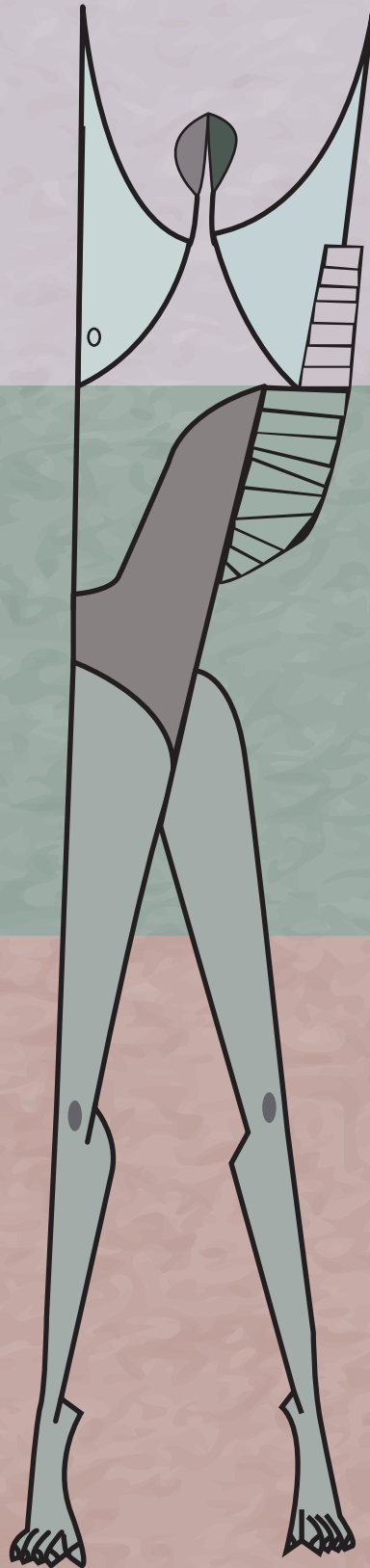


año 7, núm. 12 | enero-junio 2023

CAP JURÍDICA CENTRAL

REVISTA DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA
Y DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS
Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR



CAP JURÍDICA CENTRAL

año 7, núm. 12 (enero-junio 2023)

REVISTA DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA Y DE LA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD
CENTRAL DEL ECUADOR



CAP JURÍDICA CENTRAL difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

CONSEJO EDITORIAL

Manuel Atienza Rodríguez (Universidad de Alicante-España)
Antonio García Amado (Universidad de León-España)
Ramiro J. García Falconí (Universidad Central del Ecuador)
Agustín Grijalva Jiménez (Universidad Andina Simón Bolívar-sede Ecuador)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn-Alemania)
Alí Lozada Prado (Universidad de Alicante-España)
Agustín J. Pérez Cruz-Martín (Universidad A' Coruña-España)
Angélica Porras Velasco (Universidad Internacional SEK-Ecuador)
Eliana Alba Zurita (Universidad Central del Ecuador-Ecuador)

ENTIDADES EDITORAS

Colegio de Abogados de Pichincha
revistacap_juridica2.1@hotmail.com

Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
decanato.fjcps@uce.edu.ec | subdecanato.fjcps@uce.edu.ec

DIRECTOR

Mauricio Enrique Pacheco

COORDINADORA Y RESPONSABLE CIENTÍFICA

Eliana Alba Zurita

Diagramación | Christian Echeverría
Corrección de textos | Marcelo Acuña
Portada | Christian Echeverría

Editorial Universitaria, 2023
Ciudadela Universitaria, av. América, s. n.
Quito, Ecuador
+593 (02) 2524 033
<https://www.uce.edu.ec/web/editorialuniversitaria>
editorial@uce.edu.ec

Revista CAP Jurídica Central en línea
<https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/cap/index>



Los contenidos pueden usarse libremente, sin fines comerciales y siempre y cuando se cite la fuente. Si se hacen cambios de cualquier tipo, debe guardarse el espíritu de libre acceso al contenido.

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

Fernando Sempértegui Ontaneda | RECTOR

María Augusta Espín | VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSGRADO

María Mercedes Gavilánez | VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

Marco Arroyo Posso | VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

José Luis Terán Suarez | DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

Ramiro García Falconí | SUBDECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

César Muñoz Pazmiño | DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

MIEMBROS DE LA ACADEMIA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA

Inés Baldeón Barriga

René Bedón Garzón

Alfredo Corral Ponce

César Montaña Galarza | TESORERO

Víctor Granda Aguilar

Alí Lozada Prado

Lenín Navarro Moreno | SECRETARIO

Luis Parraguez Ruiz

Alejandro Ponce Martínez

Angélica Porras Velasco

Isabel Robalino Bolle

Farith Simón Campaña

COLABORACIÓN

Andrea Morales Lloré, Iris Franco López

TABLA DE CONTENIDO

año 7, núm. 12 (enero-junio 2023)

La debida diligencia en el proceso penal: prescripción de la acción vs. nulidad	7
<i>Francisco Santiago Morales Oña</i>	
<i>Diana Rosero Chávez</i>	
Análisis del delito del suicidio feminicida en América Latina y España. ¿Es necesaria su tipificación?	27
<i>Ángel Sebastián Pino Mera</i>	
El ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posibilidad de aplicar una medida alternativa a la pena privativa de libertad	51
<i>Katherine Fernanda Barona Pazmiño</i>	
Los Derechos Humanos de Tercera Generación y su incidencia constitucional en el Ecuador	73
<i>Caetano Galicio Cisneros Salcedo</i>	
La expansión del derecho penal en las nuevas tecnologías	87
<i>Vanessa Lizbeth Osorio Redrobán</i>	
Instrucciones para los autores. Política editorial	102



La debida diligencia en el proceso penal: prescripción de la acción vs. nulidad

Francisco Morales Oña | [iD](#) Corte Nacional de Justicia (Ecuador)

Diana Rosero Chávez | [iD](#) Investigadora independiente (Ecuador)

RESUMEN El plazo para el ejercicio público de la acción penal inicia desde la formulación de cargos, que es el acto formal con el que Fiscalía informa a una persona determinada que será objeto de un proceso penal y sobre los hechos que le acusan, de manera que pueda ejercer su derecho a la defensa, además se puede imponer medidas cautelares en su contra. Sin embargo, los jueces que conocen el proceso en etapas posteriores, por control de legalidad pueden declarar la nulidad de toda la causa si lo consideran legal y legítimo. Si como consecuencia de esta nulidad la Fiscalía vuelve a formular cargos, se presenta un conflicto en la interpretación del plazo para la prescripción. Desde un punto de vista formal, la primera formulación de cargos no tiene validez, por lo que el curso del plazo de la prescripción inicia desde la segunda que sí es válida. Sin embargo, desde el punto de vista material ¿la nulidad procesal deja también sin efecto las implicaciones psicológicas y las limitaciones a los derechos de la persona procesada durante ese tiempo? Para postular una respuesta se acude a la Constitución e instrumentos internacionales, y a la jurisprudencia que desarrolla su contenido, para determinar que no es legítimo prolongar el plazo de la prescripción de la acción ante una nulidad.

PALABRAS CLAVE Prescripción penal, nulidad, debida diligencia, plazo razonable, acción penal.

FECHA DE RECEPCIÓN 15/11/2022 FECHA DE APROBACIÓN 13/1/2023

Due diligence in criminal proceedings: statute of limitations vs. nullity

ABSTRACT The indictment is an official accusation stating that a person is being charged with a crime so that the defendant can exercise their defense. Along with the indictment, the Prosecutor can request precautionary measures against the defendant. The indictment is the first step of the criminal court proceeding and marks the beginning of the term for prosecuting. However, the judge can declare the whole process null and void at any point in the court procedure. Suppose the judge declares that the nullity happened before the indictment. In that case, the Prosecutor can issue a new accusation which will restart the term to prosecute, thus creating a conflict with the statute of limitations of the criminal prosecution. From a formal point of view, the first indictment is invalid, so the term to prosecute begins at the second valid indictment. But does the nullity also voids the suffering of the defendant? After analyzing the Constitution, international instruments, and court precedents, we concluded that it is not legal to extend the term to prosecute and that it leads to a violation of the statute of limitations of the criminal action.

KEY WORDS Term to prosecute, nullity, due process, reasonable time, indictment.

INTRODUCCIÓN

Por regla general, el plazo para el ejercicio público de la acción penal una vez iniciado el proceso, se cuenta a partir de la formulación de cargos, que es el acto formal a través del cual la Fiscalía, como titular exclusivo del poder de persecución del Estado, informa a una persona específica que será sujeto de un proceso penal, los hechos que se le acusan y la calificación del tipo penal que considera es aplicable a la misma. Además, desde la formulación de cargos, a pedido fundamentado de la Fiscalía, los operadores de justicia pueden imponer medidas cautelares, es decir, limitaciones, de menor a mayor gravedad, al ejercicio de los derechos de la persona procesada a la libertad o la propiedad, con el fin de garantizar su presencia en el juicio y un eventual cumplimiento de medidas de reparación. En otras palabras, desde que se formulan cargos se somete a una persona determinada al poder punitivo del Estado y, por tanto, sus derechos se ven afectados.

Durante la sustanciación del proceso, los juzgadores tienen la obligación de ejercer el control de legalidad de trámite y, en virtud de este, declarar la nulidad desde donde se encuentre la causa legal y legítima para hacerlo. La nulidad puede declararse incluso desde la formulación de cargos, esto implica dejar sin validez el acto mismo con el que inició el procesamiento y el inicio del ejercicio de la acción.

Si como consecuencia de la nulidad de todo el proceso, la Fiscalía vuelve a formular cargos oportunamente en contra de la persona procesada, se presenta un conflicto en la interpretación del plazo para la prescripción. Desde el aspecto formal se puede sostener que la nulidad de la primera formulación de cargos, al ser inválida no puede producir efectos jurídicos, por lo que el plazo de la prescripción para el ejercicio público de la acción debe contarse desde la segunda formulación, que sí es válida. Lo que produce como efecto concreto que el plazo de la prescripción prolongue el período de tiempo de sustanciación que se declaró inválido.

Este contexto formal, contrapuesto a los efectos reales del procesamiento, plantea varias interrogantes: ¿La nulidad procesal deja también sin efecto las implicaciones psicológicas y las limitaciones a los derechos de la persona procesada durante ese tiempo? ¿Es legal contar el plazo de la prescripción desde la segunda formulación de cargos? ¿Es legítimo prolongar el plazo de la prescripción a través de una nulidad de todo el proceso?

Para postular una respuesta a estas interrogantes se acude a la Constitución y a los instrumentos internacionales, así como a la jurisprudencia de sus órganos jurisdiccionales, para determinar desde una óptica constitucional los efectos concretos sobre la figura formal de la prescripción de los derechos a ser juzgado en un plazo razonable y a la debida diligencia como elemento del derecho a la tutela judicial efectiva.

DESARROLLO

De manera previa al análisis que permita dar respuesta a las inquietudes formuladas, sobre la prescripción de la acción penal y su relación con el plazo razonable y la debida diligencia, es necesario desarrollar cuestiones previas que den una base jurídica para su desarrollo.

Para determinar la posibilidad de invocar el contenido de los derechos constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos como fuente directa de respuestas jurídicas en el ámbito de la jurisdicción nacional en materia penal, se revisa de manera breve la posición que sobre este aspecto ya se ha fijado en la jurisprudencia

ecuatoriana, para posteriormente analizar el contenido de estos derechos y su relación con la institución de la prescripción de ejercicio de la acción.

También se revisa brevemente las reglas legales de interpretación en materia penal, de manera que la respuesta resultante no sea un mero cúmulo de normas y jurisprudencia, sino una propuesta adecuada para su uso en cualquier caso concreto en el que se verifiquen las mismas circunstancias.

Fijadas las cuestiones previas, corresponde el análisis de la prescripción del ejercicio de la acción, y de los derechos involucrados, para finalmente proponer una respuesta a las inquietudes formuladas.

LA CONSTITUCIÓN Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES COMO FUENTES PARA LA RESPUESTA JUDICIAL PENAL

Los artículos 11.3 y 426 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) y el artículo 5 del Código Orgánico de la Función Judicial (2009), obligan a los jueces a aplicar directamente las normas constitucionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos, aun cuando no exista desarrollo en las leyes nacionales, pues no puede alegarse falta de norma para desconocer un derecho.

En la sentencia 10-18-CN/19, con sustento en el segundo inciso del artículo 424 de la Constitución¹ y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Constitucional afirmó que «lo convencional se vuelve constitucional debido a la dimensión sustantiva de la Constitución [, pues] constituye un tejido de principios, fines y valores de justicia, que goza de prioridad axiológica respecto de la ley, y que subyace al documento promulgado por la autoridad constituyente, aunque, al mismo tiempo, no trasciende» (Sentencia 10-18- CN/19, 2019, p. 6) .

En la sentencia 11-18- CN/19, e invocando el artículo 11.7 de la Constitución, la Corte Constitucional reconoció como fuentes de los «derechos fundamentales a las que una autoridad pública debe recurrir para conocer los derechos, su contenido y alcance» (Sentencia 11-18- CN/19, 2019, p. 29), y por tanto aplicables por todos los jueces, a: «la misma Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, y los que, no incluidas en estas fuentes formales, se derivan de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento» (Sentencia 11-18- CN/19, 2019, p. 29), que constituyen el bloque de constitucionalidad, o «el conjunto de normas que no constando en la Constitución formal, o sea en el texto preparado por la Asamblea Constituyente y aprobado por el pueblo en el referéndum, forman parte de esta porque la misma Constitución les reconoce ese rango y papel» (Sentencia 11-18- CN/19, 2019, p. 29).

Por lo tanto, el principio de directa e inmediata aplicación del artículo 11.3 de la Constitución (2008), establece la fuerza vinculante de las normas formalmente incluidas en el texto constitucional y todas las que el constituyente ha dado rango constitucional, como los instrumentos internacionales de derechos humanos, que comprenden lo que se ha denominado el *bloque de constitucionalidad*. Y, como consecuencia, constituyen fuentes obligatorias para los jueces, en la resolución de los conflictos puestos a su conocimiento, sin necesidad de pedido de parte.

Entre los instrumentos internacionales de derechos humanos más importantes para el Ecuador se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) ratificada por el Ecuador el 28 de diciembre de 1977. Estado que, el 24 de julio de 1984,

1 CRE. Art. 424: «[...] la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público».

reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, de acuerdo con los artículos 45 y el 62 de la Convención.

Por el artículo 1.1 de la Convención (1969), el Ecuador se ha obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio. En el desarrollo de esta obligación convencional la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que todos los órganos estatales, y por tanto los operadores de la administración de justicia, deben velar porque las disposiciones convencionales no sean afectadas por la aplicación de normas contrarias a las mismas. En este orden de ideas, los jueces están obligados a realizar un control de convencionalidad en la aplicación de normas internas en los casos en concreto, para el efecto se tomará en cuenta no solo el texto de la Convención, sino el desarrollo que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (Corte IDH, 2011a, párr. 192).

Bajo estos criterios, los derechos reconocidos en la Convención y el contenido de los mismos, desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, son obligatorios para la toma de decisiones de los órganos de administración de justicia del Ecuador.

En esta línea, cabe citar a la Corte Constitucional que en la sentencia N.º 068-18-sep-CC, dictada en el caso N.º 1529-16-EP, de 21 de febrero de 2018, sobre los jueces penales, refirió:

[...] la o el juez de garantías penales, es quien administra justicia, al constituirse en sí mismo, en el equilibrio entre quien acusa y quien se defiende, evitando así, cualquier tipo de arbitrariedades que lleven a vulneración grave de derechos para cualquiera de las partes, en un ámbito tan delicado en la sociedad como el derecho penal, que involucra ámbitos de sanción estrictos para los ciudadanos, al atender la protección de garantías supremas (bienes jurídicos protegidos) [...]. (Sentencia N.º 068-18-sep-CC, 2018, p. 14)

Con lo que se fija el alcance del rol garantista de los jueces penales al establecer su obligación de velar activamente para evitar arbitrariedades o vulneraciones graves de derechos de las personas involucradas en el proceso penal, en el que, a la comprobación de la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, subyace el deber de protección de los derechos de las personas sometidas al poder punitivo del Estado como la reivindicación de los derechos de las víctimas de la infracción.

En definitiva, en materia penal durante el proceso y en su resolución se debe acudir a las fuentes formales de derecho como la Constitución, la ley, las normas del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia, para establecer la existencia material de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, sin afectar o vulnerar los derechos de los sujetos procesales involucrados en el proceso penal.

Por lo que, para determinar si una segunda formulación de cargos en virtud de una nulidad de todo el proceso puede ampliar el plazo de la prescripción al no considerar para este la primera actuación que se declaró nula, no solo se debe analizar el problema desde la ley, sino que es imperativo tomar en cuenta a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos y su desarrollo jurisprudencial.

La respuesta que se pretende, será producto de un ejercicio de interpretación que, para ser coherente con el ámbito penal en el que se plantea el problema, debe seguir las reglas hermenéuticas fijadas en la ley para esta materia.

EL EJERCICIO PÚBLICO DE LA ACCIÓN PENAL

El derecho penal protege bienes jurídicos relevantes que son reconocidos dentro de los tipos penales (Kierszenbaum, 2009, p. 187). Bacigalupo afirma que el legislador protege estos bienes con la amenaza de la aplicación de una pena a las personas que con sus acciones los vulneran o los ponen en peligro (1999, pp. 43 y 44). En este sentido, la

protección de los bienes jurídicos legitima la intervención punitiva del Estado (Rusconi, 2007, p. 78), de manera que «donde haya una pena siempre deberá haber un bien jurídico lesionado» (Kierszenbaum, 2009, p. 195).

Si se toma en cuenta que la acción, de manera general en las áreas del derecho, se considera la potestad de «pedir a la jurisdicción la realización de un derecho material que ha sido negado» (Marinoni, 2008) que implica «participar adecuadamente del proceso, mediante la presentación de alegaciones y la producción de pruebas en un plazo racional, y de influir sobre el convencimiento del juez» (*ibid.*).

Entonces, la acción penal implica acceder a un órgano jurisdiccional para la protección concreta del bien jurídico protegido vulnerado por una conducta penalmente relevante (COIP, 2014, art. 22), con el fin de presentar argumentos y pruebas pretendiendo del juez la aplicación de la sanción prevista en la ley para la conducta acusada.

La acción penal, y su ejercicio, por lo tanto, corresponden a la potestad de acudir a un órgano jurisdiccional para la protección de un derecho violentado. De esta forma, el ejercicio de la acción penal, como una forma de protección de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, constituye uno de los pilares del debido proceso, en la garantía de la tutela judicial efectiva (Juma, Verdesoto y Vilela, 2021).

En esta misma línea Loor (2010, p. 85), señala que el reconocimiento constitucional del debido proceso constituye una «garantía normativa para la efectiva realización de la justicia y [para] propiciar una auténtica seguridad jurídica con miras a establecer el equilibrio de las fuerzas vitales de los integrantes de una sociedad determinada constituida en Estado».

En el punto tres de la exposición de motivos del Código Orgánico Integral Penal, el legislador reconoce que el derecho penal tiene una doble función: desde la perspectiva de las víctimas protege sus derechos cuando han sido lesionados por la conducta de otra persona; y, desde la perspectiva de la persona en conflicto con la ley penal, restringe excepcionalmente sus derechos cuando justifica la aplicación de una sanción por la comisión de una infracción (COIP, 2014).

En su función restrictiva, el derecho penal no puede ser aplicado de manera indefinida, como toda restricción de derechos por parte del Estado, esta debe estar sometida a límites temporales, territoriales y materiales. En este sentido, la persona en conflicto con la ley no puede estar sometida incesantemente al poder punitivo del Estado, no puede estar en la incertidumbre de la limitación de sus derechos, ya sea ante la expectativa de una sanción o el cumplimiento de medidas cautelares.

Como un mecanismo que limite la aplicación del régimen penal en el ámbito temporal, el artículo 16 del Código Orgánico Integral Penal, en el número tres, establece que el ejercicio de la acción y las penas, prescriben por el transcurso del tiempo según las reglas previstas en el mismo cuerpo legal (COIP, 2014, art. 16), esto en cumplimiento del principio de legalidad (COIP, 2014, art. 5.1; CRE, 2008, art. 76.3).

La prescripción se constituye por tanto, como una sanción jurídica dentro del proceso penal cuando ha transcurrido un plazo determinado legalmente previsto, sin que se haya sometido a juicio a una persona o sin que se haya hecho efectiva la aplicación de su condena (Bernal, 2007).

Las excepciones a este límite temporal para el ejercicio de la acción penal y la pena están previstas en el número 4 del mismo artículo del mismo Código, y legitimadas por norma constitucional o mecanismos de democracia directa.

En este sentido, según la Constitución (2008) son imprescriptibles: las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas de conformidad con el artículo 80;² los delitos de peculado, co-

2 CRE. Art. 80. «Las acciones y penas por delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas o crímenes de agresión a un Estado serán imprescriptibles. Ninguno de estos casos será susceptible de amnistía. El hecho de que una de estas infracciones haya sido cometida por un subordinado no eximirá de responsabilidad penal al superior

hecho, concusión, enriquecimiento ilícito,³ por disposición expresa del artículo 233; las acciones legales por daños ambientales,⁴ en el artículo 396; y, los delitos contra la integridad sexual y reproductiva cuyas víctimas sean niños, niñas y adolescentes, por los resultados de la pregunta número cuatro de la consulta popular realizada el 04 de febrero de 2018, que fueron publicados en el Suplemento del Registro Oficial N.º 181, de 15 de febrero de 2018.

Como acertadamente afirma Bernales (2007), la imprescriptibilidad de los delitos en la normativa interna se justifica no solo en el cumplimiento de las obligaciones contraídas en instrumentos internacionales, sino en la «esencia misma de la dignidad de la persona [por la cual, el Estado] no puede imponer plazo perentorio alguno cuando se deba investigar, procesar o acusar a individuos que han cometido delitos graves estatuidos en el derecho internacional como violatorios de los derechos humanos».

El ejercicio de la acción penal es pública y privada (COIP, 2014, art. 410), dependiendo del delito.⁵ La legitimación procesal para el ejercicio público de la acción penal corresponde a la Fiscalía General del Estado como su titular exclusivo. Para la Fiscalía el ejercicio de la acción es una obligación que debe ser realizada con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, tomando en cuenta el interés público y los derechos de las víctimas (CRE, 2008, art. 195). Las únicas circunstancias bajo las cuales la Fiscalía puede abstenerse de ejercer la acción penal es en los casos en los que aplique el principio de oportunidad o exista una causa de prejudicialidad, procedibilidad o cuestión previa que impida legalmente el ejercicio de la acción (COIP, 2014, art. 411).

En este punto es necesario distinguir el deber de Fiscalía como entidad estatal encargada de dirigir la investigación preprocesal de un delito y la titularidad del ejercicio público de la acción penal.

El primero se cumple desde que llega a su conocimiento la noticia sobre una infracción penal, ya sea por denuncia, informe de supervisión con indicios de responsabilidad penal, o providencias judiciales (COIP, 2014, art. 581); con lo que inicia una investigación con la finalidad de obtener elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada para acusar a los presuntos infractores; y, una vez con estos, iniciar con el ejercicio de la acción penal.

Esta distinción existe en la misma norma. El artículo 195 de la Constitución precisa por un lado el rol de dirección de la investigación *preprocesal* y procesal penal, además que es *durante el proceso* que ejerce la acción pública ante el juez competente e impulsa la acusación en la sustanciación del juicio (CRE, 2008, art. 195).

En el COIP (2014), en el artículo 444, de las atribuciones de los fiscales, únicamente los numerales tres, siete, once y trece tienen relación directa al ejercicio de la acción, como la potestad de acudir al juez con una acusación para que se decida sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, que respectivamente corresponden a: formular cargos, impulsar y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción; solicitar al juez la recepción de testimonios anticipados; solicitar al juez medidas cautelares o de protección y su revo-

que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó».

3 CRE. Art. 233. «[...] Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas».

4 Art. 396. [último inciso] «Las acciones legales para perseguir y sancionar por daños ambientales serán imprescriptibles».

5 Todos los delitos corresponden al ejercicio público de la acción penal, excepto aquellos taxativamente previstos en la ley como de ejercicio privado. Según el artículo 415 del COIP, el ejercicio de la acción penal es privado en los delitos de calumnia, usurpación, estupro, lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito y delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana.

catoria o cesación; y, aplicar el principio de oportunidad. Las demás atribuciones de los fiscales refieren a su papel como directores de la investigación.

Esta distinción entre la investigación y el ejercicio de la acción permite establecer dos fases distintas: la preprocesal y la procesal. Y el inicio de la fase procesal corresponde también al inicio del ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía.

En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal, distingue claramente la fase preprocesal, como aquella en la que se despliega la investigación previa (COIP, 2014, art. 581), y el proceso como tal que se desarrolla en las etapas de instrucción, evaluación y preparatoria de juicio (COIP, 2014, art. 589). La primera etapa del proceso inicia con la formulación de cargos, que es la consecuencia de un dictamen acusatorio que, a su vez, es una de las formas en las que concluye la investigación (COIP, 2014, art. 591).

Por lo tanto, el acto procesal específico que marca la distinción entre la fase preprocesal y el inicio del procesamiento es la formulación de cargos.

La formulación de cargos (COIP, 2014, art. 595) contiene la individualización o identificación de la persona procesada, el relato o relación circunstanciada de los hechos que le imputan y la calificación de la infracción o infracciones penales que se le acusan; además, se enuncian los elementos y resultados de la investigación que sirven de fundamento para la acusación. Esta se realiza en audiencia ante el juez competente y en presencia de la persona procesada y su defensor técnico (COIP, 2014, art. 594, números 4 y 5). Por lo tanto, esta diligencia constituye el acto formal de comunicación al inculpado sobre los hechos que le acusan y por los que será sometido al poder punitivo del Estado, para que pueda ejercer su derecho a la defensa. Es desde la formulación de cargos cuando se instaura el conflicto que debe ser resuelto por el juez.

La información sobre los cargos acusados que se transmite a la persona procesada permite el ejercicio de la contradicción, que es uno de los elementos del derecho a la defensa según el artículo 76.7.h)⁶ de la Constitución de la República del Ecuador (2008). En este sentido, conocer con claridad los hechos que se le acusan le permite contradecir la prueba de cargo o plantear pruebas de descargo o hipótesis fácticas alternativas a las de la acusación.

Con la formulación de cargos se da la oportunidad a la persona procesada a ejercer una estrategia de defensa, hacer valer sus pretensiones frente al juzgador y a intervenir en la causa en igualdad de condiciones ante la administración de justicia (Sentencia N.º 935-13-EP/19, 2019, párr. 46). Solamente desde la formulación de cargos, con el relato claro y preciso de los hechos acusados, se permite, a las personas sometidas al poder punitivo del Estado, una defensa «efectiva y sin el margen de error que las conjeturas producen; se garantiz[a] el principio de congruencia, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculpado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia, y se asegura el derecho a la defensa» (Corte IDH, 2009b, párr. 47).

En este contexto, la diligencia de formulación de cargos no solo resulta relevante para la determinación de elementos procesales, sino que constituye un requisito de legitimación del poder de persecución del Estado, pues permite el ejercicio del derecho a la defensa, el respeto a las garantías del debido proceso y establece la base fáctica de la acusación fiscal que limita a los juzgadores a decidir únicamente sobre los hechos contenidos en la acusación, sin que puedan pronunciarse sobre hechos que no hayan sido introducidos por la Fiscalía ni contradichos por la defensa.

Este último punto corresponde al principio de congruencia, en virtud del cual debe existir coherencia entre los hechos contenidos en la acusación y la sentencia que se emita en el caso, sin que los juzgadores puedan pronunciarse sobre hechos que no hayan sido introducidos en la base fáctica de la acusación, sin perjuicio de que la calificación

6 CRE. Art. 76. «El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: procedimiento [...] h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra [...]»

jurídica sobre estos hechos respecto al tipo penal o el grado de participación difiera de la sugerida por la Fiscalía, por el principio *iura novit curia* (Corte IDH, 2005b, párr. 74 y 75).

En definitiva, es la formulación de cargos el acto a través del cual la Fiscalía da inicio al ejercicio público de la acción penal, y con el cual inicia también el procesamiento, y el momento desde el que los jueces, previo pedido de Fiscalía, pueden ordenar medidas cautelares.⁷

Por lo tanto, es desde la formulación de cargos que se somete a la persona procesada al proceso con las afectaciones inherentes al desarrollo cotidiano de su vida por los costos materiales e inmateriales que implica preparar y ejercer su defensa; y, surgen limitaciones directas a sus derechos por la aplicación del derecho penal con la imposición de medidas cautelares.

El ejercicio de la acción penal en contra de una persona no puede ser indefinida, pues implicaría que las limitaciones inherentes a la aplicación del derecho penal también tendrían esa característica. Por lo tanto, el legislador ha fijado límites para el ejercicio de la acción penal como formas de extinción.

Según el artículo 426 del Código Orgánico Integral Penal el ejercicio de la acción penal se extingue por: amnistía,⁸ que como acto legislativo afecta al principio de legalidad que es requisito esencial para el perseguir una infracción, si ya no se considera como tal, la Fiscalía no puede perseguirla; la remisión o renuncia libre y voluntaria de la víctima, desistimiento o transacción, en los delitos que procede el ejercicio privado de la acción, pues la titularidad del ejercicio en estos delitos corresponde únicamente a la víctima y es un derecho cuyo ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de la persona afectada; por el cumplimiento íntegro de las condiciones de la conciliación (COIP, 2014, art. 663) como el único mecanismo alternativo de solución de conflictos en materia penal (COIP, 2014, art. 662), pues resarcido el derecho afectado se pierde el fundamento para volver a exigirlo por la vía penal; la muerte de la persona procesada, evidentemente no cabe el ejercicio de la acción si no hay en contra de quién realizarla; y, la prescripción, que limita en el ámbito temporal el ejercicio de la acción.

Todas las formas de extinción de la acción penal, a excepción de la prescripción, refieren a alguno de los aspectos formales o materiales que legitiman la aplicación del derecho penal, únicamente la prescripción limita el ejercicio de la acción por el transcurso del tiempo, y por tanto, desde esta dimensión guarda relación con la debida diligencia y el plazo razonable, que también tienen relación con el ámbito temporal del procesamiento.

Según las reglas del artículo 417 del Código Orgánico Integral Penal, la prescripción debe ser declarada por el juez que puede tener iniciativa oficiosa por él mismo o por petición de parte. Y es aplicable tanto a los delitos de ejercicio público como privado de la acción penal, con excepción de aquellos que la Constitución o la ley establecen imprescriptibles.

Para contar el plazo de la prescripción es necesario distinguir si se ha ejercido o no la acción penal pública. En este sentido, el número dos del artículo 417 establece que «tanto en los delitos de ejercicio público o privado de la acción se distingue si, cometido el delito, se ha iniciado o no el proceso» (COIP, 2014, art. 417). Con lo que se puede

7 En los delitos de ejercicio privado de la acción penal el acto por el cual se comunica a la persona procesada los hechos que se le acusan, es la citación de la querrela. De ahí que el artículo 417 del Código Orgánico Integral Penal, establece a la citación como el punto del inicio del proceso en este tipo de causas.

8 Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 23-11-AN/19, 25 de septiembre de 2019, párr. 31. «[...] Una resolución de amnistía tiene como consecuencia alterar una realidad delictiva y dejar sin efecto la acción y responsabilidad penal. De ahí que la Resolución de amnistía constituye un acto legislativo ya que en el fondo está alterando una ley penal. La amnistía –a diferencia del indulto– es un acto legislativo que tiene un carácter general y un alcance amplio que permite beneficiar indistintamente a todos los implicados en un hecho delictivo. En consecuencia, la Resolución de amnistía emitida en favor de los ex comandos Taura, al tratarse de un acto legislativo que forma parte del ordenamiento jurídico, es objeto de la acción por incumplimiento».

afirmar que existen dos plazos de prescripción: el primero para ejercer la acción que corre desde el momento en que el delito es cometido; y el segundo, una vez ejercida la acción, para sustanciar el proceso, impulsar la acusación y conseguir una sentencia.

Si el primer plazo vence sin que se haya formulado cargos, aún cuando se encuentre en curso una investigación, la Fiscalía no podrá iniciar proceso alguno por ese delito.

Por otro lado, si dentro del primer plazo la Fiscalía sí ejerce la acción penal, empieza a correr un segundo período desde la fecha de formulación de cargos, dentro del cual se debe agotar el proceso y los recursos correspondientes hasta lograr una sentencia ejecutoriada. Si no se arriba a una decisión definitiva dentro del segundo plazo de prescripción, sin importar en qué estado se encuentre la causa, la misma no puede continuar, y el efecto es que se mantiene el estado constitucional de inocencia de la persona procesada.

Cabe agregar que la responsabilidad penal es individual, por lo que el ejercicio de la acción se inicia contra personas individualizadas en la formulación de cargos, además en virtud de la posibilidad de vincular más de una persona al proceso en fechas posteriores al inicio de este. Por lo que es necesario tener claro que el ejercicio de la acción penal inicia en diferentes fechas, para aquellas personas procesadas a las que se les formuló cargos por medio de vinculación de manera posterior al inicio del proceso en general. Es por esto que la norma del artículo 420 del Código Orgánico Integral Penal (2014) es expresa al señalar que la prescripción y la interrupción de la misma se aplica de manera separada para cada uno de los partícipes de la infracción.

La prescripción como un límite para el ejercicio público de la acción penal por parte de los agentes del Estado, constituye una garantía para evitar la incertidumbre en las personas procesadas y una prolongación indeterminada de las limitaciones inherentes a la aplicación del derecho penal que conllevan un proceso. La dimensión temporal a la que corresponde permite cuestionar su relación con otras garantías y derechos cuya naturaleza responde a la misma dimensión, como la debida diligencia y ser juzgado en un plazo razonable, que están reconocidos en la Constitución de la República del Ecuador e instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y desarrollados por sus órganos jurisdiccionales, como la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

EL DERECHO AL PLAZO RAZONABLE Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA DEBIDA DILIGENCIA

En la sentencia 1978-15-EP/21 (2021, párr. 22), la Corte Constitucional del Ecuador reconoce la decisión de su antecesora para el Período de Transición en la sentencia N.º 020-10-SCN-CC, dentro del caso 030-10-CN, en la que se «caracteriza a la prescripción en materia penal como *la cesación de la potestad represiva del Estado* por el transcurso de un determinado tiempo» que tiene su fundamento «en la necesidad de eliminar un estado de incertidumbre» (Sentencia 1978-15-EP/21, 2021, párr. 22).

El antecedente al que se hace referencia también razonó que alegar la prescripción es «un derecho de los imputados en un ilícito» (Sentencia 020-10-SCN-CC, 2010) que debe ser atendido por los juzgadores, pues su respeto constituye una garantía del debido proceso conforme lo dispuesto en el artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República (2008). Por lo que la institución de la prescripción de la acción penal constituye un «medio de presión válido para que los operadores de justicia, no dilaten injustificadamente los [procesos]» (Sentencia 020-10-SCN-CC, 2010) en cumplimiento del principio de celeridad reconocido en el artículo constitucional 75.⁹

9 CRE. Art. 75. «Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus

Esta última norma reconoce al derecho a la tutela judicial efectiva. Sobre este derecho la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia N.º 2210-13-EP/20, siguiendo su línea jurisprudencial expresó que la tutela judicial efectiva tiene tres elementos: i) el acceso a la administración de justicia; (ii) la observancia de la debida diligencia; y (iii) la ejecución de la decisión; y que el segundo de estos elementos subyace en una obligación de los operadores de justicia que radica en que «las autoridades jurisdiccionales *den trámite a la causa en un tiempo razonable* y en apego a la normativa pertinente» (Sentencia 2210-13-EP/20, 2020, párr. 24).

Por lo tanto, la prescripción permite eliminar circunstancias de incertidumbre para las personas sometidas a la persecución del estado por una infracción y constituye un mecanismo legal de presión para los operadores de justicia para el desarrollo de un proceso célere, que está legitimado por el derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente su elemento de la debida diligencia que exige que se dé trámite a la causa en un tiempo razonable.

En otras palabras, para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en su elemento de la observancia a la debida diligencia, que tiene como expresión procesal al principio de celeridad, los jueces tienen la obligación de dar trámite a la causa en un *tiempo razonable* y en apego a la normativa pertinente, si no lo hacen, operará la prescripción cesando la posibilidad de perseguir la infracción y concluiría el proceso.

Sobre el tiempo o plazo razonable, como expresión de la debida diligencia, también es necesario acudir a los instrumentos internacionales de derechos humanos, que tienen la misma jerarquía normativa que la Constitución, y por tanto, rigen sobre los aspectos meramente legalistas.

En esta línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), en el número 5 del artículo 7, sobre las personas privadas de libertad establece que:

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Y, en el artículo 8, número 1, respecto a las garantías judiciales en todas las causas, reconoce que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y *dentro de un plazo razonable*, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

Este derecho ha sido objeto del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esta línea, desde 1997, en el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua* (1997, párr. 77-81), estableció que tres elementos son los que permiten determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales.

La complejidad del caso dependerá, sin ser exhaustivo, de aspectos propios de la infracción, como la extensión de la investigación, la cantidad y/o dificultad para la obtención de la prueba o aspectos propios del procesamiento como incidentes o instancias.

En cuanto a la actividad del procesado, refiere a si su conducta ha sido compatible con su calidad de sujeto procesal y no haya entorpecido la tramitación a través de incidentes sin fundamento o medios de impugnación que no estén reconocidos en el ordenamiento jurídico. En expresiones del artículo 26 del Código Orgánico de la Fun-

derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley».

ción Judicial (2009),¹⁰ cualquier violación al principio de buena fe y lealtad procesal, implica la razonabilidad de la extensión del tiempo del proceso.

En relación con la conducta de las autoridades judiciales, tiene relación a dilaciones excesivas en las etapas del proceso. Para lo que debe tomarse en cuenta aspectos que afectan a la complejidad del trámite en cuestiones propias de la actuación de los operadores de justicia, como excusas, impedimentos y/o sustitución de los juzgadores.

Además de estos tres elementos se estableció el estándar del *análisis global del procedimiento*, para determinar la razonabilidad del tiempo, por el cual no solo se debe analizar las demoras en las etapas del proceso, sino el conjunto de todo el trámite, que exige un análisis no solo formal, sino material de la causa.

La misma Corte, en el caso Suárez Rosero vs. Ecuador (1997, párr. 70 a 75), añadió que la finalidad del plazo razonable es que las personas imputadas de una infracción no permanezcan demasiado tiempo bajo acusación estatal y asegurar que su situación se decida *prontamente*, asimismo, confirmó la necesidad del estudio global del procedimiento y los tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo (la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales).

En casos de privación de libertad de la persona acusada, el primer acto procesal relevante para la debida diligencia es la aprehensión de la persona procesada, momento desde el que debe comenzar a determinarse la razonabilidad del plazo. En este punto, es necesario hacer un análisis para contextualizar la jurisprudencia referida al ordenamiento penal local.

El empleo de la palabra *aprehensión* por la jurisprudencia revisada, debe ser entendido en su sentido estricto, pero no en todas sus formas, se debe evitar interpretar este enunciado como cualquier forma de privación libertad (COIP, 2014, art. 526), por las siguientes razones:

En el contexto del sistema procesal ecuatoriano, las únicas formas de privación de libertad son medidas cautelares o penas. Respecto de las medidas cautelares, están: la aprehensión, la detención con fines investigativos, o la medida cautelar de prisión preventiva.

La aprehensión se produce en delitos flagrantes (COIP, 2014, art. 256) y conlleva la obligación de poner a la persona procesada a disposición de un juez dentro de las veinticuatro horas siguientes, y en una audiencia se califica la legalidad de la detención (COIP, 2014, art. 529) y la Fiscalía puede formular cargos y solicitar medidas cautelares, lo que tiene como efecto que inicie el proceso penal y se dé una nueva razón legal para la privación de libertad, pues la persona procesada ya no estaría privada de la libertad por la aprehensión, sino por la medida de prisión preventiva. En este evento la aprehensión como forma de privación de libertad sí es relevante para la determinación de la razonabilidad del plazo, pues la privación de la libertad tiene relación causal directa con el inicio del proceso, aun cuando no se debe verificar más allá de veinticuatro horas entre los dos actos.

Si no se califica la legalidad de la privación de libertad y no se formula cargos, es evidente que no existe proceso sobre el cual determinar un plazo razonable.

Otras formas de aprensión (COIP, 2014, art. 528) refieren a la personas que siendo sujetos de una condena ejecutoriada o una medida cautelar fugan del centro de rehabilitación donde se encontraban o están prófugos, es decir, en el primer caso ya se encontraban privados de la libertad, pero dejan de estarlo por huir del lugar donde la estaban cumpliendo; y, en el segundo, pese a tener una orden judicial de privación de libertad en su contra nunca la cumplieron por no comparecer ante la administración de justicia.

10 Art. 26. Principio de buena fe y lealtad procesal.- En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la litis.

Estos casos de aprehensión son irrelevantes para comenzar a determinarse la razonabilidad del plazo por dos razones: primero, implican que ya se formuló cargos con anterioridad, pues solo dentro de un proceso se puede ordenar medidas cautelares, por lo que la aprehensión no sería el primer acto procesal desde el cual iniciar el análisis del plazo razonable, o el proceso ya ha concluido con una sentencia condenatoria ejecutoriada, y por tanto se ha cumplido con el plazo para ser juzgado. Segundo, ser prófugo por no comparecer ante la administración de justicia, o huir de ella ya estando bajo custodia del Estado, tiene relación estrecha con la actividad procesal, siendo estas conductas incompatibles con su calidad de sujeto procesal por atentar contra el principio de inmediación y entorpecer la tramitación de la causa. Por lo que, más que argumentos para determinar el retardo en la sustanciación del proceso, constituyen fundamentos para justificar la razonabilidad del tiempo que demore.

En cuanto a la detención con fines investigativos, esta dura solamente veinticuatro horas (COIP, 530), vencido este tiempo la persona recupera su libertad. Si posteriormente la situación jurídica cambia al formularse cargos a la persona previamente detenida, el primer acto relevante de procesamiento no es la detención, sino la formulación de cargos y es el necesario para determinarse la razonabilidad del plazo.

Finalmente, respecto de la prisión preventiva, e incluso la condena, como ya se expresó con anterioridad, solo pueden ser emitidas dentro de un proceso o como conclusión de un juicio. Evidentemente, no pueden ser los primeros actos relevantes que permitan determinar la razonabilidad del plazo.

Continuando con el análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en el caso *Yvon Neptune vs. Haití* (2008a, párr. 81),¹¹ expresó que las personas procesadas por una infracción tienen derecho, en el marco del artículo 8.1 de la Convención, a ser puesta inmediatamente a órdenes de la administración de justicia, a una *investigación competente*, tanto para la sustanciación de los cargos que pesan en su contra como para la consecución de los fines de la administración de justicia, en particular la averiguación de la verdad. En específico, se reconoce que por el principio del plazo razonable y del derecho a la debida diligencia, una persona sometida al poder de persecución estatal, aún desde la investigación se encuentra en un estado de incertidumbre por lo que *su situación jurídica debe ser resuelta lo más pronto posible*, a fin de *no prolongar indefinidamente* los efectos de una persecución penal.

En el caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia* (2008b, párr. 155), añadió otro parámetro para determinar la razonabilidad del plazo, además del análisis global del procedimiento y los tres elementos ya analizados, es pertinente tomar en cuenta *la afectación generada por la duración del procedimiento en la persona procesada*.

En relación a qué momento procesal pone fin al período para determinarse el plazo razonable, en el caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* (2014, párr. 219), la corte razonó que el plazo razonable que se refiere el artículo 8.1 de la Convención se debe

11 81. En el presente caso, resulta irrazonable para este Tribunal que los órganos de administración de justicia de un Estado Parte en la Convención Americana sometan a un proceso penal a una persona y la priven de libertad durante más de dos años sin haber determinado con certeza su propia competencia en relación con la vía establecida en el derecho interno para estos efectos. Además, la falta de determinación del tribunal competente de manera oportuna se ve agravada por el hecho de que la decisión de la Corte de Apelaciones de Gonaïves aún no le ha sido debidamente notificada a varios meses de haber sido dictada, respecto de lo cual no ha sido aportada explicación satisfactoria alguna. En tanto no lo sea, su contenido se hace impracticable, su efecto útil resulta nugatorio y abstracto, situación que ocasiona o perpetúa un injustificable retardo en el acceso a la justicia. Este Tribunal entiende que una persona sobre la cual exista imputación de haber cometido un delito tiene el derecho, en los términos del artículo 8.1 de la Convención, en caso de ser penalmente perseguida, a ser puesta sin demora a disposición del órgano de justicia o de investigación competente, tanto para posibilitar la sustanciación de los cargos que pesan en su contra, en su caso, como para la consecución de los fines de la administración de justicia, en particular la averiguación de la verdad. La razón de esto es que la persona se encuentra sujeta a imputación y en un estado de incertidumbre que hace necesario que su situación jurídica sea sustanciada y resuelta lo más pronto posible, a fin de no prolongar indefinidamente los efectos de una persecución penal, teniendo en cuenta además que en el marco del proceso penal su libertad personal puede ser restringida. A su vez, confluente con lo anterior la necesidad de posibilitar y hacer efectiva la determinación de los hechos que se investigan y, en su caso, de las correspondientes responsabilidades penales, en atención a la necesidad de proteger y garantizar los derechos de otras personas perjudicadas.

establecer en relación con la *duración total del procedimiento* que se desarrolla hasta que se dicta la sentencia definitiva y firme.

Por lo que, en congruencia con lo manifestado anteriormente, el análisis global del procedimiento para determinar la razonabilidad del tiempo debe concluir con la sentencia definitiva y firme, cuando esta es inalterable. Lo que no puede limitarse a la emisión de una primera sentencia, sino que debe tomarse en cuenta el ejercicio y sustanciación de los medios de impugnación que presenten los sujetos procesales. Lo que tiene relación con el artículo 99 del Código Orgánico General de Procesos (2015) que establece cuándo una decisión pasa por autoridad de cosa juzgada.

En el caso *Mémoli vs. Argentina* (Corte IDH, 2013, párr. 174-178), en relación con la conducta de la persona procesada y la actividad judicial, aclaró que la interposición de recursos constituye un factor objetivo, que no debe ser atribuido a los operadores de justicia del Estado, y que esto debe ser tomado en cuenta al determinar si la duración del procedimiento excedió el plazo razonable. Lo que corresponde a las autoridades judiciales es conducir el procedimiento, manteniendo la igualdad de las partes, vigilando que el trámite de la causa procure la mayor economía procesal y evitando la paralización del proceso.

En este sentido, más allá de incidentes e impugnaciones de los sujetos procesales, en respeto a la debida diligencia, es el juez quien debe asegurar la tramitación correcta de estos, al ser el director del proceso. La falta de debida diligencia no solo se refleja en espacios cuantificables de tiempo, también en la conducción desacertada del procedimiento, lo que evidentemente contribuye a la demora en el trámite de la causa.

En este mismo caso, expresamente refirió que la falta de diligencia de las autoridades judiciales es especialmente relevante cuando existen medidas cautelares de carácter real en contra de la persona procesada, por los posibles daños civiles, por más de diecisiete años. Pues si bien no son *per se* una violación del derecho de propiedad, sí constituyen una limitación a dicho derecho al afectar la facultad de las personas de disponer de sus bienes.

De todo lo anotado, se verifica la relación de la prescripción con el derecho a la debida diligencia y el plazo razonable. La prescripción, al imponer límites temporales al ejercicio de la acción penal pública y al poder de persecución del Estado, es un medio de presión para que el proceso no se dilate injustificadamente, con lo que se permite cumplir con el principio de celeridad y la observancia de la debida diligencia, como elemento de la tutela judicial efectiva. A su vez, la observancia de la debida diligencia tiene como efecto concreto la obligación de los jueces a dar trámite a la causa en un tiempo razonable.

Por lo tanto, la prescripción del ejercicio de la acción penal constituye un mecanismo legal que permite garantizar que los jueces respeten el derecho a la tutela judicial efectiva y al juzgamiento en un plazo razonable.

Dentro de los elementos que permiten establecer la razonabilidad del tiempo del procesamiento, está la conducta de los jueces, que como directores del proceso deben asegurarse de que estos sean correctamente sustanciados. Un desacierto judicial en la dirección del proceso, que no sea imputable a la actividad de los sujetos procesales, no solo afecta a la razonabilidad del tiempo del procesamiento, también implica que los jueces no aplicaron correctamente la normativa pertinente al trámite de la causa, que es una exigencia que nace de la debida diligencia.

Es decir, un error de los jueces en la sustanciación de la causa es a la vez detrimento de la razonabilidad del tiempo del procesamiento y una vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva en su elemento de la observancia de la debida diligencia. Que se agrava si su consecuencia es la nulidad procesal, cuyo efecto es la invalidez de todo lo actuado desde que se produjo el error a fin de que se subsane el mismo y se vuelva a sustanciar el procedimiento desde ese punto.

LA NULIDAD PROCESAL DESDE LA FORMULACIÓN DE CARGOS FRENTE A LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN

Vanessa Aguirre Guzmán (2006, pp. 146-147) señala que la nulidad es una sanción por la cual el ordenamiento priva a un acto jurídico de sus efectos cuando no se han guardado las formas prescritas para su existencia. La nulidad refiere a las actuaciones judiciales, y la eficacia a las actuaciones de los sujetos procesales.

El artículo 652 del Código Orgánico Integral Penal (2014), en su número diez, prevé la obligación de los jueces del control de la legalidad del trámite en el conocimiento y resolución de medios de impugnación, y de encontrar un error en el procedimiento, debe declarar la nulidad desde el momento en que este se produjo. Al ser una sanción al trámite que provoca que tenga que ser nuevamente sustanciado, conlleva a la extensión del tiempo del procesamiento. Esta demora es imputable a la conducta judicial, pues la nulidad procesal constituye siempre un error en la dirección del procesamiento, y por tanto una vulneración a la debida diligencia y la trasgresión de los derechos a ser juzgados en un plazo razonable y a la tutela judicial efectiva.

Por lo tanto, los efectos de la nulidad (retrotraer el proceso) conllevan a afectaciones a los derechos de los sujetos procesales, por lo que su declaración debe ser la última alternativa en salvaguarda del fin del sistema procesal, que es la realización de la justicia (CRE, 2008, art. 165), que se pretende con la decisión final del conflicto. Es por esta razón, que el Código Orgánico Integral Penal (2014, art. 652.10) permite esta prolongación del procesamiento, únicamente cuando la causa que provoca la nulidad influye en la decisión de la causa.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha considerado que la nulidad debe dictarse siempre que las causas que la provocan puedan viciar y afectar el resultado de las actuaciones procesales y las decisiones finales adoptadas (Sentencia 1571-15-EP/20, 2020, párr. 29).

En otras palabras, aun cuando se verifiquen las causales de nulidad, si no se cumple con la condición de que esta violación pueda influir en la decisión de la causa, de manera que de no haberse producido otra habría sido la resolución, no puede dictarse la nulidad. Y, en cumplimiento del deber de motivación previsto en el artículo 76.7.l) de la Constitución de la República (2008) del Ecuador, es obligación de los jueces identificar el vicio procesal, de qué manera este se subsume a una de las causas taxativas de nulidad y, sobre todo, cómo influye en la decisión de la causa.

A esta condición la doctrina la denomina principio de trascendencia, que tiene relación con el perjuicio real que ocasiona el error del trámite a los sujetos procesales (Aguirre, 2006, p. 153). Una declaratoria de nulidad que no cumpla con el principio de trascendencia es ilegítima, y una violación directa a la disposición del artículo 169 de la Constitución que ordena «No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades» (CRE, 2008).

Una declaratoria de nulidad por una causa intrascendente sin que se justifique en un perjuicio real a los justiciables vulnera en dos vías al derecho a la debida diligencia y al plazo razonable, por la causa de nulidad que por sí misma significa una falta de diligencia y una sustanciación inoficiosa de la causa desde que se cometió el error hasta que este fue declarado; y, la segunda sustanciación, que implica una demora irrazonable en el plazo, pues al no haber una afectación a la decisión de la causa, muy probablemente estos casos concluyan en el mismo sentido de las decisiones afectada por la nulidad.

Tomando en cuenta lo analizado, si la nulidad se dicta desde la formulación de cargos, ya sea la causa trascendente o no, todo el proceso debe ser sustanciado nuevamente por un error judicial en la dirección del trámite que no es imputable a los sujetos procesales, por lo que se les obliga nuevamente a sufrir las afectaciones inherentes al

proceso penal por los costos personales y materiales que implica ejercer la defensa, por un período mayor de tiempo al que correspondía si no se cometía la nulidad.

Si la nulidad es intrascendente la afectación a los derechos es más grave, pues se ha prolongado ilegítimamente el tiempo al que han sido sometidos a la persecución del Estado, por una razón que ni siquiera afectaba a la decisión de la causa o no impedía el fin de la administración de justicia.

Si la prescripción es un mecanismo legal de presión para la garantía de estos derechos, de modo que no sean vulnerados y la sustanciación del proceso sea célere, su aplicación no puede producir efectos contrarios. Es decir, la aplicación de la prescripción siempre tiene que permitir el respeto del derecho a la debida diligencia y el plazo razonable, y jamás puede ser invocada para prolongar el tiempo en el que una persona es sometida a un proceso penal, lo que desnaturaliza su posición de garantía y deslegitima su uso por contravenir.

En este contexto, iniciado el proceso (solo dentro de este se puede declarar una nulidad), según el número cuatro del artículo 417 del Código Orgánico Integral Penal (2014) el decurso del plazo de la prescripción del ejercicio público de la acción empieza a correr desde la fecha de inicio de la instrucción, que es la de formulación de cargos (COIP, art. 591).

Ante el escenario de la nulidad de todo el proceso y una segunda formulación de cargos, caben dos interpretaciones posibles del número cuatro del artículo 417, ya referido.

- a. Una formal, por la cual el ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal, contado *desde la fecha de la formulación de cargos válida*. Pues no pueden darse efectos a las actividades judiciales afectadas por la nulidad.
- b. Una material, por la cual el ejercicio público de la acción prescribe en el mismo tiempo del máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal, contado desde la primera formulación de cargos, aun cuando haya sido declarada nula, pues desde esa fecha se aplicó el derecho penal y se afectó el derecho de las personas procesadas.

Para escoger cuál de estas interpretaciones es la correcta, hay que remitirse a las reglas legales de interpretación. El artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal (2015), establece:

Artículo 13.- Interpretación.- Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas:

1. La interpretación en materia penal se realizará en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.
3. Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos.

De la norma citada se desprende que, de manera general, en materia penal la interpretación de las normas debe realizarse en el sentido que más se ajuste a la Constitución e instrumentos internacionales. Para complementar esta norma, es necesario remitirse a la Constitución, particularmente al artículo 11, que en sus números 4 y 5 establecen, respectivamente que «Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales» (CRE, 2008, art. 11.4) y que «en materia de derechos [...] las servidoras y servidores [...] judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia [...]» (CRE, 2008, art. 11.5).

Por lo tanto, para que la interpretación de la norma penal sea acorde a la Constitución, no debe restringir el contenido de derechos, siempre se debe optar por aquella que favorezca a la vigencia de los mismos, o que permita desarrollar su contenido de manera progresiva.

La regla de interpretación estricta de manera literal sobre tipos penales y penas, guarda relación con el principio de legalidad estricta en cuanto infracciones y sanciones (CRE, 2008, artículos 76.3 y 77.1 CRE), por lo que también concuerda con la primera regla. Por otro lado, la prohibición de uso de analogías para ampliar los límites legales de la aplicación de sanciones o medidas cautelares, es una extensión lógica de la interpretación literal.

Por lo tanto, con todo el marco normativo analizado, se puede postular que ante la nulidad de todo el proceso y una segunda formulación de cargos, el primer escenario planteado, el formal, implica una vulneración al derecho a la debida diligencia y al plazo razonable, pues al contarse el plazo de la prescripción desde la segunda formulación de cargos se está desconociendo todas las afectaciones a los derechos de la persona procesada inherentes a la aplicación del derecho penal, y se está prolongando ilegítimamente el tiempo de la prescripción, desnaturalizando este mecanismo como garantía de los derechos analizados.

Por otra parte, la interpretación de carácter material, ratifica a la prescripción como límite temporal del poder de persecución del Estado, reconoce las limitaciones de los derechos sufridos por la persona procesada desde el inicio real del procesamiento, y evita que se afecte aún más los derechos a la debida diligencia y al plazo razonable, que ya fueron vulnerados por el error en la tramitación que provocó la nulidad procesal.

En consecuencia, la interpretación que más se ajusta a la Constitución de la República y a los instrumentos internacionales de derechos humanos es la material, entendiendo el plazo de la prescripción del ejercicio público de la acción desde la primera formulación de cargos, con la que iniciaron realmente las afectaciones a la persona procesada inherentes a la aplicación del derecho penal. Con esta, pese a la vulneración a la debida diligencia que implica la nulidad procesal, no se prolonga ilegítimamente el plazo para la sustanciación de la causa.

CONCLUSIONES

La prescripción del ejercicio de la acción penal es la cesación de la potestad represiva del Estado por el transcurso de un tiempo legalmente determinado.

Por el derecho a ser juzgado en un plazo razonable y el derecho a la debida diligencia, la persona procesada se encuentra en un estado de incertidumbre y su situación jurídica debe ser resuelta lo más pronto posible, a fin de no prolongar indefinidamente los efectos de una persecución penal.

Por lo tanto, se constituye como un medio legal de presión para que los jueces cumplan con la celeridad del procesamiento sin dilaciones innecesarias o injustificadas, lo que tiene relación con la observancia de la debida diligencia como elemento del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), que tiene como obligación concreta que los jueces den trámite a la causa en un tiempo razonable.

Para determinar la razonabilidad del tiempo, según los estándares internacionales analizados, se debe analizar de manera global todo el procedimiento, desde su inicio formal o desde la privación de libertad de la persona procesada, hasta la conclusión de una sentencia en firme, para determinar tres elementos que afectan a la racionalidad del plazo: la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta

de las autoridades judiciales. Asimismo, debe tomarse en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en los derechos de la persona procesada.

La conducta de las autoridades judiciales como elemento para determinar la razonabilidad del plazo, también tiene relación con la debida diligencia a la que están obligados. En el sentido que, un juzgador diligente es el que conduce el procedimiento, manteniendo la igualdad de las partes, vigilando que el trámite de la causa procure la mayor economía procesal y evitando la paralización del proceso. Los operadores de justicia diligentes se determinan más allá del tiempo empleado para la dirección del caso, en que esta sea correcta y apegada al régimen normativo correspondiente; con lo que garantiza la tutela judicial efectiva y, a la vez, la razonabilidad del tiempo de juzgamiento.

Desde la perspectiva de la persona sometida al poder de persecución estatal, incluso desde la investigación, el respeto a sus derechos a ser juzgados en un plazo razonable y a la debida diligencia, permite que su situación jurídica sea resuelta lo más pronto posible, a fin de no prolongar indefinidamente el estado de incertidumbre y los efectos de la función represiva de la aplicación del derecho penal en su contra.

En este sentido, si no se cumple con la debida diligencia y se prolonga irrazonablemente el tiempo del procesamiento, opera la prescripción del ejercicio público de la acción, cesando definitivamente el poder persecutorio del Estado en contra de la persona procesada y eliminando los efectos represivos de la aplicación de la derecho penal en su contra, que afectaron o limitaron sus derechos por motivo del proceso en su contra. Por lo que la prescripción es una garantía del respeto de estos derechos.

La nulidad es una sanción a un acto procesal por el cual este deja de surtir efectos, provocando que la causa se sustancie nuevamente desde que se verificó la causa. La nulidad se provoca por un error judicial en la tramitación de la causa, por lo tanto, los juzgadores no cumplieron con su función de dirigir el proceso correctamente, que significa que no actuaron con la debida diligencia, lo que, *per se*, afecta a la tutela judicial efectiva. Afectación que se legitima únicamente si la causa de la nulidad puede afectar la decisión de la causa, pues si no representa un perjuicio que pueda alterar el sentido de la decisión se estaría sacrificando la justicia por la omisión de formalidades.

El proceso penal inicia con la formulación de cargos, y desde este acto corre el plazo de la prescripción para impulsar, impugnar y obtener una sentencia sobre el delito que se persigue. Si se dicta la nulidad de todo el proceso y Fiscalía, por los mismos hechos y contra las mismas personas, realiza oportunamente¹² una segunda formulación de cargos, no puede tomarse en cuenta este segundo acto como el inicio real del procesamiento, pues implica ignorar las afectaciones restrictivas de los derechos que la aplicación del proceso penal conlleva para las personas procesadas y prolongar el estado de incertidumbre e inseguridad sobre la situación jurídica de la persona procesada. Lo que vulnera en dos vías los derechos a la tutela judicial efectiva en su elemento a la debida y al plazo razonable, la primera por los efectos de la misma nulidad como el reconocimiento del error judicial en la dirección del trámite, que provoca una prolongación irrazonable del plazo del procesamiento, imputable a la conducta judicial.

Por lo tanto, la fecha desde la cual se debe contar el plazo de la prescripción es el inicio en general del procesamiento, aun cuando la formulación de cargos que la determina sea declarada nula con posterioridad. Solo esta interpretación permite ratificar a la prescripción como límite temporal del poder de persecución del Estado, toma en cuenta las limitaciones de los derechos sufridos por la persona procesada durante *todo* el proceso, y evita que se vulneren en mayor medida los derechos a la debida diligencia y al plazo razonable.

¹² Dentro del primer plazo de la prescripción, entre la comisión de la infracción y el tiempo máximo de la pena privativa de libertad prevista para el tipo penal.

Entender que el plazo de la prescripción del ejercicio público de la acción se debe contar desde la primera formulación de cargos, aun cuando se haya declarado nula, es la interpretación que más se ajusta a la Constitución de la República y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y es la que debe ser respetada y aplicada por los órganos de administración de justicia.

REFERENCIAS

- Aguirre Guzmán, V. A. (2006). Nulidades en el proceso civil. *Foro, Revista de Derecho*, (6), 145-185. <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/315>
- Asamblea Constituyente de Ecuador. (2008, 20 de octubre). *Constitución de la República del Ecuador* (CRE). Registro Oficial N.º 449.
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2009, 9 de marzo). *Código Orgánico de la Función Judicial* (COFj). Suplemento del Registro Oficial N.º 544.
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2014, 10 de febrero). *Código Orgánico Integral Penal* (COIP). Suplemento del Registro Oficial N.º 180.
- Asamblea Nacional de Ecuador. (2015, 22 de mayo). *Código Orgánico General de Procesos* (COGEP). Suplemento del Registro Oficial N.º 506.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general* (2.ª ed.). Hammurabi.
- Bernales Rojas, G. (2007). La imprescriptibilidad de la acción penal en procesos por violaciones a los derechos humanos. *Ius et Praxis*, 13(1), 245-265. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122007000100009>
- Juma-Cuenca, J., Verdesoto-Gallegos, M. y Vilela-Pincay, E. (2021). Análisis de la prescripción del ejercicio de la acción penal en el marco del ordenamiento jurídico ecuatoriano. *Polo del Conocimiento*, 6(7), 1119-1136. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/2911>
- Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. *Lecciones y Ensayos*, 86, 187-211.
- Loor, E. F. (2010). Importancia de la acción penal pública en el derecho procesal penal. *Revista Jurídica de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, 1-33.
- Marinoni, L. G. (2008). El derecho fundamental de acción en la Constitución brasileña. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 41(123), 1371-1402. Recuperado en 28 de mayo de 2022, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332008000300008&lng=es&tlng=es
- Organización de los Estados Americanos. (1969, 22 de noviembre). Convención Americana sobre Derechos Humanos «Pacto de San José de Costa Rica». https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm
- Rusconi, M. (2007). *Derecho penal. Parte general*. Ad-Hoc.
- Sentencia Corte Constitucional del Ecuador. (2020, 11 de noviembre). Sentencia N.º 2210-13-EP/20 (Hernán Salgado Pesantes) <https://n9.cl/mhgey>
- Sentencia Corte Constitucional del Ecuador. (2010, 19 de agosto). Sentencia N.º 020-10-SCN-CC (Hernando Morales Vinuesa, J. P) <https://n9.cl/pv4n7>
- Sentencia Corte Constitucional del Ecuador. (2018, 21 de febrero). Sentencia N.º 068-18-SEP-CC (Francisco Butiñá Martínez, J. S.) <https://n9.cl/b3657>
- Sentencia Corte Constitucional del Ecuador. (2019, 12 de junio). Sentencia 10-18-CN/19 (Alí Lozada Prado, J. P.) <https://n9.cl/lahet>
- Sentencia Corte Constitucional del Ecuador. (2019, 12 de junio). Sentencia 11-18-CN/19 (Ramiro Ávila Santamaría, J. P.) <https://n9.cl/5mxz>

- Sentencia Corte Constitucional del Ecuador. (2019, 7 de noviembre). Sentencia N.º 935-13-EP/19 (Teresa Nuques Martínez, J.P.) <https://n9.cl/shy0j>
- Sentencia Corte Constitucional del Ecuador. (2020, 30 de septiembre). Sentencia N.º 1571-15-EP/20 (Karla Andrade Quevedo, J.P.) <https://n9.cl/ixa6pe>
- Sentencia Corte Constitucional del Ecuador. (2021, 10 de febrero). Sentencia N.º 1978-15-EP/21 (Agustín Grijalva Jiménez, J.P.) <https://n9.cl/fqa34>
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997, 29 de enero). Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 30. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1997b, 12 de noviembre). Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2005b, 20 de junio). Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 126. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008a, 6 de mayo). Caso Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 180. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2008b, 27 de noviembre). Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 192. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009b, 17 de noviembre). Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 206. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011a, 24 de febrero). Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones. Serie C N.º 221. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013, 22 de agosto). Caso Mévoli vs. Argentina. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 265. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_265_esp.pdf
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014, 19 de mayo). Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 277. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf



Análisis del delito del suicidio feminicida en América Latina y España. ¿Es necesaria su tipificación?

Ángel Pino Mera | [iD](#) Investigador independiente (Ecuador)

RESUMEN El presente trabajo tiene por objetivo analizar si es necesario o no la implementación de un tipo penal en específico para sancionar al agresor por la conducta del suicidio de una mujer que fue víctima de violencia por parte de este. La investigación ofrece una perspectiva jurídico-criminológica comparada entre Ecuador, Chile, México, Argentina, El Salvador y España. Los resultados discuten si bastaría simplemente sancionar esta conducta bajo la figura del delito de «Instigación o inducción al suicidio» o si efectivamente es necesario la tipificación del delito de «Suicidio feminicida por inducción o ayuda».

PALABRAS CLAVE Femicidio, suicidio feminicida, violencia, género, mujeres.

FECHA DE RECEPCIÓN 10/1/2023

FECHA DE APROBACIÓN 10/2/2023

Analysis of the crime of femicide suicide in Latinamerica and Spain. Is the difinition necessary?

ABSTRACT The objective of this paper is to analyze whether or not it is necessary to implement a specific criminal offense to punish the aggressor for the suicide of a woman who was a victim of violence by the aggressor. The research offers a comparative legal-criminological perspective between Ecuador, Chile, Mexico, Argentina, El Salvador and Spain. The results discuss whether it would be sufficient to simply punish this conduct under the crime of «Instigation or Inducement to Suicide» or whether it is indeed necessary to criminalize the crime of «Femicide by inducement or aiding and abetting».

KEY WORDS Femicide, femicidal suicide, violence, gender, women.

1. SITUACIÓN ACTUAL EN ECUADOR

En la mitad del mundo no es la excepción un caso donde una mujer víctima de violencia sexual toma la terrible decisión de quitarse la vida, varios han sido los casos de mayor alarma social. A continuación, detallaremos dos de los más especiales en cuestión de relevancia jurisprudencial y política.

El 13 de diciembre del año 2002, Paola del Rosario Guzmán Albarracín, una joven de 16 años que cursaba sus estudios en el Colegio Fiscal Técnico de Comercio y Administración Dr. Miguel Martínez Serrano falleció, debido a que el día anterior había decidido ingerir fósforo blanco, coloquialmente denominados como «diablillos» en Ecuador, todo a causa de que se enteró que estaba embarazada del vicerrector de dicha institución, el mismo que había abusado de ella por dos años consecutivos. Con el fin de pasarla de año le solicitaba que tuviera relaciones sexuales con él. Su madre, Petita Albarracín, comenta que los cambios de su hija fueron repentinos y su estado anímico había cambiado drásticamente en enero del 2001, además Paola dejó tres cartas antes de morir, el texto de dos de ellas (una en borrador), iban dirigidas al vicerrector, expresando que se sintió «engañada» por él, quien había «tenido» otras mujeres, por lo que decidió tomar veneno al no poder soportar «tantas cosas que sufría».¹

Fue tal la conmoción de este caso y la indignación de esta familia que llegaron hasta las últimas consecuencias por todos los derechos vulnerados dentro del proceso de juzgamiento en el mismo, y la inoperancia del sistema judicial y educativo del Ecuador, que fue sancionado por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos después de 18 años, la cual concluyó que el Estado ecuatoriano fue responsable de la violación de varios derechos de Paola, entre ellos el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la protección de la honra y de la dignidad, el derecho a la educación; y por el incumplimiento de las obligaciones de prevenir actos de violencia contra la mujer dentro de las instituciones educativas.²

Otro caso que es imprescindible traer a colación es el caso «Gaby Díaz», según el cual, una joven llamada Gabriela Díaz Cañizares decide quitarse la vida el 5 de abril del 2014, a causa de la crisis emocional, la depresión y la afectación psicológica que le dejó ser violada por parte de los señores Iván Rivadeneira y Fausto Saavedra el día 22 de julio de 2013, en horas de la noche, cuando se encontraban en una reunión en el domicilio del señor Saavedra, ubicado en las calles Princesa Toa y Condorazo, de la ciudad de Riobamba-Ecuador. Este caso se torna controversial al ser el único en el país que se sancionó por violación con muerte, pese a que la víctima se quitó la vida,³ se podría hablar ya de un suicidio feminicida, en donde existe la conducta, pero no el tipo penal adecuado para sancionar y, por tal razón, en este caso en concreto, se considera que se llegó a violentar el principio de proporcionalidad y de seguridad jurídica de las personas procesadas.

Las primeras acciones que el hombre se propuso realizar, fueron a base de la fuerza y la violencia, las que se constituyeron en la ley suprema entre sus miembros y ciudadanos, por lo que bien puede afirmarse que la violencia fue el medio primitivo de posesión y acceso carnal del hombre sobre la mujer; con él se demostraba su derecho exclusivo sobre la hembra, ante la tribu y ante sí mismo, generando una posesión evidente, haciendo a este superior por ello, sin contar con que, por la falta de conocimiento, en esa época no se tomaba en cuenta que además de lo físico se encontraba la violencia psicológica por el mismo hecho de la actitud del hombre primitivo sobre la mujer.

1.1. TIPOS DE VIOLENCIA

1 Palomo Caudillo, Cecilia, «El caso de Paola Guzmán Albarracín, violencia sexual infantil en el ámbito educativo en Ecuador», *Revista de Estudios Socioeducativos*, 2021, pp. 248-250.,

2 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2020. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf

3 Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, caso n.o 1772120160001 «Gaby Díaz», Sentencia del 17 de noviembre del 2016. Disponible en: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

1.1.1. Violencia física

La violencia física son actos que atentan o agreden el cuerpo humano del individuo como, por ejemplo: empujones, bofetadas, golpes de puño, golpes en todo el cuerpo. Según las estadísticas, una gran parte de los individuos han sufrido en algún momento de su vida maltrato físico, el cual se hace presente en todos los sitios, tanto que se nos ha vuelto natural ver a dos personas golpeándose o que un padre eduque a su hijo por medio de golpes e insultos.⁴

1.1.2. Violencia psicológica

La violencia psicológica son reacciones que tienen como fin provocar el miedo, intimidar y mantener el control de las conductas, sentimientos y pensamientos del individuo a quien se está agrediendo, como las descalificaciones, insultos, control, etcétera.

La violencia dentro de la familia es representada por golpes y maltratos, generados en muchos casos por el alcohol o por carencia de recursos, desempleo u otros factores. Los actos violentos entre los miembros de un núcleo familiar pueden generar seres inseguros e incapaces de solucionar sus inconvenientes, gente aislada que se rehúsa a recibir ayuda profesional, personas con una creencia firme de su papel de género, etcétera.⁵

1.1.3. Violencia económica

La violencia económica tiene relación con no cubrir las necesidades simples del individuo y ejercer control por medio de recursos económicos. Esta clase de maltrato es bastante frecuente en las mujeres tungurahueses. En el caso ecuatoriano, la Constitución consagra una visión laica, de profundo respeto al ser humano, enfocada en el desarrollo holístico, es decir, integral. El artículo 69 expresa que el Estado es el llamado a proteger a la familia como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.⁶

De acuerdo con el reporte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y ONU Mujeres, la violencia de género es un problema común que viven las mujeres, señalando que en el Estado ecuatoriano la violencia pueden padecerla seis mujeres de un grupo de diez. Las mujeres comienzan a sufrir maltratos a una edad muy temprana, y esto se ha agravado debido a la pandemia.⁷

1.1.4. Violencia sexual

La violencia sexual se define como la imposición de actos de carácter sexual contra la voluntad de la otra persona. Como, por ejemplo, exposición a ocupaciones sexuales no deseadas, la manipulación por medio de la sexualidad, tocamientos, miradas, caricias

4 Bermúdez Bone, N. A., «Características individuales, familiares y ambientales de los adolescentes de 12 a 15 años reincidentes en actos delictivos, recluidos en el Centro de Adolescentes en Conflicto con la Ley Masculino de Guayaquil en el 2015. Guayaquil, Ecuador» (Trabajo de grado para optar al título de Psicóloga Clínica), Universidad de Guayaquil, 2017. Obtenido de <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/26306>

5 Fraser, N. «Féminisme, capitalisme et ruses de l'histoire». *Cahiers du genre*, 2011, pp. 165-192. Disponible: <https://doi.org/10.3917/cdge.050.0165>

6 Ruiz, J. «Instrumentos jurídicos para la erradicación de la violencia de género en España y sus bases constitucionales». *Letras Jurídicas*, 2017. Disponible: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7141611>

7 Organización Mundial de la Salud, «Hechos y cifras: poner fin a la violencia contra las mujeres». Disponible: <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures>

que quien las obtiene no las quiere, violación, o la consumación del acto sexual por la fuerza. Esta clase de maltrato se da frecuentemente entre los familiares de los chicos como tíos, primos, abuelos, etcétera. Que obligan a los chicos a hacer actos sexuales ante ellos, como, por ejemplo, masturbación o mostrarles sus órganos sexuales, etcétera.

La violación proviene del latín *violare*, que significa acceder a alguna cosa por medio de la violencia; consiste en el acceso carnal con personas de uno u otro sexo, ejecutado mediante la violencia real o presunta, esta, a su vez, puede ser física, coacción o violencia moral.⁸ La acción típica consiste en tener acceso carnal; el acceso carnal es la penetración sexual y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo de la víctima. La violación sexual constituye uno de los grandes problemas sexuales que mayor preocupación e interés ha causado a la doctrina jurídica y a las legislaciones de todo el mundo, estableciéndose particularidades entre ellas, en su tratamiento y en su definición.

1.2. TIPIFICACIÓN DE VIOLACIÓN EN ECUADOR

El delito de violación en el año 2013 era sancionado acorde a la normativa vigente, en este caso al Código Penal, el mismo que en su articulado expresa: «Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1º. Cuando la víctima fuere menor de catorce años; 2º. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y 3º. Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación»,⁹ mientras tanto, en este mismo cuerpo legal se detalla la sanción tras el cometimiento de este delito.

En los artículos 513 y 514 del Código Penal ecuatoriano vigente en el 2013 se señala las siguientes sanciones para el delito de violación; «El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior; y, con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los números 2 y 3 del mismo artículo (512); si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada se aplicará la pena establecida para los numerales 2 y 3 del artículo anterior»; y, «si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años. Igual pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas son sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo en su caso, ser condenados, además a la pérdida de la patria potestad».¹⁰

Tras tener una conceptualización clara de lo que es la conducta de la violación y cuál fue su sanción al momento de ser consumada podemos darnos cuenta de que en el año 2013, cuando se encontraba vigente el cuerpo legal referido para la sanción de violación, en el presente caso no tiene ninguna, el hecho de que, a raíz o producto de dicho acto una persona decida quitarse la vida, dejando así un vacío legal y un problema jurídico para los administradores de justicia al momento de dictar sentencia, dicha normativa simplemente señala como agravante el hecho de que «produjere la muerte», mas no especifica si al momento mismo del cometimiento del delito la víctima fallece o si en cierto tiempo lo hace o, más aun, el hecho de que la propia víctima proceda a suicidarse. Por tal razón es importante traer a colación este caso ya que pone en evidencia

8 Briones Gonzales, A., *Obstetricia forense*, ULADECH Católica de Chimbote, 2012.

9 Código Penal ecuatoriano, Registro Oficial, Suplemento 147 de 22-ene-1971. Última modificación: 10-feb-2012.

10 Código Penal ecuatoriano, Registro Oficial, Suplemento 147 de 22-ene-1971. Última modificación: 10-feb-2012.

un vacío legal y problema jurídico, y además que existen otros casos de similares hechos, es decir, que una mujer víctima de violencia de género proceda a quitarse la vida.

También, para tener una visión más amplia sobre este delito en este país latinoamericano, debemos tener conocimiento de cómo se encuentra tipificado hoy en día (2023). El Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Registro Oficial Suplemento 180 del 10 febrero del 2014, recoge en su artículo 171 el delito de violación y su sanción penal, además de las agravantes de dicho tipo penal. En este hilo, otro problema que existe es la vulneración al principio de proporcionalidad y el derecho a la seguridad jurídica de la persona procesada, más aún cuando no existe pena como tal, si la víctima se quita la vida tras la agresión cometida y se deviene en problemas procesales de erróneas imputaciones de tipo penal.

1.3. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos. El discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible.

Sobre esta base, la comparación entre la sanción penal enjuiciada y la sanción extrapenal alternativa desde la perspectiva de su menor lesividad debe atender a cuatro aspectos: a) la cantidad de posiciones de derecho fundamental afectadas por una y otra sanción; b) la importancia de las mismas; c) la intensidad de su afectación; d) las garantías que acompañan su imposición.¹¹

El principio de proporcionalidad se rige en un elemento definidor de lo que ha de ser la intervención penal, desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía, consistente en que no sufrirá un castigo que exceda el límite del mal causado, en otras palabras, la minimización de la violencia en el ejercicio del *ius puniendi*. Así, la justa medida de la pena se configura como un principio rector del sistema penal.¹²

Al respecto, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en el caso de La Rochela vs. Colombia, sentencia de fecha 11 de mayo del 2007 (en el capítulo Fondo, Reparaciones y Costas) expuso: en cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el fondo atribuye a la conducta ilícita del autor de la transgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y la culpabilidad con la que actúa el actor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos. La pena debe ser el resultado de una sentencia emitida por autoridad judicial. Al momento de individualizar las sanciones se debe fundamentar los motivos por los cuales se fija la sanción correspondiente. En cuanto al principio de favorabilidad de una ley anterior debe procurarse su amortización con el principio de proporcionalidad, de manera que no se haga ilusoria

11 Carbonell, M., *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Colombia, 2007.

12 Gutiérrez Quevedo, Marcela, *Política criminal y prevención*, España, 2018.

la justicia penal. Todos los elementos que incidan en la efectividad de la pena deben responder a un objetivo claramente verificable y ser compatibles con la convención.¹³

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia N.º 037-13-SEP-CC, dictada el 24 de julio del 2013, en el caso N.º 1747-EP;¹⁴ respecto al principio de proporcionalidad manifestó lo siguiente: el derecho constitucional al debido proceso es de fundamental importancia para el sistema de justicia ecuatoriano, puesto que garantiza que en la sustentación de todos los procesos, tanto judiciales como administrativos, las personas cuenten con garantías mínimas que permitan obtener de la administración de justicia un resultado justo y amparado en la realidad de un caso concreto. El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador determina: «En todo el proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso».¹⁵

Este principio tiene dos clases de exigencias: unas extrínsecas y otras intrínsecas. Son externas al contenido de las medidas, el que solo los órganos judiciales son los constitucionalmente llamados a garantizar, de forma inmediata, la eficacia de los derechos, y a su juicio queda la decisión en torno a la proporcionalidad de las medidas limitativas de los mismos; y el de la motivación, requisito formal en virtud del cual las resoluciones deben estar debidamente razonadas y fundamentadas, lo que es una consecuencia obvia de la asunción constitucional del modelo de Estado social y democrático de derecho.

Las exigencias intrínsecas, por su parte, atienden al contenido de la actuación estatal en el caso concreto, y están constituidas por tres criterios distintos que actúan de forma escalonada en el ámbito del derecho penal: el criterio de idoneidad, el criterio de necesidad y el criterio de proporcionalidad en sentido estricto. Es importante mencionar que en el ámbito del derecho penal, el principio de proporcionalidad en sentido amplio tiene un significado mucho más restringido, pero no menos importante, que en el ámbito procesal penal o en el derecho administrativo, por los siguientes motivos: porque de la relación de las normas penales se puede deducir que el fin que a través de las mismas se persigue es único, la protección de los bienes jurídicos frente a lesiones o puestas en peligro, a través de la amenaza penal. Y porque este fin será alcanzado a través del medio de la desaprobación ético-social del comportamiento delictivo.¹⁶

En síntesis, el principio de proporcionalidad no se restringe a la relación entre infracción y pena. La proporcionalidad se aplica a todas las consecuencias que se derivan de la imposición de una pena, tales como en la apreciación de circunstancias que pueden modificar la pena (atenuantes o agravantes; por ejemplo, la atenuante de reparación en favor de la víctima, si es voluntaria, sería desproporcional si se exige una indemnización imposible de pagar de acuerdo con las condiciones económicas de la persona responsable de la infracción), la ejecución de la pena (lugar y modo de cumplir la pena; no tendría sentido, por ejemplo, por una infracción de tránsito ubicar a la persona condenada a privación de libertad en un lugar de máxima seguridad), y así también la prescripción de la pena.¹⁷

A la par del principio de proporcionalidad hemos detallado en líneas anteriores que en este caso en concreto se ha vulnerado el derecho a la seguridad jurídica teniendo en cuenta que este se funda en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Caso de la masacre de La Rochela vs. Colombia», Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf;

14 Corte Constitucional del Ecuador, «Sentencia N.º 037-13-SEP-CC», Disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=037-13-SEP-CC>

15 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

16 Rojas, Ivonne, «La proporcionalidad en las penas», 2015. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>

17 Corte Constitucional de Ecuador, «Sentencia n.o 11-20-CN/21», Disponible en: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_dwl_fl/e2nhenbldge6j3ryywp1pdgunlebl1dwlkoidjymqwz2ms0lowvkltrjyqztywm5os1hmjdmnzwgnwrjzdcuegrmj30=

jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes,¹⁸ es el pilar sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades públicas deben observar las normas que componen el ordenamiento jurídico vigente, debiendo además sujetarse a las atribuciones que le compete a cada órgano.¹⁹

1.4. SEGURIDAD JURÍDICA

Traer a estudio este derecho es esencial toda vez que en el caso «Gaby Díaz» da luces y surge un claro interés sobre la circunstancia y el problema jurídico que se genera cuando una mujer que es violentada, procede a quitarse la vida. Ahora bien, analizado el principio de proporcionalidad, debemos especificar y conceptualizar que es el derecho a la seguridad jurídica visto anteriormente, un concepto que ya se encuentra en la Constitución ecuatoriana; ahora iremos más a fondo para tener una visión más amplia de este derecho. Del texto constitucional se desprende que toda persona tiene el derecho de contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas, este debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar arbitrariedades.²⁰

Para Balaguer Callejón, la seguridad jurídica se identifica con la «certeza respecto del derecho aplicable». La propia efectividad del derecho va a depender de la posibilidad de conocimiento por la ciudadanía de las reglas jurídicas y las consecuencias de sus actos, certeza en el derecho que operaría como presupuesto de todo orden jurídico. Siendo, así, la seguridad jurídica «la seguridad que el individuo tiene en el derecho, en cuanto a la valoración que el ordenamiento realice de su actividad social».²¹ Esa certeza en el derecho exigiría la presunción de legitimidad de todas las normas jurídicas, pero la seguridad jurídica exige un control sobre esa legitimidad.²² Sin embargo, la seguridad jurídica en un ordenamiento complejo no puede referirse solo a la aplicación de la norma aislada, sino al ordenamiento jurídico en su conjunto, donde la Constitución sería la expresión máxima de la seguridad jurídica.²³

Es Pérez Luño el que, en una primera aproximación al término «seguridad jurídica», lo identifica con un hecho o con un valor, es decir, un determinado estado de cosas o un ideal a alcanzar. Como hecho se identifica con la seguridad de legalidad, como valor enlaza con la justicia,²⁴ para despejar dudas este autor distingue dos acepciones básicas del término: la que denomina seguridad jurídica *strictu sensu*, donde la seguridad jurídica «se manifiesta como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones. Y, una segunda, subjetiva que se identifica con la certeza del derecho, en el sentido de que la ciudadanía pueda conocer y, por tanto, adecuar sus actos a lo mandado y permitido o prohibido».²⁵

La Corte Constitucional del Ecuador también ha dado su criterio sobre este derecho esencial de todo proceso, la misma señala que aquel derecho constituye el pilar

18 Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

19 Corte Constitucional de Ecuador, «Sentencia N.º 23-13-SEP-CC». Disponible en <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f36aa637-66f9-411f-9297-15b0505da2ae/0885-11-ep-sen.pdf?guest=true>

20 Constitución de la República del Ecuador, artículo 82, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

21 Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho*, vol. 1., Teenos, 1991, p. 88.

22 *Ibidem*, p. 89.

23 *Ibidem*, pp. 92-93.

24 Pérez Luño, E., *La seguridad jurídica*, Ariel, 1991, p. 29.

25 *Ibidem*, p. 30.

sobre el cual se asienta la confianza ciudadana en cuanto a las actuaciones de los distintos poderes públicos; en virtud de aquello, los actos emanados de dichas autoridades públicas deben contener una adecuada argumentación respecto al tema puesto en su conocimiento, debiendo además ser claros y precisos, sujetándose a las atribuciones que le compete a cada órgano.

Una vez detallado los principales derechos que se han vulnerado en el caso en concreto denominado «Gaby Díaz» en el Ecuador se puede llegar a una corta conclusión sobre la existencia de casos que, ahora, por la difusión de las redes y de los medios de comunicación, son de conmoción nacional, en donde mujeres han decidido quitarse la vida y la aplicación una pena ajena a la conducta de la persona procesada termina vulnerando las garantías mínimas y trastocando los principios limitadores del derecho penal, entre otros, el de culpabilidad, el principio de humanidad de las penas, el de proporcionalidad, el de resocialización, etc.

2. MÉXICO

Dentro del ordenamiento jurídico penal de este país se encuentra sin tipificación alguna el famoso llamado «suicidio feminicida», por lo cual es un problema latente al momento de tratar de adecuar una justicia con perspectiva de género eficaz. En razón de aquello, existen varios casos y alarmas que hacen necesaria la inmediata incorporación de este tipo penal en el ordenamiento penal de este país, entre varios de ellos detallaremos el más nombrado en los últimos años a manera de referencia.

Mariana Sánchez, fue una joven mexicana de 25 años, nacida en ciudad de México y quien cursó sus estudios de medicina en la Universidad Autónoma de Chiapas. Una vez terminados sus estudios inicia el servicio social en una comunidad indígena de Chiapas. Su estancia en dicho lugar era muy desgastante, sin señal telefónica, sin una habitación cómoda y, aparte de eso, era acosada por su compañero médico, motivo por el cual interpuso una denuncia, la misma que nunca tuvo interés alguno por parte de las autoridades.

La depresión que llegó a tener fue tan grande que llegó al punto de quitarse la vida por los constantes abusos de carácter sexual que sufría. Lourdes Dávalos, madre de Mariana, ha relatado en varios medios todas las historias que su hija, en medio de la ansiedad y llanto, le contaba. El 28 de enero del 2021 fue hallada muerta en su habitación ahorcada, acabando así con su sufrimiento tras los seis meses que fue víctima de constante abuso sexual.²⁶

Lourdes, quien era la que impulsaba la lucha jurídica junto a movimientos feministas en busca de justicia para su hija, no pudo luchar contra un cáncer de huesos y tras su fallecimiento, pese a que Fernando Cuauhtémoc se entregó ante las autoridades y fue procesado por acoso sexual agravado,²⁷ no se pudo determinar la responsabilidad de este, además de que las fallas gravísimas de la Fiscalía imposibilitaron más el proceso de esclarecer los hechos, y el obtener alguna prueba del cuerpo de Mariana fue imposible ya que se incineraron sus restos; estos hechos llevaron a sepultar el caso de la joven y al final se revocó la prisión preventiva del presunto agresor. Mariana es un ejemplo claro de cómo las omisiones, la indiferencia y la complicidad del sistema terminan criminalizando a las víctimas, arrebatándoles la dignidad y faltándoles al respeto, recurriendo al suicidio para cerrar el caso.

26 El País, «El infierno de Mariana: seis meses de abuso sexual que nadie escuchó», Diario *El País*, 3 de febrero de 2021. Disponible en <https://elpais.com/mexico/2021-02-03/el-infierno-de-mariana-seis-meses-de-abuso-sexual-que-nadie-escucho.html>

27 Art. 259 bis.

Este triste suceso dio cabida a que varios grupos feministas se pongan de acuerdo con el fin de sumarse a la lucha contra las muertes y abusos en contra de las mujeres, llegando sus voces a marchas a nivel estatal y nacional en México, esperando tener respuesta tanto en el poder legislativo como en el judicial, siempre en busca de la justicia y del respeto que merecen frente a la falta de empatía de jurisdicción de género, no solo en el hecho de las sentencias, sino también en los procedimientos en los cuales se vean involucrados delitos de violencia de género, ya que con el caso expuesto se pudo evidenciar que no existía en sí un proceso adecuado para poder guiar una investigación de ese tipo con el fin de que se puedan recabar las pruebas necesarias.

2.2. CÓDIGO PENAL MEXICANO

En la legislación penal vigente de dicho país se encuentra tipificado la instigación al suicidio en el artículo 12²⁸ del Código Penal federal mexicano, y sobre el delito de femicidio en el artículo 325, del capítulo V de dicho cuerpo legal,²⁹ detallando en sí el tipo penal de causar la muerte por parte del victimario, mas no plantea una vía en la cual exista sanción al mismo cuando la víctima de agresión sexual se suicide.

En la jurisprudencia de dicho país el primer caso conocido de conmoción social en razón de perspectiva de género es el amparo en revisión 554/2013 que fue tratado por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en 2015, para que por primera vez se abordaran los estándares relativos a la perspectiva de género, ante la muerte violenta de Mariana Lima Buendía, quien fue encontrada por su marido, aparentemente ahorcada, y de este caso se derivan una serie de lineamientos entre los que destaca que: «Todas las muertes de mujeres, sean por motivos criminales, suicidio o accidentes, deben ser analizadas primeramente con perspectiva de género a fin de descartar o confirmar la causa de muerte»³⁰ y alrededor de esto una serie de procedimientos para preservar la escena, los vestigios y salvaguardar el debido proceso, sin embargo, hay casos como el de Mariana Sánchez y el de Mariana Buendía, donde existe la conducta de suicidio por los factores de ser víctimas de agresiones sexuales y, sin embargo, los responsables al no tener una tipificación penal, no son objeto de juicio de reproche, y es la causa por la que es necesario una implementación a través del órgano legislativo de un tipo penal acorde a estas conductas a fin de no dejar en la impunidad estos caso en México.

28 Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, artículo 312. (México), artículo 312.- «El que prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado con la pena de uno a cinco años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte, la prisión será de cuatro a doce años».

29 *Ibidem*, artículo 325 del capítulo V de dicho cuerpo legal que establece: «Comete el delito de femicidio quien prive de la vida a una mujer por razones de género. Se considera que existen razones de género cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: I. La víctima presente signos de violencia sexual de cualquier tipo; II. A la víctima se le hayan infligido lesiones o mutilaciones infamantes o degradantes, previas o posteriores a la privación de la vida o actos de necrofilia; III. Existan antecedentes o datos de cualquier tipo de violencia en el ámbito familiar, laboral o escolar, del sujeto activo en contra de la víctima; IV. Haya existido entre el activo y la víctima una relación sentimental, afectiva o de confianza; V. Existan datos que establezcan que hubo amenazas relacionadas con el hecho delictuoso, acoso o lesiones del sujeto activo en contra de la víctima; VI. La víctima haya sido incomunicada, cualquiera que sea el tiempo previo a la privación de la vida; VII. El cuerpo de la víctima sea expuesto o exhibido en un lugar público. A quien cometa el delito de femicidio se le impondrán de cuarenta a sesenta años de prisión y de quinientos a mil días multa. Además de las sanciones descritas en el presente artículo, el sujeto activo perderá todos los derechos con relación a la víctima, incluidos los de carácter sucesorio. En caso de que no se acredite el femicidio, se aplicarán las reglas del homicidio. Al servidor público que retarde o entorpezca maliciosamente o por negligencia la procuración o administración de justicia se le impondrá pena de prisión de tres a ocho años y de quinientos a mil quinientos días multa, además será destituido e inhabilitado de tres a diez años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos».

30 Coaña Be, L. D. y Cámara Santos, M. J., «Justicia con perspectiva de género», *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, vol. 3, núm. 11, 2020, pp. 83-109. Recuperado de <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/02/article/view/321>.

2.3. CASO GONZÁLEZ Y OTRAS VS. MÉXICO

Es importante hacer mención que en este país se suscitó un caso peculiar, mismo que por su connotación social y jurídica se ha podido utilizar como ejemplo en el ámbito de la implementación de juzgamiento con perspectiva de género, siendo este el Caso González y otras vs. México, conocido también como «Campo Algodonero», cuya sentencia fue emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el 16 de noviembre de 2009, el cual representa un antes y un después para el Estado mexicano cuando hablamos del tema de violencia de género. La sentencia de la Corte IDH condena al Estado mexicano como responsable en la desaparición y muerte de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron hallados en un campo algodonerero de Ciudad Juárez el 6 de noviembre de 2001.

La Comisión manifestó que los cuerpos de las jóvenes fueron objeto de un particular ensañamiento por parte de los perpetradores de los homicidios. Se añadió que «la forma en que fueron encontrados los cuerpos de las tres víctimas sugiere que fueron violadas y abusadas con extrema crueldad». Asimismo, la Corte IDH estipuló en su decisión los parámetros para determinar, prevenir, investigar, procesar y castigar la violencia de género. Es decir, estableció directrices para identificar cuando estamos frente a casos cuyo móvil es la violencia de género.

Por otro lado, la Corte estableció un marco jurídico. En cuanto a los instrumentos internacionales, mencionó a la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención Belém do Pará, y la Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Lo anterior, con la finalidad de hacer frente a la violencia de género desde una perspectiva preventiva y punitiva.³¹

Ahora, es importante conocer los hechos que dieron lugar a la referida sentencia. En ciudad Juárez, se han desarrollado diversas formas de delincuencia organizada. Desde el año de 1993 existe un aumento de homicidios de mujeres. Laura Berenice Ramos, estudiante de 17 años de edad, desapareció el 22 de septiembre de 2001. Claudia Ivette González, trabajadora en una empresa maquiladora, de 20 años de edad, desapareció el 10 de octubre de 2001. Esmeralda Herrera Monreal, empleada doméstica de 15 años de edad, desapareció el lunes 29 de octubre de 2001. Los familiares presentaron las debidas denuncias de desaparición, pero lamentablemente no se iniciaron investigaciones ni se les dio importancia alguna. Las autoridades se limitaron a elaborar los registros de desaparición, los carteles de búsqueda y la toma de declaraciones sin llegar a dar algún tipo de resultado.

Tras aquello, días después, el 6 de noviembre de 2001 se encontraron los cuerpos de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, los que presentaban varios signos de agresión sexual. Sin importar los recursos interpuestos por sus parientes, no se investigó ni sancionó a los responsables. En consecuencia, el 6 de marzo de 2002 se presentó ante la Comisión la petición inicial del caso.³²

Después, la Corte presentó un informe donde realizó diversas recomendaciones al Estado mexicano; este último se comprometió a adoptarlas, y en un primer informe reportó su cumplimiento parcial, argumentando que para poder cumplirlas en su totalidad era necesario que la Comisión IDH le aumentara el plazo para dar resultados.

31 Vazques Camacho, F., «El caso Campo Algodonero ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anu. Mex. Der. Inter.*, vol. 11, ene. 2011, Ciudad de México.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Caso González y otras (campo algodonerero) vs. México», 16 de noviembre, 2009. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), al ver la disposición del Estado mexicano, tomó la decisión de otorgarle dos meses más. Sin embargo, durante este período el Gobierno de México se preocupó muy poco por cumplir en su totalidad con las recomendaciones realizadas por la Comisión IDH.

Tras esta condena, en México se ha reformado la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, a través de diversas normas, como la Norma mexicana en igualdad laboral y no discriminación: con ella se busca promover el acceso y permanencia de las mujeres al mercado laboral con igualdad de oportunidades. Asimismo, se fortaleció al Instituto Nacional de la Mujer que cuenta con programas de asistencia social y jurídica para las víctimas de violencia y discriminación. Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha creado el Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, el cual pretende ayudar a quienes juzgan a cumplir con su obligación constitucional y convencional de promover, respetar, proteger y garantizar, bajo los principios de interdependencia, indivisibilidad, universalidad, progresividad, el derecho a la igualdad y a la no discriminación.³³

3. CHILE

3.1. CÓDIGO PENAL CHILENO

En este país sudamericano también se encuentra la falta de tipificación de esta conducta, tras el análisis en el ordenamiento penal de dicho país se encuentra únicamente en el artículo 93, que señala: «El que con conocimiento de causa prestare auxilio a otro para que se suicide, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, si se efectúa la muerte»,³⁴ y sobre el femicidio lo encontramos en su artículo 390 bis: «El hombre que matare a una mujer que es o ha sido su cónyuge o conviviente, o con quien tiene o ha tenido un hijo en común, será sancionado con la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado. La misma pena se impondrá al hombre que matare a una mujer en razón de tener o haber tenido con ella una relación de pareja de carácter sentimental o sexual sin convivencia»,³⁵ claramente en estos dos tipos penales no habla sobre la conducta del suicidio posagresiones sexuales, pese a que existen varios casos y los mismos van en aumento.

Karina Cuevas era una joven chilena de 25 años de edad, que el 5 de enero del 2021 fue hospitalizada por un consumo de medicamentos y a raíz de esto se provocó un fallo hepático que terminó con su vida el 20 de enero de ese año, todo producto de que en noche vieja se dispuso a ir a una acampada con varios amigos en donde al encontrarse cansada se fue a dormir en una tienda de campaña donde se encontraba el agresor, quien era conocido y se encontraba supuestamente dormido. En el transcurso de la noche del 2 de enero del 2021 fue víctima de una violación, posterior ella le comenta a su hermana, y procede a reclamarle al sujeto a través del móvil, quien manifestó que pensaba que ella «quería», tanto fue el agravio que no pudo con el sufrimiento que le llevó a tomar la fatídica decisión de acabar con su vida.³⁶

33 Chávez Pérez. S., «La sentencia de Campo Algodonero, un antes y un después para la violencia de género en México», 2017. Disponible en https://www.uaeh.edu.mx/xiii_congreso_empoderamiento_fem/documentos/pdf/C013.pdf

34 Código Penal, 12 de noviembre 1874, artículo 93 (Chile)

35 *Ibidem*, artículo 390 bis.

36 ABC Internacional, «¿Qué me hiciste?: Karina, la joven que se suicidó tras denunciar haber sido violada por un amigo», Disponible en https://www.abc.es/internacional/abci-hiciste-karina-joven-suicido-tras-denunciar-haber-sido-violada-amigo-202103201621_noticia.html

Antonia Barras también de nacionalidad chilena, de 21 años de edad, el 18 de septiembre del 2019, se despertó en una cabaña en Pucón, al sur de Chile, sitio donde amaneció con su agresor sin saber nada de lo que había pasado, procediendo a irse inmediatamente de dicho lugar; de ello, lo único que recuerda es haber ido la noche anterior a una discoteca con su amiga y su novio, todo esto lo guardó en silencio hasta que no aguantó con la presión, y el 12 de octubre de ese año le contó a su exnovio todo la agresión sexual que había sufrido, motivo por el cual él la insultó y la vejó, un día después envió un mensaje de despedida y se quitó la vida.³⁷

3.2. «LEY ANTONIA BARRA»

Estos dos casos son los más relevantes de los tantos que hay en ese país, motivo por el cual el 04 de agosto del 2020, se propuso el proyecto de ley que «Modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización» con número de boletín 13688-25, con el nombre «Ley Antonia Barra». En dicho proyecto se crea un nuevo inciso segundo al artículo 393 del Código Penal chileno que tipifica la figura de incitación al suicidio. Textualmente el proyecto señala «El que, con conocimiento de la vulnerabilidad física o psíquica, o valiéndose de otras características o circunstancias análogas, indujera a otra persona al suicidio resultando su muerte, será sancionado con la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo».³⁸

Esta postura ha sido debatida entre los diputados de este país con varios criterios, sobre las ventajas y desventajas jurídicas de la tipificación de esta figura delictiva, una de las precursoras y activistas de esta ley es la diputada señora Maite Orsini, quien señala que la mayoría de las modificaciones introducidas por el Senado en su segundo trámite que es el estado actual hasta la fecha de la presente investigación (agosto 2022), son positivas, sin embargo, hay dos cuestiones que estima deben ser reconsideradas. Por una parte, es la institucionalización y reconocimiento del suicidio feminicida, es decir, que la consecuencia del delito principal, como puede ser una violación, sea el suicidio, y con ello, al momento de determinar la extensión de la pena sea esta siempre la más elevada dentro de su rango.³⁹

Desde otro punto de vista, también se manifiesta el reconocimiento como derecho de la víctima, el que esta pueda entregar declaración judicial y realizar las entrevistas investigativas por medio de videograbaciones, y prevenir con ello la victimización secundaria. Entendiendo que se requieren recursos para su implementación, ampliando no solo el adelantamiento de la protección de derechos a las penas, sino precautelar los derechos de las víctimas a un proceso en el cual exista mínima intervención judicial y, por ende, evitar la revictimización y el daño psicológico que este conlleva para las víctimas.

La señora Isabel Yáñez, integrante de la Asociación de Abogadas Feministas en Chile, ABOFEM, dentro de la comisión de derechos humanos creada para la evaluación de este proyecto legislativo ha propuesto que, si bien el texto habla del que «indujera a otra persona al suicidio», la figura idea no parece corresponderse con la idea de inducción. En la dogmática de la inducción, el inducido es plenamente responsable por

37 BBC, «Antonia Barra: el caso de la joven de 21 años que se suicidó tras ser violada que estremece a Chile», *BBC News Mundo*. Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53512966>

38 Cámara de Diputados de Chile, «Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales con el fin de proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, mejorando las garantías y evitando su revictimización». Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14013&prmTIPO=INICIATIVA>

39 Cámara de Diputados de Chile, «Informe de las Comisiones Unidas de Seguridad Ciudadana y de la de Mujeres y de Equidad de Género, recaído en el Proyecto de Ley que Modifica Diversos Cuerpos Legales para Mejorar las Garantías Procesales, Proteger los Derechos de las Víctimas de los Delitos Sexuales, y Evitar su Revictimización». Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?PRMID=24626&prmTIPO=INFORMEPLY>

el hecho que comete, y el inductor lo que hace es solamente proveer la razón determinante, sin que ello conlleve un déficit de responsabilidad de quien actúa. Por lo mismo, la inducción es una estructura de imputación accesoria, siendo la acción principal la realizada por el autor, quien es plenamente imputable. Sin embargo, el proyecto, al exigir para esta figura «conocimiento de la vulnerabilidad física o psíquica» o que esta «inducción al suicidio» se realice «valiéndose de otras características o circunstancias análogas», parece estar pensando en que hay un déficit de responsabilidad en quien comete el suicidio, de modo que es el inductor el responsable por ese suicidio, y no quien lo comete.

Esto se asemeja a la estructura de la autoría mediata, donde precisamente la persona «de adelante», que es quien de propia mano realiza el hecho, no es responsable del mismo y ese déficit de imputación es atribuible a la persona «de atrás», quien entonces puede ser hecha responsable. El problema está precisamente en esta caracterización, pues es complejo afirmar que quien comete suicidio no actúa de manera de autor responsable y que por lo tanto es una tercera persona la que puede ser hecha responsable por ese suicidio. Esto, además, probablemente acarreará problemas probatorios que podrían hacer que en la práctica este delito de «inducción» al suicidio sea letra muerta. Por lo mismo, para que el suicidio cometido por la víctima se refleje en la pena en definitiva impuesta, parece ser suficiente y una mejor técnica legislativa la consideración de esa circunstancia en la extensión del mal producido por el delito para efectos de determinar la pena concreta, sin que sea necesario ni conveniente contemplar una figura delictiva adicional.⁴⁰

El proceso de formación de la ley en Chile es: 1. Iniciativa; 2. Discusión; 3. Aprobación; 4. Sanción; 5. Promulgación, y 6. Publicación; actualmente –agosto 2022– el proyecto en mención se encuentra en la segunda fase, de las cuales se ventila el tercer trámite constitucional de discusión de enmiendas y modificaciones al proyecto de ley tras la creación de las cámaras especializadas en donde se han llevado a cabo debates y los diputadas, diputados, activistas sociales, abogados y miembros de las respectivas comisiones han mostrado sus posturas, conforme lo detalla el portal web de la cámara de diputadas y diputados de Chile.

4. ARGENTINA

En el 2019, la Defensoría del Pueblo de la nación argentina dio a conocer el registro de femicidios desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre del 2019,⁴¹ en el cual incorpora ya la figura de «suicida feminicida», misma que señala una cifra, en ese año, de cinco víctimas, siendo todavía una figura poco común, ha ido aumentando hasta la actualidad y pese a que existen ya informes y cifras en el ámbito penal no se encuentra tipificada.

A lo largo del 2019, se han detectado muertes de niñas y mujeres que fueron abusadas sexualmente y que sufrieron violencia de género, tal estado de vulnerabilidad tuvo como desenlace un suicidio. En febrero de 2019, en la provincia de Salta, V.D., una joven de 15 años se suicidó. Su hermana mayor, de 23 años, tras esta trágica decisión, logró romper con el círculo de violencia al que eran sometidas ella y sus dos hermanas

40 Cámara de Diputados de Chile, «Informe de las Comisiones Unidas de Seguridad Ciudadana y de la De Mujeres y de Equidad de Género Recaído en el Proyecto de Ley que Modifica Diversos Cuerpos Legales para Mejorar las Garantías Procesales, Proteger los Derechos de las Víctimas de los Delitos Sexuales, y Evitar su Revictimización». Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?PRMID=24626&prmTIPO=INFORMEPLY>

41 Defensoría del Pueblo de la Nación, República Argentina, «Informe Anual del Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación, República Argentina», 2020, pp. 3-5. Disponible en http://www.dpn.gob.ar/documentos/Observatorio_Femicidios_-_Informe_Final_2019.pdf

menores y denunció a su padre por abuso sexual. La niña de 15 años era abusada sistemáticamente por su padre de 71 años.⁴²

En julio, en la localidad de Merlo, Pcia. de Bs. As., M. A. una niña de 13 años, se suicida dejando dos cartas donde aseguraba haber sido abusada por un familiar, entre otros hechos aberrantes a los que era sometida. Se comprobó que la nena había sido abusada por su tío en reiteradas oportunidades y el mismo la había dejado embarazada. Según testimonios de vecinos y allegados, ellos mismos habían realizado varias denuncias respecto a esta situación.⁴³

4.1. CÓDIGO PENAL ARGENTINO

En el Código Penal argentino solo se tipifica el suicidio en el artículo 83: «Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado».⁴⁴ En el caso específico de Argentina, el asesinato de una mujer por el hecho de ser mujer fue tipificado en el mes de diciembre del año 2012, cuando el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.791 que modifica el Código Penal e incorpora los incisos 11 y 12 al artículo 80 lo siguiente: «Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare: 11. A una mujer cuando el hecho sea perpetrado por un hombre y mediare violencia de género [...],⁴⁵ no de forma específica, pero en parte se adecua y deja de lado, como en los otros países señalados, el tema de la sanción al victimario por la muerte de la víctima tras no haberse cometido por propia mano.

Empero el trabajo que viene desarrollando la Defensoría del Pueblo y los colectivos sociales dentro del ámbito judicial e investigativo, es de gran ayuda para poner en evidencia estos problemas de violencia de género como *ad exemplum* el abordaje acertado de la socióloga Esther Pineda que arroja datos interesantes y alarmantes en Argentina sobre este tema, de acuerdo a la información estadística oficial disponible correspondiente a los años 2014, 2015, 2016, 2017 y su abordaje desde la perspectiva de la criminología cautelar de violencia de género, es posible señalar que, durante dicho período se han contabilizado un total de 965 femicidios (de estos 10 califican como transfemicidio/travesticidio lo que equivale al 1% de los casos, el 3,8% del total de víctimas se encontraban en situación de vulnerabilidad o riesgo y al menos el 2,1% fueron víctimas de violencia sexual), lo cual se traduce en un promedio de 241 femicidios al año y 20 femicidios al mes,⁴⁶ y con estos incidentes sumándole factores como la pandemia, el confinamiento, la situación política que ha atravesado este país hasta la fecha ha ido en aumento estas cifras sobre el femicidio y suicidio feminicida.

5. ESPAÑA

Este país europeo es objeto de análisis puesto que es en donde se desarrolló esta investigación. Es necesario precisar un caso específico, el cual se adecúa la conducta que se viene tratando, abordando la legislación de este país revisaremos si la sanciona o no.

42 El Ciudadano de Tarija, «Horror en Salta, una chica de 14 años se suicidó porque su papa la violaba». Disponible en <https://elciudadanodetarija.com/horror-en-salta-se-suicidio-una-chica-de-14-anos-porque-su-papa-la-violaba/>

43 Crónica, «La nena de 13 años se ahorcó porque estaba embarazada de su tío». Disponible en <https://www.cronica.com.ar/policiales/La-nena-de-13-anos-se-ahorco-porque-estaba-embarazada-de-su-tio-20190717-0172.html>

44 Código Penal, Ley 11.179, (T. O. 1984 actualizado). Art. 83 (Argentina).

45 *Idem.*

46 Esther Pineda, G., El femicidio en Argentina (2014-2017): un análisis desde la criminología cautelar, *Anuari del conflicte social*, 2018, pp. 30-54.

El 10 de septiembre del 2014, Ariadna una joven española que vivía en la ciudad de Madrid, fue encontrada ahorcada en una casa del distrito de Chamartín. Tres días antes, el domingo 7 de septiembre habría sido víctima de una violación por un joven de 20 años que conoció a través de internet, desde que Ariadna acudió a la comisaría junto a su padre, Marcelo Mejías, para denunciar la violación hasta el día de su muerte, sufrió un calvario médico, policial y judicial, aparte de todo el daño causado por la agresión de la que fue víctima.⁴⁷

5.1. CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El Código Penal español solamente sanciona la conducta de instigación al suicidio en su artículo 143⁴⁸ sin manifestar nada concerniente al suicidio feminicida y en sí el tipo penal como femicidio no se encuentra positivado en la legislación española, sin embargo, en el capítulo IV, de las circunstancias que agravan la responsabilidad criminal, el artículo 22.4, precisa que por razones de género de la víctima es una circunstancia agravante dentro de la comisión de un delito.⁴⁹

6. EL SALVADOR

El Estado de El Salvador, consciente de los compromisos que adoptó en 1995 al ratificar la Convención de Belém do Pará, y del problema que representa el suicidio de mujeres vinculados con la violencia de género, a finales de 2010 el legislador salvadoreño concretó como tipo penal el suicidio feminicida por inducción o ayuda, en una nueva ley penal de género. Esto debido a que los datos que se contabilizaban de suicidios de mujeres era alarmante en el país, sobre todo en jóvenes y mujeres adolescentes, ya que en 2009, alrededor de 476 adolescentes mujeres se suicidaron,⁵⁰ este país es el único a nivel mundial en la tipificación y el reconocimiento del «suicidio feminicida»,⁵¹ todo esto es una consecuencia de que las cifras de suicidios en ese país eran alarmantes y quedaban en la impunidad, aun sabiendo que existía relación de los suicidios con el maltrato y violencia que sufrían las mujeres previo a quitarse la vida.

6.1. LEY ESPECIAL INTEGRAL PARA UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA PARA LAS MUJERES

En razón de lo antes expuesto los legisladores tipificaron dicha conducta en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres que entró en vigor el 1.º de enero de 2012 y contiene 61 artículos, y en su artículo 48 donde textualmente dice:

Suicidio feminicida por inducción o ayuda.- Quien indujere a una mujer al suicidio o le prestare ayuda para cometerlo, valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias, será sancionado con

47 TeleMadrid, «Una menor se quita la vida tras ser violada», 2014.

48 Código Penal español. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre 1995, artículo 143.

49 *Ibidem*, artículo 22.4.

50 Guzmán, A. M. V., «Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador», *Revista Penal México*, vol. 10, núm. 18, 2021, pp. 107-126.

51 BBC News, «Violencia contra la mujer: qué es el suicidio feminicida y por qué El Salvador es el único país de América Latina que lo condena; [...] El suicidio por inducción o ayuda existe en muchas legislaciones, pero hasta donde he visto solamente (la ley salvadoreña) determina el suicidio como posible efecto del abuso de poder crónico basado en motivos de odio o menosprecio a la condición de mujer...».

prisión de cinco a siete años: a) Que le preceda cualquiera de los tipos o modalidades de violencia contemplados en la presente ley o en cualquier otra ley. b) Que el denunciado se haya aprovechado de cualquier situación de riesgo o condición física o psíquica en que se encontrare la víctima, por haberse ejercido contra ésta, cualquiera de los tipos o modalidades de violencia contemplados en la presente o en cualquier otra ley. c) Que el inductor se haya aprovechado de la superioridad generada por las relaciones preexistentes o existentes entre él y la víctima.⁵²

Este avance en la normativa penal internacional es un farol para el mundo por parte de El Salvador, toda vez que a raíz que los casos aumentaran y la impunidad de los mismos igual, ayudaron de manera significativa a otros países como es el caso de Chile que también se encuentra en la iniciativa legislativa de tipificar esta conducta, para que a futuro se pueda sancionar la misma. Ahora bien, al ser el primer país en tipificar es necesario realizar un análisis sobre cuántas personas han sido procesadas por el mismo delito y si la justicia en ese país así como la Fiscalía cuentan con el contingente intelectual para llevar a una sentencia condenatoria por este tipo penal.

6.2 ANÁLISIS DEL DELITO DEL SUICIDIO FEMINICIDA

Desde el propio análisis de este nuevo tipo penal y de la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres debemos partir del tipo penal como tal, si cumple con las normativas y lineamientos dogmáticos penales, en cuanto a la estructura del tipo penal, el suicidio feminicida es un tipo penal cualificado y conexo al delito de inducción o ayuda al suicidio regulado en el artículo 131 del Código Penal,⁵³ cuyo injusto debe cumplirse en toda su extensión típica. En tal virtud, estas diferencias radican en los sujetos y en las circunstancias adicionales que requiere el artículo 48 LEIV, que intensifican el reproche penal y que cualifican la conducta del injusto. Ahora bien, es necesario referirse al análisis jurídico penal del suicidio feminicida por inducción o ayuda, que se inicia a continuación, con la justificación del bien jurídico protegido, en el que se añade el plus de protección.

6.3. BIEN JURÍDICO

Si bien tenemos que iniciar especificando qué es el bien jurídico, los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a «circunstancias dadas y finalidades» en vez de «intereses» de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados solo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas.

Los límites de un derecho penal orientado a la protección de bienes jurídicos se ven afectados por los casos, muy discutidos recientemente, de «legislación simbólica», aquellos se tratan de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos pro-

52 Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, D.L. N.º 520, publicado en el D. O. N.º 2, tomo 390, de fecha 4 de enero de 2011, artículo 48 (El Salvador).

53 Martínez Osorio, M. A., «Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres», *Revista Ventana Jurídica*, año VI, vol. 1, núm. 10, 2013, pp. 253-265. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador.

tectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también sucede que solo se persigue sosegar al pueblo, mediante leyes previsiblemente inútiles, sin embargo, se puede suscitar la impresión de que «se hace algo» o «existe el delito», para combatir acciones y situaciones indeseables. Dado que todas las leyes penales tienen un impacto simbólico más o menos grande por tener que operar sobre la formación de la conciencia de la población, los elementos «simbólicos» de la legislación no son inadmisibles de modo general.

Esto es así porque el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos implica que los objetos merecedores de tutela penal sean solamente aquellos bienes que le puedan resultar útiles a los individuos para desarrollarse en sociedad, por lo que en esencia constituye un límite al *ius puniendi* del Estado. Y hoy en día, ante la ampliación desmesurada del derecho penal y el adelantamiento de la intervención penal esferas periféricas de la efectiva lesión de los bienes jurídicos resulta completamente necesario el retorno a una teoría de los bienes jurídicos.⁵⁴

Todo depende de hasta qué punto se sigue garantizando suficientemente la referencia al bien jurídico. En el caso de preceptos que extienden ampliamente la punibilidad al campo previo a las acciones concretas o que castigan meras manifestaciones de la actitud interna, puede ser absolutamente dudosa su admisibilidad desde los puntos de vista del Estado de derecho. Sin embargo, todavía queda por realizar una amplia elaboración jurídico-penal y constitucional de la problemática, que hasta ahora ha sido predominantemente analizada por la teoría del derecho y las ciencias sociales.

Sobre esta base Silva Sánchez considera que, aunque pueda ser correcta la exigencia de que los bienes jurídicos penalmente protegibles deban estar reconocidos, directa o indirectamente, por la constitución debido a las consecuencias tan graves para los derechos y libertades de los ciudadanos conlleva una intervención penal, sin embargo no se puede obviar que «las realidades consagradas explícita o implícitamente por la Constitución resulta de escribir un marco flexible y ambiguo, demasiado amplio todavía para los efectos de concretar el concepto de bien jurídico. Así, si bien es cierto que las realidades no hayan sido consagradas expresa o implícitamente en la Constitución deben quedar por principio cerradas a la protección penal, también lo es que no todas aquellas realidades contempladas en la misma adquieren, en virtud de ello, la cualidad de penalmente protegibles».⁵⁵

En sentido dogmático, el objeto de protección del suicidio feminicida por inducción o ayuda, al igual que la inducción o ayuda al suicidio del artículo 131 CP, es la vida independiente,⁵⁶ aunque un sector refiere que es la vida no querida por su titular.⁵⁷ En el suicidio feminicida se tutela particularmente la vida de la mujer, pero de aquella que se encuentre bajo alguna de las circunstancias que describe el tipo penal y allí es donde debe verificarse el plus de protección.

En este punto la doctrina no ha sido pacífica, por ejemplo, a criterio de Sánchez Escobar, debe cuestionarse si resulta factible dentro de la función del derecho penal, cumplir una labor de dar atención especial a un colectivo digno de acciones afirmativas.⁵⁸ Asimismo, Sampedro Arrubla considera que el derecho penal no debe hacer este

54 García Arroyo, C., «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022, pp. 1-45.

55 Silva Sánchez, J., *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (3.ª ed.), Montevideo-Buenos Aires, 2012,

56 Terradillos Basoco, J., Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal, tomo III, *Derecho penal Parte especial* (2.ª ed.), vol. I, Iustel, Madrid, 2015-2016, pp. 29 y 30.

57 Moreno Carrasco, F., *Código Penal de El Salvador comentado*, tomo I, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2004, p. 516.

58 Sánchez Escobar, C., «Ideología y reforma penal: aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa», Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2014, pp. 49-100.

tipo de discriminaciones positivas en razón de una dominación masculina histórica,⁵⁹ lo que supone al sujeto activo que es el hombre, en una discriminación negativa hacia este.

Asimismo, Arango Durling considera que, en los supuestos de agravación de actos de inducción a una mujer al suicidio en situación de maltrato, existe una desigualdad punitiva ya que otorga mayor valor a la vida de una mujer que a un hombre, es decir, el legislador otorga una hiperprotección a la mujer, y dicha desigualdad debe ser corregida.⁶⁰

Desde este punto de vista retomamos el sentido de la violación de los derechos y principios de la persona procesada al encontrarse en desigualdad sobre su propia vida y dejando de lado la proporcionalidad para este.

Algunos autores se han referido al bien jurídico que se añade a la vida, como protección en el suicidio feminicida. Así, para Martínez Osorio, se tutela el bien jurídico de la vida de la mujer, a la que se le adiciona la afectación física o psíquica que acontece previo a la realización del hecho,⁶¹ ello debe entenderse en un contexto de dominación y discriminación. Sin embargo, se considera que tal enunciación del bien jurídico que se añade en el suicidio feminicida, no incluye el menoscabo que puede sufrir la mujer por otros tipos y modalidades de violencia, como podría ser económica o sexual, a pesar de que la vulneración psíquica de la víctima sea vinculada a tales violencias.

Por otra parte, a partir de la interpretación sistemática de la LEIV, a criterio de Cortez de Alvarenga, ese plus de protección del bien jurídico se encuentra en el artículo 1 de la LEIV, que señala como objeto de la ley, el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, y es este el bien jurídico que se atañe a los tipos penales de la LEIV, ya que considera que en todos los casos se lesiona también este derecho.⁶²

El derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia es un derecho humano que se encuentra reconocido en el artículo 3 de la Convención de Belém do Pará, así como en los artículos 1 y 2 de la LEIV, que es el eje transversal de los tipos penales que regula. Así, este derecho comprende que las mujeres son libres de toda forma de discriminación y de patrones estereotipados de comportamiento, prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación, y el derecho al goce, ejercicio y protección de sus derechos humanos (art. 2 de la LEIV).

Además, este derecho es el compromiso de los Estados de erradicar la violencia de género, sustentado en «los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación, a la vida y a la integridad personal»,⁶³ siendo que la violencia tiene como origen la relación desigual de poder o de confianza. Por ello, debe entenderse que no se parte simplemente del derecho antidiscriminatorio, sino del derecho a ser tratado como igual.

En ese hilo de ideas, resulta razonable la defensa de un bien jurídico digno de protección, el derecho a vivir libre de violencia, desde la perspectiva del interés a vivir libre de discriminación y ser tratado como igual, que permite concluir que el suicidio feminicida por inducción o ayuda contempla dicho bien jurídico que se tutela conjuntamente con la vida. Lo anterior justifica el plus de protección, pues bien, se incrementa el disvalor del resultado en atención a las circunstancias que concurren, ya sea que el hombre se prevalezca de violencia género (en cualquiera de sus formas) previa o mediante abuso de superioridad.

Para algunos países se ha vuelto una guía a manera de solución al problema de los suicidios de mujeres, debemos entender que se han generado varios análisis al mismo

59 Sampedro Arrubla, C., «Derecho penal y género», *Revista Derecho Penal y Criminológica*, vol. 38, 2018, pp. 207-225.

60 Arango Durling, V., «La problemática de la inducción o ayuda al suicidio tras la reforma penal mediante Ley 82 de 2013», *Boletín de Ciencias Penales*, núm. 5, 2016, pp. 40-54. Panamá.

61 Martínez Osorio, M., «Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres», 2013, pp. 257-258.

62 Cortez de Alvarenga, A., «Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres con comentarios», 2015, pp. 15 y 16.

63 Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, *Violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes: buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe*, 2019.

desde qué tipo de bien jurídico protege y cuál es el plus que se le agrega. Ahora bien, una vez definido en líneas anteriores que es bien jurídico, continuemos y aterricemos al tipo penal del suicidio feminicida, este no tutela únicamente la vida de la mujer como bien jurídico, simplemente por su pertenencia al género femenino, sino que supone un plus de protección ante circunstancias exclusivas que se exigen en el tipo objetivo que incrementa el disvalor del resultado, donde se ataca el interés de no ser discriminada, ni violentada, que al final ello supone ser tratada como igual, cuya defensa no se considera contraria al principio de igualdad.

6.4. SUJETOS DEL TIPO PENAL

Sobre el sujeto pasivo dentro de este delito no hay objeción alguna sobre el tema ya que siempre será la mujer, tal como lo expresa la LEIV en su artículo 48, así que no ahondaremos en dicho análisis, más bien nos centraremos un momento sobre quién es el sujeto, para varios tipos penales de esta ley se han estilizado como delitos especiales impropios, porque tiene como sujeto activo principal al hombre, y no a una mujer,⁶⁴ esto lo especifica aparentemente como una forma de desigualdad al hombre desde varias aristas dogmáticas o quiere decir que se está a favor de las presunciones *iuris et de iure*, las cuales se consideran prohibidas en el derecho penal, por lo que cada caso deberá ser objeto de corroboración, si se configura o no la relación desigual de poder o de confianza, si esta fuera exigida en el tipo penal. Sánchez Escobar explica que estas presunciones se refieren a «[...] la situación de hecho o fáctica [...] se acredita por ministerio de ley, o lo que significa por simple voluntad del legislador».⁶⁵

Ahora bien, en el hipotético de que un mujer induce a otra mujer a su suicidio, no reúne la característica que exige el tipo, ya que al no ser hombre, no puede ser autor, por lo cual ella es un *extraneus*, y debe calificarse como inducción o ayuda al suicidio del art. 131 CP, y no procede verificar la existencia de las circunstancias que refiere el art. 48 de la LEIV.

6.5. CIRCUNSTANCIAS DEL TIPO

Existen tres circunstancias en el artículo 48 de la LEIV que debe existir una para que se adecue la conducta con el tipo y las mismas se han tornado un problema para los juzgadores, como, por ejemplo, en la sentencia N.º 118-2015 del Tribunal de Sentencia de La Unión de El Salvador del año 2015,⁶⁶ una mujer después de ser agredida físicamente por su esposo procede a tomarse pastillas para curar el maíz (veneno) mismas que le causaron la muerte, y en el análisis de esta sentencia los juzgadores no logran adecuar de manera concreta por la redacción del tipo penal del artículo 48.a de la LEIV con los hechos y se limitan a sancionarle únicamente por las lesiones causadas, de la simple lectura se puede denotar que efectivamente se encasilla, más sin juzgar con una perspectiva de género y no hacer una valoración, en ese sentido, no se juzga por el delito de suicidio feminicida.

Es por estas consideraciones que tras aproximadamente ocho años después de su tipificación se logró condenar por el delito de suicidio feminicida en El Salvador, en

64 Martínez Osorio, M., «Consideraciones críticas relativas a los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia, con especial referencia al feminicidio», 2013, p. 6.

65 Sánchez Escobar, C. «Ideología y reforma penal: aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa», 2014, pp. 49-100.

66 Centro de Documentación Judicial de El Salvador, «Sentencia Núm. 118-2015, Tribunal de Sentencia de la Unión», 2015.

el caso de una mujer que luego de ser abusada, no pudo aguantar con el tormentoso recuerdo por lo que decidió ingerir pastillas conocidas como «matarratas». A pesar de que familiares la encontraron en su casa aún con vida e intentaron auxiliarla, la víctima no logró sobrevivir, motivo de aquello Heriberto Carlo Hernández Flores, 35 años, fue procesado y condenado a ocho años de cárcel, en un concurso ideal de los delitos de violación y suicidio feminicida por inducción o ayuda.⁶⁷

En relación con los números de suicidios de mujeres en este país y las personas condenadas por el delito de suicidio feminicida se puede concluir que no es la solución como tal en este país el tipificar un delito y que los jueces y fiscales no estén aptos para proseguir la causa penal y para juzgar el tipo penal, ya que del análisis de la sentencia en mención se denota lo manifestado.

CONCLUSIONES

Tras la realización de esta investigación, se pudo evidenciar que en todo el mundo existen mujeres que toman la fatídica decisión de quitarse la vida por la afectación causada al ser víctimas de agresiones, si bien es cierto las corrientes feministas plantean que no son suicidios solamente, sino suicidios feminicidas y esta corriente acompañada del alto índice de suicidios en El Salvador hicieron que se tipifiquen este tipo penal, debemos decir que no fue esa la solución, además se advierte los problemas concursales o incluso de *ne bis in ídem*, que podrían darse en los supuestos del lit. a) del artículo 48 de la LEIV, cuando la víctima haya sufrido violencia de género previo a la inducción de su suicidio, en los casos que esa violencia de género cometida por el autor, constituya a la vez un delito autónomo.

Es un claro ejemplo que por dar un plus al bien jurídico en este tipo penal el legislador a criterio de este investigador ha caído en el derecho penal simbólico, y ha traspasado sin lugar a duda los principios limitadores del *ius puniendi*, en el presente trabajo se ha expuesto en los diferentes países, siendo un desarrollo más amplio en el Ecuador con el caso «Gaby Díaz» por tratar de ejemplificar un sentencia y juzgar sin un tipo penal y aplicar la teoría causalista, de que una mujer decide quitarse la vida a consecuencia de una agresión sexual, se trastocan los derechos de los procesados y los principios de culpabilidad, de proporcionalidad, principio de seguridad jurídica, entre otros.

En el caso de Chile que se encuentra en proceso de tipificar o no la ley que contempla este tipo penal, se ha analizado en los diferentes debates de las sesiones de la Cámara de Diputados de este país las expresiones y posturas dogmáticas penales y las posturas activistas y simbólicas, por así decirlo, de representantes que están a favor de la tipificación de esta ley sin palpar la realidad político-criminal y principios penales al momento de impulsar este proyecto de ley.

Sin duda en España se ha analizado si es pertinente o no, pero el índice de suicidio no representaría como tal una necesidad de tipificación penal del delito de suicidio feminicida, sin embargo, este investigador cree oportuno el tipificar de manera expresa el delito del femicidio de manera autónoma, ya que existiría una confusión al momento de tratar de implementar como circunstancia agravante la razón de género.

Este investigador como conclusión final, y dando respuesta al problema planteado al inicio de esta investigación, cree pertinente que la tipificación como tal del tipo penal del análisis y de su estructura en El Salvador, no es viable un tipo penal así, ya que de lo recabado no se puede determinar que haya sido la solución la tipificación, además el

67 Fiscalía General de la República de El Salvador, «FGR de San Vicente logra la primera condena por suicidio feminicida por inducción», 2019. Disponible en <https://www.fiscalia.gob.sv/fgr-de-san-vicente-logra-la-primera-condena-por-suicidio-feminicida-por-induccion/>

número de sentencias condenatorias no da un número con el cual se pueda decir que se está erradicando este fenómeno del suicidio de mujeres, ya que después de ocho años aproximadamente se condena por primera vez por este delito.

En lo que respecta a los demás países analizados es necesario una intervención estatal inmediata dentro del ámbito de políticas públicas de prevención, y ayuda, prevención de violencia de género en cualquiera de sus formas y ayuda en el caso de mujeres que hayan sido víctimas de estos lamentables hechos y así buscar una salida efectiva y oportuna con ayuda psicología y tratamiento en casas de acogidas, etc., y no la opción de quitarse la vida.

REFERENCIAS

- Arango Durling, V., «La problemática de la inducción o ayuda al suicidio tras la reforma penal mediante Ley 82 de 2013», *Boletín de Ciencias Penales*, núm. 5, 2016, pp. 40-54. Panamá.
- Balaguer Callejón, F., *Fuentes del derecho*, vol. 1, Tecnos, 1991, p. 88.
- Bermúdez Bone, A., «Características individuales, familiares y ambientales de los adolescentes de 12 a 15 años reincidentes en actos delictivos recluidos en el Centro de Adolescentes en Conflicto con la Ley, Masculino, de Guayaquil en el 2015 (Trabajo de grado para optar al título de psicólogo clínico), *Guayaquil, Ecuador*, Universidad de Guayaquil, 2017. Obtenido de <http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/26306>
- Briones Gonzales, A., *Obstetricia forense*, ULADECH Católica de Chimbote, 2012.
- Carbonell, M., *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Chávez Pérez, S., «La sentencia de Campo Algodonero, un antes y un después para la violencia de género en México», 2017.
- Coaña Be, L. D. y Cámara Santos, M. J., «Justicia con perspectiva de género», *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, vol. 3, núm. 11, 2020, pp. 83-109.
- Cortez de Alvarenga, A., «Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres con comentarios», 2015, pp. 15 y 16.
- Fraser, N., «Féminisme, capitalisme et ruses de l'histoire». *Cahiers du genre*, 2011, pp. 165-192.
- García Arroyo, C., «Sobre el concepto de bien jurídico. Especial consideración de los bienes jurídicos supraindividuales-institucionales», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 24, 2022, pp. 1-45.
- Gutiérrez Quevedo, M., *Política criminal y prevención*, España, 2018.
- Guzmán, A., «Aproximación al delito de suicidio feminicida por inducción o ayuda regulado en El Salvador», *Revista Penal México*, vol. 10, núm. 18, 2021, pp. 107-126.
- Martínez Osorio, M., «Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres», *Revista Ventana Jurídica*, año VI, vol. 1, núm. 10, 2013, pp. 253-265. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador,
- Martínez Osorio, M., «Comentarios sobre los delitos en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres», 2013, pp. 257-258.
- Martínez Osorio, M., «Consideraciones críticas relativas a los delitos contemplados en la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia con especial referencia al feminicidio», 2014, p. 6.
- Moreno Carrasco, F., *Código Penal de El Salvador comentado*, tomo I, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2004, p. 516.

- Palomo Caudillo, C., «El caso de Paola Guzmán Albarracín, violencia sexual infantil en el ámbito educativo en Ecuador», *Revista de Estudios Socioeducativos*, 2021, pp. 248 y 250.
- Pérez Luño, E., *La seguridad jurídica*, Ariel, 1991, p. 29.
- Pineda, E., «El femicidio en Argentina (2014-2017): un análisis desde la criminología cautelar», *Anuari del Conflicte Social*, 2018, pp. 30-54.
- Ruiz, J., «Instrumentos jurídicos para la erradicación de la violencia de género en España y sus bases constitucionales», *Letras Jurídicas*, 2017. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7141611>
- Sampedro Arrubla, C., «Derecho penal y género», *Revista Derecho Penal y Criminológica*, vol. 38, 2018, pp. 207-225. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5694/7091>
- Sánchez Escobar, C. «Ideología y reforma penal: aspectos problemáticos del saber penal y la punición legislativa», Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2014, pp. 49-100.
- Silva Sánchez, M., «La teoría de la determinación de la pena como sistema», *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2007, p. 426.
- Silva Sánchez, M., *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (3.ª ed.), Montevideo-Buenos Aires, 2012.
- Terradillos Basoco, J., «Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal», tomo III, *Derecho penal. Parte especial* (2.ª ed.), vol. I, Iustel, Madrid, 2015-2016, pp. 29 y 30.
- Vázquez Camacho, F., «El caso ‘campo algodoner’ ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anu. Mex. Der. Inter*, vol. 11, Ciudad de México, ene. 2011.

CONSULTAS WEB

- ABC Internacional, «‘¿Qué me hiciste?’: Karina, la joven que se suicidó tras denunciar haber sido violada por un amigo». Disponible en https://www.abc.es/internacional/abci-hiciste-karina-joven-suicido-tras-denunciar-haber-sido-violada-amigo-202103201621_noticia.html [Consultado 30 de julio del 2022].
- BBC News, «Violencia contra la mujer: qué es el suicidio feminicida y por qué El Salvador es el único país de América Latina que lo condena;... El suicidio por inducción o ayuda existe en muchas legislaciones, pero hasta donde he visto solamente (la ley salvadoreña) determina el suicidio como posible efecto del abuso de poder crónico basado en motivos de odio o menosprecio a la condición de mujer...». Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-45883882> [Consultado 30 de julio del 2022].
- BBC News Mundo, «Antonia Barra: el caso de la joven de 21 años que se suicidó tras ser violada que estremece a Chile». Disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53512966> [Consultado 30 de julio del 2022].
- Cámara de Diputados de Chile, «Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales con el fin de proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, mejorando las garantías y evitando su revictimización». Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14013&prmTIPO=INICIATIVA> [Consultado 2 de agosto del 2022].
- Cámara de Diputados de Chile, «Informe de las Comisiones Unidas de Seguridad Ciudadana y de la De Mujeres y de Equidad de Género recaído en el Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales para mejorar las garantías procesales, proteger los derechos de las víctimas de los delitos sexuales, y evitar su revictimización».

- Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=24626&prmTIPO=INFORMEPLY> [Consultado 2 de agosto del 2022].
- Centro de Documentación Judicial de El Salvador, «Sentencia Núm. 118-2015, Tribunal de Sentencia de la Unión», 2015. Disponible en <https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=Documentosboveda%2FD%2F1%2F2012019%2F2015%2F06%2fb6f13.PDF&number=749331&fecha=04/06/2015&numero=1182015&cesta=0&singlePage=false%27> [Consultado 2 de septiembre del 2022].
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, «Violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes: buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe», 2019. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaMujeresNNA.pdf> [Consultado 2 de septiembre del 2022].
- Corte Constitucional del Ecuador, «Sentencia N.º 037-13-SEP-CC». Disponible en <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=037-13-SEP-CC> «Sentencia N.º 11-20-CN/21», Disponible: http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_fl/e2NhenBldGE6J3RYYWlpdGUnLCBldWlkOidjYmQwzww2ms0lowvkltrjyz-qtyw5os1hmjdmnzwgnwrjzdcucgrmj30= [Consultado 2 de septiembre del 2022].
- Corte Constitucional del Ecuador, «Sentencia N.º 23-13-SEP-CC». Disponible en <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/f36aa637-66f9-411f-9297-15b0505da2ae/0885-11-ep-sen.pdf?guest=true> [Consultado 28 de septiembre del 2022].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador», sentencia de 24 de junio de 2020. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf [Consultado 17 de septiembre del 2022].
- Corte Interamericana de Derechos Humanos «Caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia». Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf [Consultado 2 de septiembre del 2022].
- Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, caso N.º 1772120160001 «Gaby Díaz», sentencia del 17 de noviembre del 2016. Disponible en <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf> [Consultado 12 de agosto del 2022].
- Crónica, «La nena de 13 años se ahorcó porque estaba embarazada de su tío». Disponible en <https://www.cronica.com.ar/policiales/La-nena-de-13-anos-se-ahorco-porque-estaba-embarazada-de-su-tio-20190717-0172.html> [Consultado 24 de agosto del 2022].
- Defensoría del Pueblo de la Nación. República Argentina, 2020, Informe Anual del Observatorio de Femicidios de la Defensoría del Pueblo de la Nación, República Argentina, pp. 3 y 5. Disponible en http://www.dpn.gob.ar/documentos/Observatorio_Femicidios__Informe_Final_2019.pdf [Consultado 24 de septiembre del 2022].
- El Ciudadano de Tarija, «Horror en Salta, una chica de 14 años se suicidó porque su papa la violaba». Disponible en <https://elciudadanodetarija.com/horror-en-salta-se-suicido-una-chica-de-14-anos-porque-su-papa-la-violaba/> [Consultado 24 de agosto del 2022].
- El País, «El infierno de Mariana: seis meses de abuso sexual que nadie escuchó». Disponible en <https://elpais.com/mexico/2021-02-03/el-infierno-de-mariana-seis-meses-de-abuso-sexual-que-nadie-escucho.html> [Consultado 12 de agosto del 2022].
- Fiscalía General de la República de El Salvador, «FGR de San Vicente logra la primera condena por suicidio feminicida por inducción», 2019. Disponible en <https://www.fiscalia.gob.sv/fgr-de-san-vicente-logra-la-primera-condena-por-suicidio-feminicida-por-induccion/> [Consultado 29 de septiembre del 2022].
- Organización Mundial de la Salud, «Hechos y cifras: poner fin a la violencia contra las mujeres». Disponible en <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures> [Consultado 14 de septiembre del 2022].

TeleMadrid, «Una menor se quita la vida tras ser violada». Disponible en <https://www.telemadrid.es/noticias/madrid/menor-quita-vida-violada-21611458842-20140916013706.html> [Consultado 12 de agosto del 2022].

LEGISLACIONES

- Código Penal ecuatoriano, Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene 1971. Última modificación: 10-feb-2012.
- Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano, Registro Oficial, Suplemento 180 de 10 de febrero del 2014.
- Código Penal, Ley 11.179 (T. O. 1984 actualizado) (Argentina).
- Código Penal, promulgado el 12 de noviembre 1874. Última modificación 12-Oct.-2022 - Ley 21489 (Chile).
- Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre 1995 (España).
- Código Penal Federal, Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, artículo 312 (México).
- Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.
- Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres, D. L. No. 520, publicado en el D. O. No. 2, tomo 390, de fecha 4 de enero de 2011 [1971]. Última modificación: 10-feb-2012.



El ordenamiento jurídico ecuatoriano y la posibilidad de aplicar una medida alternativa a la pena privativa de libertad

Katherine Barona Pazmiño | [iD](#) Investigadora independiente (Ecuador)

RESUMEN La crisis penitenciaria es quizás uno de los problemas más grandes por los que atraviesa el Ecuador, tanto que ha sido el eje más tratado en los discursos para legitimar gobiernos y dignidades de turno. Lastimosamente, la ejecución de políticas sin sustento criminológico, ha agudizado la situación, provocando que sea la sociedad la receptora de este malestar. La necesidad imperante de estudiar los postulados de una política criminal moderna, parece la única salida para encontrar soluciones a corto, mediano y largo plazo, orientadas hacia la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, como parte de un modelo reduccionista del poder punitivo del Estado, y hacer de este, uno más humano y racional. La prisión domiciliaria se muestra como una de estas alternativas, y ha sido la más estudiada por la doctrina, además de estar reconocida en instrumentos internacionales de derechos humanos y ser aplicada en países de Latinoamérica como Colombia, Argentina, Brasil y República Dominicana. En el Ecuador existe la sentencia N.º 209-15-JH/19 y (acumulado) de la Corte Constitucional, que, aunque poco conocida, regula esta medida, bajo el cumplimiento de ciertos criterios o estándares.

PALABRAS CLAVE Crisis penitenciaria, pena privativa de libertad, medidas alternativas a la pena privativa de libertad, prisión domiciliaria.

FECHA DE RECEPCIÓN 6/1/2023

FECHA DE APROBACIÓN 16/2/2023

The Ecuadorian legal system and the possibility of applying an alternative measure to imprisonment

ABSTRACT The penitentiary crisis is perhaps one of the biggest problems that Ecuador is going through, so much so that it has been the most treated axis in the speeches to legitimize governments and dignitaries in office. Unfortunately, the implementation of policies without criminological support has exacerbated the situation, causing society to be on the receiving end of this malaise. The imperative need to study the postulates of a modern Criminal Policy seems the only way to find solutions in the short, medium, and long term, oriented towards the application of alternative measures to imprisonment, as part of a reductionist model of the punitive power of the State, and to make it a more humane and rational one. Home imprisonment is one of these alternatives, and has been the most studied by the doctrine, in addition to being recognized in international human rights instruments and being applied in Latin American countries such as Colombia, Argentina, Brazil, and the Dominican Republic. In Ecuador, there is Constitutional Court Ruling No. 209-15-JH/19 and (accumulated), which, although little known, regulates this measure, subject to compliance with certain criteria or standards.

KEY WORDS Penitentiary crisis, custodial sentence, alternatives to custodial sentences, home imprisonment.

I. INTRODUCCIÓN

La pena, a lo largo de los años, ha tenido un proceso de evolución fuerte, encaminado en ciertos casos a maximizar el dolor causado por la misma, pero en otros, a reducir su impacto; los efectos negativos que produce la mala o ineficaz ejecución de la pena en la vida y desarrollo de la persona sancionada, se trasladan y visibilizan en su familia y la sociedad misma. Un sistema que tenga a la pena como principal mecanismo de contención de la delincuencia, pero que no considere como única a la privativa de libertad, ha generado consecuencias positivas en camino a una verdadera rehabilitación y reinserción de la persona penada.

La realidad que el sistema nos presenta es, por un lado, una pena privativa de libertad como único o el principal mecanismo moderador de la delincuencia, y por otro, políticas criminales obsoletas, encaminadas al endurecimiento de penas e incremento del catálogo de delitos. Autores como Escobar Gil, mencionan que el poder punitivo solo puede ejercerse en razón de garantizar una convivencia pacífica en la sociedad, y con la más mínima afectación que puedan producir sus alcances,¹ por lo que, si su intervención o la de sus mecanismos afectaran el desarrollo adecuado de la sociedad, podría existir un riesgo en la justificación de su «deber ser».

El estudio y aplicación de políticas que propongan la creación de medidas menos gravosas para un sistema penitenciario más armónico con los derechos de las personas, forma parte de lo que se conoce como «reduccionismo punitivo», que exhorta a los sistemas penales tradicionales al cumplimiento de los fines de la pena propuestos por teorías modernas y, de esta manera, dejar a un lado el castigo a la persona infractora con penas precarias, cuyos efectos negativos afectan no solo a la rehabilitación del mismo, sino a la de su familia e incluso a la sociedad.

García Ramírez, menciona que la pena privativa de libertad ha sido uno de los temas más discutidos en los últimos tiempos, pues, al ser la sanción que ha poblado los ordenamientos jurídicos desde los años setenta, su precariedad es casi evidente.² El estudio y posterior aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad resulta importante en virtud de la grave crisis penitenciaria por la que atraviesa no solo el Ecuador, sino el sistema a nivel global.

En el año 2018, la plataforma World Prison Brief, establece que más de 10 millones de personas se encuentran recluidas en instituciones penales alrededor del mundo,³ pero lo más grave es que esta situación se incrementó en un 24 por ciento desde el año 2000, es preocupante el crecimiento acelerado de la población penitenciaria a nivel mundial, y es por eso por lo que nace la necesidad imperiosa de crear medidas alternativas que puedan contener esta situación.

En Latinoamérica el panorama es aún más crítico, pues el portal Walmsley también informó que, en las dos últimas décadas, los centros carcelarios han tenido un crecimiento preocupante en más de un 40 por ciento; no obstante, el informativo también destaca la situación vulnerable de las mujeres frente al sistema, pues el crecimiento de este sector en las cárceles es de un 57,1%. Si se compara el crecimiento de la población general, que ha ascendido en un 19,1% es la de este sector, es decir, el carcelario, el que resulta alarmante.⁴

En el Ecuador, los escasos datos y cifras proporcionadas por el Sistema Nacional de Atención Integral a Personas adultas Privadas de Libertad y Adolescentes Infrac-

1 Escobar Gil, Rodrigo, «Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad», *Derecho y Humanidades*, núm. 18, 2011, pp. 41-50.

2 García Ramírez, Sergio, «Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, pp. 427-479.

3 Walmsley, Roy, «*World prison population list*», twelfth edition, London, ICPR, World Prison Brief, 2018, p. 2. Obtenido de World Prison Brief https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf

4 Walmsley, Roy, «*World prison population list*», *op. cit.*, p. 17.

tores (en adelante SNAI), evidencian un incremento desmesurado de la población carcelaria en el Ecuador, pasando de 7.000 PPL en 1989 a 40.000 hasta la actualidad.⁵

Es el hacinamiento, probablemente, el problema más grave por el que atraviesan los sistemas penitenciarios en la región; no obstante, eso no quiere decir que sea el único, pues existen otras aristas que deben ser también atendidas por una política criminal seria: la sobrepoblación carcelaria, vulneraciones constantes de derechos de las personas privadas de libertad, la insalubridad sanitaria y de higiene de los centros, la limitación respecto a las oportunidades de estudio y trabajo, que además constituyen una barrera para la ejecución efectiva del tratamiento penitenciario.⁶

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (en adelante ONUDD) ha mencionado que las medidas alternativas al encarcelamiento, además de entender de manera más adecuada los problemas estructurales de la sociedad, abordan las necesidades específicas de las personas privadas de libertad; el tratamiento penitenciario bajo la aplicación de estas medidas sustitutivas, colaboran al correcto desarrollo del proceso de reintegración para así reducir las tasas de reincidencia.⁷ Las alternativas a la pena de cárcel tienen un enfoque especial sobre la ejecución de la pena y tratamiento penitenciario de las personas que tienen un estado de vulnerabilidad mayor frente a los problemas por los que atraviesa el sistema.

Este artículo, tiene el objetivo establecer la necesidad y utilidad de la pena, para luego profundizar en el estudio de la prisión domiciliaria como una medida alternativa a la pena privativa de libertad, así como analizar la posibilidad de aplicar este tipo de sanción en el sistema penitenciario ecuatoriano, en miras de buscar alternativas que sean garantistas y no laceren los derechos de las personas que se encuentren bajo la ejecución de una sanción penal, así como también, brindar soluciones integrales a lo que parece una bomba de tiempo a punto de estallar.

II. LA PENA

La pena, desde un aspecto etimológico, se deriva de la expresión latina *poena* y esta, a su vez, se deriva del griego *poine*, que significa dolor, y está relacionado con *ponos*, que quiere decir sufrimiento. Desde un aspecto jurídico, la pena representa aquel dolor físico y moral que el Estado impone en razón de la transgresión a la ley por el incumplimiento de una obligación, siempre que su infracción transgreda intereses sociales importantes.⁸

La pena, para teóricos como Carrara, es entendida como un mal que incluye el sufrimiento o aflicción, físico e incluso espiritual de la persona sancionada, por lo que significa una privación de bienes jurídicos o derechos fundamentales, y es impuesta a todos aquellos que sean reconocidos como culpables de un delito por parte de una autoridad competente.⁹

La pena constituye un castigo que solo puede ser impuesto por el Estado, a través de sus autoridades legítimas, en contra de la persona que ha sido declarada culpable de un delito, esto con el fin de conservar el orden jurídico establecido, pero, además, restringe los derechos a la persona infractora, especialmente el de libertad.

5 Krauth, Stefan, «Sobre algunos problemas estructurales del sistema carcelario y la política criminal en Ecuador», *Defensa y Justicia*, núm. 43, 2021, pp. 6-9.

6 Chaparro, Sergio, Pérez Correa, Catalina y Youngers, Coletta, *Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina*, Ciudad de México, Colectivo de Estudio, Drogas y Derecho, 2017, p. 15.

7 ONUDD, *Manual de principios básicos y prácticas promotoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2010, pp. 3-5.

8 García Domínguez, Miguel Ángel, «Pena, disuasión, educación y moral pública», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1991, pp. 107-116.

9 Carrara, F., *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1956, p. 62. En el mismo sentido: García Domínguez, Miguel Ángel, «Pena, disuasión, educación y moral pública», *op. cit.*, pp. 107.

En palabras de Fernández Carrasquilla, constituye una parte de lo que es el tipo penal, al entender que por un lado está la descripción jurídica del hecho, y por otro, la consecuencia jurídica de este, es precisamente esta segunda parte, también conocida como sanción, lo que forma la pena.¹⁰

De cualquier forma, desde un sentido propio, y como un primer acercamiento al tema de principal análisis, es necesario mencionar que la pena se visibiliza como aquel medio por el cual el Estado efectúa o materializa su poder punitivo frente a un delito cometido y así restringe los derechos de la persona condenada por la acción u omisión típicamente antijurídica. La pena no puede afectar otros derechos que por la naturaleza de la sanción aplicada deban limitarse, en esta línea, es necesario analizar el contexto en el que la pena es aplicada.

III. FINALIDAD

Para entender a la pena, y la necesidad de su existencia, es imperativo estudiar su función y finalidad; este punto se ha convertido en una discusión doctrinal a lo largo del tiempo manifestada actualmente, en teorías de importante estudio. Existen dos grandes grupos que se han posicionado en este aspecto, por un lado, las teorías absolutas o retributivas de la pena, y por otro, aquellas de prevención o relativas de la sanción penal.

A. TEORÍAS ABSOLUTAS O RETRIBUTIVAS DE LA PENA

Cuando hablamos de las teorías absolutas, es necesario hacer alusión a la histórica relación ideológica centrada en el hombre, pues estas corrientes se preocuparon en sostener la dignidad de la persona condenada, en oposición a los imperantes abusos y tratos crueles ocasionados por antiguos regímenes.

Es así como aparecen grandes exponentes cuyos postulados son estudiados hasta el día de hoy, p. ej. Kant y Hegel, quienes, en su concepción filosófica de la misma, limitan su función a un método de realización de justicia en base a su concepción liberal del mundo. Ambos a través de obras de importante análisis para sostener sus teorías: *La metafísica de las costumbres* de Kant, y *La filosofía del Derecho* de Hegel, captaron su concepción de oposición a las ideas relativas de la pena en la época. Para analizar de una manera más profunda sus postulados, el absolutismo de la pena se ha dividido en dos teorías, una subjetiva y otra objetiva.

Teoría subjetiva retributiva

Su representante, Kant, un fiel creyente de conceptos principales como la dignidad humana y la libertad personal (enfocada en la libertad de decisión), propone la idea del contractualismo en la que observa al delincuente como un ser que no puede ser considerado «ciudadano», esto en virtud de su voluntad de cometer un delito o lesionar a otra persona, es por ellos, que su postulado se mantiene bajo la concepción de «*si tú hiciste un mal a otro, el mismo mal recae en ti*». Si el infractor no puede ser considerado un ciudadano, por el cometimiento de un delito, el mismo regresa a un estado de naturaleza, en el que no existe garantía de derechos y su libertad es continuamente amenazada.¹¹

10 Fernández Carrasquilla, Juan, *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011, p. 980.

11 Cordini, Nicolás Santiago, «La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2014, p. 678.

La pena es necesaria en la sociedad hasta el final, incluso si la misma ya no tuviera razón de existir; nadie puede quedar sin su castigo, por lo que toda sanción debe ser aplicada antes de que la sociedad desaparezca, incluso si está en su lecho de extinción. Entonces, la pena tiene un valor de «necesidad», por esa razón, será impuesta ante el cometimiento de un delito sin importar si tiene una utilidad en el desarrollo armónico de la sociedad, ya que su fin es únicamente la realización de la justicia y reafirmación del derecho.

Teoría objetiva retributiva

En oposición a los postulados de Kant, y con ideales de su mayor exponente, Friedrich Hegel, le otorga a la pena un valor simbólico.¹² En esta línea, Hegel observa a la pena como una negación de la voluntad general de la siguiente manera: la pena tiene el fin de restablecer la vigencia de la voluntad general del Estado, misma que ha sido negada por la voluntad especial (del delincuente) con el cometimiento del delito; por esta razón, esta teoría es conocida también como la «negación de la negación».

Lo mencionado en el apartado anterior, se desarrolla a través del método dialéctico de Hegel, fundamentado en tres preceptos: en primer lugar, la tesis, que es entendida como la voluntad general, materializada a través de las normas y preceptos legales que rigen a la sociedad; la antítesis, que es la voluntad especial, traducida en la conducta delictiva del delincuente que ha fragmentado esa voluntad general; finalmente, la síntesis, que se traduce en la reacción del Estado para sancionar la actitud delictiva de la persona a través de una pena.

B. TEORÍAS DE PREVENCIÓN O RELATIVAS DE LA PENA

Con el objetivo de dar una respuesta más profunda a la finalidad que tiene la sanción penal, las teorías relativas sostienen que la pena persigue fines positivos de mayor valor, haciendo que su asidero en el sistema sea más soportable e incluso tenga un sentido frente a su imposición en contra sujeto que delinque.¹³

Para estas teorías, la pena al tener un fin esencialmente preventivo, convive con la idea de mejorar al delincuente bajo el cumplimiento de su condena, y en ese sentido, es necesaria entonces, la intimidación del sistema para así percibir las consecuencias favorables de la aplicación de una sanción penal.¹⁴ La pena es necesaria, no solo por los fines ulteriores positivos que podría acarrear para el desarrollo adecuado de la sociedad, sino, además, al entender que es el único mecanismo de coacción a fin de que la persona pueda aceptar un tratamiento adecuado para lograr cambios reales a futuro, en su ser y en la comunidad.

Las teorías relativas conciben, por un lado, la prevención general y, por otro, la prevención especial, cada una de estas se divide en general y positiva, categorizándose de esta manera en binomios; el primero el de la prevención general-especial, el segundo el de prevención positiva-negativa.

12 Feijoo Sánchez, Bernardo, *Retribución y prevención general*, Buenos Aires, BdeF, 2007, p. 103.

13 Rodríguez Horcajo, D., «Teoría de la pena», *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm 16, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2019, pp. 232.

14 Hassemer, Winfried, *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, ConoSur Ltda., 1995, pp. 94-95.

Prevención general negativa

En lo que respecta a la prevención general negativa, cuyo precursor fue Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach con la *Teoría de la Coacción Psicológica*,¹⁵ le dio un sentido eminentemente psicológico a la pena, al establecer que los delitos pueden ser evitados siempre que las personas tengan conocimiento de las consecuencias que acerraría su conducta, al provocarle un mal mayor después de satisfacer sus necesidades o instintos.¹⁶ En el mismo sentido, pero quizás de un modo más prudente, Bentham observa a la pena en su función disuasiva subjetiva de la colectividad, y considera que las penas deben caracterizarse por ser duras y a través de un ejemplo a los demás, se puede prevenir el cometimiento de más infracciones.

Prevención especial negativa

Sobre la prevención especial negativa, cuyos postulados fueron desarrollados por Cesare Lombroso, quien consideraba al delincuente como una subespecie o especie diferente, para de esta manera proteger, bajo la lógica burguesa, a la sociedad «natural».¹⁷ Lombroso, bajo estándares extremadamente racistas, señaló que solo los blancos habrían alcanzado la máxima simetría corporal. Para esta teoría entonces, la pena funciona sobre el infractor como un neutralizador, es decir, no tiene la intención de rehabilitar o mejorar a la persona, sino que más bien considera que, el mal aplicado al delincuente, genera un bien a la sociedad.¹⁸ Su finalidad es aislar al individuo por considerarlo «salvaje» y así evitar el cometimiento de más infracciones.

PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

La función de la pena para esta teoría se basa en conseguir la rehabilitación, resocialización y reinserción de quien ha cometido un delito, pero su fin principal es la prevención en el cometimiento de más infracciones. No obstante, la misma presenta dificultades en su efectiva aplicación, pues autores como Borja Mapelli Caffarena y Juan María Terradillos Basoco han indicado que es imposible que el infractor pueda rehabilitarse y proceder a su reinserción en la sociedad, cuando su contacto con el exterior dentro de un centro penitenciario es restringido o nulo, y los códigos de conducta establecidos no se constituyen en un modelo de educación válido para cumplir con los fines establecidos por esta teoría que es la más aceptada por los sistemas penitenciarios a nivel global.¹⁹

En virtud de lo señalado en el apartado anterior, si bien actualmente esta es la teoría más aplicada, es necesario entender que el baremo de su eficiencia depende mucho de factores políticos, económicos y sociales.

Prevención general positiva

Los mayores exponentes de esta teoría son Roxin, Haffke y Jakobs, autores que han estudiado a la pena como esa potestad que tiene el Estado en su estrecha relación con

15 Feijoo Sánchez, Bernardo, «Retribución y prevención general», *op. cit.*, p. 128.

16 *Ibidem*, p. 135.

17 García Falconí, Ramiro, *Derecho penal económico*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, pp. 16-17.

18 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar Editores (2.ª ed.), 2002, p. 48.

19 Terradillos Basoco, Juan María y Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Praxis, 1999, p. 19.

la sociedad, esto con el objetivo de reforzar la confianza de la misma en el sistema, por lo que le dan a la pena un valor simbólico.²⁰

Entonces, la función de la pena, conjuntamente con la ratificación de la confianza de las personas en el ordenamiento jurídico, se convierte en un mecanismo de estabilidad y seguridad de la sociedad, siempre que exista una evidente efectividad del sistema de administración de justicia para que, de esta manera, las personas tengan la convicción firme de adecuar su conducta a la norma establecida.

C. TEORÍA NEGATIVA O AGNÓSTICA DE LA PENA

Zaffaroni desarrolla esta teoría, entendiendo que las tradicionales asignan al poder punitivo funciones falsas, que no se pueden verificar empíricamente y que su respaldo proviene de casos particulares en donde su eficacia se ha tratado de generalizar de manera arbitraria.²¹ Estas teorías lo que buscan es desconocer la efectividad de las penas en su totalidad y, por ende, la eliminación del sistema penal tradicional.

De sus postulados, parece importante rescatar la creación de un sistema penal diferente, concebir la visión de un *derecho penal humano*, en el que la luz del derecho punitivo se prenderá siempre que la persona haya cometido un delito grave, por lo que, en delitos menores o incluso insignificantes, no tendría asidero su intervención. Lo que se propone es una metamorfosis del sistema penal clásico a profundidad y no solo desde el punto de vista de la finalidad de la pena.

D. TEORÍAS MIXTAS O ECLÉCTICAS DE LA UNIÓN

Para estas teorías, lo que se pretende es unir los fines de la pena, explicados por los postulados tradicionales, bajo un solo concepto, para de esta manera resolver los problemas que implica el propender por la aceptación de una sola finalidad de la pena; es decir, el postulado radica en la retribución, para así buscar fines de prevención general y especial.²²

En este sentido, la pena cumple su fin no en un solo momento, sino en distintas fases que se explican de la siguiente manera (ver Tabla 1).

Para finalizar esta primera parte de lo que ha sido un estudio sucinto de la pena y su finalidad, y así entender que efectivamente es necesaria para el desarrollo de la sociedad, pero aún más importante en la vida de la persona que decide delinquir y su círculo familiar, es imperativo señalar que la sociedad requiere siempre de una coacción, que además sea la carta de confianza de los individuos en el ordenamiento jurídico y los entes involucrados en la administración de justicia, sobre todo, al considerar que es el único camino por el que el infractor podría aceptar un tratamiento penitenciario adecuado que le permita rehabilitarse y reinsertarse completamente en la sociedad.

IV. LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

En la antigua Grecia, la función de la pena privativa de libertad, era meramente cautelar, es decir, como un medio para asegurar la comparecencia del procesado a su

20 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho penal. Parte general, op. cit.*, p. 42.

21 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2011, p. 44.

22 Córdoba Angulo, Miguel y Ruiz López, Carmen, «Teoría de la pena, Constitución y código penal», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 22, núm. 71, 2001, p. 61

Tabla 1. Teoría mixta o eclécticas de la unión

Actividad	Órgano de aplicación	Fin aplicado
Redacción de la pena	Legislativo, asambleístas	Aquí la pena cumple un fin preventivo general negativo, pues intenta intimidar o amedrentar a la sociedad.
Imposición de la pena	Judicial, a través de los jueces o tribunales penales.	La pena en esta fase cumple un fin absolutista- retributivo, pues lo que hace el órgano competente es imponer la pena siempre en la medida de la culpabilidad del infractor.
Ejecución de la pena	Sistema de rehabilitación social, en conjuntos con las entidades correspondientes	Aquí la pena tiene un fin preventivo especial, como parte de las teorías relativas de la pena. En este punto, prevención del cometimiento de más infracciones a través de la rehabilitación, resocialización y reinserción.

juzgamiento.²³ En la edad Media, su fin era reparar el daño sufrido por la víctima de la acción delictiva,²⁴ es decir, no buscaba rehabilitar o tratar a la persona infractora, sino que era una forma de resarcir el daño que había ocasionado.

A pesar de la reciente llegada de la pena privativa de libertad, entre los siglos XVI y XVII, no se dejó de lado los castigos corporales de la época, y es con la llegada de la Ilustración que se entiende al cuerpo como la posesión más preciada, por lo que el hombre pasa a ser titular de una serie de derechos y libertades.²⁵

En los siglos XVIII y XIX, con la terminación de la Revolución Francesa, aparecen principios básicos como la libertad, igual y la justicia; en aplicación de estos principios, las penas y sanciones comienzan a establecerse para toda persona, sin diferenciar a nobles, burgueses o plebeyos. Con esto, la pena privativa de libertad, pasa a ser la regla frente a cualquier otro mecanismo sancionatorio penal existente.

En el Ecuador, el resplandor de la pena privativa de libertad fue en el año de 1837, con la iniciativa de políticas de Estado enfocadas principalmente en la infraestructura del sistema carcelario, esto sin tomar en cuenta factores criminógenos que podrían verse expuestos por tal concepción. Es Vicente Rocafuerte, quien, a través del *Ensayo sobre el nuevo sistema de cárceles*, después de hacer visitas a casi todos los centros penitenciarios en Europa y los Estados Unidos, vislumbró el cambio de mentalidad sobre la administración de justicia, a la luz del liberalismo, mediante nuevas leyes penales a favor de la cárcel como la posibilidad y el derecho que tenía el condenado «a incorporarse de nuevo a la sociedad, cuando haya cumplido el término de la condena».²⁶

La pena privativa de libertad es entendida básicamente como la posibilidad de internar a una persona en un centro penitenciario y la ejecución de esta medida en su momento, tuvo una participación importante en lo que se refiere a la reducción del número de ciertos delitos, no obstante, los problemas y la realidad del sistema penitenciario ecuatoriano se convierten en el escenario ideal para comenzar a estudiar nuevas sanciones que sustituyan a la pena privativa de libertad en centros carcelarios, pues,

23 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal: parte general* (7.ª ed.), Montevideo, Editorial BdeF, 2005, p. 698.

24 González Harker, Luis Jorge, *Situación penitenciaria y pena privativa de libertad* (Trabajo de grado para optar al título de abogado), Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

25 Alvarado Sánchez, Ruth, *Perspectiva histórica y problemas actuales de la institución penitenciaria en España*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012, p. 33.

26 Larco, Carolina, *Visiones penales y regímenes carcelarios en el Estado Liberal de 1912 a 1925*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011, p. 35.

la medida en cuestión, de a poco se convierte en obsoleta y está generando evidentes efectos negativos, que recaen sobre los reclusos y el respeto a sus derechos, su familia y la sociedad misma.

En el Ecuador, la Constitución, en su artículo 77, numeral 12 menciona que, todas las personas sujetas a una sentencia condenatoria ejecutoriada, que establezca una pena privativa de libertad, solo podrán cumplir su pena en los centros de rehabilitación social destinados para el caso; no obstante, deja a salvo los casos de sanciones alternativas a la pena privativa de libertad y la libertad condicionada.

En el mismo sentido de lo establecido en el texto constitucional, el artículo 678 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), menciona que las medidas de carácter cautelar, así como las penas privativas de libertad y apremios, se cumplirán en los centros de privación de libertad del sistema penitenciario ecuatoriano.

Entonces, ¿existe realmente la posibilidad de aplicar una medida alternativa a la pena privativa de libertad en el Ecuador?, esta respuesta se desarrollará en líneas posteriores.

V. PROBLEMAS EN EL SISTEMA PENITENCIARIO ECUATORIANO

En datos, hasta el 29 de noviembre del 2021, el SNAI informó que había un total de 36.599 personas privadas de libertad, de las cuales 34.207 (93,46%) corresponden a hombres y el 2.392 (6,54%) a mujeres; en lo relacionado al cuerpo de seguridad y vigilancia penitenciaria del SNAI, a esa fecha, existían 1.632 agentes, equivalente aproximadamente a un agente de custodia por cada 20 penados;²⁷ no obstante, en palabras del SNAI, los agentes se dividen en turnos y para cada uno se designan 600 agentes, lo que significaría un promedio de un servidor por cada 25 reclusos.²⁸

Sobre el tipo de delitos por los que las personas se encuentran privadas de la libertad se observan los siguientes: delitos relacionados con drogas (28,19%), aquellos que atentan contra la propiedad (26,17%), delitos contra la integridad sexual y reproductiva (16,18%), lo que están relacionado con la inviolabilidad de la vida (13,47%) y los delitos en contra de las personas (4,36%).²⁹

A continuación, según un informativo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,³⁰ estos son los problemas existentes en el sistema penitenciario ecuatoriano:

- Falta de control efectivo en los centros de privación de libertad: ocasiona que el control sea ejercido por las propias PPL y disputa entre pabellones.
- Eliminación del Ministerio de Justicia: en comparación a un Ministerio, el SNAI, al ser un servicio, no tiene rectoría, además, el directorio del organismo técnico, por no tener carácter administrativo, no tiene presupuesto propio. Esto se traduce en un evidente debilitamiento del sistema penitenciario.
- Corrupción por la falta de institucionalidad fuerte: lo que provoca inestabilidad democrática y desconfianza en la ciudadanía sobre las instituciones del Estado. Las PPL tiene que pagar para acceder a servicios básicos.
- No hay censos de la población penitenciaria: no se conoce la situación individualizada de cada PPL.
- Falta de presupuesto: la asignación presupuestaria ha disminuido en los últimos años, irónicamente, la población penitenciaria ha incrementado.

27 Información proporcionada por el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores, numérico de ASP y PPL de los centros de privación de libertad, 29 de noviembre de 2021.

28 Información proporcionada a la CIDH durante reunión con el SNAI mantenida en la visita de país. Ecuador, 1 de diciembre de 2021, y Gobierno de Ecuador, Nota Diplomática N.º 4-2-314/ 2021, 29 de octubre de 2021, p. 4.

29 Gobierno de Ecuador, Nota Diplomática N.º 4-2-314/ 2021, 29 de octubre de 2021, p. 4.

30 CIDH, *Personas privadas de libertad en el Ecuador*. Organización de los Estados Americanos, 2022, pp. 36-51. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf

- Existe en el Ecuador un mecanismo de prevención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, a cargo de la Defensoría del Pueblo, este mecanismo tiene un presupuesto insuficiente.
- Populismo penal e implementación de políticas que proponen mayor encarcelamiento e incremento del catálogo de delitos o aumento de penas: aumento acelerado de la población carcelaria. Obstaculización en la aplicación de beneficios penitenciarios y abuso de la prisión carcelaria.
- Hacinamiento como problema aislado: tratos crueles e inhumanos en los centros penitenciarios.
- Creación de megacárceles: esto ocasiona mayores actos de violencia, inobservancia del principio de individualización en el tratamiento penitenciario, indefensión a personas que ya se encuentran en estado de doble o mayor vulnerabilidad, dificultad para ejercer el control interno de los centros penitenciarios, vulneración a los derechos de las personas privadas de libertad y sus familias.

La pena privativa de la libertad, en el Ecuador, además de los derechos restringidos por su naturaleza, desconecta a la persona de su mundo exterior y del contacto con los demás miembros de la sociedad, incluso de su familia. Actualmente, se puede evidenciar que, la práctica penitenciaria, se ha convertido en un problema que ha desembocado en declaratorias de emergencia, vulneraciones graves a los derechos de las personas sancionadas penalmente, y eso a su vez se traduce en mayor inseguridad y problemas reflejados en la sociedad.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que no existen pruebas empíricas que demuestren que la creación y aplicación de medidas o políticas basadas en *mayores* restricciones al derecho a la libertad personal, tengan un efecto real en la reducción del delito, su reincidencia o que resuelva los problemas de seguridad en el país.³¹

No obstante, y al contrario de lo que organismos e instrumentos internacionales de Derechos Humanos establecen, el Estado ecuatoriano y los gobiernos de turno, han enfocado sus esfuerzos en la creación de políticas precarias encaminadas en reforzar el encarcelamiento de las personas infractoras, dejando de lado posibles mecanismos que resultan más efectivos y menos gravosos con sus derechos, los de su familia y la seguridad de la comunidad.

VI. MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL ECUADOR

Las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, forman parte de una propuesta encaminada a una política penal reduccionista, con la finalidad de que el Estado y sus políticas de intervención, comprendan las raíces del cometimiento del delito, es decir, entiendan las causas de la criminalidad, visualizando a la persona que delinque en su calidad de ser humano y no como un ente extraño que comete delitos sin razón, que además debe ser aislado de la sociedad dotándole de tratos crueles y degradantes, que dejan por fuera el cumplimiento de la finalidad de la pena, pues las razones que están detrás de la conducta del infractor, en su mayoría son consecuencia de las fallas estructurales que existen en la misma sociedad.³²

31 CIDH, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*, Organización de los Estados Americanos, 2017, párr. 86. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>.

32 Wacquant, L., *Las dos caras del gueto*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010, p. 61.

Uno de los postulados de la política criminal moderna, se enfoca precisamente en el estudio de nuevas medidas que puedan entender el contexto en el que se desarrolla la sociedad, sus problemas y la razón por la que una persona decide delinquir; es por esa razón que la implementación de políticas que comprendan la posibilidad de aplicar una sanción alternativa como regla y la pena privativa de libertad como excepción,³³ es imperativa en razón de respetar principios universales de derechos humanos para, de este modo, hacer del sistema uno más humanista y racional.

En Ecuador, la Constitución de la República, en su artículo 77, numeral 12 menciona que todas las personas que sean sujetas a una sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en los centros de rehabilitación social del sistema penitenciario, además enfatiza en la imposibilidad de cumplir la pena fuera de estos centros, salvo los casos de imposición de penas alternativas aplicadas en concordancia con la ley. Lo mencionado en el texto constitucional, deja en un limbo la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la pena privativa de libertad, no obstante, al establecer que estos mecanismos serán regulador conforme a la ley, es necesario acudir al COIP, para analizar lo que se norma al respecto.

El COIP no prevé mecanismos exactos que sean alternativos a la aplicación de la pena privativa de libertad. En el artículo 60 del mencionado cuerpo legal, se encuentra un apartado que corresponde a las *Penas No Privativas de Libertad*, y en este apartado existen varias medidas que efectivamente, en un primer momento, se entenderían como sustitutivas a la pena establecida en cada tipo, no obstante, al revisar su último inciso, el mismo establece que estas serán aplicadas sin perjuicio de la sanción establecida para cada delito, entonces, no son realmente alternativas, sino solo accesorias a la pena privativa de libertad.

Sin embargo, al investigar sobre el tema, en el Ecuador existe una sentencia de la Corte Constitucional, sentencia N.º 209-15-JH/19 y (acumulado), en la que se desarrolla de alguna forma la aplicación de una medida alternativa en determinados casos y bajo el cumplimiento de ciertos estándares, esta es la *prisión domiciliaria*, pero lastimosamente su estudio ha sido pobre y su aplicación nula.

En este sentido, y de lo investigado, es la prisión domiciliaria, la única medida que se podría aplicar actualmente en el Ecuador, y por la que la Corte Constitucional, y los organismos judiciales y legislativos, deberían enfocar sus esfuerzos para su pronta inserción normativa en el ordenamiento jurídico.

VII. LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO ALTERNATIVA

Para autores como Zaffaroni, Alagia y Sloka «es una forma especial de cumplir con la pena privativa de la libertad, toda vez que su cumplimiento en la cárcel implicaría la privación de otros derechos fundamentales además de la libertad»,³⁴ esta medida, constituiría una alternativa siempre y cuando los derechos fundamentales de las PPL se encuentren en disputa y en riesgo de vulneración.

La prisión domiciliaria no significa un cese ni una suspensión de la pena impuesta, sino que es una alternativa a la ejecución de la pena privativa de libertad en establecimientos carcelarios, por lo que la persona sujeta a esta medida, deberá tener un domicilio fijado y proporcionar un tutor para su cuidado.³⁵

33 Agudo Fernández, Enrique, Jaén Vallejo, Manuel y Perrino Pérez, Ángel, *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 20-21.

34 Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 35.

35 Mercado, Alida María Laura; Luna, Patricia Esther; Romo, Alejandra Patricia, «Ejecución de la pena privativa de la libertad bajo el régimen de la prisión domiciliaria de mujeres a cargo de niños/as menores de cinco años (primer supuesto del art. 32 inc. f de la ley 24.660). Identificación de fortalezas y debilidades del régimen. Período 2010-2016», *Colección de Investigaciones*

Los beneficios de su implementación, entre otros, es que la medida se puede ejecutar con una sensible restricción de la libre organización de la vida,³⁶ por lo que existen más posibilidades para que la persona sancionada penalmente pueda realizar sus actividades laborales, convivencia con su familia y así evitar los efectos negativos que produce actualmente la pena en la vida del infractor.

Sobre los instrumentos de carácter internacional que posibilitan la aplicación de esta pena, están los «Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas», que establece como obligación de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, incorporar por ley medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, además de promover la participación de la sociedad y de la familia; es responsabilidad del Estado, proveer los recursos necesarios y apropiados para garantizar su disponibilidad y eficacia.³⁷

Las «Reglas de Tokio»,³⁸ se constituye como un instrumento base y fundamental sobre el cual los Estados deberán implementar medidas alternativas al encarcelamiento; de este modo, en su regla N.º 8, propone varias sanciones que podrá imponer la autoridad judicial. En su literal k), establece que, el arresto domiciliario (sin confundir a este modo de pena como una medida cautelar), constituye una alternativa a la pena en centros de privación de libertad, y que además, para su imposición, se tomará en cuenta tres circunstancias: *la rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima*; lo señalado resulta interesante pues ya se destacan tres primeros estándares para la aplicación en sentencia de esta medida por parte de la autoridad judicial competente en el caso.

En el mismo sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, también conocidas como las «Reglas de Bangkok»,³⁹ que son complementarias a las de Tokio, consideran que se debe tomar en cuenta las particularidades de las mujeres que se encuentren privadas de libertad, es decir, su situación social y principalmente familiar, para estudiar la aplicación de una medida alternativa a la pena privativa de libertad de ser el caso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre la necesidad de ejecutar esta medida, pues la pena privativa de libertad, además de resultar perjudicial en el tratamiento del penado, afecta y vulnerada derechos de su entorno, principalmente los de su familia. Entonces, como otro estándar para la aplicación de este modo de pena, aparece la *unidad familiar, en relación especial a la atención al interés superior del niño o niña*.

En virtud de lo mencionado en el parágrafo anterior, la Corte IDH, en el Caso Forneron e Hija vs. Argentina, ha establecido que la familia biológica que incluye a familiar cercano, es la encargada de otorgar protección al niño o niña, por esta razón, este núcleo debe ser objeto de protección por parte del Estado.⁴⁰ En este sentido, y con la finalidad de proteger a la familia y el interés superior del menor, la Corte IDH, ha considerado que la prisión domiciliaria se convierte en un beneficio importante a implementar como política por parte del Estado; es así que en el caso Atala Riffo y Niñas vs.

y *Ensayos*, Buenos Aires p. 178.

36 Díaz Aranda, Enrique, Roxin, Claus, Gimbernat Ordeig, Enrique y Jäger, Christian, *Problemas fundamentales de la política criminal y derecho penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 100.

37 CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, 13 de marzo de 2008. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

38 *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio), 14 de diciembre de 1990.

39 *Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011.

40 Corte IDH, «Caso Forneron e Hija vs. Argentina», Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 116, 119.

Chile,⁴¹ estableció ciertos estándares para la concesión de la prisión domiciliaria, tales como: evaluación de los comportamientos parentales, el impacto de la presencia de su figura en la crianza, bienestar y desarrollo del menor, los daños reales y probados que podría generar su presencia. El juzgador, para la aplicación de esta medida, no podrá considerar especulaciones, estereotipos o prejuicios sobre características personales de los padres o sus preferencias culturales.

La aplicación de esta sanción no puede enfocar su atención solo en la madre o el padre de familia como figura protectora encargada del cuidado y crianza del niño o niña, sino que al entender que la finalidad de la prisión domiciliaria, en un primer momento, es cuidar a la familia como núcleo de la sociedad, los estándares de aplicación de la misma deberán atender a los principios de no discriminación e igualdad, y principalmente al de interés superior del niño, pues la importancia de aplicar este modo de pena, es garantizar los derechos del menor y la obligación que tiene el Estado en el desarrollo del mismo.

El artículo 35 de la Constitución ecuatoriana, menciona que, además de las niñas, niños y adolescentes, las personas adultas mayores, con discapacidad y aquellas que padecen una enfermedad catastrófica, también son parte de los grupos de atención prioritaria. En atención al artículo constitucional en cuestión, es interesante analizar intereses superiores de otros grupos, tales como personas adultas mayores y las que padecen algún tipo de discapacidad o enfermedad catastrófica, mismas que por su situación no pueden sostenerse por sí mismos, por el contrario, existe una persona a su cargo y cuidado y sin la presencia de esta, su desarrollo o sostenibilidad, incluso emocional, se vería afectada; por esta razón, el Estado, a través de sus actores, debe examinar su situación ante la imposición de cualquier tipo de sanción y considerar la sustitución de la pena privativa de libertad por la prisión domiciliaria.

En palabras de Viril Hernán, la prisión domiciliaria, resulta ser una solución alternativa para aquellos casos o situaciones, en lo que se ven afectados grupos de atención prioritaria, considerados como los más vulnerables, y por esa razón necesitan más atención por parte del sistema.⁴² Por lo señalado, la prisión domiciliaria, si bien no deja de ser punitiva, es necesaria para los casos en los que una persona se encuentre en un estado de mayor o doble vulnerabilidad, y al considerar que las personas privadas de libertad, según el artículo 35 de la Constitución del Ecuador, son parte del grupo de atención prioritaria por parte del Estado y sus actores.

Las personas sentenciadas penalmente, que además se encuentren en una posición vulnerable, después de un análisis objetivo del caso, en el que se concluya que el sistema no puede cubrir todas sus necesidades dentro un centro de privación de libertad, o que incluso, por su situación física y psicológica, la cárcel agrava su estado, se debe optar por la prisión domiciliaria, con la consigna de que en su domicilio tendrá una atención adecuada, evitando así vulneraciones a sus derechos. Es por esa razón, que la medida respeta principios importantísimos como los de mínima trascendencia de la pena, humanidad, dignidad, igualdad y no discriminación, e interés superior del niño,⁴³ entendiendo que la pena privativa de libertad debe ser el último recurso, ya que su ejecución, actualmente, vulnera derechos fundamentales y no cubre las necesidades de los grupos más vulnerables de la comunidad.

Como se mencionó en líneas previas, la Constitución ecuatoriana, en su artículo 77, numeral 12, posibilita de alguna manera la aplicación de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, no obstante, aquello deberá estar regulado por ley.

41 Corte IDH, «Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile», Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 109-111.

42 Viri, Hernán, «Prisión domiciliaria. Su naturaleza y las reformas introducidas por la ley 26472», en Donna Edgardo A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, 2009. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.

43 Guereño, Indiana, «La prisión domiciliaria sólo para buenas madres. Análisis de una sentencia que restringe lo que la ley amplía», *Revista Pensamiento Penal*, 2012, p. 4.

Al revisar el COIP, norma rectora en la ejecución de la pena, en su artículo 60 correspondiente a las Penas no privativas de libertad, ha colocado en su numeral 7 la «Prohibición de salir del domicilio o del lugar determinado en la sentencia», en ese sentido, se entendería que la prisión domiciliaria está contemplada en la legislación ecuatoriana, no obstante, el último inciso de este artículo menciona que «*La o el juzgador podrá imponer una o más de estas sanciones, sin perjuicio de las penas previstas en cada tipo penal*», lo que significa que las penas no privativas de libertad (que incluyen a la prohibición de salir del domicilio), no son realmente alternativas, sino solo accesorias a las establecidas en cada delito.

En Latinoamérica, la prisión domiciliaria ya ha sido considerada como una medida alternativa desde una visión evidentemente racionalizadora de la pena; enfoca su atención, en primer lugar, en las personas que padecen enfermedades catastróficas o adultos mayores; no obstante, también ha focalizado su aplicación en las personas con la calidad de jefes en el núcleo familiar, mujeres embarazadas o incluso personas que padecen algún tipo de discapacidad, lo que es alentador en relación a la progresividad de los derechos de las personas privadas de libertad, al comprender que más sectores considerados también de atención prioritaria, pueden cumplir la pena en su domicilio y de esta manera no vulnerar sus derechos o los de terceros.

A continuación, se presenta un cuadro resumen de las circunstancias por las que una persona puede acceder a la prisión domiciliaria en los países que dentro de América Latina se aplica este modo de pena (ver Tabla 2).

VIII. TRATAMIENTO PENITENCIARIO BAJO EL CUMPLIMIENTO DE LA PRISIÓN DOMICILIARIA

La finalidad de implementar este modo de pena en la legislación ecuatoriana, no se constituye únicamente en una forma de descongestionar el sistema carcelario o peor aún, en una medida más económica a diferencia del cumplimiento de la pena privativa de libertad. El objetivo principal de la ejecución de la prisión domiciliaria, es garantizar derechos fundamentales de las personas sentenciadas penalmente que, por su condición, necesitan una atención adecuada que no puede ser recibida en un centro carcelario.

El tratamiento penitenciario para el cumplimiento de los fines de la pena, bajo ningún concepto puede ser exclusivo de las personas privadas de libertad en un centro de rehabilitación social; la prisión domiciliaria al ser también un modo de pena, necesita de la vigilia de los actores encargados de la ejecución de la pena.

Zaffaroni, en su obra *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, menciona que el tratamiento penitenciario, es un proceso personalizado en el cual, a través de un trato humano y en estricto respeto a los derechos del penado, tiende a disminuir su vulnerabilidad, otorgándole todos los medios necesarios para tomar conciencia de su rol y dejar a un lado ese estereotipo selectivo del sistema punitivo.⁴⁴

La prisión domiciliaria, una vez considerada por el ordenamiento jurídico ecuatoriano como una alternativa a la pena privativa de libertad, tiene que cumplir con el tratamiento penitenciario bajo todas las garantías y medios otorgados por el Estado para el caso, considerando lógicamente, las particularidades de este modo de pena y la atención prioritaria que se necesita por la condición de los sujetos que son beneficiarios de esta. Sobre el *eje laboral, de educación, cultura y deporte*, la legislación comparada, se ha mostrado abierta a la posibilidad de otorgar medios más amigables con el desarrollo y sostenibilidad económica de la persona sentenciada en prisión domiciliaria,

44 Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995, pp. 115-129.

Tabla 2. Legislación comparada, ejecución de la prisión domiciliaria*

País	Requisitos para acceder a la prisión domiciliaria
Colombia	<ul style="list-style-type: none"> -Que la pena prevista en la ley para ese delito sea de ocho años o menos. -No pueden acceder a esta medida, todas aquellas personas que hayan sido condenadas por un delito doloso en los 5 años anteriores. -El juez deberá analizar motivadamente que el perfil personal, familiar, laboral y social, para concluir que las persona no evadirá el cumplimiento de la pena y que además no podrán en riesgo a la sociedad. -Mediante caución deberá garantizar el cumplimiento de las siguientes obligaciones: <ul style="list-style-type: none"> · Buena conducta · Reparar el daño ocasionado (garantizar la reparación integral) · Cuando sea requerido deberá acudir y presentarse ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena · Permitir la entrada de los servidores del sistema penitenciario encargados de vigilar el cumplimiento de la pena -Personas con enfermedades catastróficas -Adultos mayores a 65 años
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> -Personas con enfermedades graves -Personas con enfermedades en periodo terminal -Persona que padezcan una discapacidad -Adultos mayores a setenta años -Mujeres embarazadas -Madre con un niño menor a cinco años o que tenga a su cuidado una persona con discapacidad.
Brasil	<ul style="list-style-type: none"> -Adultos mayores a setenta años. -Persona que padezcan enfermedades graves -Personas que con hijos menores o con personas discapacitadas a su cargo. -Mujeres embarazadas
República Dominicana	<ul style="list-style-type: none"> - Adultos mayores a setenta años de edad -Enfermedad grave terminal -Personas en estado de demencia sobreviniente con posterioridad a la comisión de la infracción -Estado de embarazo o lactancia de la mujer -Personas que padezcan adicción a las drogas o al alcohol

* Legislación sobre la ejecución de la pena en Colombia, Argentina, Brasil y República Dominicana en lo que corresponde a la prisión domiciliaria como medida alternativa a la pena privativa de libertad. Los distintos ordenamientos jurídicos analizados, establecen ciertos estándares de aplicación de esta sanción, enfocados especialmente para el caso de las personas que pertenecen a los grupos de atención prioritaria.

principalmente en el caso de las personas que fungen como jefes de hogar, o son los encargados del cuidado de un menor o personas con discapacidad. En esta línea, es necesario complementar la prisión domiciliaria con medios que, sin sobrepasar los límites de la imposición de la pena, ayuden a que la persona pueda laborar y cumplir su pena al mismo tiempo, para eso, es importante el uso de vigilancia electrónica (grillete) e incluso la presentación ante el juez que vigila el cumplimiento de su condena.

En el caso del *eje de salud*, las personas que sean sentenciadas a prisión domiciliaria, necesitan la atención de los actores del sistema penitenciario y de la entidad rectora en el ámbito; acudir con las brigadas necesarias al domicilio del penado para dar cumplimiento al eje e incluso la implementación de medidas enfocadas a la telemedicina. Prin-

cipal atención otorgará el sistema en los casos de las personas con enfermedades graves o catastróficas, para que puedan tener la atención médica adecuada según su situación.

El *eje de vinculación familiar y social*, es aquel que se ve más fortalecido en la prisión domiciliaria, pues el penado, al tener contacto con su círculo cercano y allegados, tiene la posibilidad de desarrollarse de mejor manera y consolidar su vínculo familiar y social.

En el *eje de reinserción*, la persona que se encuentra bajo el cumplimiento de la prisión domiciliaria, debe tener la misma posibilidad de acceder a regímenes de rehabilitación social y demás beneficios penitenciarios. Es la obligación del sistema crear los espacios necesarios para su reincorporación total en la sociedad.

Para que el juez considere la imposición de esta pena, deberá tener a su disposición el informe elaborado por expertos respecto a la investigación y análisis minucioso del perfil y estado del sentenciado en el ámbito laboral, familiar, social, psicológico, médico, de tal manera que al administrador de justicia se le permita entender y decidir motivadamente que con la medida impuesta no se va a evadir el cumplimiento de la pena o poner en peligro a los miembros de su núcleo familiar, personas del círculo cercano y, en general, a la comunidad.

IX. LA PRISIÓN DOMICILIARIA COMO UNA MEDIDA ALTERNATIVA A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN LA SENTENCIA N.º 209-15-JH/19 Y (ACUMULADO) DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR⁴⁵

Esta sentencia constituye un elemento esencial para entender a la prisión domiciliaria y la posibilidad de aplicarla en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Antes de establecer cuáles fueron los estándares de la Corte Constitucional para la aplicación de esta medida, es necesario mencionar de manera resumida, los hechos de los casos acumulados. El desarrollo de la sentencia se da a raíz de dos causas tratadas en sede constitucional, provienen de dos hábeas corpus presentados por el señor Ángel Laurentino Santana Macías y Franklin Wenseslao Tutaxi Chango, respectivamente.

Causa N.º 209-15-JH (Ángel Laurentino Santana Macías):

- El 13 de febrero del 2015, el juez de la Unidad Judicial de Manta, dictó prisión preventiva para el señor Ángel Santana por el delito de abuso de confianza seguido en su contra.
- El 8 de abril de 2015, el señor Ángel Santana, solicita el cambio de medida cautelar de prisión preventiva por la de arresto domiciliario, alegando el padecimiento de una enfermedad catastrófica (insuficiencia renal crónica).
- El 9 de abril del 2015, la jueza competente en la causa, oficia al director del centro de privación de libertad, a fin de que se proceda en el traslado del señor al Hospital Regional de Portoviejo para recibir el tratamiento médico.
- El 10 de abril del 2015, el accionante presente un hábeas corpus, alegando que la medida impuesta atenta contra sus derechos fundamentales (vida e integridad física) y que después del tratamiento que debe seguir tres veces por semana, necesita reposo por el decaimiento que presenta, así como la atención y cuidados fuera de los horarios en los que el personal de salud de la cárcel puede atender su situación.

⁴⁵ Corte Constitucional del Ecuador, en los N.º 209-15-JH y 359-18-JH, en sentencia N.º 209-15-JH/19, del 12 de noviembre del 2019.

Causa N.º 359-18-JH (Franklin Wenseslao Tutaxi Chango):

- El 12 de marzo del 2013, el Tribunal de Garantías Penales de Pastaza dicta sentencia condenatoria en contra del señor Franklin Tutaxi, por el delito de violación imponiendo una pena privativa de libertad de dieciséis años que debía ser cumplida en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Archidona,
- El señor es privado de su libertad desde el 18 de septiembre del 2018, el 30 de octubre de 2018, presenta una acción de hábeas corpus alegando que padece una enfermedad catastrófica, esto es, cáncer de próstata, además de diabetes y gastritis crónica, por lo que requería atención médica y cuidados especiales; en ese sentido solicitó que la pena pueda cumplirse en domicilio para cubrir sus necesidades y de esa manera no vulnerar sus derechos. El requerimiento del señor Tutaxi fue negado, recalando que se ha tomado todas las medidas para atender la situación de salud del accionante.

En primer lugar, la corte destaca la gravedad de las enfermedades que padecen ambos accionantes, calificando a las mismas como catastróficas y de tratamiento continuo que ponen en riesgo la vida de la persona privada de libertad. En este punto es necesario resaltar que, la acción de hábeas corpus presentada en ambas causas, fueron sustentadas en distintas etapas procesales, en la primera (Causa N.º 209-15-JH), se presentó la acción en virtud de una medida cautelar impuesta (prisión preventiva), mientras en la segunda (Causa N.º 359-18-JH) se accionó dentro de la etapa de ejecución de la pena (cumplimiento pena privativa de libertad). Es evidente que, para el presente trabajo investigativo, resulta importante el análisis de esta sentencia y de manera especial, en lo que se refiere a la Causa N.º 359-18-JH por requerir una medida alternativa a la pena privativa de libertad.

En el análisis de la Corte Constitucional, topa puntos fundamentales:

- Resalta los derechos de las personas que padecen enfermedades catastróficas, recordando que la constitución considera el doble estado de vulnerabilidad de las personas privadas de libertad que además tengan una enfermedad crónica.
- La sentencia condenatoria restringe los derechos que por el modo de pena impuesta necesiten limitarse, no obstante, bajo ninguna circunstancia, se puede afectar el derecho a la salud por las condiciones en las que se está ejecutando la pena, al considerar que el encarcelamiento puede agravar el estado de salud de la persona que ya padezca alguna enfermedad, colocándola en una situación de mayor vulnerabilidad a la que ya tiene.
- La Corte otorga 4 estándares bajo los cuales se considerará que el Estado tiene un eficiente sistema de salud para las personas privadas de libertad: 1) Disponibilidad –suficientes establecimientos y programas de salud–, 2) Accesibilidad –accesibilidad de hecho y de derecho–, 3) Aceptabilidad –respetuosos con la ética médica y culturalmente apropiados–, 4) Calidad –bienes y servicios de salud apropiados–.
- El derecho a la salud, garantizado por el Estado, debe considerar las situaciones específicas de cada penado, para que, la atención médica sea de calidad y otorgada directamente a través de los CPL, por parte de un adecuado personal médico; de no satisfacer las necesidades médicas de los internos, el Estado deberá implementar políticas y programas para que la persona sea atendida fuera del CPL.

En este sentido, la corte resolvió que las personas privadas de libertad, precisamente para garantizar su derecho a la salud puedan acceder a prerrogativas de forma gradual y de la siguiente manera:

1. En primer lugar, la persona accederá a los servicios de salud en los mismos centros de privación de libertad que integran el sistema de rehabilitación social a nivel nacional.
2. En el caso de que el centro de rehabilitación social no puede satisfacer las necesidades de la persona privada de libertad, la persona podrá acceder a tratamientos fuera de los centros de privación.
3. En el caso de que ninguna de las dos opciones mencionadas anteriormente pueda cubrir el derecho a la salud de la persona privada de libertad, la misma podrá acceder a medidas alternativas como *cumplir su pena en casa*.

X. CONCLUSIONES

En el avance del derecho punitivo, aparece la pena privativa de libertad como una sanción más racional en relación a los castigos corporales, encierros y aislamientos en mazmorras, pena capital, entre otras. Lastimosamente, su ejecución en los últimos años ha perjudicado fuertemente los derechos fundamentales de las PPL y ha generado una crisis insostenible en el sistema penitenciario, por lo que organismos de Corte Internacional, han recomendado insistentemente la aplicación de medidas alternativas que no pongan en riesgo los derechos de las personas sentenciadas penalmente y la sociedad misma. Es así que aparece la prisión domiciliaria como un mecanismo alternativo reconocido por instrumentos de carácter internacional y ya ejecutado en varios países de Latinoamérica.

En el Ecuador, la Constitución ecuatoriana en su artículo 77 numeral 12, reconoce la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la pena privativa de libertad, las cuales serán aplicadas de acuerdo a la ley; no obstante, el COIP como norma reguladora del poder punitivo del Estado, en su artículo 60, únicamente contempla una sección que refiere a las penas no privativas de libertad, y se señala que estas solo podrán emplearse de modo accesorio a la que establezca cada tipo penal.

Sin embargo, de algún modo, la prisión domiciliaria sí está contemplada en el Ecuador, pues existe la sentencia N.º 209-15-JH/19 y (acumulado) de la Corte Constitucional, que regula la aplicación de esta sanción, única y exclusivamente con el objeto de garantizar el derecho a la salud de las personas privadas de libertad, su aplicación será en última instancia y de forma gradual; en este sentido, si la salud de la persona privada de libertad se ve comprometida en los centros de rehabilitación social o en establecimientos de salud fuera de los mismos, podrá cumplir su pena en casa. Por lo que se ha observado que, si bien se contempla la aplicación de esta medida como una alternativa a la pena privativa de libertad, los estándares para acceder a la misma son extremadamente limitados.

El análisis de la legislación comparada, ha demostrado que la prisión domiciliaria puede ejecutarse en otros casos, además de salvaguardar el derecho a la salud de las personas privadas de libertad, en ese sentido, existe la posibilidad de aplicarla con el objetivo de cuidar el núcleo familiar, proteger el interés superior del niño y otros intereses superiores, asistir los derechos de personas vulnerables: adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con discapacidades, entre otros.

La implementación de este modo de pena en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, bajo ningún concepto se traduce en una reducción del presupuesto estatal al sistema penitenciario, pues la prisión domiciliaria no es una medida más económica en relación a la pena privativa de libertad, sino que sus objetivos van más allá: 1) reducir el dolor causado por el sistema penal, en este sentido, evitar o frenar las vulneraciones a los derechos de las personas sentenciadas penalmente, y 2) en segunda instancia, sin

descuidar que la prioridad es dar cumplimiento al primer objetivo planteado, reducir significativamente el número de personas en la cárcel.

Una vez que se introduzca normativamente esta medida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, las pautas de ejecución de la prisión domiciliaria, otorgadas por los instrumentos internacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son de importante análisis. En ese sentido, se rescatan los siguientes: 1) como medio para evitar el quebrantamiento del núcleo familiar o vulnerar el principio del interés superior del niño (hay que evaluar comportamientos parentales, impacto en la crianza del menor, no se pueden considerar estereotipos, respecto a la igualdad y no discriminación); 2) examinar los atenuantes; 3) analizar los antecedentes penales; 4) considerar la situación particular de cada persona.

Se ha establecido la utilidad de la pena y su necesidad en la sociedad por ser el único camino por el que una persona, sancionada penalmente, puede cumplir con un tratamiento penitenciario; es por esa razón que, al ejecutar la prisión domiciliaria, la rehabilitación deberá entender las características y naturaleza de esta medida, y será el Estado el responsable de garantizar todos los medios y recursos necesario para que aquello suceda.

REFERENCIAS A. BIBLIOGRÁFICAS

- Agudo Fernández, Enrique, Jaén Vallejo, Manuel y Perrino Pérez, Ángel, *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Dykinson, 2017.
- Alvarado Sánchez, Ruth, *Perspectiva histórica y problemas actuales de la institución penitenciaria en España*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2012.
- Carrara, F., *Programa de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1956.
- Chaparro, Sergio, Pérez Correa, Catalina y Youngers, Coletta, *Castigos irracionales: leyes de drogas y encarcelamiento en América Latina*, Ciudad de México, Colectivo de Estudio, Drogas y Derecho, 2017.
- Cordini, Nicolás Santiago, «La finalidad de la pena es, según Kant, ¿puramente retributiva?», *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2014, pp. 671-701.
- Córdoba Angulo, Miguel y Ruiz López, Carmen, «Teoría de la pena, Constitución y Código Penal», *Derecho Penal y Criminología*, vol. 22, núm. 71, 2001.
- Díaz Aranda, Enrique, Roxin, Claus, Gimbernat Ordeig, Enrique y Jäger, Christian, *Problemas fundamentales de la política criminal y derecho penal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- Escobar Gil, Rodrigo, «Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad», *Derecho y Humanidades*, núm. 18, 2011, pp. 41-50.
- Feijoo Sánchez, B. J., *Retribución y prevención general*, Buenos Aires, BdeF, 2007.
- Fernández Carrasquilla, J., *Derecho penal. Parte general. Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, Ibáñez, 2011.
- García Domínguez, M. Á., «Pena, disuasión, educación y moral pública», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1991, pp. 107-116.
- García Falconí, Ramiro, *Derecho penal económico*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012.
- García Ramírez, S., «Consecuencias del delito: los sustitutivos de la prisión y la reparación del daño», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2003, 427-479.
- González Harker, Luis Jorge, *Situación penitenciaria y pena privativa de libertad* (Trabajo de grado), Santa Fe de Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2000.

- Guereño, Indiana, «La prisión domiciliaria sólo para buenas madres. Análisis de una sentencia que restringe lo que la ley amplía», *Revista Pensamiento Penal*, 2012, pp. 1-13.
- Hassemer, W., *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, ConoSur Ltda., 1995.
- Krauth, S., «Sobre algunos problemas estructurales del sistema carcelario y la política criminal en Ecuador», *Defensa y Justicia*, 2021, pp. 6-9.
- Larco, Carolina, *Visiones penales y regímenes carcelarios en el Estado Liberal de 1912 a 1925*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2011.
- Mercado, Alida María Laura; Luna, Patricia Esther; Romo, Alejandra Patricia, «Ejecución de la pena privativa de la libertad bajo el régimen de la prisión domiciliaria de mujeres a cargo de niños/as menores de cinco años (primer supuesto del art. 32 inc. f de la ley 24.660). Identificación de fortalezas y debilidades del régimen. Período 2010-2016», *Colección de Investigaciones y Ensayos*, Buenos Aires.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal: Parte General* (7.ª ed.), Montevideo, Editorial BdeF, 2005.
- Rodríguez Horcajo, D., «Teoría de la pena», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 16, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2019.
- Terradillos Basoco, Juan María y Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Madrid, Praxis, 1999.
- Viri, Hernán, «Prisión domiciliaria. Su naturaleza y las reformas introducidas por la ley 26472», en Donna Edgardo A. (dir.), *Revista de Derecho Penal*, núm. 1, 2009. Rubinzal Culzoni, Santa Fe.
- Wacquant, L., *Las dos caras del gueto*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.
- Zaffaroni, Eugenio, Raúl, *Derecho penal. Parte general* (2.ª ed.), Buenos Aires, Ediar Editores, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

B. DIGITALES

- CIDH, *Personas privadas de libertad en el Ecuador*. Organización de los Estados Americanos, 2022, pp. 36-51. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Informe-PPL-Ecuador_VF.pdf.
- CIDH, *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Organización de los Estados Americanos, 2017, párr. 86. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/prisionpreventiva.pdf>.
- Walmsley, R., *World Prison Population List, twelfth edition*. London, ICPR, World Prison Brief, 2018. Obtenido de World Prison Brief. https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf

C. NORMATIVAS

- Constitución de la República del Ecuador (CRE). 2008 (Ecuador).
- Código Orgánico Integral Penal (COIP). 10 de febrero del 2014 (Ecuador).

- CIDH, *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*, 13 de marzo de 2008. <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>
- Corte Constitucional del Ecuador, en los N.º 209-15-JH y 359-18-JH, en sentencia N.º 209-15-JH/19, del 12 de noviembre del 2019.
- Corte IDH, «Caso Forneron e Hija vs. Argentina», Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012, párr. 116, 119.
- Corte IDH, «Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile», Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 109-111.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (Reglas de Tokio), 14 de diciembre de 1990.
- Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes* (Reglas de Bangkok), 16 de marzo de 2011.

D. DOCUMENTALES

- ONUDD, *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2010.



Los derechos humanos de tercera generación y su incidencia constitucional en el Ecuador

Caetano Cisneros Salcedo | [iD](#) Universidad Central del Ecuador (Ecuador)

RESUMEN El Ecuador tiene una abundante historia constitucional, si bien existen varios textos constitucionales, apenas se puede hablar de dos quiebres coyunturales sobre el modelo y punto de vista constitucional. Siguiendo esta línea, se analizan los derechos humanos de la tercera generación y su incidencia constitucional en la Constitución vigente del Ecuador. Existen temas puntuales a los derechos de primera y segunda generación, sin embargo, es menester hacer un análisis de los derechos humanos considerados de tercera generación, en virtud de que muchos de los derechos fundamentales que rigen el proceso de las garantías fundamentales se encuentran en este segmento.

PALABRAS CLAVE Derechos humanos, tercera generación, dogmática constitucional, derecho constitucional ecuatoriano, doctrina Roldós.

FECHA DE RECEPCIÓN 20/11/2022 FECHA DE APROBACIÓN 5/2/2023

Third Generation Human Rights and their constitutional incidence in Ecuador

ABSTRACT Ecuador owns vast constitutional history, although there are several constitutional texts, however, it is hardly possible to speak of two conjunctural breaks on the constitutional history. Following this line, it is necessary to approach to the third-generation human rights and their constitutional incidence in the current constitution of Ecuador. There are specific issues related to first- and second-generation rights, however, it is necessary to carry out an analysis of human rights considered to be of the third generation, since many of the fundamental rights head the process of fundamental principles and guarantees.

KEY WORDS Human rights, third generation HR, constitutional dogmatics, ecuadorian constitutional law, Roldós' doctrine.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto analizar los derechos humanos de la tercera generación y su incidencia positiva en la Constitución política ecuatoriana del 2008 (CRE), partiendo de la comprensión objetiva y la realidad jurídica que ha permitido su aplicación en la norma suprema del Estado.

En aras de comprender mejor los derechos de la tercera generación vamos a mostrar una selección de textos de varios tratadistas donde también, para mejor comprensión, hago alusión a los derechos de la primera y segunda generación, su evolución desde el contexto internacional partiendo de la Declaración de los Derechos Humanos en 1948 y por qué existe esa división de generaciones cuando la universalidad de los derechos es un hecho que nace de la historia misma del hombre en sus primeros pasos sobre la tierra.

Los valores que emanan de la Constitución del 2008 (CRE) revisten de grandeza a la libertad, igualdad, justicia, solidaridad, equidad y progreso de nuestra nación, y posibilitan el direccionamiento de la sociedad.

Probablemente después de la revisión que haré, todavía quede mucho por analizar en los aspectos jurídicos sociales ya que la negligencia del hombre ha hecho que las violaciones constantes a los postulados de pensadores que materializaron sus pensamientos en 1789 sigan reincidiendo en la conducta humana. El espíritu de la norma sigue vigente en la correcta aplicación de los derechos de tercera generación en consideración a nuestra primera Constitución que ha cumplido 147 años de vigencia y que está inspirada en todos los héroes reconocidos históricamente y en todas y todos los hombres y mujeres que diariamente hacen patria.

BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Desde el contexto histórico-sociológico-jurídico del desarrollo y evolución de los pueblos, la interpretación y la aplicación de los derechos humanos ha sido siempre el resultado de la dicotomía entre el derecho natural y el derecho positivo.

En la inscripción encontrada en el cilindro de Ciro, descubierta por Hormiz Rassam en el año 1789 (del Toro Huerta), y que actualmente lo podemos encontrar en el Museo Británico está la evidencia más antigua de la primera declaración de los derechos humanos.

La intervención humanitaria que realizó el rey de Ansan en Babilonia al conocer sobre los problemas políticos-religiosos que vivía el pueblo mesopotámico y la liberación de todos los esclavos, brindándoles las facilidades para que retornen a su patria, como es el caso de la diáspora de 50.000 judíos (Del Toro Huerta 29). Las normas establecidas por los pueblos conquistadores de sometimiento, opresión, explotación o erradicación de los pueblos conquistados así como de sus territorios, denotan el alcance y magnitud de la naturaleza de los derechos humanos en las personas por el solo hecho de existir y la obligación de los Estados de reconocer sus derechos en función de su legitimidad dentro de las diversas expresiones de sociedades jurídicamente estructuradas. Ahora bien, Ciro (Van Aggelen) entendió que jurídicamente el positivismo era darles a las personas la categoría de seres humanos reivindicando sus derechos

Desde el enfoque jurídico social las posiciones naturalistas y positivistas de los filósofos y juristas han sido objeto de infinitas modificaciones y su correcta aplicación ha estado supeditada a muchos casos significativos, esto se ha dado a medida que el hombre, en su incansable lucha por la igualdad, ha reivindicado sus derechos que se han ido plasmando poco a poco en cada una de las generaciones de derechos humanos que hoy en día conocemos.

Grandes juristas han dado definiciones muy acertadas y fáciles de comprender, pero nos basaremos en la definición proporcionada por la Organización de Naciones Unidas, la cual los define como:

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. (ONU)

Los derechos humanos universales (Menke y Pollmann) se encuentran garantizados a través de los tratados, convenios y los principios generales del derecho. El derecho internacional da el carácter de obligatorio al fiel cumplimiento y defensa de los derechos humanos a los gobiernos a fin de promover la libertad de los ciudadanos.

Los derechos humanos han sido clasificados de diversas maneras, de acuerdo con su naturaleza, origen, contenido y por la materia que refiere. La denominada teoría de las Tres Generaciones (Márquez Carrasco) es de carácter histórico y considera cronológicamente su aparición o reconocimiento por parte del orden jurídico normativo de cada país. Su división sigue las nociones centrales de las tres frases que fueron la divisa de la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad. La división de los derechos humanos en tres generaciones, fue inicialmente propuesta en 1979 por el jurista checo Karel Vasak en el Instituto Internacional de Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia. El término fue utilizado desde, al menos, noviembre de 1977. Las teorías de Vasak tenían sus raíces sobre todo en la legislación europea, ya que reflejaban principalmente los valores europeos (Vasak 77).

La primera generación incluye los derechos civiles y políticos. Estos derechos fueron los primeros en ser reconocidos legalmente a finales del siglo XVIII (Vasak 99-120), en la independencia de Estados Unidos y en la Revolución francesa, los mismos que buscaban proteger la libertad que tanto les había costado conseguir, puesto que para ello miles de hombres tuvieron que teñir con sangre la historia.

Al seguir transitando por los momentos históricos que han marcado la vida jurídica política de los seres humanos, nos trasladamos hacia finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, donde se reconoce los derechos de segunda generación, los mismos que recogen los derechos económicos, sociales y culturales (Márquez Carrasco). Estos derechos fueron poco a poco fomentándose en las legislaciones de todos los países del mundo con el fin de conseguir una igualdad real entre las personas, ofreciendo a todas las mismas oportunidades para que puedan desarrollar una vida digna. Su función consiste en promover la acción del Estado para garantizar el acceso de todos a unas condiciones de vida adecuadas. Algunos derechos de segunda generación son: el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a una vivienda digna, etc. Con ello aparece de manera conjunta el concepto de protección social, por lo tanto, el Estado prioriza la tutela de ciertos derechos fundamentales con el fin de dar un mayor ámbito de aplicación en hechos o actos que afectan la seguridad económica y el bienestar de los individuos y sus familias.

Con ello, al parecer, se entendía que todas las necesidades estaban cubiertas por los derechos humanos que hasta esa fecha se habían desarrollado y establecido, pero nadie puede predecir de manera cierta el futuro y el mundo. En un abrir y cerrar de ojos el fenómeno de la globalización empezó a cambiar de una manera muy acelerada las dinámicas sociales de las grandes urbes. El progreso acelerado de la tecnología facilitó la vida de la población, pero con ello también vinieron nuevos retos para la humanidad. En un contexto histórico podemos hablar de la aparición de la globalización, la cual es definida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua como «Proceso por el que las economías y mercados, con el desarrollo de las tecnologías de la comunicación, adquieren una dimensión mundial, de modo que dependen cada vez más de los mercados externos y menos de la acción reguladora de los Gobiernos» (RAE). Pero esta nueva idea, según Rüdiger Safranski, destaca que la globalización se desata a partir de la explosión de la bomba atómica en Hiroshima en 1945 y nace una comunidad global unida ante el terror del holocausto nazi. Entre otros datos históricos también se asocia el inicio de la globalización con la invención del chip (12 de septiembre de 1958) (Kilby), la llegada del hombre a la Luna que coincide con la primera transmisión mundial vía satélite (20 de julio de 1969), o la creación de Internet (1 de septiembre de 1969). Pero, en general, se ubica el comienzo de la globalización con el fin de la Guerra Fría,

cuando desaparece la ex Unión Soviética y el bloque de países comunistas que encabezaba, cuyo experimento fallido de colectivismo representaba el ocaso de los proyectos de sociedades cerradas y economías protegidas. Si bien la autodisolución de la Unión Soviética se produjo el 25 de diciembre de 1991, se ha generalizado simbolizarla con la caída del Muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989 (Safranski).

Con cada uno de los avances del ser humano, también se han generado dificultades, el cambio es una frase que escuchamos a diario y nos imaginamos un horizonte muy colorido en el cual las desigualdades se han superado y caminamos hacia un estado de bienestar. Existen muchos obstáculos que opacan este futuro tan brillante y frente a esto aparecen los derechos humanos de tercera generación (Menke y Pollmann 29) los cuales se han ido incorporando a la legislación de los diversos países del mundo a finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI. Pretenden fomentar la solidaridad entre los pueblos y las personas de todo el mundo. Su función (Márquez Carrasco 98) es la de promover unas relaciones pacíficas y constructivas que nos permitan afrontar los nuevos retos a los que se enfrenta la humanidad. Entre los derechos de tercera generación podemos destacar los siguientes: el derecho a la paz, el derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente limpio que todos podamos disfrutar. En este trabajo nos vamos a centrar en especial en esta generación de derechos.

Los derechos humanos de tercera generación, aparecen para complementar los derechos que ya se habían establecido, con esto nos referimos a los de primera generación, los cuales, como ya se ha manifestado buscan limitar el poder del Estado para que no intervenga de una manera absolutista y respete las libertades de los ciudadanos, básicamente se concentran en derechos de defensa de las libertades y derechos fundamentales de los seres humanos. La segunda «se traducen en derechos de participación (Teilhaberecht), que requieren una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, y se realizan a través de las técnicas jurídicas de las prestaciones y los servicios públicos» (Pérez Luño 205).

Antonio Enrique Pérez Luño (Pérez Luño) es un destacado jurista y filósofo del derecho español. Su doctrina es un iusnaturalismo crítico y dinámico. En su obra sobre las clases de derechos humanos, nos explica claramente el significado y cómo nacen los derechos de tercera generación para lo que textualmente cito sus palabras:

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida o a la libertad informática. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una tercera generación de derechos humanos complementaria de las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada «contaminación de las libertades» (liberties' pollution), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías. La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano con su contexto o marco de convivencia. Estas mutaciones no han dejado de incidir en la esfera de los derechos humanos. (Pérez Luño 206)

Como podemos comprender claramente, el principio de igualdad fue la guía para la implantación de los derechos de primera generación, los derechos de segunda generación se fundamentaron de manera evidente en la igualdad, y finalmente los derechos de tercera generación en la solidaridad, puesto que buscan resaltar de una manera positiva la imagen del ser humano el cual se ha convertido en punto fundamental de la sociedad y de los intereses del Estado. El doctor Pérez Luño resalta visiblemente esta concepción diciendo que «[...] sólo mediante un espíritu solidario de sinergia, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer

plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida, o a la libertad informática [...]» (Pérez Luño 211)

Al analizar los principios en los cuales se han fundamentado los derechos humanos, rápidamente surge la comparación con la Revolución francesa y el año de 1879, donde el pueblo reclamaba libertad, igualdad, pero para conseguirlo tuvieron que luchar como un pueblo unido eliminando las clases sociales y el abuso del poder, es allí cuando nace la «fraternidad» que hoy en día es definido por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como «Amistad o afecto entre hermanos o entre quienes se tratan como tales» (RAE).

Para que un Estado o nación pueda salir adelante siempre es de vital importancia la implementación de estos tres principios que han sido brevemente conceptualizados. Un mundo en el cual la paz mundial suena como un sueño utópico lo podemos realizar siempre y cuando se llegue a respetar a todas las personas en su integridad física, psicológica y jurídica; todos los días escuchamos en los periódicos, en los noticieros y ahora en las redes sociales frases que nos alientan para llegar al éxito, pero muchas veces sin importarnos los demás, es verdad que no se puede realizar un cambio a nivel macro por más que se lo intente, pero sí podemos realizarlo cambiando nuestra manera de actuar y pensar, tomando en cuenta que nuestros derechos terminan donde los derechos de los demás inician.

Para ello, el mundo después de grandes momentos que han marcado de una manera muy triste y desoladora la historia como lo es el Holocausto, el bombardeo nuclear en Nagasaki e Hiroshima (Junod), entre otros acontecimientos que se dieron antes y durante los años de 1939 y 1945, busca un ordenamiento jurídico que detenga este tipo de hechos.

Después de la Segunda Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, la comunidad internacional se comprometió a no permitir nunca más atrocidades como las sucedidas en ese conflicto. Los líderes del mundo decidieron complementar la Carta de las Naciones Unidas con una hoja de ruta para garantizar los derechos de todas las personas en cualquier lugar y en todo momento (Del Toro Huerta). El documento que más tarde pasaría a ser la Declaración Universal de Derechos Humanos, que fue ratificada por la resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948.

La Declaración de los Derechos Humanos (ONU), en su preámbulo, expresa claramente los aspectos que han llevado a su creación, así como también, lo que buscan lograr para que las mujeres y hombres alcancen su pleno desarrollo sin ningún tipo de violación a sus derechos y lo establece de la siguiente manera.

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión (ONU).

Los derechos establecidos en esta declaratoria deberán ser constitucionalizados en cada nación para que el Estado sea quien tutele y dé garantías de protección a los derechos humanos. El Ecuador no es ajeno a ello y en 1979 el presidente Jaime Roldós Aguilera en sus discursos hacía mucho énfasis en la protección de ellos (*Roldós y los derechos humanos: la carta de conducta de Riobamba*), y hoy en día tenemos una de las Constituciones más garantistas en cuanto a los derechos humanos.

LOS DERECHOS HUMANOS DE TERCERA GENERACIÓN EN EL ECUADOR

El Ecuador, con 187 años de vida republicana, se ha enfrentado a grandes cambios constitucionales, los cuales han llevado a la implementación de 20 cartas magnas, en 1830 se dicta la primera Constitución luego de su separación de la Gran Colombia. Se establece las bases del Estado considerándolo unitario, presidencial, centralizado y con una división de poderes tripartita (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Las Constituciones ecuatorianas se pueden dividir en dos grandes grupos: la primera, que abarca el constitucionalismo clásico que va desde el año de 1830 hasta 1906 donde encontramos 12 Constituciones, que se fundamentan en los ideales de la independencia de Norteamérica y de la Revolución francesa, cuyo ordenamiento jurídico busca fundamentarse en los principios de legalidad y de constitucionalismo.

En este lapso se registran 3 cartas políticas del Floreanismo (1830, 1835 y 1843) esta última conocida como La Carta de la Esclavitud; en el período Marcista 3, las de 1845, 1851 y 1852; en el Garciano, 2 Constituciones, de 1861 y 1869 (Carta Negra); en el período Posgarciano la de 1878; período Progresista, la de 1884; período liberal con 2 Cartas Políticas, en 1897 y 1906, en el que termina el constitucionalismo clásico con la formación del Estado de corte liberal. (Blacio Aguirre 08)

La segunda etapa se denomina el constitucionalismo social, comprende desde 1929 hasta el 2008. En este periodo se reconocen los derechos de segunda generación considerados como económicos, sociales y culturales (Ávila Ordóñez y Corredores Ledezma). El Estado subsidia ciertas necesidades de la población en general. En la Constitución de 1929 se establece que el sufragio sea propiamente universal al incorporar a la mujer a los derechos políticos. La Constitución de 1978-79 elimina el requisito de saber leer y escribir para ser ciudadano (Ayala Mora 65). Para analizar la historia del Ecuador en un contexto jurídico, debemos fijarnos en dos grandes acontecimientos dentro de la modernización del estado.

El primero se debe al bum petrolero que se da en los años setenta y la coyuntura de auge de los precios, además de otras materias primas, esto es importante resaltar puesto que la vida constitucional del Ecuador está marcada por objetivos políticos antes que jurídicos o sociales, las constituciones se dictan para favorecer al régimen político que ingresa al gobierno. (Custode 120)

El Ecuador para llegar hasta nuestros días ha tenido que pasar por varios momentos históricos que marcan de manera radical la vida político jurídica social del país, entre los más importantes podemos resaltar. La separación de la Gran Colombia en el año de 1830; se dicta la primera Constitución realizada en la ciudad de Riobamba; la presidencia de Gabriel García Moreno; la revolución liberal; etapas de dictaduras militares; la presidencia de Jaime Roldos Aguilera (Uharte Pozas), con la cual el país vuelve al camino democrático. En el presente trabajo de investigación revisaremos los últimos 10 años de vida constitucional.

El retorno a la democracia en 1979 cambio la perspectiva en las aspiraciones de un pueblo que no se ajustaba a los modelos de gobernabilidad tipo militar. Sin duda contar con gobiernos democráticos es por hoy la forma de gobernabilidad más apropiada en comparación con regímenes autoritarios (Ayala Mora 180). En el Ecuador se podría afirmar que la democracia es todavía un reto por alcanzarse, pues no se limita a los aspectos formales de elección periódica de sus gobernantes, sino a una efectiva democratización de la sociedad, marcada por profundas inequidades y lógicas de subordinación.

Los derechos humanos son precisamente un parámetro clave para mirar el alcance del desarrollo democrático de una sociedad. Además, no se trata de mirar solamente los derechos civiles y políticos, sino la integralidad e indivisibilidad del conjunto de derechos humanos. Así también, es mirarlos no solo en lo que respecta al marco normativo, sino en los alcances logrados para su goce efectivo, que generalmente son resultado de las demandas de la sociedad, a ello se le suma hoy en día los derechos de tercera gene-

ración, que en el país deben constituirse en una realidad puesto que en nuestra heredad cultural tenemos las mingas, los trabajos comunitarios, el cuidado del medio ambiente, el amor por la Pacha Mama o madre tierra. A todos estos principios debemos darles un mayor realce y ponerlos en la práctica diaria, para seguir siendo esa nación con deseos de triunfar a pesar de los múltiples obstáculos, ese Ecuador unido como un solo puño, ese Ecuador que vista la camiseta tricolor todos los días y no solo cuando tenemos un espectáculo deportivo, ese Ecuador heroico y trabajador.

En 2006 el Ecuador vivía una época de mucha inestabilidad política y descontento en las políticas públicas. Las necesidades sociales no eran cubiertas por la pésima distribución del presupuesto por parte de los encargados de administrarlos, es por ello por lo que aparece un nuevo movimiento político con ideales innovadores y que buscaba dar solución a toda esta problemática, como es la llamada Revolución Ciudadana (Ayala Mora 130-132), que logra conseguir el triunfo por medio de la decisión popular expresada en las urnas en el año 2007.

Al iniciar su período de gobierno, propuso el cambio de la Constitución para ser un país garantista de los derechos humanos. Con estos antecedentes, el 28 de septiembre del 2008 el país volvió a las urnas, esta vez para aprobar o rechazar la nueva carta magna que sustituye de manera categórica a la de 1998. El resultado del referéndum fue la aprobación de la Constitución de 2008 con un apoyo de más del 63% de los votantes, la cual fue publicada por el poder Ejecutivo en el Registro Oficial y puesta en vigencia el 20 de octubre de ese año (TGU).

La nueva Constitución que comenzó a marcar la convivencia en el Ecuador vino impregnada con nuevas ideas, que llamaron mucho la atención y pusieron los ojos del mundo en el Ecuador, pues en el preámbulo del máximo cuerpo legal aparece ya de una manera muy clara el respeto a los nuevos derechos implementados, como son los derechos de tercera generación.

[...] nosotras y nosotros, el pueblo soberano del Ecuador reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos, celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia, invocando el nombre de Dios y reconociendo nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad, apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad, como herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo, y con un profundo compromiso con el presente y el futuro, decidimos construir una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana –sueño de Bolívar y Alfaro–, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra. (CRE)

Los derechos de tercera generación (Custode), también conocidos como derechos de solidaridad o de los pueblos, contemplan cuestiones de carácter supranacional como el derecho a la paz y a un medio ambiente sano. El contenido de estos derechos no está totalmente determinado. Los derechos de los pueblos se encuentran en proceso de definición y están consagrados en diversas disposiciones de algunas convenciones internacionales.

Según Antonio Enrique Pérez Luño (Las generaciones de derechos humanos 115), los derechos de tercera generación son los siguientes:

- Derecho a la autodeterminación
- Derecho a la independencia económica y política
- Derecho a la identidad nacional y cultural
- Derecho a la paz
- Derecho a la coexistencia pacífica
- Derecho al entendimiento y confianza

- La cooperación internacional y regional
- La justicia internacional
- El uso de los avances de las ciencias y la tecnología
- La solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos
- El medio ambiente
- El patrimonio común de la humanidad
- El desarrollo que permita una vida digna

Como primer punto encontramos el derecho a la autodeterminación, el cual es definido por la Real Academia de la Lengua Española como «el derecho que tiene un pueblo de escoger la forma de gobierno que considere conveniente» (RAE). Para ampliar este concepto recurrimos a la doctrina en derechos humanos, la cual define como el derecho que tienen todos los pueblos para determinar o elegir libremente su condición política, entendiéndose como la facultad de los pueblos para definir quién los gobierna y, por ende, decidir su modelo económico y social. Esta acepción del derecho de autodeterminación coincide con el principio de democracia y el principio de no intervención, puesto que solo el pueblo es el soberano de un Estado y tiene la competencia de elegir su modelo político.

El derecho a la autodeterminación en la Constitución ecuatoriana del 2008, lo encontramos establecido en el título IV (Participación y Organización), capítulo primero (Participación en democracia), en el artículo 96.

Art. 96.- Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos. Las organizaciones podrán articularse en diferentes niveles para fortalecer el poder ciudadano y sus formas de expresión; deberán garantizar la democracia interna, la alternabilidad de sus dirigentes y la rendición de cuentas. (CRE)

Los derechos de tercera generación abarcan un punto de suma importancia para las decisiones económicas y políticas de un país, puesto que reconocen las libertades de estos dos puntos tan importantes y controversiales a la vez, recurriendo a la interpretación literal de los términos, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua la expresión libertad se define como la «Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos» (RAE)

Con este preámbulo podemos comprender de mejor manera que el derecho a la libertad económica y política, se refiere al derecho que tienen los individuos y las naciones de ser autónomos y soberanos en sus decisiones políticas y económicas sin depender de ninguna otra persona ni potencia. La libertad política debe darse en el marco de la lucha por la democracia, en todos sus sentidos, debe ser permanente y constante, es incompatible con cualquier sistema dictatorial o totalitario. Dentro del aspecto económico podemos decir que el Estado debe proporcionar las facilidades para un desarrollo sostenible y sustentable de los ciudadanos. En el marco constitucional esto lo encontramos referido en el artículo 319 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, el cual establece claramente lo siguiente:

Art. 319.- Se reconocen diversas formas de organización de la producción en la economía, entre otras las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas.

El Estado promoverá las formas de producción que aseguren el buen vivir de la población y desincentivará aquellas que atenten contra sus derechos o los de la naturaleza; alentará la producción que satisfaga la demanda interna y garantice una activa participación del Ecuador en el contexto internacional. (CRE)

Además de ello, en el artículo 66 numeral 15 del mismo cuerpo legal. «El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental». (CRE)

De acuerdo al positivismo jurídico, es necesario una norma para la aplicación de la Constitución en nuestro sistema jurídico, la ley que da apoyo a la Constitución en cuanto al artículo anteriormente mencionado es la Ley de Economía Popular y Solidaria en su artículo sexto el cual expresa claramente que el Estado debe respetar formas de organización de la economía popular y solidaria.

Art. 6.- El Estado respeta la pluralidad de formas de organización de la economía popular y solidaria y garantiza su autonomía, independencia, libre desarrollo y ejercicio de cualquier actividad económica lícita, en el marco de la normativa que las regula. (LEPS)

La identidad nacional y cultural ha tomado gran importancia en la actualidad ya que permite reconocer y respetar a los pueblos y nacionalidades que por años han sido segregadas de la vida constitucional, además de ello en el país se ha puesto como un punto muy elevado para lograr conseguir el buen vivir, para una mejor comprensión recurrimos a la definición literal de las palabras. Según la Real Academia de la Lengua Española, identidad se define como el «Conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás» (RAE). Dentro de la Constitución ecuatorial se reconoce la identidad de todos los pueblos, pero va mucho más allá, puesto que dentro del régimen de desarrollo establecido en el artículo 276, numeral 7, procura promover las manifestaciones culturales.

7. Proteger y promover la diversidad cultural y respetar sus espacios de reproducción e intercambio recuperar, preservar y acrecentar la memoria social y el patrimonio cultural. (CRE)

Tomamos en cuenta este numeral puesto que la principal manera de manifestar la identidad nacional y cultural de un pueblo, se da través del idioma, las tradiciones y costumbres, la historia común, los valores generales, las aspiraciones como pueblo, la composición étnica de los habitantes, la cultura específica que ellos han generado, etc. Y como es de conocimiento general nuestro país es muy rico en cuanto a cultura y tradición. Por ello es de vital importancia participar en las actividades culturales ya que nutre de mejor manera nuestra identidad nacional y cultural, y esto se encuentra establecido en las responsabilidades que debemos realizar los ciudadanos en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador en su numeral 7 el cual establece textualmente «El derecho a participar en la vida cultural de la comunidad» (CRE).

Coexistencia pacífica es un término de política internacional mencionado por el dirigente soviético Nikita Jrushchov para hacer referencia a las relaciones que habrían de mantener en el futuro la Unión Soviética y Estados Unidos, con esto se puede definir, que es la relación que existe entre países sin importar la ideología para la resolución pacífica de conflictos. La coexistencia pacífica constituye una necesidad objetiva del desarrollo de la sociedad humana actual y responde a los intereses vitales de los pueblos de todo el mundo. Lo fundamental en la coexistencia pacífica de los Estados con diverso régimen social es la renuncia a la guerra como medio de resolver los litigios internacionales y su solución por vía pacífica. Dentro de la legislación ecuatoriana encontramos establecido en la Constitución de la República del Ecuador del 2008 en el artículo 416, numeral segundo.

Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia:
2. Propugna la solución pacífica de las controversias y los conflictos internacionales, y rechaza la amenaza o el uso de la fuerza para resolverlos. (CRE)

Las relaciones del Estado ecuatoriano debe responder a los intereses del pueblo, la igualdad de derechos entre los Estados, la comprensión mutua y la confianza entre unos y

otros; el tomar en consideración los intereses de ambas partes, la no injerencia en los asuntos internos, el estricto respeto de la soberanía y la integridad territorial de todos los Estados; el desarrollo de la colaboración económica y cultural basada en la plena igualdad y la ventaja mutua.

La cooperación internacional y regional la Organización de las Naciones Unidas los define visiblemente como:

La cooperación internacional configura un amplio campo de movilización de recursos asociativos, técnicos y financieros basados en compromisos de apoyo mutuo donde concurren donantes, gobiernos, la sociedad civil y el sector privado.

Cooperar supone un marco de entendimiento sobre objetivos y compromisos entre actores; y la disponibilidad de mecanismos y procedimientos para el acceso a los recursos, los que generalmente consisten en proyectos de financiamiento, procesos de apoyo técnico y articulación de redes de conocimiento, incidencia y fomento de valores y buenas prácticas. (ONU)

Con esta amplia definición dentro de la Constitución al ser un país garantista y con el modelo ideológico que se maneja se busca una integración regional tal como lo expresaba el libertador Simón Bolívar, esto lo establece nuestra Carta Magna en el título VII, Relaciones Internacionales, capítulo primero, en su artículo 416, específicamente en su numeral 11, que expresa «Impulsa prioritariamente la integración política, cultural y económica de la región andina, de América del Sur y de Latinoamérica» (CRE).

La integración con los países de América Latina y el Caribe deben darse dentro de un objetivo estratégico y debe impulsar los aspectos que señala el artículo 423, en su numeral primero.

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado. (CRE)

Los problemas alimenticios, demográficos, educativos han sido grandes retos que se han planteado a los gobiernos desde muchos años atrás, puesto que muchas veces la producción no cubre la demanda nacional y esto se agudiza con elevadas tasas de natalidad lo que produce un excedente de población, como consecuencia de ello el Estado no puede subsidiar todas las necesidades, como lo es la educación, estos elementos se fusionan y generan grandes cadenas de pobreza que van frenando el desarrollo de la población, frente a ello el gobierno ecuatoriano ha planteado con su idea socialista dentro de la Constitución capítulos especializados para tratar cada uno de los temas.

Dentro de esto podemos señalar como primer punto la alimentación, lo cual se entiende como la ingestión de alimento por parte de los organismos para proveerse de sus necesidades alimenticias, fundamentalmente para conseguir energía y desarrollarse, en el artículo 281 de nuestra Constitución nos establece una soberanía alimentaria que busca instituir los mecanismos adecuados para alcanzar la autosuficiencia de alimentos sanos.

Art. 281.- La soberanía alimentaria constituye un objetivo estratégico y una obligación del Estado para garantizar que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos y culturalmente apropiado de forma permanente. (CRE)

La soberanía alimentaria y la nutrición están ligados de una manera directa, cuando los alimentos disminuyen, la higiene, la inocuidad y la nutrición a menudo se desatenden; la población adopta dietas menos nutritivas y consume más alimentos insalubres, en que los peligros químicos, microbiológicos, zoonóticos y otros plantean riesgos para la salud (OMS, 2017).

Como segundo punto, dentro de estos problemas que se buscan superar son las dificultades demográficas, lo cual se define como el *estudio estadístico de la población humana según estado y distribución en un momento determinado* (RAE, 2017), este tema es de vital importancia ya que en base a ello se puede designar los niveles de desarro-

llo que se pueden obtener y las dificultades considerando la natalidad y mortalidad lo cual va encaminado directamente a la autodeterminación de los pueblos. El Estado ecuatoriano ha buscado la manera de enfrentar los problemas demográficos y por ello ha establecido en el artículo 391 de la Constitución que es responsabilidad del Estado dictar políticas demográficas que contribuyan al desarrollo territorial del Ecuador.

Art. 391.- El Estado generará y aplicará políticas demográficas que contribuyan a un desarrollo territorial e intergeneracional equilibrado y garanticen la protección del ambiente y la seguridad de la población, en el marco del respeto a la autodeterminación de las personas y a la diversidad. (CRE)

Para un mayor entendimiento de ello podemos tomar como ejemplo a la nación de China, la cual por sus altos índices de población genera leyes para frenar el crecimiento de la misma, hasta hace dos años atrás estaba en vigencia la ley del hijo único, dentro de la cual el Estado solo tutelaba al primogénito esto se dio para frenar la alta natalidad que el país vivía, pero a partir del 2013 la población económicamente activa decayó y por ello el país asiático derogó esta ley permitiendo a la población más de un hijo como máximo dos.

«La Educación es el arma más poderosa que puedes tener para cambiar el mundo» (Mandela, 1982), con esta frase se nos hace muy fácil adentrarnos en el campo de la educación ya que es la única forma para ir hacia la autodeterminación y mantener un nivel de desarrollo dentro de la sociedad, en nuestro país la educación ha sido un tema demasiado controversial ya que la historia nos muestra que los procesos educativos se han ido cambiando en función de los gobiernos que ingresan al poder, muchos han ofrecido kits educativos, libros gratis, mochilas, uniformes, entre otros pero solo para mantener a la población convencida que su idea de gobierno es la mejor, no se han centrado en el pénsum de estudio hoy en día a pesar de que se le ha dado un mayor realce a la meritocracia, y por ende a la educación, no se alcanza un nivel competitivo con los demás países que tienen un gran desarrollo educacional.

En la Constitución ecuatoriana de 2008, se establece en el artículo 343 que el Estado es el encargado de velar por el derecho a la educación para alcanzar el desarrollo de la población.

Art. 343.- El sistema nacional de educación tendrá como finalidad el desarrollo de capacidades y potencialidades individuales y colectivas de la población, que posibiliten el aprendizaje, y la generación y utilización de conocimientos, técnicas, saberes, artes y cultura. El sistema tendrá como centro al sujeto que aprende, y funcionará de manera flexible y dinámica, incluyente, eficaz y eficiente. El sistema nacional de educación integrará una visión intercultural acorde con la diversidad geográfica, cultural y lingüística del país, y el respeto a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades. (CRE)

Lo más importante y que se debe resaltar es el tema de la interculturalidad, puesto que por medio de ello se puede alcanzar mejores niveles de integración nacional y respeto a todos los grupos que conforman nuestro país, esto es de vital importancia para alcanzar el tan anhelado desarrollo. En nuestra nación, si llegáramos a unirnos todos dejando de lado la ideología política, religiosa y quitando las barreras económicas, seríamos fácilmente una de las potencias emergentes; aunque tiene un tono de utopía, es algo que se puede realizar en el Ecuador y solo la educación generara una población más consciente y unida.

El último tema, pero a la vez el más importante es el medio ambiente. Primero, debemos empezar con una gran reflexión a pesar de que se lleguen a reivindicar todos los derechos y firmar cientos de tratados para tutelar los mismos, todo esto no será posible si no se emiten políticas y sanciones para el cuidado del medio ambiente puesto que el medio ambiente se define como el «conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades» (RAE).

El problema del cambio climático es un factor que afecta de manera directa al medio ambiente, y esto inicia a mediados del siglo XVIII con la revolución industrial que se inicia en el Reino Unido y años más tarde se extiende a gran parte de Europa Occidental y Norteamérica cuando el hombre con su potencial destructivo amenaza al medio ambiente, con la finalidad de aumentar y mejorar su producción, pero en esos años el sistema capitalista estaba en su mayor apogeo, los modelos sostenibles y sustentables eran casi nulos o desconocidos.

Dos siglos más tarde, el mundo inicia a tener un grado de conciencia frente al cambio climático y busca generar sistemas normativos para frenar la contaminación que garanticen el uso de recursos naturales de una manera sostenible y sobre todo que la producción no afecte tanto al medio ambiente. Pero todo ello ha sido un tanto inútil pues el cambio climático avanza con fuerza y todos los días es alarmante como en los noticieros, periódicos observamos noticias sobre el calentamiento global. Según el cuarto informe de Evaluación Global, realizado por el grupo «*Intergovernmental Panel on Climate Change*», en 2020; órgano constituido por las Naciones Unidas, nos dice que el calentamiento de la tierra ya es un fenómeno evidente y lo podemos presenciar en el aumento del nivel de los mares como consecuencia del derretimiento de los casquetes polares, el dato que más nos llamó la atención y es muy alarmante es que en este siglo aumentará la temperatura del planeta entre 1,6 y 4 grados (ONU).

Con estos antecedentes y varias cumbres internacionales para abordar el tema el Estado ecuatoriano ha sido uno de los principales países que ha incluido en su Constitución el tema referente al medio ambiente, pero es mucho más interesante que lo asocia con el patrimonio natural, que se entiende como el territorio de los pueblos ancestrales que han protegido celosos el tesoro natural que han heredado de sus generaciones pasadas.

En la Constitución del Ecuador encontramos expresado claramente en el artículo 404 cómo el Estado busca tutelar los derechos del medio ambiente formulando lo siguiente:

Art. 404.- El patrimonio natural del Ecuador único e invaluable comprende, entre otras, las formaciones físicas, biológicas y geológicas cuyo valor desde el punto de vista ambiental, científico, cultural o paisajístico exige su protección, conservación, recuperación y promoción. Su gestión se sujetará a los principios y garantías consagrados en la Constitución y se llevará a cabo de acuerdo al ordenamiento territorial y una zonificación ecológica, de acuerdo con la ley. (CRE)

Debemos aprender a cuidar el medio ambiente ya que es nuestro único hogar, el sistema político que se implemente no debe variar nuestra forma de convivencia con la madre naturaleza ya sean capitalistas o socialistas el medio ambiente debe tener siempre un lugar de privilegio en la tutela de derechos. Si hoy en día no cuidamos nuestro planeta el día de mañana nuestras futuras generaciones vivirán momentos muy lamentables ya que el agua, el aire estarán totalmente contaminados y serán instrumentos inútiles para la vida. Cada ciudadano en el mundo va encaminado a buscar el éxito y muchas veces no importa lo que se deba hacer para conseguirlo, pero esto no debe ser así, debemos aprender a respetar y cuidar el medio ambiente y respetar la Constitución como instrumento de convivencia. «Si siendo buena persona llegas al éxito, el éxito es ser buena persona» (ONU).

CONCLUSIONES

De todo lo anteriormente anotado se puede determinar que los derechos humanos, por ser inherentes al hombre, en razón de su existencia es poseedor de estos derechos y que puede materializarlos en el momento en que los considere oportunos sin tomar en cuenta que las instituciones positivistas son las encargadas de su correcta aplicación como entidades estatales.

La inobservancia y el incumplimiento de los derechos de la tercera generación que se forma por los conocidos derechos de solidaridad o derechos de los pueblos nacen de una urgente colaboración entre los pueblos del mundo. Dentro de estos derechos se encuentran la cooperación internacional y regional que constituyen un aporte fundamental en la eficacia y eficiencia de la justicia materializada a través de la Corte Internacional Penal y sus alcances en cuanto a la jurisdicción y la competencia sobre los crímenes contra la humanidad. Entender el alcance humanitario de la norma que está sobre los efectos jurídicos es generar conciencia de manera individual y global de los hombres para los hombres y mientras que estos existan la justicia podrá ser manipulada por intereses particulares o generales, pero jamás desaparecerá y es ahí donde la norma suprema de nuestro Estado impera de manera objetiva para reivindicar estos derechos de carácter subjetivo.

El Estado ecuatoriano consciente de la urgente necesidad de una reestructuración de la justicia y del pensamiento jurídico social de sus administradores, la atención inmediata a los problemas de grupos vulnerables que por muchos años fueron desatendidos y que podían convertirse en identidades culturales agresivas a la sociedad, entendió que los derechos de la tercera generación en la Constitución del 2008 coadyuvan y restituyen la legitimidad en el accionar de las y los ecuatorianos en su diario convivir respetando las distintas formas de ser y actuar de todos y de todas sin distinciones de ninguna clase, quizás las políticas públicas todavía no estén correctamente direccionadas para obtener resultados efectivos en la conciencia de las personas, sin embargo, a través de este trabajo de investigación dejo la posibilidad de entender que lo humano de cada ser está en la concepción racional de estos derechos que por su naturaleza deben ser objetivados no solo desde el conocimiento de la norma, sino de la concienciación de las mismas ya que nuestra Constitución nos da la posibilidad de sentir las y entenderlas para poder aplicarlas.

REFERENCIAS

- Ávila Ordóñez, María Paz y María Belén Corredores Ledezma. *Los derechos colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. [20 de 07 de 2022]. <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/55611.pdf>
- Ayala Mora, Enrique. *Evolución constitucional del Ecuador: rasgos históricos*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2018.
- Blacio Aguirre, Galo Stalin. «La protección de los derechos en la historia constitucional ecuatoriana». *Sur Academia* 2 (2014): 6-17. [20 de 07 de 2022]. <https://revistas.unl.edu.ec/index.php/suracademia/article/download/15/14/42>
- CRE. *Constitucion de la República del Ecuador*. 2008.
- Custode, D. *Democracia, derechos humanos e instituciones en Ecuador*. PDDHE, 2017.
- Del Toro Huerta, Mauricio Iván. *La declaración universal de derechos humanos: un texto multidimensional 2.º fascículo*. México D. F.: D. R. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- Junod, Marcel. *Le troisieme combattant «El desastre de Hiroshima»*. París: ICRC, 1961. <https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irre-230-junod.pdf>
- Kilby, Jack. *El precursor de los microchips*. Vol. 16. ACIMED, 2007. 3 vols. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1024-94352007000900015&lng=es&nrm=iso

- Márquez Carrasco, Carmen. *Logros y desafíos en el 60 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Núm. 52. Universidad de Deusto, 2008.
- Menke, Christoph y Arnd Pollmann. *Filosofía de los derechos humano*. Herder, 2010.
- ONU. *Cuarto informe de evaluación sobre el cambio climático*. ONU, 2020. [20 de 07 de 2022]. <https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/2020/02/ar4-wg1-sum-vol-sp.pdf>
- ONU. *What are human rights*. 17 de 04 de 2017. 16 de 07 de 2022. <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>>.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Las generaciones de derechos humanos*. España: Universidad de Sevilla, 1991.
- RAE. *Real Academia de la Lengua Española*. España: Globalización, 2017.
- Redacción. *Roldós y los derechos humanos: la carta de conducta de Riobamba*. Ed. Plan V. 25 de 05 de 2015. Online. [20 de 07 de 2022]. <https://www.planv.com.ec/historias/politica/roldos-y-derechos-humanos-la-carta-conducta>
- Safranski, R. *Wieviel Globalisierung verträgt der Mensch*. Alemania, 2003.
- TGU. *Political Database of the Americas - Resultados electorales 2008*. Washington D. C.: Georgetown University, 2008. [20 de 07 de 2022]. <https://pdba.georgetown.edu/Elecdata/Ecuador/refconst08.html>
- Uharte Pozas, Luis Miguel. «Ecuador siglo XXI: una nueva narrativa democrática». *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*. Núm. Especial: América Latina (2013): 1-21.
- Van Aggelen, Johannes. *Implementtion of the article 28 of the Universal Declaration of Human Rights by U. N. Confernces in the 1990s*. Vol. 30. L. & Polý, 2008-2009.
- Vasak, Karel. *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*. Francia: Francia 199, 1999.



La expansión del derecho penal en las nuevas tecnologías

Vanessa Osorio Redrobán | [iD](#) Investigadora independiente (Ecuador)

RESUMEN La tipificación irracional de nuevos delitos sin tener en consideración los principios limitadores del *ius puniendi* ha provocado la proliferación del denominado expansionismo penal, deslegitimando de esa forma la intervención del poder punitivo. Por ello, resulta imprescindible analizar los factores que provocan la expansión irracional del derecho penal, entre los cuales están: las exigencias internacionales, el sentimiento de inseguridad ciudadana, así como el populismo punitivo. Adicionalmente dentro del presente trabajo se destinará unas líneas para plantear las consecuencias de este fenómeno de expansión penal, como el incremento del derecho penal simbólico, así como la vulneración directa de principios; ejemplo de ello, el delito de *child grooming*, incluido en la legislación penal española en el año 2015, del cual se realizará un análisis dogmático-penal.

PALABRAS CLAVE Expansionismo penal, deslegitimación, principios, *child grooming*, poder punitivo, tipificación.

FECHA DE RECEPCIÓN 8/12/2023

FECHA DE APROBACIÓN 17/01/2023

The expansion of criminal law in new technologies

ABSTRACT The irrational typification of new principles without taking into account the limitations of the *Ius puniendi* has caused the derivative of the so-called penal expansionism, thus delegitimizing the intervention of punitive power. Therefore, it is essential to analyze the factors that cause the irrational expansion of Criminal Law, among which are: international demands, the feeling of citizen insecurity, as well as punitive populism. Additionally, within the present work, some lines will be allocated to raise the consequences of this phenomenon of criminal expansion such as: the increase in Symbolic Criminal Law, as well as the direct violation of principles; An example of this is the crime of *child grooming*, included in Spanish criminal law in 2015, of which a dogmatic-criminal analysis will be carried out.

KEY WORDS Criminal expansionism, delegitimization, principles, *child grooming*, punitive power, typification.

INTRODUCCIÓN

La expansión del derecho penal se ha ido proliferando de una manera precipitada, llegando a normalizar de alguna manera la tipificación de conductas que en ocasiones ni siquiera se configuran realmente en un delito, ni tampoco llegan a poseer un bien jurídico objeto de protección penal definido.

Al referirnos al término expansión, como bien lo señala Silva Sánchez, «no es complicado constatar la existencia de una tendencia claramente dominante en la legislación en los países hacia la introducción de nuevos tipos penales, así como una agravación de los ya existentes».¹

Sin lugar a duda uno de los ámbitos a los que ha llegado el expansionismo penal es al campo de las nuevas tecnologías, por ello, dentro del presente trabajo se busca demostrar la evolución extralimitada que el derecho penal ha tenido en dicho campo, causándole una serie de consecuencias negativas como, por ejemplo, la vulneración de principios limitadores del *ius puniendi*.

Entre las causas que provocan el expansionismo penal tenemos: la búsqueda de potencializar la intervención estatal a través del poder punitivo para eliminar la sensación de inseguridad que existe en la sociedad (populismo punitivo) y tranquilizar la opinión pública, aunque esto suponga obtener como consecuencia la creación de un derecho penal simbólico.

Como bien lo menciona Silva Sánchez, «nuestra sociedad puede definirse como la sociedad de la inseguridad sentida, o como la sociedad del miedo; uno de los rasgos más significativos de las sociedades de la era posindustrial es la sensación general de inseguridad».²

La sociedad actual aparece caracterizada básicamente por un marco económico rápidamente cambiante y por la aparición de avances tecnológicos, la criminalidad asociada a los medios informáticos y a internet (la llamada ciberdelincuencia), es seguramente, el mejor ejemplo de evolución.³

Como consecuencia del expansionismo precipitado e irracional del derecho penal y las largas condenas de prisión, se agudiza el hacinamiento en las cárceles, hacinamiento carcelario que no parece ser de importancia a los que diseñan la política criminal.

La intervención del derecho penal en el sector de las nuevas tecnologías responde a la búsqueda de un aseguramiento de la punición de ilícitos clásicos ahora fácilmente realizables mediante estos medios tecnológicos.

El derecho penal juega un papel fundamental para construir el encaje entre los artefactos tecnológicos y su contexto social, los avances en el ámbito de lo que convencionalmente se califica como tecnológico requiere inevitablemente el reajuste de conductas humanas existentes, las instituciones y sus relaciones jurídicas.⁴

En España el delito de *child grooming* es uno de los que mayor controversia ha generado en el ámbito doctrinal, por ser considerado un ejemplo del expansionismo penal irracional; por ello, en el presente artículo se analizará la inclusión de dicho delito en la legislación española.

FACTORES QUE PROVOCAN EL EXPANSIONISMO PENAL

SENTIMIENTO DE INSEGURIDAD CIUDADANA

Lamentablemente vivimos en una constante sensación de inseguridad, en función de que los medios de comunicación muchas veces distorsionan la realidad y con eso potencian el miedo de una determinada población.

1 Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades posindustriales* (3.ª ed.), Madrid, Edisofer, 2011, p. 3.

2 *Ibidem*, p. 8.

3 *Ibidem*, p. 9.

4 Aranda Serna, Francisco J., *Derecho y nuevas tecnologías. La influencia del internet en la regulación de los derechos de la personalidad y los retos digitales del ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 29.

Resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad frente al delito con el modo de proceder de los medios de comunicación, estos por un lado, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la sociedad de la información, en donde se transmite una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje, lo que da lugar a percepciones inexactas y otros casos a una sensación de impotencia.⁵

En este panorama, la sociedad de manera errónea cree que mientras más conductas se tipifiquen como delitos mayor seguridad tiene determinado país, lastimosamente eso no es así. Por ello surge la denominada sociedad de riesgo, la cual es caracterizada por una preocupación desmedida por la seguridad, la búsqueda por eliminar todo tipo de peligrosidad a través del aumento considerable de la represión, provocando un incremento de la criminalización mediante la tipificación de conductas.

Uno de los rasgos más significativos de las sociedades posindustriales es la sensación general de inseguridad, estos son, la aparición de una forma especialmente aguda de vivir el riesgo.⁶

El surgimiento y constante avance de las nuevas tecnologías es otro de los factores que influyen en la sensación de inseguridad por parte de la sociedad, lo cual de alguna forma se podría justificar ya que cada vez surgen más peligros a los que podemos estar expuestos dentro de las plataformas digitales, sin embargo, esto tampoco debería implicar tener que tipificar conductas como delitos sin un previo cumplimiento de requisitos que establece la dogmática penal para que no se rompa la barrera infranqueable de intervención penal que debe existir.

EXIGENCIAS INTERNACIONALES

Uno de los ejemplos más claros de la influencia internacional en la expansión penal a nivel de Europa, son indiscutiblemente las disposiciones de la Unión Europea; la cual, en varias reuniones, ha mencionado que sus disposiciones con carácter de obligatoriedad responden a la búsqueda de una armonización del derecho penal.

Adicionalmente, se debe a la necesidad inminente de proteger bienes jurídicos frente a comportamientos delictivos, aunque realmente sabemos lo complejo que resulta hablar de bienes jurídicos, porque en España, por ejemplo, existen delitos dentro del Código Penal español que ni siquiera poseen un bien jurídico determinado, por lo cual no se logra comprender cuál realmente está siendo objeto de protección.

Por ejemplo, con la finalidad de regirse a la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, España tuvo que realizar algunas modificaciones al Código Penal el 30 de marzo de 2015. La Directiva de la Unión Europea obligó a los Estados a endurecer las sanciones penales ante delitos que constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales, en particular de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar.

En el caso mencionado anteriormente, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas le sugirió que se realice una reforma del Código Penal español respecto a elevar la edad de consentimiento sexual, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los derechos de la infancia, y precisamente eso fue lo que se hizo en España.

Entre los pilares de la Unión Europea se preveía expresamente que los Estados miembros cooperasen en materia penal, abarcando no solo la armonización del dere-

5 Silva Sánchez, J. M., *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales... op. cit.*, p. 28.

6 *Ibidem*, p. 20.

cho penal material, sino principalmente la asimilación de los mecanismos y órganos de tipo procesal, para alcanzar la máxima eficacia posible en torno a la prevención y a la represión delictiva.⁷

En este contexto, es importante hacer una diferenciación de como las exigencias internacionales son un factor que influye notablemente en el expansionismo penal en ciertos países, ejemplo de ello es Europa con las decisiones de la Unión Europea; no obstante, en Sudamérica, hay un panorama significativamente distinto, ya que las exigencias internacionales son un factor casi nulo.

Por ejemplo, en Sudamérica existe la Unasur, la cual actualmente solo está conformada por cuatro países: Bolivia, Guyana, Surinam y Venezuela, los demás países han suspendido la participación en el organismo y otros han salido definitivamente de la misma, por ello es evidente que no pueden existir exigencias internacionales para modificar las legislaciones penales de los diferentes países. Sin embargo, lo que sí existe es el intento de copiar legislaciones de terceros países, sin realizar un adecuado análisis de la necesidad de recurrir o no al derecho penal pensando erróneamente en que lo que funciona en un país va a funcionar en otro.

Con la nueva regulación penal de los últimos tiempos se puede evidenciar la preeminencia del derecho penal sobre otros medios de control social, erosionando el principio de última ratio, y la modificación y adaptación del derecho penal y procesal penal a las nuevas formas de criminalidad, al objeto de lograr la mayor eficacia posible, en ocasiones erosionando los derechos y garantías propios de estos ámbitos.⁸

POPULISMO PUNITIVO

El populismo penal es conocido como aquella promesa de que a través de un endurecimiento del sistema penal se reducirá o eliminará la existencia de delitos, está íntimamente relacionado con la sensación de inseguridad de la ciudadanía.

El término de populismo punitivo fue utilizado por primera vez por Anthony Bottoms (profesor de Criminología en la Universidad de Cambridge hasta el año 2006) para brindar un concepto al uso del derecho penal por parte de los gobiernos o políticos con la finalidad de obtener ganancias electorales, con la falsa creencia de que incrementando de forma desmesurada las penas o modificando delitos, se reducirán los índices de cometimiento de delito.

Hasta la actualidad dicho término ha sido usado dentro de aquellos discursos políticos de turno, cuando quieren dirimir contiendas políticas, jugando de alguna manera con los anhelos de una sociedad desesperada y con miedo constante del incremento de delitos que les generan la sensación de que necesitan tener más seguridad en su país. Resulta bastante reprochable que el derecho penal desde hace años atrás hasta la actualidad sea utilizado para engañar a personas de un nivel socioeconómico bajo, porque en realidad, es un sector a los que el mal discurso del populismo punitivo convence sin ninguna dificultad, obteniendo un voto fácil, mediante la manipulación discursiva.

Se podría decir que el factor de inseguridad ciudadana, así como el populismo punitivo, están estrechamente relacionados, ya que ambos suponen cumplir con las expectativas de la sociedad por su sensación de peligro constante, la diferencia radica en que el término de populismo punitivo es usado en gran porcentaje por personajes políticos para ganar de alguna forma votos a favor cuando se encuentran dentro de un proceso electoral.

7 Fernández Ogallar, Beatriz, *El proceso de armonización del derecho penal en la Unión Europea*, 18 de marzo de 2014, p. 203. Recuperado de https://app-vlex-com.us.debiblio.com/#search/*/el+proceso+de+armonizacion/WW/vid/515635222

8 *Ibidem*, p. 208.

Con todo lo mencionado anteriormente podemos ver que el expansionismo penal va más allá de la creación injustificada de nuevos delitos o endurecimiento de penas por parte de los legisladores, y que también supone la influencia de ofrecimientos engañosos por parte de políticos a la sociedad para «mejorar la situación de riesgo constante».

El populismo punitivo es el cuarto pilar del neoliberalismo, en este sentido, entiende el fenómeno no como una derivación consecencial de este, sino como una necesidad sistémica de su proyecto socioeconómico. El proyecto político transnacional del neoliberalismo pretende construir, políticamente, unas determinadas relaciones entre mercados, Estados y ciudadanía para la salvaguarda de los intereses económicos de las élites dirigentes y su hegemonía político-cultural.⁹

De hecho, varios autores que han analizado el populismo penal relacionándolo con una perspectiva neoliberalista, consideran que este empezó a tomar fuerza e importancia en España por los 2005-2006, en donde los jueces de aquella época entendían al populismo punitivo como el uso de políticas transversales del derecho penal para dar respuesta inmediata a determinadas problemáticas sociales que aquejaban desde aquellos años e incluso hasta la actualidad.

CONSECUENCIAS DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL

VULNERACIÓN A LOS PRINCIPIOS DEL *IUS PUNIENDI* POR EL EXPANSIONISMO PENAL

La dogmática penal ha estructurado un conjunto de principios, a los cuales se les ha denominado como limitativos al derecho de castigar por parte del poder estatal del Estado, mediante dichos principios se busca introducir una barrera ante las arbitrariedades del Estado.

Dogmáticamente se debería hacer uso del derecho penal en la medida que sea imprescindible y cuando otras vías del derecho no sean suficientes, sin embargo, actualmente el expansionismo penal desmesurado ha permitido que aquellos principios que en teoría deben ser respetados, en la práctica sean vulnerados.

Entre dichos principios está, en primer lugar, el principio de mínima intervención, mismo que supone tomar al derecho penal como última ratio, al cual hay que acudir cuando se haya agotado las otras vías menos lesivas, y solo debe intervenir en el caso de los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes. Sin embargo, con las reformas que se han realizado en las legislaciones alrededor del mundo en los últimos años, se ha visto como se han tipificado como delitos conductas incluso sin tener un bien jurídico definido.

El principio de intervención mínima, «aparece en el fondo, ligado al de protección exclusiva de bienes jurídicos. Se fundamenta en la tesis de que el derecho penal no solo no se puede emplear para defender intereses minoritarios y no necesarios para el funcionamiento del Estado de derecho, pues entonces no merecen ser protegidos con tan graves medidas coactivas sin perjuicio de que sean o no respetables, sino que tan siquiera es adecuado recurrir al derecho penal y a sus gravísimas sanciones, si existe la posibilidad de garantizar una tutela suficiente con otros instrumentos jurídicos no penales».¹⁰

9 Mellón, Juan, «Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas», 30-03-2017. Recuperado de https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/53400/html_24

10 Lapuerta Irigoyen, C., «Evolución de un derecho penal mínimo hacia un derecho mínimo máximo de los bienes jurídicos lectivos», 2018. Recuperado de <https://fiep.es/wp-content/uploads/2018/01/Carmen-Lapueta-Yrigoyen-Evoluci%C3%B3n>

En la realidad, el principio de intervención mínima ha sido vulnerado también porque se ha llegado a tergiversar la protección de bienes jurídicos con la criminalización desmedida de conductas. Dentro de la amplia tipificación de conductas sin realizar previamente un análisis dogmático penal, surge, por ejemplo, la proliferación de delitos de tipo mixto alternativo, delitos de mera tenencia, mera pertenencia, así como los delitos de peligro abstracto y concreto.

En el denominado derecho penal moderno hay el evidente quiebre del principio de mínima intervención, lo que es inadmisibles en el Estado de derecho; así que, o se elimina una parte (o incluso toda) de esa modernidad, o se corre el riesgo de transformar el derecho penal en un simple símbolo, perdiendo su carácter de principal medio de coacción jurídica y de control social.¹¹

Evidentemente, el principio de mínima intervención debería ser considerado como un pilar fundamental de la política penal y penitenciaria. Para lograr aquello, se necesita que desde los organismos internacionales y los gobiernos de cada país creen estrategias que se inclinen por la prevención, y evitar que por circunstancias de oportunismo político se produzcan retrocesos en las estrategias diseñadas que atenten contra tales objetivos.

Otro principio que ha sido vulnerado de forma evidente, es el principio de proporcionalidad. Este responde especialmente a la necesidad de asegurar la supremacía del contenido de normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa.

El principio de proporcionalidad supone que toda providencia de autoridad restrinja el alcance de un derecho fundamental u otro principio constitucional solo en la medida estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucional lícito, de conformidad con la prohibición de exceso en el ejercicio del poder, inherente al Estado constitucional así que es un criterio que sirve para determinar si la intervención legislativa es legítima o no.¹²

En Latinoamérica, por ejemplo, la vulneración al principio de proporcionalidad a través de la imposición de penas exageradas provoca que se agudice el hacinamiento en las cárceles, hacinamiento carcelario que no es de importancia a los que diseñan y aplican la política criminal.

Aunque la legislación penal española resulte muy distinta a la ecuatoriana, hay algo que las relaciona, esto es el uso de la pena privativa de libertad como principal sanción, aunque el delito no amerite la misma, provocando de esa forma una evidente vulneración a algunos principios del *ius puniendi*.

Con esta situación podemos ver que, además de la expansión del derecho penal, la expansión de las penas privativas desencadena directamente una violación a los derechos humanos; se supone que base fundamental de los Estados es garantizar los derechos de todos los ciudadanos, sin embargo, eso no sucede, por lo menos en Latinoamérica no es lo común.

Al condenar a un infractor con pena privativa de libertad cuando la conducta que ha realizado no lo amerita, provoca directamente una vulneración al principio de proporcionalidad de las penas.

En Ecuador, por ejemplo, la prisión preventiva se la toma muy a la ligera, existe una cifra muy alta de detenidos en las distintas cárceles del país, en razón de que una gran parte de los procesos penales en donde incluso no se ha demostrado la culpabili-

de-un-Derecho-penal-m%C3%ADnimo.pdf

11 Medina Cuenca, Arnel, *Globalización. Delincuencia organizada, expansionismo penal y derecho penal económico en el siglo XXI* (1.ª ed.), Cuba, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2015, pp. 138-182.

12 Sánchez Gil, Rubén, *La proporcionalidad como principio constitucional universal* (1.ª ed.). México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 19.

dad de una persona, los jueces están acostumbrados dictar prisión preventiva siempre tomándola como primera opción, aunque existan otras más.

Sin embargo, lamentablemente, hay personas que muchas veces resultan ser inocentes y, a pesar de ello, terminan en una cárcel en un pabellón que ni siquiera les corresponde.

El problema no es tanto la expansión del derecho penal en general, sino específicamente la expansión del derecho penal de la pena privativa de libertad, esta última debe ser realmente contenida.¹³

Creo firmemente que un sistema jurídico penal bien estructurado debe respetar el principio de proporcionalidad, pues solo debería enfocarse en cumplir su rol sancionador exclusivamente de conductas que se enmarcan en delitos que afecten las normas mínimas de convivencia, y no sancionar conductas subjetivas que solo son reprochables por la sociedad.

INCREMENTO DEL DERECHO PENAL SIMBÓLICO

Se puede definir al derecho penal simbólico como el conjunto de tipos penales reales, es decir, conductas típicas, antijurídicas, punibles y culpables, reconocidas por el ordenamiento jurídico, que únicamente tiene el fin de actuar como un placebo social o marketing de ideologías o de seguridad.¹⁴

Varios autores coinciden en que entre los delitos que forman parte del derecho penal simbólico están: la sobrecriminalización de las leyes penales medioambientales, las de punición de la criminalidad organizada, las de delitos económicos, las de privación de beneficios penitenciarios, delitos relativos al tráfico de drogas, etc.

La sobre criminalización de conductas provoca una intromisión netamente simbólica por parte del poder punitivo del Estado, ya que evidentemente dichos delitos no previenen, no controlan ni mucho menos reducen los índices de criminalidad; no obstante, brindan la apariencia de que a través de nuevos tipos penales proporcionan mayor seguridad.

La noción de símbolo en el derecho penal constituye así un mecanismo o dispositivo de engaño, de inexistente efectividad y eficacia, como cualidad objetiva de la norma. Por ello, resulta ser meramente instrumental, ya que las funciones ocultas, las que obedecen al fin falaz, prevalecen sobre las reales, logrando otros objetivos distintos a los que debe perseguir una norma penal democrática.¹⁵

Todo lo mencionado anteriormente, denota la crisis que el derecho penal está atravesando, perdiendo la esencia de este, en donde su carácter preventivo pasa a segundo plano. Desde mi perspectiva, los Estados deberían comprender que no se puede entender el cometimiento de un delito como un problema individual, sino como una problemática social, y buscar las medidas necesarias para tratar dicha problemática desde sus orígenes, para de esa forma evitar la tipificación de delitos que solo generan un derecho penal simbólico.

El Estado debería proporcionar las medidas adecuadas para prevenir el crimen sin tener que usar al derecho penal de forma desmesurada ya que eso provoca que el derecho penal pierda su finalidad, además se llega a deslegitimar de esa forma la intervención estatal.

13 Silva Sánchez, J. M. *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales... op. cit.*, p. 152.

14 Rodríguez Moreno, Felipe, *La expansión del derecho penal simbólico* (1.ª ed.), Quito, Cevallos, 2013, p. 61.

15 Zavala, Lizet, «El derecho penal simbólico y la ineficiencia del Estado de Emergencia Constitucional para combatir la criminalidad», 13 de marzo de 2017, p. 3. Recuperado de file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDerechoPenalSimbolicoYLaIneficaciaDelEstadoDeEme-6058757%20(2).pdf

El endurecimiento de penas privativas de libertad también es un factor clave dentro del expansionismo del derecho penal simbólico, debido a que, incrementar los años de pena se supone que reduciría o eliminaría el cometimiento de delitos, sin embargo, eso no sucede.

El gran problema de la utilización del derecho penal simbólico es que, lo que resulta importante no es resolver el problema, sino controlar las mentes y percepciones de los ciudadanos. La criminalidad se transforma y el gran criminal es el Estado, que coarta la libertad de los ciudadanos. Usualmente el derecho penal simbólico se expande contradiciendo y menoscabando cada vez más los principios de proporcionalidad, necesidad, oportunidad y, sobre todo, el de mínima intervención.¹⁶

LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y EL DERECHO PENAL

Uno de los principales antecedentes que desencadenaron la relación entre el derecho y las nuevas tecnologías, hace años atrás, fue la creación de normas de responsabilidad por la comercialización masiva de productos de consumo en el siglo XX.

La interrelación entre el derecho y la tecnología adquiere un significado especial, puesto que el poder del derecho para articular normas sociales se entrelaza fuertemente con los esfuerzos de la tecnología para aplicar los conocimientos de la ciencia sobre la naturaleza del mundo físico y de nosotros mismos.¹⁷

Innegablemente, cada vez que las tecnologías van transformándose, surge la necesidad de creación de nuevas normas jurídicas que tengan la capacidad de enfrentar los nuevos casos que provoquen conductas dañinas, aunque muchas veces eso supone la sobrecriminalización de conductas que, a su vez, contribuye con la expansión del derecho penal.

En ese contexto, a pesar de la proliferación de conductas cometidas a través de las nuevas tecnologías, surge una interrogante, ¿es correcto que el derecho penal sea el encargado de tipificar dichas conductas?, ¿o quizá solo se está contribuyendo con el expansionismo penal?

Algunos doctrinarios coinciden en que el derecho penal es el adecuado para responder por el cometimiento de ciberdelitos, siempre y cuando estos provoquen una afectación directa y grave a determinado bien jurídico protegido, sin embargo, en la realidad existen conductas tipificadas como delitos que solo causan adelantamiento a las barreras de intervención del derecho penal.

El derecho se involucra cada vez más en la regulación de las actividades tecnológicas, de sus productos y de sus resultados; y al mismo tiempo la intervención normativa cada vez se basa más en el conocimiento experto y en las nociones y conceptos tecnológicos cada vez penetran más en las categorías jurídicas. Este vínculo doble entre el derecho y la tecnología produce de forma efectiva un conocimiento híbrido en el que las contribuciones de ambos actores se complementan entre sí y logran legitimar sus contenidos.¹⁸

El problema radica en la tipificación de conductas en las que no se muestra la efectiva lesión o peligro del bien jurídico, en donde incluso a veces se condena por simples actos preparatorios al cometimiento de un delito como sucedió con la tipificación del *child grooming* en España o el delito de contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho por medios electrónicos en Ecuador, el cual se analizará en líneas posteriores.

16 Borja Jiménez, Emiliano, *Apuntes. Máster de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Materia: Interculturalidad y Derecho Penal*, Sevilla, 29 de octubre de 2012, p. 13.

17 Aranda Serna, Francisco, *Derecho y nuevas tecnologías. La influencia de Internet en la regulación de los derechos de la personalidad y los retos digitales del ordenamiento jurídico español...* op. cit., p. 30.

18 *Ibidem*, p. 60.

El derecho desempeña un papel fundamental para construir el encaje entre los artefactos tecnológicos y su contexto social, los avances en el ámbito de lo que convencionalmente se califica como «tecnológico» requiere inevitablemente el reajuste de las conductas humanas existentes, las instituciones y sus relaciones.¹⁹

Cuando se habla de la necesidad de legislar las conductas cometidas a través de Internet, algunos autores como Aranda Serna analizan la posibilidad de crear «una legislación virtual», la cual supondría censurar los contenidos de Internet restringiendo de alguna forma su funcionalidad, no obstante, otros doctrinarios ven esa opción como algo utópico e imposible de ejecutar.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INCLUSIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS AL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

Como se había analizado, actualmente nos encontramos en una época en donde no se respeta los fundamentos teóricos de la dogmática penal, por ello, algunos autores han realizado ciertas críticas a la inclusión de los delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías en la legislación penal.

Por un lado, se habla de la dificultad que existe para determinar qué hechos tienen relevancia penal entre los distintos comportamientos derivados de las nuevas tecnologías; por otro lado, la dificultad de establecer la responsabilidad penal en los hechos cometidos a través de internet.

Además, resulta complicado delimitar la participación de cada infractor en el cometimiento de un delito, así como la responsabilidad del mismo, esto no es algo nuevo ya que sucede también dentro de los delitos clásicos, como, por ejemplo, en los de criminalidad organizada. No obstante, en los delitos cometidos a través de plataformas digitales, resulta incluso más complejo.

Entre los primeros antecedentes de la tipificación de delitos cometidos por Internet, está el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest, el cual fue firmado por España el 23 de noviembre de 2001.

Dicho convenio se firmó con la finalidad de aplicar con un carácter prioritario una política penal común, la cual estaba destinada a la protección de la sociedad frente a la ciberdelincuencia, esto suponía adoptar la legislación adecuada fomentando la cooperación entre los Estados que sean parte de dicho convenio.

El Convenio de Budapest buscaba hacer frente a los delitos informáticos, armonizando las leyes entre naciones, el pionero del presente convenio fue elaborado por el Consejo de Europa, en este sentido, se puede ratificar la idea de que la influencia de los organismos internacionales influye notablemente en el expansionismo penal.

Como sucedía en los delitos comunes analizados anteriormente, pasa lo mismo en los ciberdelitos, es decir, no existe un juicio de valoración previo por parte de los legisladores para verificar si es o no necesaria la intervención del derecho penal, obteniendo como consecuencia la tipificación de delitos que ni siquiera poseen un bien jurídico que se encuentra en peligro de lesión y necesita de protección.

Una de las características del denominado derecho penal moderno es que dentro de los delitos que son parte del mismo, se encuentran los delitos de peligro abstracto, en donde se asume que se va a cometer a futuro, ni siquiera se condena por una conducta realizada, sino porque se espera que X persona vaya a hacerlo en un futuro.

La deslegitimación del derecho penal por la tipificación de conductas cometidas a través de medios tecnológicos es una realidad, un ejemplo claro según la doctrina, es el delito de *child grooming*, el cual se encuentra incluido en la legislación penal de

¹⁹ *Ibidem*, p. 29.

algunos países alrededor del mundo como: Ecuador, España, Canadá, Reino Unido, Escocia, Chile.

Algunos autores coinciden en que otra de las problemáticas que surge en la tipificación de conductas cometidas a través de internet, es que hay casos en los que una conducta ya se encuentra tipificada como ciberdelito, sin embargo, la forma de cometimiento del delito puede variar a medida que evolucionan las nuevas tecnologías, provocando impunidad, por lo que se plantea la necesidad de disponer de herramientas que permitan realizar las investigaciones criminales correspondientes para que se logre una lucha efectiva contra el delito.

Vinculado a lo anterior, otro inconveniente que surge en este contexto, es que, los ciberdelitos son parte de un fenómeno criminal de carácter transnacional de los Estados, y ante el cual, en consecuencia, la actuación aislada e independiente de los distintos países resultará en muchas ocasiones ineficaz.²⁰ Por ello es imprescindible la cooperación internacional en estos temas.

Desde esta perspectiva, cabe mencionar que en lo relativo a los delitos cometidos por medios tecnológicos es fundamental la colaboración internacional. Ejemplo de ello es la armonización penal que busca la Unión Europea, sin embargo, resulta indispensable que al momento de crear nuevos tipos penales se demuestre la posibilidad real de que se pueda lesionar o poner en peligro un bien jurídico, para de esa manera, evitar la vulneración de los principios del derecho penal así como procurar no usar al mismo como única vía en el ámbito del derecho, sabiendo que existen otras que son menos lesivas.

EL DELITO DE CHILD GROOMING COMO REFLEJO DE LA EXPANSIÓN DEL DERECHO PENAL EN LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.

Conceptualizaciones

El *child grooming* es la estrategia empleada por los abusadores sexuales para manipular al niño y eventualmente también a los adultos que lo protegen, de manera que el abuso pueda tener lugar en una situación en que el abusador tiene control total sobre la víctima. Se trata de un proceso en que el abusador vence gradualmente la resistencia de la víctima mediante una secuencia de actos de manipulación psicológica. También se usa para silenciar al menor una vez que el abuso se ha producido.²¹

Existe diversas posturas al momento de conceptualizar el delito de *child grooming*, por lo que se establecerán algunas más, para entender de forma adecuada que es lo trae consigo, así como las implicaciones que puede llegar a tener dicha conducta.

Por un lado, hay autores que consideran que el *child grooming* se emplea para definir los comportamientos que lleva a cabo «un potencial abusador u agresor sexual de menores» el cual tiene como finalidad ganarse la confianza de la víctima.

Por otro lado, otros doctrinarios prefieren conceptualizar por separado al *child grooming*, en donde describen al «*grooming*» como un procedimiento gradual a través del cual una persona establece una relación de confianza con menores, siendo esa una relación disfrazada de amistad y de muestras de afecto, la cual deriva en un contenido sexual, buscando que dichas actitudes le parezcan natural al menor y que así no perciba la intimidación.

20 Tejada De la Fuente, Elvira, *Cibercrimen. Aspectos del derecho penal y procesal penal, cooperación internacional, recolección de evidencia digital*, Buenos Aires, BdeF, 2016, p. 34.

21 Villacampa Estiarte, Carolina, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 20.

No obstante, Ramón Vázquez en cambio, considera que, el término *grooming*, es únicamente aquella fase de regalos, conversaciones, etc.; y que resulta inapropiado decir que también significa que una persona contacte a un menor a través de un sistema informático, a fin de facilitar la comisión de delitos sexuales.²²

En definitiva, podemos entender que el *child grooming* se produce cuando una persona adulta contacta a través de medios tecnológicos a un menor de edad con la finalidad de crear una relación de confianza para obtener algún tipo de contenido sexual.

MOTIVOS QUE PROVOCARON LA TIPIFICACIÓN DEL *CHILD GROOMING* EN ESPAÑA

Es importante analizar los motivos que han llevado a los legisladores a incluir la figura del *child grooming* en el Código Penal español; en temas anteriores se ha hablado de la influencia de los organismos internacionales para la creación de nuevos delitos, no obstante, existen otras razones que se analizará a continuación.

Principalmente se habla de la preocupación por el riesgo que tienen los padres de que los menores de edad perjudiquen su integridad psicológica, sexual y física a causa del mal uso de las nuevas tecnologías, más aún cuando no existe la supervisión de un adulto.

Varios expertos en el tema han señalado que el uso excesivo de los medios tecnológicos por parte de los menores propugna conductas no saludables, así como cambios de conducta alarmantes.

Cuando un menor de edad accede a dichas plataformas, se habla, además, de una autopuesta en riesgo inconsciente al proporcionar datos personales a personas que ni siquiera conocen; el anonimato que existe dentro del Internet es otro de los factores de preocupación, ya que eso supone brindar mayor facilidad al momento del cometimiento de los delitos en contra de menores que pueden desencadenar abuso sexual o violación.

Ahora bien, normalmente se habla de que el sujeto activo del delito suele ser una persona extraña al menor, sin embargo, varios autores coinciden en que no siempre es de esa forma, ya que la mayoría de casos de *child grooming* en los países donde se encuentra legislada tal conducta, el infractor resulta ser una persona muy cercana al menor como, por ejemplo, un familiar o algún miembro del entorno escolar.

Según el INE (Instituto de Estadística de España) en la encuesta realizada en el año 2021 sobre Ciencia Tecnología e información, el uso de las TIC por parte de menores entre los 10 y 15 años, se encuentra dividido de la siguiente manera:

- El 94,5 de hombres han usado un ordenador / tablet en los últimos tres meses mientras que las mujeres un 95,8%.
- Sobre el uso de internet en los últimos tres meses se tiene a los hombres con un 97,4% mientras que las mujeres con un 97,6%.²³

De este modo, se demuestra el alto porcentaje de uso de las nuevas tecnologías por parte de menores de edad, lo cual para algunos expertos supone la obligatoriedad de mantener un tipo penal que reduzca el cometimiento de conductas encaminadas a encuentros sexuales con menores, sin embargo, surge la interrogante si ¿realmente era necesario tipificar el delito de *child grooming*?, o ¿eso solo significó el denominado adelantamiento a las barreras del derecho penal, provocando la pérdida de la esencia y finalidad del mismo?

Análisis de la configuración del delito de *child grooming* en España

22 Díaz Cortés, Lina Mariola, «El denominado *child grooming* del art. 183 bis del Código Penal, una aproximación a su estudio», *Boletín del Ministerio de Justicia*, enero del 2022. Disponible en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDenominadoChildGroomingDelArticulo183BisDelCodig-3915271.pdf>

23 Instituto Nacional de Estadística. Encuesta recuperada de https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/10/&file=c06002.px#tabs-tabla

Lo cierto es que se introducen los delitos sexuales contra menores, dentro de esta espiral sin límites de lo que se ha denominado cultura del control, y que se refleja en una criminología especialmente preventiva y escéptica frente a los ciudadanos, y un derecho penal enmarcado dentro de la sociedad de riesgo que, saltándose la excepcionalidad, penaliza de forma autónoma conductas que constituyen la mera preparación de una futura lesión dolosa.²⁴

La anticipación de la tutela penal que ha provocado la tipificación del delito de *child grooming* es evidente, muchos doctrinarios coinciden que unos actos de preparación no deberían ser considerados delito, y creen que la intervención del derecho penal en este tipo de delitos está demás.

Dentro de la justificación para su tipificación en España que se encuentra en el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010 con la que se modificó la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a través de la cual se introdujo el *child grooming*, se menciona lo siguiente:

Por otra parte, la extensión de la utilización de internet y de las tecnologías de la información y la comunicación con fines sexuales contra menores ha evidenciado la necesidad de castigar penalmente las conductas que una persona adulta desarrolla a través de tales medios para ganarse la confianza de menores con el fin de concertar encuentros para obtener concesiones de índole sexual. Por ello, se introduce un nuevo artículo 183 bis mediante el que se regula el internacionalmente denominado *child grooming*, previéndose además penas agravadas cuando el acercamiento al menor se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.²⁵

Con lo anteriormente expuesto podemos ver que la explicación que los legisladores dieron para crear un nuevo tipo legal resulta bastante básica y no tiene un verdadero fundamento jurídico penal, por ello es que la tipificación del delito de *child grooming* ha sido bastante controversial en España.

CRÍTICAS DOCTRINARIAS

Díaz Cortés señala que la redacción de dicho delito deja una amplia interpretación empezando porque al decir «El sujeto» al inicio del articulado, se podría entender que se refiere a cualquier persona incluso un menor entre 14 y 18 años.

Por lo cual la autora señala que lo ideal hubiese sido que se especifique el sujeto activo del delito como sucede en Reino Unido donde con exactitud se señala: «El adulto que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y comunicación contacte con un menor...»; ya que en el caso de que el sujeto pasivo resultara ser un menor no existiría posibilidad de juzgarlo con una legislación efectuada para personas adultas como es el Código Penal español.

Villacampa Estiarte, considera inadecuada la inclusión del segundo apartado del artículo 183 ter del Código Penal en razón de que se amplía innecesariamente la serie de conductas delictivas, ya que al manifestar lo siguiente: «para que le facilite material pornográfico» se sobreentiende que se refiere a cualquier tipo de material pornográfico no en específico a aquel en el que intervengan menores de edad, aunque en líneas seguidas se hable de que se muestre imágenes pornográficas en las que aparezca un menor, ya se deja a la interpretación lo señalado en primer lugar.²⁶

24 Díaz Cortés, Lina Mariola, «Contacto TICS preordenado a la actividad sexual con menores», en De Mata Bueno, Federico, Andavira (edit.), *Fodertics, estudios sobre derecho y nuevas tecnologías*, Santiago de Compostela, 2012, pp. 135-155.

25 Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

26 Villacampa Estiarte, Carolina, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática, op cit.*, p. 39.

Adicionalmente, la autora critica la expresión del art. 183 ter, segundo apartado, «actos dirigidos a embaucarle», ya que esto supone una vez más una amplia posibilidad de interpretación, demostrando de esa forma el adelantamiento a las barreras de protección penal que ya se habló en párrafos anteriores.

La determinación del bien jurídico del delito de *child grooming* ha sido otro de los debates doctrinarios que existen respecto al tema, fundamentalmente existen dos teorías.

Por un lado, está la primera teoría que, básicamente, dice que el delito de *child grooming* tiene la protección exclusiva de un solo bien jurídico que sería la indemnidad sexual, dicha teoría es la que respaldan la mayoría de expertos en el tema, no obstante, por otro lado, hay autores que sostienen que dicho delito, intenta proteger varios bienes jurídicos como son: la indemnidad sexual y la seguridad de la infancia en el uso de las nuevas tecnologías, por lo cual no brinda una adecuada protección a ninguno.

Ahora bien, otros juristas coinciden que la creación del delito de *child grooming* contribuye directamente con la proliferación de delitos de peligro abstracto en España, por ello es menester realizar un breve análisis de dichos delitos.

En los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la *ratio legis*, es decir, el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido.²⁷

Se entiende como peligro en la dogmática penal a aquel concepto normativo en la medida que exista la posibilidad de que un bien jurídico determinado pueda ser lesionado por un comportamiento específico, a pesar de que suponga que exista la posibilidad de que tal hecho nunca se produzca.

Para Bacigalupo, es importante diferenciar entre los delitos de peligro, ya que existen dos tipos, por un lado, están los de peligro abstracto, por otro, los delitos de peligro concreto; los primeros suponen que el bien jurídico debe haber sufrido un riesgo real de lesión mientras que en los segundos el riesgo real no es necesario.²⁸

Lamentablemente los delitos de peligro abstracto se han convertido en una característica básica del derecho penal moderno, ya que el mismo actualmente se encuentra constituido por un grupo de tipos delictivos con los que se persigue únicamente la realización de conductas que suponen solo un peligro, ya sea concreto o abstracto para los bienes jurídicos fundamentalmente para los bienes jurídicos individuales.

A partir de las afirmaciones señaladas en el párrafo anterior cabe mencionar que dicha característica del derecho penal moderno, responde de alguna forma a un ámbito político en donde el Estado busca solucionar los distintos problemas del país mediante la creación de nuevos tipos penales con la finalidad de que la denominada sociedad de riesgo encuentre la paz social y, por ende, los políticos alcancen su beneficio en las contiendas electorales.

CONCLUSIONES

La sensación de inseguridad es uno de los factores de los que más se habla cuando se analiza la temática de la expansión del derecho penal; en el desarrollo del trabajo investigativo se ha podido concluir cómo los medios de comunicación juegan un papel trascendental en cuanto a su influencia para la propagación de la falsa sensación de inseguridad que tiene la sociedad sobre las problemáticas que existen en cada país. Como

27 Cerezo Mir, José, «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal de riesgo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 10, 2002, pp. 47-72.

28 Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal. Parte General*. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela (2.ª ed.), Colombia, Temis-Ilanud, 1984, pp. 101-102.

resultado de lo expuesto anteriormente aparece la denominada sociedad de riesgo, la cual tiene la idea errónea de que con la sobrecriminalización de conductas y la tipificación de nuevos delitos van a encontrarse en una sociedad segura, cuando en la realidad esto no sucede así. La sensación de inseguridad ciudadana, así como el populismo punitivo, están íntimamente relacionados, ya que los dos suponen cumplir con expectativas de la sociedad por su sensación de peligro constante.

La consecuencia principal de la expansión del derecho penal es la vulneración del principio de mínima intervención, así como al principio de proporcionalidad. Del primero, porque hay delitos que han sido introducidos en la legislación penal a pesar de que existían otras vías menos lesivas en donde se podía legislar dichas conductas; además, por regla general, el derecho penal solo debe intervenir cuando se presentan ataques graves a los bienes jurídicos, pero esto se ha incumplido en las últimas décadas. Del segundo, por la creación de normas innecesarias y penas excesivas para castigar conductas, las cuales se podrían incluir en ámbitos menos lesivos del derecho.

La necesidad de que se infrinja un bien jurídico para realizar la prohibición de una conducta a través de una norma en la actualidad queda solo en la teoría porque en la práctica sucede lo contrario, más aún cuando se trata de delitos cometidos a través de las nuevas tecnologías, ejemplo de ello es la tipificación del *child grooming*; el cual solo supone la tipificación de actos preparatorios al cometimiento de un delito.

Actualmente se intenta solucionar las problemáticas sociales con la tipificación de nuevas conductas como delitos (expansionismo penal), en lugar de analizar el origen de dicha problemática e implementar soluciones adecuadas desde la raíz, no generando «soluciones superficiales» por lo cual erróneamente recurren al uso extralimitado del derecho penal.

Expertos en los medios tecnológicos consideran que el cometimiento de conductas delictivas a través de las plataformas digitales, deberían ser reguladas en cada país de forma autónoma, sin embargo, desde mi perspectiva en Latinoamérica por lo menos resultaría una medida inútil que únicamente generaría inseguridad jurídica, porque en la mayoría de países ni si quiera el código Penal tiene una redacción y eficacia adecuada, resultaría una tarea casi imposible adecuar una nueva ley que solo regule exclusivamente las conductas que se realizan a través de estos medios.

Es necesario construir un sistema de creación de normas con límites, en donde se evite que el Estado a través del *ius puniendi* tenga toda la potestad para gestionar las normas de convivencia, no tiene sentido elegir lo útil o eficaz sobre lo legítimo; para que el Estado pueda intervenir tiene que estar legitimado y, a su vez, para que el Estado esté legitimado, se deben cometer comportamientos que vulneran la esencia del sistema del Estado, y no solo realizar la tipificación de cualquier conducta que se «crea» que podría atentar contra un bien jurídico.

El delito de *child grooming*, es uno de los más grandes ejemplos de la deslegitimación del derecho penal a nivel doctrinal, en donde se está castigando a una persona simplemente por actos preparatorios para el cometimiento de delitos futuros contra la indemnidad sexual, denotando un indiscutible adelantamiento a las barreras del derecho penal.

REFERENCIAS

Aranda Serna, Francisco J., *Derecho y nuevas tecnologías. La influencia del internet en la regulación de los derechos de la personalidad y los retos digitales del ordenamiento jurídico español*, Madrid, Dykinson, 2021, p. 29.

- Borja Jiménez, Emiliano, *Apuntes. Máster de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Materia: Interculturalidad y Derecho Penal*, Sevilla, 29 de octubre de 2012, p. 13.
- Díaz Cortés, Lina Mariola, «Contacto Tics preordenado a la actividad sexual con menores», en De Mata Bueno, Federico, Andavira (edit.), *Fodertics, estudios sobre derecho y nuevas tecnologías*, Santiago de Compostela, 2012, pp. 135-155.
- Díaz Cortés, Lina Mariola, «El denominado *child grooming* del art. 183 bis del Código Penal, una aproximación a su estudio», *Boletín del Ministerio de Justicia*, enero del 2022. Disponible en
- Fernández Ogallar, Beatriz, *El proceso de armonización del derecho penal en la Unión Europea*, 18 de marzo de 2014, p. 203. https://app-vlex-com.us.debiblio.com/#search/*/el+proceso+de+armonizacion/WW/vid/515635222file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDenominadoChildGroomingDelArticulo183BisDelCodig-3915271.pdf
- Lapueta Irigoyen, C., «*Evolución de un derecho penal mínimo hacia un derecho mínimo máximo de los bienes jurídicos lectivos*», 2018. <https://fcp.es/wp-content/uploads/2018/01/Carmen-Lapueta-Yrigoyen-Evoluci%C3%B3n-de-un-Derecho-penal-m%C3%ADnimo.pdf>
- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>
- Medina Cuenca, Arnel, *Globalización. Delincuencia organizada, expansionismo penal y derecho penal económico en el siglo XXI* (1.ª ed.), Cuba, Unión Nacional de Juristas de Cuba, 2015, pp. 138-182.
- Mellón, Juan, «*Populismo punitivo en España (1995-2015): presión mediática y reformas legislativas*», 30-03-2017. https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/53400/html_24
- Rodríguez Moreno, Felipe, *La expansión del derecho penal simbólico* (1.ª ed.), Quito, Cevallos, 2013, p. 61.
- Sánchez Gil, Rubén, *La proporcionalidad como principio constitucional universal* (1.ª ed.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 19.
- Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (3.ª ed.), Madrid, Edisofer, 2011, p. 3.
- Tejada De la Fuente, Elvira, *Ciberdelitos. Aspectos del derecho penal y procesal penal, cooperación internacional, recolección de evidencia digital*, Buenos Aires, BdeF, 2016, p. 34.
- Villacampa Estiarte, Carolina. *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 39
- Zavala, Lizet, «El derecho penal simbólico y la ineficiencia del Estado de Emergencia Constitucional para combatir la criminalidad», 13 de marzo de 2017, p. 3, [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDerechoPenalSimbolicoYLaIneficaciaDelEstadoDeEme-6058757%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDerechoPenalSimbolicoYLaIneficaciaDelEstadoDeEme-6058757%20(2).pdf)

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

1. La revista CAP Jurídica Central es una publicación del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos del derecho en el Ecuador y otros países.
2. Los autores al presentar sus contribuciones a la revista CAP Jurídica Central declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Colegio de Abogados de Pichincha y a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. Si el autor llegare a presentar el artículo ya publicado a otra revista, deberá notificar el particular al editor de la revista.
3. El artículo debe ser remitido en soporte digital a los correos decanato.fjcps@uce.edu.ec, subdecanato.fjcps@uce.edu.ec, revistacapjuridica@gmail.com o a la dirección del Colegio de Abogados de Pichincha: Vicente Piedrahíta N15-134 (e4-62) y Av. Seis de Diciembre (Quito), a la atención de revista CAP Jurídica Central.
4. Los criterios de presentación de las colaboraciones se detallan a continuación:
 - Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio, e incluirán, en su primera página, título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, éstas se deberán entregar numeradas.
 - Las colaboraciones a la revista CAP Jurídica Central pueden ser: artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y deberán contener como mínimo quince páginas y máximo treinta. El número de páginas puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el consejo editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apegarse a las normas de estilo de la *Modern Language Association* (MLA) o del Modelo Editorial Latino ML de pie de página.
 - Deberán ser escritos en formato *Microsoft Word*, en letra *Times New Roman* de 12 puntos, con interlineado de 1.0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.
 - En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.
 - Puesto que la revista CAP Jurídica Central se publica semestralmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio para el primer número del año y enero para el segundo.
 - Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.
 - Los artículos serán evaluados por el comité editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema de pares ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.
 - Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser *publicable*, *no publicable* o *publicable con observaciones*.
 - La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.
 - La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por

parte de la revista, y de no contar con la declaración jurada, no se procederá a la evaluación del artículo.

- El consejo editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose encontrar un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.
- El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del consejo editorial, o un miembro del consejo y otro que será seleccionado por el director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.
- El dictaminador del artículo tendrá veintidós días hábiles para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir: (a) si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación; (b) comentarios para el autor —indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar—, y (c) sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema —sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos—.

POLÍTICA DE DERECHOS DE AUTOR

Los autores que publiquen en la revista CAP Jurídica Central se adhieren a los siguientes términos:

- En el momento en que una obra es aceptada para su publicación, se entiende que el autor cede a la revista CAP Jurídica Central los derechos de reproducción y distribución de su artículo para su explotación en todos los países del mundo en formato de revista de papel, así como en cualquier otro soporte magnético, óptico y digital.
- Los autores conservarán sus derechos de autor y garantizarán a la revista el derecho de primera publicación de su obra, el cual estará simultáneamente sujeto a la licencia de reconocimiento de *Creative Commons* que permite a terceros compartir la obra siempre que se indique su autor y su primera publicación en esta revista.
- Los autores podrán adoptar otros acuerdos de licencia no exclusiva de distribución de la versión de la obra publicada —por ejemplo, depositarla en un archivo telemático institucional o publicarla en un volumen monográfico— siempre que se indique la publicación inicial en esta revista.
- Se recomienda a los autores difundir su obra a través de internet —por ejemplo, en archivos telemáticos institucionales, repositorios, bibliotecas, o en su página web—, lo cual puede producir intercambios interesantes y aumentar las citas de la obra publicada.

RESPONSABILIDADES DE LOS REVISORES EXTERNOS

Las personas revisoras, en su condición de pares externos, cumplen con el rol de asegurar criterios de calidad en los contenidos y de objetividad en la selección y publicación, dentro del proceso editorial. Con este objeto, se les adscriben las siguientes responsabilidades:

ROL DE REVISORES O ARBITRAJE. Toda persona que se encarga de revisar de manera voluntaria, solidaria y profesional, según arreglo de las formas utilizadas en la academia, acepta valorar manuscritos con temas en los cuales tiene capacidad y

competencia para emitir criterio experto. En todo momento, esta revisión y el dictamen seguirán las pautas establecidas por la revista, ajustándose a las normas editoriales que se encuentran disponibles en <https://www.publicacionesjurisprudenciauce.com.ec>

CONFLICTO DE INTERESES. En caso de existir un conflicto de intereses de cualquier índole, las personas revisoras se comprometen a informar a la revista de inmediato, en cualquier momento del proceso.

CONFIDENCIALIDAD. Las personas revisoras deben respetar el contenido de cada artículo en proceso de arbitraje y lo mantendrán en condición confidencial durante todo el proceso editorial.

RETROALIMENTACIÓN. Toda crítica al artículo se realizará en forma objetiva, honesta y respetuosa para con el autor, quién podrá realizar las correcciones o ajustes correspondientes, según lo solicitado por la revista. En caso de no aceptar el arbitraje, el artículo será excluido.

MODALIDAD DE ARBITRAJE. Los artículos emitidos por los autores son enviados a los pares revisores externos, bajo el sistema de *blind peer review* (pares a doble ciego). Este sistema de evaluación de los trabajos de investigación consiste en que dos expertos en la materia sobre la que tratan los artículos evalúan y emiten un dictamen sobre la viabilidad de la publicación.

RESPONSABILIDADES DEL COMITÉ EDITORIAL. El comité editorial vela por mantener el perfil académico de la revista en su ámbito de reflexión, en el objeto de estudio al cual responde y en relación con la audiencia a la cual se dirige.

COMPETENCIA. El comité editorial de la revista CAP Jurídica Central, es el único responsable, con el director/editor que lo preside, sobre el carácter de publicable de los artículos.

CÓDIGO DE CONDUCTA Y MEJORES PRÁCTICAS PARA EDITORES

ANTECEDENTES/ESTRUCTURA

El Código de Conducta COPE para Editores de Revistas está diseñado para proveer de un conjunto de estándares mínimos al que se espera que todos los miembros de COPE se adhieran. Las directrices sobre las Mejores Prácticas son más ambiciosas y se desarrollaron en respuesta a las peticiones de orientación por parte de los editores sobre una amplia gama de cuestiones éticas cada vez más complejas. Aunque COPE espera que todos los miembros se adhieran al Código de Conducta para los Editores de Revistas —y considerará la presentación de reclamaciones contra los miembros que no lo hayan seguido—, somos conscientes de que los editores pueden no ser capaces de implementar todas las recomendaciones de Mejores Prácticas (que son voluntarias), pero esperamos que nuestras sugerencias identifiquen aspectos en relación con la política y las prácticas de la revista que puedan ser revisados y discutidos.

En esta versión combinada de los documentos, las normas obligatorias que integran el Código de Conducta para los Editores de Revistas se muestran en letra redonda y con cláusulas numeradas; por otra parte, las recomendaciones en relación con las Mejores Prácticas aparecen en cursiva.

I. DEBERES Y RESPONSABILIDADES GENERALES DE LOS EDITORES

- 1.1 Los editores deben ser responsables de todo lo publicado en sus revistas. Esto significa que los editores deben:
- 1.2. ratar de satisfacer las necesidades de los lectores y autores;
- 1.3. esforzarse para mejorar constantemente su revista;
- 1.4. establecer procesos para asegurar la calidad del material que publican;
- 1.5. abogar por la libertad de expresión;
- 1.6. mantener la integridad del historial académico de la publicación;
- 1.7. impedir que las necesidades empresariales comprometan las normas intelectuales y éticas;
- 1.8 estar siempre dispuesto a publicar correcciones, aclaraciones, retracciones y disculpas cuando sea necesario.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Buscar activamente las opiniones de los autores, lectores, revisores y miembros del consejo editorial sobre cómo mejorar los procesos de la revista;*
- *fomentar y conocer las investigaciones sobre la revisión por pares y publicar y reevaluar los procesos seguidos por la revista a la luz de estos nuevos hallazgos;*
- *trabajar para persuadir al editor de la publicación para que proporcione los recursos apropiados, así como la orientación de expertos (por ejemplo, diseñadores, abogados);*
- *apoyar iniciativas diseñadas para reducir las malas conductas en relación con la investigación y la publicación;*
- *apoyar iniciativas para educar a los investigadores sobre la ética de las publicaciones;*
- *evaluar los efectos de la política de la revista sobre el comportamiento del autor y del revisor y revisar las políticas, en caso necesario, para fomentar un comportamiento responsable y desalentar la puesta en práctica de malas conductas; y*
- *asegurar que los comunicados de prensa emitidos por la revista reflejan fielmente el mensaje del artículo sobre el que versan y ponerlos en contexto.*

2. RELACIONES CON LOS LECTORES

- 2.1. Se debe informar a los lectores sobre quién ha financiado la investigación u otro trabajo académico, así como sobre el papel desempeñado por el financiador, si este fuera el caso, en la investigación y en la publicación.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Velar por que todos los informes y las revisiones de la investigación publicados hayan sido revisados por personal cualificado (incluyendo revisiones estadísticas cuando sean necesarias);*
- *garantizar que las secciones no revisadas por pares de la revista están claramente identificadas;*
- *adoptar procesos que fomenten la exactitud, integridad y claridad de los informes de investigación, incluida la edición técnica y el uso de directrices y listas de verificación apropiadas (por ejemplo, MIA-ME, CONSORT);*
- *considerar el desarrollo de una política de transparencia para fomentar la divulgación máxima de los artículos que no son de investigación;*
- *adoptar sistemas de autoría o contribución que promuevan buenas prácticas, es decir, que reflejen quién realizó el trabajo y desmotiven la puesta en práctica de malas conductas (por ejemplo, autores fantasmas y autores invitados); e,*
- *informar a los lectores sobre las medidas adoptadas para garantizar que las propuestas presentadas por los miembros del personal de la revista o del consejo editorial reciben una evaluación objetiva e imparcial.*

3. RELACIONES CON LOS AUTORES

- 3.1. Las decisiones de los editores de aceptar o rechazar un documento para su publicación deben basarse en la importancia, originalidad y claridad del artículo, en la validez del estudio, así como en su pertinencia en relación con las directrices de la revista;
- 3.2. los editores no revocarán las decisiones de aceptar trabajos a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;

- 3.3. los nuevos editores no deben anular las decisiones tomadas por el editor anterior de publicar los artículos presentados, a menos que se identifiquen problemas graves en relación con los mismos;
- 3.4. debe publicarse una descripción detallada de los procesos de revisión por pares y los editores deben estar en disposición de justificar cualquier desviación importante en relación con los procesos descritos;
- 3.5. las revistas deben tener un mecanismo explícito para que los autores puedan apelar contra las decisiones editoriales;
- 3.6. los editores deben publicar orientaciones para los autores sobre todos aquellos aspectos que se esperan de ellos. Esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;
- 3.7. los editores deben proporcionar orientación sobre los criterios de autoría y/o quién debe incluirse como colaborador siguiendo las normas dentro del campo pertinente.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Revisar las instrucciones de los autores regularmente y proporcionar enlaces a las directrices pertinentes (por ejemplo, ICMJE5, *Publicación de investigación responsable: Normas internacionales para los autores*);*
- *publicar intereses contrapuestos relevantes en relación con todos los colaboradores y publicar correcciones si dichos intereses se revelan tras la publicación;*
- *asegurar que se seleccionan revisores apropiados para los artículos presentados (es decir, individuos que pueden valorar el trabajo y no son capaces de rechazarlo por intereses contrapuestos);*
- *respetar las peticiones de los autores de que un evaluador no revise su trabajo, siempre que estas estén bien razonadas y sean posibles;*
- *guiarse por los diagramas de flujo de COPE (<http://publicationethics.org/flowcharts>) en casos de sospecha de mala conducta o de controversia en la autoría;*
- *publicar información detallada sobre cómo se gestionan los casos de sospecha de mala conducta (por ejemplo, con vínculos al diagrama de flujo de COPE); y*
- *publicar las fechas de entrega y aceptación de los artículos.*

4. RELACIONES CON LOS REVISORES

- 4.1. Los editores deben proporcionar orientación a los revisores sobre todo lo que se espera de ellos, incluyendo la necesidad de manejar el material enviado en confianza con confidencialidad; esta orientación debe actualizarse periódicamente y debe hacer referencia o estar vinculada al presente código;
- 4.2. Los editores deben exigir a los revisores que revelen cualquier posible interés contrapuesto antes de revisar un trabajo;
- 4.3. Los editores deben contar con sistemas que garanticen la protección de las identidades de los revisores, a menos que utilicen un sistema abierto de revisión, del que han sido informados tanto los autores como los revisores.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Alentar a los revisores a realizar comentarios sobre cuestiones éticas y posibles acciones de mala conducta en relación con la investigación y la publicación identificadas en los trabajos presentados (por ejemplo, diseño de investigación poco ético, detalles insuficientes sobre el consentimiento de los pacientes del estudio o sobre la protección de los sujetos de la investigación –incluidos los animales–, manipulación y presentación inadecuada de los datos, etc.);*
- *animar a los revisores a realizar comentarios sobre la originalidad de los trabajos presentados y a estar alerta de las posibles publicaciones repetidas y del plagio;*
- *considerar la posibilidad de proporcionar a los revisores herramientas para detectar publicaciones relacionadas (por ejemplo, vínculos a referencias citadas y búsquedas bibliográficas);*
- *enviar los comentarios de los revisores a los autores en su totalidad a menos que sean ofensivos o difamatorios;*
- *favorecer el reconocimiento de la contribución de los revisores a la revista;*

- *alentar a las instituciones académicas a reconocer las actividades de revisión por pares como parte del proceso académico;*
- *realizar un seguimiento de la labor desempeñada por los evaluadores y tomar medidas que aseguren un proceso de alta calidad;*
- *desarrollar y mantener una base de datos de revisores adecuados y actualizarla en función del rendimiento de los mismos;*
- *dejar de enviar trabajos a revisores que emiten, de forma constante, críticas carentes de educación, de mala calidad o fuera de plazo;*
- *asegurar que la base de datos de revisores es un reflejo de la comunidad académica para la revista y añadir nuevos revisores si resulta necesario;*
- *utilizar una amplia gama de fuentes (no solo contactos personales) para identificar nuevos posibles revisores (por ejemplo, sugerencias de los autores, bases de datos bibliográficas); y*
- *seguir el diagrama de flujo de COPE en casos de sospecha de mala conducta por parte del revisor.*

5. RELACIONES CON LOS MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

5.1. Los editores deben proporcionar a los nuevos miembros del consejo editorial las directrices y normas sobre todo lo que se espera de ellos y deben mantener informados a los miembros existentes sobre las nuevas políticas y normas de la revista.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Tener una política clara para gestionar las entregas de trabajos por parte de los miembros del consejo editorial que asegure una revisión imparcial de los mismos;*
- *identificar de forma apropiada a los miembros del consejo editorial debidamente cualificados que puedan contribuir activamente al desarrollo y buena gestión de la revista;*
- *revisar periódicamente la composición del consejo editorial. Proporcionar una orientación clara a los miembros del consejo editorial sobre sus funciones y obligaciones, entre las que se encuentran las siguientes:*
- *actuar como embajadores de la revista;*
- *apoyar y promover la revista;*
- *buscar los mejores autores y los mejores trabajos (por ejemplo, a partir de los resúmenes de reuniones científicas) y motivarles activamente para que envíen sus artículos;*
- *revisar los envíos de trabajos a la revista;*
- *aceptar encargos para redactar editoriales, reseñas y comentarios sobre documentos del área de especialización de la publicación; y*
- *asistir y participar en las reuniones del consejo editorial.*
- *consultar a los miembros del consejo editorial de forma periódica (por ejemplo, una vez al año) con el fin de valorar sus opiniones sobre el funcionamiento de la revista e informarles sobre cualquier cambio en la política de la revista y sobre los retos futuros.*

6. RELACIONES CON LOS PROPIETARIOS DE LAS REVISTAS Y EDITORIALES

6.1. La relación de los editores con los propietarios de las revistas o los grupos editoriales es a menudo compleja, pero debe basarse firmemente en el principio de independencia editorial;

6.2. los editores deben decidir qué artículos se publican basándose en la calidad y en su adecuación a la revista, sin interferencia por parte del propietario o del grupo editorial encargado de la publicación;

6.3. los editores deben tener un contrato escrito que establezca su relación con el propietario de la revista y/o grupo editorial;

6.4. los términos de este contrato deben ser coherentes con el Código de Conducta COPE para Editores de Revistas.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Establecer mecanismos para gestionar los desacuerdos que puedan producirse entre ellos y el propietario/grupo editorial con el fin de garantizar el proceso; y,*
- *comunicarse regularmente con el propietario y/o grupo editorial encargado de la revista.*

7. EL PROCESO EDITORIAL Y LA REVISIÓN POR PARES

7.1. Los editores deben esforzarse por asegurar que la revisión por pares en su revista sea justa, imparcial y oportuna.

7.2. Los editores deben contar con sistemas que aseguren que los materiales enviados a la revista preservan su confidencialidad durante todo el proceso de revisión.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Garantizar que las personas que participan en el proceso editorial (incluidos ellos mismos) reciben una formación adecuada y están al corriente sobre las últimas directrices, recomendaciones e informaciones en relación con la revisión por pares y la gestión de la publicación;*
- *mantenerse informados sobre los avances en la investigación en el campo tecnológico y en el de la revisión por pares;*
- *adoptar los métodos de revisión por pares más adecuados para la revista y la comunidad científica a la que da respuesta;*
- *revisar periódicamente las prácticas de revisión por pares con el fin de comprobar si es posible mejorarlas;*
- *remidir los casos problemáticos a COPE, especialmente cuando surjan cuestiones no contempladas en el diagrama de flujo de COPE o cuando se sospecha que existen nuevos tipos de mala conducta en la publicación; y*
- *considerar el nombramiento de un defensor externo para resolver las quejas que no se hayan podido resolver internamente.*

8. GARANTÍA DE CALIDAD

8.1. Los editores deben tomar todas las medidas razonables para garantizar la calidad del material que publican, reconociendo que las revistas y las secciones dentro de las revistas podrán tener objetivos y estándares diferentes.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Disponer de sistemas para detectar la falsificación de información (por ejemplo, imágenes manipuladas de forma inapropiada o texto plagiado), ya sea de forma rutinaria o cuando surjan sospechas; y*
- *Basar las decisiones sobre el estilo de la revista en factores relevantes que garantizan la calidad del mismo (por ejemplo, la adopción de resúmenes estructurados, la aplicación de directrices como CONSORT) en lugar de basarlas en motivos estéticos o preferencias personales.*

9. PROTECCIÓN DE DATOS INDIVIDUALES

9.1. Los editores deben cumplir las leyes sobre confidencialidad establecidas en su propio ordenamiento jurídico. Sin embargo, independientemente de las leyes locales, siempre deben proteger la confidencialidad de la información individual obtenida en el transcurso de la investigación o de las interacciones profesionales (por ejemplo, entre médicos y pacientes). Por lo tanto, resulta necesario en la mayor parte de los casos obtener el consentimiento informado por escrito para la publicación por parte de personas que pudieran reconocerse o ser identificadas por otros (por ejemplo, en informes de casos o en fotografías). Cabría la posibilidad de publicar información individual sin el consentimiento explícito si el interés público de la publicación es mayor que los posibles daños, resulta imposible obtener el consentimiento o si fuera improbable que cualquier individuo razonable se opusiera a la publicación.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Publicar su política sobre la publicación de datos individuales (por ejemplo, datos o imágenes personales identificables) y explicar estos aspectos claramente a los autores. Tenga en cuenta que el consentimiento para participar en una investigación o someterse a un tratamiento no es el mismo que el consentimiento para publicar datos personales, imágenes o citas.*

10. FOMENTAR LA INVESTIGACIÓN ÉTICA (POR EJEMPLO, LA INVESTIGACIÓN CON SERES HUMANOS O ANIMALES)

10.1. Los editores deben esforzarse por asegurar que las investigaciones publicadas se realizan siguiendo las directrices pertinentes internacionalmente aceptadas (por ejemplo, la Declaración de Helsinki para la investigación clínica o las directrices AERA y BERA para la investigación educativa).

10.2. Los editores deben asegurarse de que todas las investigaciones han sido aprobadas por un organismo apropiado (por ejemplo, el Comité de ética de la investigación o el Comité de revisión institucional). Sin embargo, los editores deben ser conscientes de que tal aprobación no garantiza que la investigación sea ética.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Estar preparado para solicitar pruebas de la aprobación ética de la investigación y para preguntar a los autores sobre los aspectos éticos (por ejemplo, la forma en la que se obtuvo el consentimiento del participante en la investigación o qué métodos se utilizaron para minimizar el sufrimiento de los animales) si surgen dudas o si se necesitan aclaraciones específicas;*
- *garantizar que los informes de los ensayos clínicos mencionan el cumplimiento de la Declaración de Helsinki, las Buenas Prácticas Clínicas y otras directrices pertinentes para salvaguardar a los participantes;*
- *asegurar que los informes de los experimentos o estudios sobre animales mencionen el cumplimiento de la Guía para el Cuidado y Uso de Animales de Laboratorio del Departamento de Salud y Servicios Humanos de Estados Unidos u otras directrices relevantes; y*
- *nombrar a un consejero o un Comité de Ética de la revista para informar sobre casos específicos y revisar las políticas de la revista de forma periódica.*

11. CÓMO ABORDAR POSIBLES MALAS CONDUCTAS

11.1. Los editores tienen la obligación de actuar si sospechan que se ha producido alguna conducta indebida o si reciben una denuncia de mala conducta. Esta obligación se extiende tanto a los documentos publicados como a los no publicados;

11.2. los editores no deben limitarse a rechazar los documentos que suscitan dudas acerca de una posible mala conducta. Tienen la obligación ética de perseguir los supuestos casos;

11.3. los editores deben seguir los diagramas de flujo COPE en aquellos casos en los que sean de aplicación;

11.4. los editores deben primero intentar obtener una respuesta de los sospechosos de mala conducta. Si no están satisfechos con la respuesta, deben instar a sus empleadores, a la institución a la que pertenecen o a alguna entidad apropiada (por ejemplo, un organismo regulador o una organización nacional que vele por la integridad de la investigación) para que inicien una investigación más exhaustiva;

11.5. los editores deben hacer todos los esfuerzos razonables para garantizar que se lleva a cabo una investigación exhaustiva de los supuestos casos de mala conducta. Si esto no sucede, los editores deben intentar, por todos sus medios, conseguir una solución al problema. Se trata de una obligación onerosa, pero importante.

12. ASEGURAR LA INTEGRIDAD DEL DOCUMENTO ACADÉMICO

- 12.1. Los errores, declaraciones inexactas o engañosas deben ser corregidos de forma inmediata y con prominencia;
- 12.2. los editores deben seguir las pautas COPE en relación con las retracciones.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

Tomar medidas para reducir las publicaciones repetidas encubiertas (por ejemplo, exigiendo que todos los ensayos clínicos estén registrados);

- *asegurar que el material publicado esté archivado de forma segura (por ejemplo, a través de repositorios permanentes en línea, como PubMed Central); y,*
- *disponer de sistemas adecuados para dar a los autores la oportunidad de publicar libremente artículos de investigación originales y ponerlos a disposición de la comunidad científica.*

13. PROPIEDAD INTELECTUAL

- 13.1. Los editores deben estar atentos a los problemas de propiedad intelectual y trabajar con el grupo editorial para resolver posibles infracciones de las leyes y convenciones sobre propiedad intelectual.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

Adoptar sistemas de detección del plagio (por ejemplo, software, búsqueda de títulos similares) para los artículos presentados (ya sea de forma rutinaria o cuando surgen dudas sobre un determinado documento);

- *apoyar a los autores cuyos derechos de autor han sido vulnerados o que han sido víctimas de plagio; y*
- *estar preparados para trabajar junto con el grupo editorial para defender los derechos de los autores y perseguir a los infractores (por ejemplo, solicitando retracciones o la retirada del material de los sitios web) independientemente de si la revista posee los derechos de autor.*

14. FOMENTO DEL DEBATE

- 14.1. Los editores deben alentar y estar dispuestos a considerar las críticas contundentes de los trabajos publicados en la revista;
- 14.2. los autores de los materiales objeto de críticas deben tener la oportunidad de responder a las mismas;
- 14.3. los estudios que incluyan resultados negativos no deben ser excluidos.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Estar abierto a la investigación que desafía a algún trabajo previo publicado en la revista.*

15. QUEJAS Y RECLAMACIONES

- 15.1. Los editores deben responder con celeridad a las quejas y deben asegurarse de que existe un mecanismo para dar respuesta a las reclamaciones presentadas. Este mecanismo debería quedar detallado en la revista y debería incluir información sobre cómo remitir los asuntos sin resolver a COPE;
- 15.2. los editores deben seguir el procedimiento establecido en el diagrama de flujo COPE en relación con las quejas y reclamaciones.

16. INTERESES COMERCIALES

16.1. Las revistas deben contar con políticas y sistemas adecuados para asegurar que los intereses comerciales no influyen en las decisiones editoriales (por ejemplo, el departamento de publicidad y el departamento editorial deberían trabajar de forma independiente);

16.2. los editores deberían tener políticas claras de publicidad en relación con el contenido de la revista y sobre los procesos de publicación de suplementos patrocinados;

16.3. las reimpresiones deben publicarse tal y como aparecen en la revista, a menos que sea necesario incluir correcciones, en cuyo caso deben estar claramente identificadas.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Publicar una descripción general de las fuentes de ingresos de la revista (por ejemplo, las cantidades recibidas de la publicidad en pantalla, las ventas de reimpresiones, suplementos patrocinados, pagos por páginas, etc.);*
- *garantizar que el proceso de revisión por pares de los suplementos patrocinados es el mismo que el de la publicación principal; y*
- *garantizar que los artículos de los suplementos patrocinados se aceptan únicamente por el mérito académico y el interés de los lectores y que las decisiones editoriales sobre tales suplementos no dependen de intereses comerciales.*

17. CONFLICTOS DE INTERESES

17.1. Los editores deben contar con sistemas para gestionar sus propios conflictos de intereses, así como los de su personal, autores, revisores y miembros del Consejo Editorial;

17.2. las revistas deben contar con un proceso declarado para gestionar las entregas de trabajos por parte de los editores, empleados o miembros del Consejo Editorial con el fin de asegurar la imparcialidad en las revisiones.

§

Las Mejores Prácticas para los editores incluirían las siguientes acciones:

- *Publicar listados de intereses relevantes (financieros, académicos y de otro tipo) de todo el personal editorial y de los miembros de los Consejos Editoriales (que deben actualizarse al menos una vez al año).*

POLÍTICAS DE ÉTICA Y DETECCIÓN DE PLAGIO

La revista CAP Jurídica Central procurará que los interesados en el proceso editorial apliquen las normas éticas básicas que rigen las publicaciones científicas. Para ello, se siguen como base las normas éticas establecidas por *Committee on Publication Ethics* (COPE) y en específico lo relacionado con el *Code of conduct and best practice guidelines for journal editors*.

La revista CAP Jurídica Central somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio con el software Urkund, a través de los siguientes pasos:

ENVÍO

El proceso de Urkund empieza cuando se envía un documento al sistema. Esto puede hacerse mediante la plataforma de aprendizaje existente del colegio o adjuntándolo a un mensaje de correo electrónico. El sistema admite una amplia variedad de los formatos de archivo más populares, sus procesadores de texto estándar y archivos con varios documentos cuando se envían por correo electrónico. A continuación, se extrae el texto del documento y comienza el proceso con independencia del idioma en que esté escrito el texto.

SIMILITUDES DE TEXTO CON LAS FUENTES

El texto se analiza y empezamos a comprobar si existen posibles candidatos para la similitud de texto en las tres áreas de origen. Urkund destaca los posibles orígenes coincidentes respecto a nuestros archivos, que contienen orígenes de internet, material académico publicado y documentos de estudiantes enviados previamente. Se estudian en profundidad las similitudes de texto candidatos y se guardan los resultados.

ANÁLISIS BASADO EN MACHINE LEARNING

Cuando un documento empieza a mostrar similitudes con otros orígenes, comienza a tomar forma la base del informe. No solo registramos el grado de coincidencia, sino que también tenemos en cuenta cualquier otro uso de paráfrasis y sinónimos, además de otras formas de sustituciones. Nuestros algoritmos funcionan independientemente del idioma y son capaces incluso de detectar similitudes entre un número cada vez mayor de idiomas.

CREACIÓN Y ENTREGA DEL INFORME

Cuando el proceso finaliza, se genera una visión general del análisis y se entrega al usuario (par ciego). Los resultados del análisis se presentan en un informe comprensible para que el usuario pueda tomar la decisión final acerca de si se ha producido plagio o no. A su vez, la revista CAP Jurídica Central cuenta con un Código de ética y buenas prácticas, el cual se puede consultar en nuestro sitio web.

POLÍTICAS DE PRESERVACIÓN DIGITAL

La revista CAP Jurídica Central se ajusta a las políticas y lineamientos de la Dirección de Tecnologías y del Sistema Integrado de Bibliotecas de la Universidad Central del Ecuador.

ESTILO DE CITACIÓN

Esta revista debe citarse así:

CAP JURÍDICA CENTRAL (12), Quito: Colegio de Abogados de Pichincha y Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, enero-junio de 2023.



Esta revista se terminó de diseñar para su versión digital en Editorial Universitaria en el mes de mayo de 2023 siendo rector de la Universidad Central del Ecuador el Dr. Fernando Sempértegui Ontaneda y director de Editorial Universitaria el Prof. Gustavo Pazmiño.

