

**UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES
“UNIANDES”**



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**EXAMEN COMPLEXIVO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL GRADO
ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**“LA CONGRUENCIA REAL DE INFRACCIONES Y EL GARANTISMO
CONSTITUCIONAL”**

AUTOR: AB. PEÑA MORÁN CÉSAR ARMANDO

TUTOR: DR. JORDÁN NARANJO GENARO VINICIO, MG.

AMBATO – ECUADOR

2019

APROBACIÓN DEL TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

CERTIFICACIÓN:

Quien suscribe, legalmente **CERTIFICA QUE:** El presente Trabajo de Titulación realizado por el **Ab. PEÑA MORÁN CÉSAR ARMANDO**, estudiante del programa de Maestría en Derecho Constitucional, Facultad de Jurisprudencia, con el tema: **“LA CONGRUENCIA REAL DE INFRACCIONES Y EL GARANTISMO CONSTITUCIONAL”**, ha sido prolijamente revisado, y cumple con todos los requisitos establecidos en la normativa pertinente de la Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES-, por lo que apruebe su presentación.

Ambato, agosto de 2019



Dr. Genaro Vinicio Jordán Naranjo Mg.

TUTOR

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, **PEÑA MORÁN CÉSAR ARMANDO**, estudiante del programa de Maestría en Derecho Constitucional, Facultad de Jurisprudencia, declaro que todos los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, previo a la obtención del grado académico de **MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**, son absolutamente originales, auténticos y personales; a excepción de las citas, por lo que son de mi exclusiva responsabilidad.

Ambato, agosto de 2019



Ab. Peña Morán César Armando

C.I.:0913056982

AUTOR

DERECHOS DE AUTOR

Yo, **AB. PEÑA MORÁN CÉSAR ARMANDO**, declaro que conozco y acepto la disposición constante en el literal d) del Art. 85 del Estatuto de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, que en su parte pertinente textualmente dice: El Patrimonio de la UNIANDES, está constituido por: La propiedad intelectual sobre las Investigaciones, trabajos científicos o técnicos, proyectos profesionales y consultaría que se realicen en la Universidad o por cuenta de ella.

Ambato, agosto de 2019



Ab. Peña Morán César Armando

C.I.:0913056982

AUTOR

DEDICATORIA:

Desde que inicié mi carrera profesional en la rama del derecho, mi guía, mi horizonte, mi luz, mis primeros pasos fueron inspirados en mis padres Jorge Armando Peña Martínez y Manuela Victoria Morán Rodríguez, quienes como pilar fundamental en mi vida, me inspiraron a luchar día a día para llegar a materializar el sueño que desde niño tuve, ser ABOGADO.

Hoy ya casi tres años, mi padre no me acompaña físicamente, pero sé que desde el lugar que se encuentra me observa, protege y llena de bendiciones, tal como lo hace mi madre, cuando la visito, para que continúe con mi trabajo diario de ejercer mi función.

Luego en este largo trajinar de mi vida, nacen mis hijos, quien se convierten en mi empuje, en ese motor, para lograr mis metas y aspiraciones, en no declinar y seguir avanzando, y lograr mis objetivos.

Y como todo buen católico dándole gracias a Dios, en primer lugar, por ser quien por ser quien con su manto celestial ha fraguado mi camino para cumplir mis sueños.

A ellos dedico mi trabajo, mi vida y logros, ya que, por ellos, he luchado y lucharé.

AGRADECIMIENTO:

Cuando comencé a buscar por internet, instituciones académicas que ofrezcan títulos de cuarto nivel, recordé que años antes muchos colegas me comentaban haber realizado sus estudios en esta casa, todos coincidían en comentarios positivos en cuando al personal docente, me hablaban de su amplia experiencia, vocación en impartir sus enseñanzas, de su profesionalismo, y absoluta responsabilidad en la pedagogía, de formar maestrantes en las diversas ramas del derecho, y a su vez obvio al ser de Guayaquil, surgían opiniones diversas en el sentido que debía existir un complejo de la misma, en mi ciudad.

Efectivamente la fama y buen nombre, con el pasar del tiempo de ese día a día se lo han ganado, y me siento orgulloso de haber sido un ciudadano más que pasó por sus aulas y poder comentar entre mis familiares, amigos, conocidos y desconocidos de decirlo con mucho orgullo y en alta voz YO ESTUDIE EN LA UNIANDES, la Universidad de las alturas, a quien le agradezco por haber formado parte de mi experiencia, ser parte de mi vida y replicaré el mismo comentario a las demás personas para que inicien o continúen sus estudios en esta misma Alma Mater, a su vez poder replicarle a mis hijos, que sigan esos pasos largos viajes que tuve que realizar, para que ellos también logren sus proyectos y objetivos.

INDICE GENERAL

PORTADA

APROBACIÓN DEL TUTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

DERECHOS DE AUTOR

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

INDICE GENERAL

RESUMEN

ABSTRACT

a) TEMA:.....	1
b) PROBLEMA QUE SE VA A INVESTIGAR	1
c) JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD, ACTUALIDAD E IMPORTANCIA DEL TEMA	1
d) LINEA DE INVESTIGACIÓN	2
e) OBJETIVOS	2
OBJETIVO GENERAL.....	2
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	3
f) FUNDAMENTACIÓN TEORICO-CONCEPTUAL.....	3
EPIGRAFE I	3
1. EL GARANTISMO CONSTITUCIONAL.....	3
1.1. Origen etimológico.....	3
1.2. Garantía:	3
1.3. Que es el Garantismo:	4
1.4. Garantismo ecuatoriano.....	5
1.4.1. Supremacía Constitucional.....	6

1.5. Rigidez constitucional.	10
1.6. Garantismo penal.	10
EPÍGRAFE II.....	11
2. LA CONGRUENCIA REAL DE INFRACCIONES	11
2.1. Del concurso real e ideal.	11
2.2. Concurso medial o impropio.....	12
2.3. Del concurso continuado.	13
2.4. Concurso masa.	13
2.5. Elementos del Concurso de Infracciones.....	14
2.5.1. Que sean cometidos por la misma persona.	14
2.5.2. Que sean varias las actividades delictivas.....	15
2.5.3. Que se hayan afectado diferentes bienes jurídicos, o el mismo bien jurídico varias veces.....	15
2.5.4. Que todas se basen en hechos concretos y no en supuestos.....	15
EPÍGRAFE III.....	16
3. DELITOS SEXUALES Y CONTRA LA VIDA;.....	16
3.1. Breve historia de los delitos sexuales.	16
3.1.1. Bienes jurídicamente protegidos.	17
3.1.2. Marco jurídico.	18
3.1.3. Sujetos activos de la infracción.	18
3.1.4. Sujetos pasivos de la infracción.	19
3.1.5. Características en la investigación y la denuncia.	19
3.1.6. Medios de prueba.....	19
3.1.7. Agravantes.....	19
3.1.8. Sanciones punitivas.	20
3.1.9. Segunda violación o revictimización.....	20

3.1.10. Factores culturales y sociales.	20
3.2. Normativa penal:	21
3.3. De los delitos contra la vida.....	21
3.3.1. Origen etimológico.	22
3.3.2. Legislación ecuatoriana.	23
EPÍGRAFE IV	24
4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.	24
4.1. Origen etimológico.....	24
4.1.1. Breve historia.	24
4.2. Normativa constitucional.....	25
4.3. El objeto del Principio de Proporcionalidad.	26
4.3.1. Ponderación.....	27
4.4. Esencia del Principio de proporcionalidad.	27
4.5. Propósito final del Principio de Proporcionalidad.	28
g) LA METODOLOGÍA	29
Técnica.....	29
ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO.....	30
h) PROPUESTA.....	34
ANTECEDENTES	34
DESARROLLO DE LA PROPUESTA.....	35
CONCLUSION	36
i) CONCLUSIONES GENERALES	38
j) BIBLIOGRAFÍA	
k) DATOS PERSONALES	

RESUMEN:

En la legislación ecuatoriana existen dos confrontaciones opuestas, la primera aplicar una acumulación de penas, en un concurso real de infracciones, hasta un máximo de 40 años, cuando le son de su autoría varios delitos independientes o en su caso, imponer la sanción mayor, sin necesidad de una acumulación de penas, esto en cuanto a delitos contra la integridad personal, dentro de los cuales se encuentra los que son contra la vida y los delitos sexuales.

Más sucede que, ante estas circunstancias, la víctima, a través de la Fiscalía General del Estado, quien a su vez goza de los mismos derechos en cuanto a una tutela judicial efectiva, exige al poder punitivo del Estado la imposición de la sanción más drástica.

Otros jueces a su vez resuelven en base a un denominado concurso ideal de infracciones, el cual, en el delito mayor se subsume varias conductas punibles, sin necesidad de llegar a una pena acumulativa.

Ante estas dos circunstancias, encontramos que el garantismo constitucional, o promueve el principio elemental de todo Estado, el cual es la aplicación de la ley en estricto derecho, o en su caso, al encontrarse en controversia busca luchar por que impere la justicia, aduciendo que el rol del Estado como tal, ya se cumple en base a la sentencia judicial.

Entramos en dos tendencias diametralmente opuestas, la una sustentada en el garantismo constitucional, y la otra que este mismo daría pie a protagonizar focos de impunidad.

Hay de direccionar en alternativas viables que conduzcan al operador de justicia, en la aplicación de métodos en los cuales la concurrencia real de infracciones fomente la aplicación de la norma constitucional, a fin de que el mismo no entre en controversia con el principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

In our legislation there are two opposing confrontations, the first to apply accumulation of penalties, in a real offences contest, up to a maximum of 40 years, when several independent crimes are of its authorship or, where appropriate, impose the greater penalty, without the need for an accumulation of penalties, this in terms of crimes against personal integrity, which contain those that are against life and sexual crimes.

Frequently, in these circumstances, the victim, through the State Attorney General's Office, who at the same time enjoys the same rights in terms of effective judicial protection, requires the punitive power of the State the imposition of the most severe sanction.

Other judges in turn decide on the basis of a so-called ideal contest of offences, in which, several punishable conduct is summed up, without the need for accumulative penalty.

In the face of these two circumstances, we find that constitutional guarantee, or promotes the elementary principle of every State, which is the application of the law in strict law, or where appropriate, by being in dispute seeks to fight for justice, arguing, accordingly, that the State's role such is already being complied with on the basis of the court's judgment.

We entered into two diametrically opposed trends, one based on constitutional guarantee, and the other that it would give rise to star in pockets of impunity.

It should be addressed in viable alternatives that lead to the justice operator, in the application of methods in which the actual concurrence of infringements encourages the application of the constitutional norm, so that it does not conflict with the principle of proportionality

a) TEMA:

LA CONGRUENCIA REAL DE INFRACCIONES Y EL GARANTISMO CONSTITUCIONAL.

b) PROBLEMA QUE SE VA A INVESTIGAR

El Garantismo Constitucional y la falta de aplicación de la congruencia real de infracciones en los delitos sexuales y contra la vida vulneran el principio de proporcionalidad.

c) JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD, ACTUALIDAD E IMPORTANCIA DEL TEMA

La Constitución vigente desde el día 20 de octubre del 2.008, al declarar al Estado como constitucional de derechos y justicia, define un nuevo orden de funcionamiento político, administrativo y jurídico. La normativa directa, los principios y normas incluidos en su texto y en el bloque de Constitucionalidad confieren mayor legalidad al Código Orgánico Integral Penal, porque las disposiciones constitucionales no requieren la intermediación de la ley para que sean aplicables directamente por los jueces (principios indicados en el Art. 11).

La legislación penal vigente tiene, posiblemente cumple una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas sean estas víctimas y victimarios. Por un lado, protege derechos y, por otro, los restringe. Desde la perspectiva de las víctimas, los protege cuando alguno ha sido gravemente lesionado. Desde la persona que se encuentra en conflicto con la ley penal, puede restringir excepcionalmente sus derechos, cuando una persona vulnera los derechos de otras y justifica la aplicación de una sanción. Por ello, el derecho penal debe determinar los límites en la normativa, para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad.

El artículo 76 de la Constitución ordena que las penas estén acordes con el principio de proporcionalidad, es decir, debe existir cierta relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena.

Dentro de todo sistema penal encontramos que se encuentra en el dilema entre combatir o erradicar la impunidad y garantizar los derechos de las personas sospechosas de haber cometido una infracción penal. Si las garantías se extreman, se crearía un sistema que nunca sanciona; si las garantías se flexibilizan, se acabaría condenando a la persona inocente. El sistema penal tiene que llegar a la balanza jurídica, para evitar que en la sociedad se toleren injusticias y procurar que exista un término medio, inclusive para sancionar a los infractores. Se podría aducir una limitación en la actuación del aparato punitivo del Estado. La o el juez es garante de los derechos de las partes en el proceso. El conflicto penal se adecua a los grados de complejidad de los casos. Las personas sometidas al poder penal sean estas en calidad de víctimas o procesados tienen que cumplir sus obligaciones, ejercer sus derechos y contraer sus responsabilidades frente a un hecho demostrado.

d) LINEA DE INVESTIGACIÓN

Retos, Perspectivas y Perfeccionamiento de las Ciencias Jurídicas en Ecuador.

- El Ordenamiento jurídico ecuatoriano, presupuestos históricos, teóricos, filosóficos y Constitucionales.

e) OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Diseñar un documento de análisis crítico jurídico que evidencie como; el garantismo Constitucional y la falta de aplicación de la congruencia real de infracciones en los delitos sexuales y contra la vida vulnera el principio de proporcionalidad; y proponer una alternativa para solucionar este problema.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Fundamentar jurídica y doctrinariamente, el garantismo constitucional; la congruencia real de infracciones; y, delitos sexuales y contra la vida; el principio de proporcionalidad.
2. Analizar el caso donde se evidencie como el garantismo Constitucional y la falta de aplicación de la congruencia real de infracciones en los delitos sexuales y contra la vida vulnera el principio de proporcionalidad.
3. Establecer los parámetros para la elaboración de un documento de análisis crítico jurídico que evidencie como; el garantismo Constitucional y la falta de aplicación de la congruencia real de infracciones en los delitos sexuales y contra la vida vulnera el principio de proporcionalidad; y proponer una alternativa para solucionar este problema.

f) FUNDAMENTACIÓN TEORICO-CONCEPTUAL

EPIGRAFE I

1. EL GARANTISMO CONSTITUCIONAL

1.1. Origen etimológico.

En cuanto al origen de la palabra garante, esta viene del francés “garant” y este a su vez del germánico (alemán) “waren” (asegurar, hacerse responsable), de esto se origina garantir o garantizar, asociándose con la raíz indoeuropea “wer-5” (cubrir), presente en cubrir por medio del latín.

1.2. Garantía:

Cuando el derecho subjetivo se transforma en una obligación de abstención, sea por uno a varios sujetos estamos frente a una garantía negativa, el cual obliga desde un principio a enmarcar sus actuaciones en ciertas conductas, en tanto si el derecho subjetivo se encuadra en la obligación de hacer, nos encontraríamos frente a una garantía positiva.

A pesar de que el concepto de garantías tiene sus raíces en el derecho civil, en donde la encontramos que son de carácter real y personal, su uso se ha visto ampliado a otras ramas, tales como el derecho constitucional.

La noción central o articuladora del garantismo es la garantía. Ferrajoli define en términos generales a una garantía como cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo.

Así mismo, Ferrajoli afirma que por garantía puede entenderse toda obligación correspondiente a un derecho subjetivo, entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva (de prestaciones) o negativa (de no lesiones)

A su vez Ferrajoli, marca ciertas diferencias como lo son: garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras son conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. En tanto que las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos o actos no válidos que violen las garantías primarias.

Analizando en este sentido, las garantías secundarias requerirían para su activación y margen de funcionamiento al menos de una presumible violación a las garantías primarias, de las cuales estarían estrechamente ligadas. Hay que considerar que las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, pudiendo estas existir sin necesidad de las garantías secundarias.

Ferrajoli, en su teoría garantista nos señala que la misma consiste en distinguir entre los derechos subjetivos y sus garantías, postura que ha provocado un intenso debate de Ferrajoli con Riccardo Guastini.

1.3. Que es el Garantismo:

Garantismo lo definimos como una amplia ideología jurídica, expresado de otra manera como una forma de comprender, interpretar, representar, y explicar desde el punto máximo el derecho. Desde 1989, se arma una estructura amplia y bien marcada desde sus obras Luigi Ferrajoli, difundiendo el mismo y construyendo las bases que servirían para

su estudio y comprensión que posteriormente serían analizadas por lo doctrinarios de esta corriente.

1.4. Garantismo ecuatoriano.

Nuestra Constitución del 2008 reconoce que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art.1). El concepto de un Estado garantista es característica del Estado constitucional de derechos, construyéndose sobre la base primeramente de los derechos fundamentales de la persona (pro homine), y al asumir el rol fundamental del garantismo, vincula los derechos consagrados en la Constitución con los poderes públicos debidamente constituidos. Para este tipo de estados, el Derecho crea un sistema de garantías que la Constitución ordena para el amparo y respeto de los derechos fundamentales. Esta es la nueva vertiente del refundado constitucionalismo, llamado hoy neoconstitucionalismo.

Este nuevo paradigma es un salto cualitativo de un sistema constitucional que requiere para el respeto de sus derechos fundamentales la existencia de principios antes que de normas de derechos positivo, que no puedan ser invocadas para inaplicar los principios, pues como ha señalado la Corte Constitucional de Ecuador primero se debe acudir a principios como los de ponderación y de proporcionalidad, para resolver frente a un conflicto entre principios como los de inviolabilidad del derecho de defensa vs. Tutela judicial.

Hay que recordar que el Art. 11 de la Constitución vigente establece en su numeral 3, la aplicación directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Este modelo garantista que es alátere de la Constitución del 2008 proclama la invalidez de un derecho ilegítimo ante los derechos constitucionales de las personas. Al darle un valor constitucional a una norma se analiza su contenido, más no su forma vinculándola con las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento constitucional. El apego a valores y principios constitucionales es lo que motiva que se deba recurrir a un juicio de carácter jurídico complejo antes que político o moral.

1.4.1. Supremacía Constitucional.

El Estado Constitucional se construye normativamente en un conjunto: la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales descritos en la propia constitución (o en los tratados internacionales de derechos humanos); el principio de la juridicidad o de la legalidad que somete a todo poder público al derecho; y, la efectividad de los sociales, conjuntamente con la adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar los derechos de libertad.

Los derechos fundamentales obligan a relacionarse entre sí, a todos los poderes públicos del Estado, y son aplicados por los operadores de justicia por las distintas vías y acciones que le establece la Constitución.

La vía legítima es la aplicación de oficio de los principios previstos en la Constitución que no requieren de desarrollo normativo, como lo señalan otras constituciones, pues se aplica la exigibilidad del respeto al principio sin necesidad de norma expresa. El Art. 84 de nuestra Constitución nos indica que la asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.

Expresamente se señala que para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, que los derechos serán plenamente justiciables, y que no podrán alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

El Capítulo Primero del Título II de la Constitución que se refiere a los DERECHOS, tiene como epígrafe Principios de aplicación de los derechos, y a más de lo expresado, en el numeral 4 reconoce que ninguna norma jurídica podrá restringir (principio de no restricción) el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, en el numeral 5 prevé que en materia de derechos y garantías constitucionales las servidoras y servidores públicos, administrativos y los operadores de justicia, deberán aplicar la norma y la

interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Todos los principios y derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, como señala el numeral 6. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, siendo inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución siendo además el Estado responsable por una inadecuada administración de justicia.

Se debe recalcar lo señalado por el constituyente y que recogió en el Art. 424 para destacar la supremacía de la Constitución, reconociendo inclusive la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, que prevalecen frente a cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. El principio llamado doctrinariamente pro homine está previsto con rango constitucional, ante cualquier duda, las normas constitucionales deben prioritariamente aplicarse en el sentido que más favorezcan a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional. De acuerdo a lo descrito en el Art. 429 la Corte Constitucional, es reconocida como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

Existen principios que son autosuficientes, como son los derechos de protección como los de tutela judicial, principio de presunción de inocencia, derecho de defensa, entre otros, que son derechos constitucionales que se deben aplicar por sobre el argumento de que falta ley (para no aplicarlos). Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por el principio de su eficacia directa que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un derecho fundamental o constitucional. Aquí la importancia de la Constitución como la norma de las normas para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático. Se suele dar el caso en que se requiere del dictado de una ley, para hacer operativo el reclamo, para citar como ejemplo, por la vulneración de un principio constitucional. Una primera consecuencia de que los derechos sean directamente aplicables es que, siendo anteriores o preexistentes a la ley, no puedan ser restringidos por el legislador hasta al extremo de desvirtuar su contenido, pues si esto se

insinuare, las leyes que se expidan con tal finalidad resultan ser inaplicables conforme el Art. 11 numeral 4 de la Constitución.

Son unas realidades jurídicas los derechos fundamentales a favor de los cuales la Constitución ha diseñado técnicas importantes de protección

La Corte Constitucional de Ecuador ha mencionado antes que referirse a derechos fundamentales, referirse a los derechos constitucionales. Recordemos el contenido de las Reglas de procedimiento publicadas en el ROS. 466 del 13-11.2008, que en su considerando tercero dice: “la finalidad primordial del nuevo Estado ecuatoriano es la garantía de los derechos fundamentales, los cuales de conformidad con los numerales 3 y 5 del artículo 11 de la Constitución son de directa e inmediata aplicación y plenamente justiciables por y ante cualquier servidor público, jueza o juez, sin que puedan establecerse o exigirse requisitos adicionales o argüirse falta de ley para justificar su desconocimiento o falta de aplicación”.

El Prof. Zavala Egas, en varias disertaciones ha mencionado de la eficacia directa del derecho fundamental el cual debe entenderse como la precedencia lógica de éste a la actuación del legislador. Lo indicado surge del propio texto constitucional (Art. 11.3) cuando prescribe que los derechos serán de directa e inmediata aplicación; sin embargo, su ejercicio, estará condicionado a los requisitos que establezcan la Constitución o la ley. No se debe asimilar la eficacia directa de los derechos constitucionales como una cualidad el cual crea la especie “derechos fundamentales”.

Al tratar de los derechos de desarrollo progresivo se hace necesario el dictado de la ley que tienen que guardar relación con el principio constitucional rector. Como dice Luis Prieto Sanchís, la cualidad de los derechos fundamentales como límites al poder exige, “que los derechos fundamentales sean directamente vinculantes para todos los poderes del Estado, es decir, que el desarrollo que pueda o deba efectuar el legislativo no se configure como una mediación necesaria e imprescindible para su efectiva vigencia. Los derechos reconocidos en la Constitución, forman parte del orden jurídico sin necesidad de ningún compromiso legal o reglamentario”.

En esta aplicación directa de los principios los cuales nacen con el neoconstitucionalismo, tiene incluso proyección en las prácticas jurisprudenciales. A los jueces les toca el gran trabajo de moldear principios con valores constitucionalizados, y que requieren de una

tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma razonada y justificada, dotándoles de esta forma contenidos normativos concretos.

Existen dos tendencias en que se indica que las normas se pueden expresar como reglas y como principios. Ante ello encontramos profundas diferencias entre el Estado de Derecho (descripción de la Constitución de 1998) y el Estado Constitucional (surge a partir de la Constitución del 2008). La primera se manifestaba y estructuraba como derecho por reglas, en tanto que el actual Estado Constitucional, invoca un derecho de principios, que conlleva a importancia en el desarrollo de la actividad jurisdiccional.

A consecuencia de la entrada en vigencia de la Constitución 2008, así como de textos constitucionales en cuanto a este modelo sustantivo, la práctica jurisprudencial de las Cortes y Tribunales, y así del estamento jurídico del Estado, se ha ido modificando de forma importante, al punto que en el caso de los jueces, estos han tenido que aprender a realizar su trabajo bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir del cual el razonamiento judicial, con análisis de fondo constitucional se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la razonabilidad, la ponderación, la proporcionalidad, la proyección horizontal, el principio pro homine, entre otros.

Vale reconocer que la Constitución del 2008, tiene a corto plazo expreso reconocimiento por sus propuestas garantistas y de afianzamiento de un estado constitucional, como ya ha sucedido con Constituciones como la española de 1978, la de Brasil de 1988 y de nuestro vecino del Norte de 1991.

En la correcta aplicación de esta nueva corriente constitucional que es el neoconstitucionalismo tiene ya carta de presentación en los fallos que viene expidiendo la Corte Constitucional de Ecuador, nacida en octubre de 2008, lo que debe reflejarse en la calidad y en la certeza jurídica de los fallos de la justicia ordinaria, pues sus resoluciones tienen carácter vinculante como indica el Art 436 numeral 6, de la Constitución del 2008 que al determinar el ámbito de su competencia señala: “Expedir sentencia que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como a los casos seleccionados por la Corte para su revisión”.

1.5. Rigidez constitucional.

En cuanto a la rigidez constitucional es uno de los más grandes descubrimientos del constitucionalismo del siglo XX dice Ferrajoli. Lo cierto es que es un descubrimiento reciente solamente para el constitucionalismo europeo, ya que el constitucionalismo norteamericano lo había descubierto mucho antes, al menos desde la sentencia Marbury versus Madison, que puso en evidencia las limitaciones del legislador frente a la Constitución y el poder de los jueces para hacer observar esas y otras limitaciones.

Con la rigidez constitucional, nace una esfera de lo indecible, que puede ser una vertiente positiva (lo que no es decidible que no) o negativa (lo que no es decidible), siempre dependiendo del tipo de mandatos que se originen del legislador.

Lo no decidible implica obligaciones de abstención, las cuales se desprenden como por ejemplo de los derechos fundamentales de libertad. En tanto que lo no decidible que no comporta obligaciones de acción, las cuales se desprenden y que suele ser por ejemplos de los derechos sociales.

1.6. Garantismo penal.

Esta corriente del garantismo se proyecta hacia las garantías penales procesales y garantías penales sustanciales. Aquí el garantismo penal, en materia penal, se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, al intentar poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado.

En lo que corresponde a garantías sustanciales encontramos los principios de estricta lesividad, legalidad, culpabilidad y taxatividad. En tanto que en las garantías procesales están los principios de paridad entre acusación y defensa, principio de contradicción, la presunción de inocencia, la carga de prueba para el que acusa (excepto en los delitos ambientales), la separación rígida entre juez y acusación, la publicidad del juicio, la oralidad, la independencia interna y externa de la judicatura y el principio del juez natural.

El objetivo de las garantías penales sustantivas es la verdad jurídica, a partir de la verificabilidad y refutabilidad en abstracto, de las varias tesis de la acusación. Uno de los fines de las garantías penales procesales es que tienen como objetivo la averiguación de la verdad fáctica.

EPÍGRAFE II

2. LA CONGRUENCIA REAL DE INFRACCIONES

Establece la legislación penal ecuatoriana lo que se conoce en el derecho internacional penal, como CONCURSOS PROPIOS, y que se clasifican de acuerdo a la pluralidad o unidad de actos llevadas a cabo por el agente (persona) y que son de dos tipos: CONCURSO REAL Y CONCURSO IDEAL.

2.1. Del concurso real e ideal.

El Código Orgánico Integral Penal, indica en su artículo 20, sobre el “concurso real de infracciones”, y en el siguiente articulado el denominado “concurso ideal de infracciones”, exponiendo en el primero una acumulación de penas de hasta el máximo del doble de la pena más grave, sin que pueda exceder de cuarenta años, y en el segundo caso, la pena de la infracción más grave.

Al analizar el concurso ideal, este procede "Cuando varios tipos penales son subsumibles a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave", en el que se establece una pluralidad de delitos y una sola conducta, no obstante, esta disposición origina cierta discusión si se contrasta con varias opiniones de doctrinarios. Cuando el legislador enfoca en el artículo de subsunción de varios tipos penales a una misma conducta se debe entender que existe "adecuación de los hechos a la ley penal", cuestión que la aparta a un aparente concurso de delitos o interpretación del concurso de leyes, en que varios tipos penales parecidos entre sí, son aplicables cuando en realidad uno solo es el que debe ser aplicado, manteniendo los criterios de alternatividad, subsidiaridad, especialidad y consunción. Se debe entender entonces que en el concurso ideal por lo tanto puede ser propio cuando una sola acción infringe o adecúa su conducta a varios preceptos legales, o al mismo tipo delictivo homogéneo (ejemplo chofer el cual al conducir un vehículo atropella a varias personas ocasionando sus decesos), siendo la unidad de hecho se da por una misma actuación por medio de voluntad que es valorada unitariamente.

2.2. Concurso medial o impropio.

Para el concurso ideal medial o impropio que encontramos en algunos ordenamientos jurídicos y en la doctrina penal, se da cuando un delito es el medio necesario para ejecutar el otro, es decir, para cometer el delito fin, previamente debe cometerse el delito medio (ejemplo: falsificación de firmas de su cheque para cometer el delito de estafa). En este caso es cuestionable la aplicación de un concurso real por ser dos infracciones, sin embargo, el delito medio no goza de independencia ni autonomía, ya que ambos están relacionados con una evidente necesidad que debe ser concreta, real y restrictiva.

En lo referente al concurso real, el Código Orgánico Integral Penal, determina que “Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes, se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años”, aquí se valora desde la perspectiva de la independencia y autonomía del delito, siendo varios delitos (Pedro maneja un vehículo en estado etílico, atropella a un peatón ocasionando su muerte, en el procedimiento, los agentes del orden lo encuentran con sustancias sujetas a fiscalización a gran escala), aquí existe una acumulación material de penas. Para este tipo de concurso, existe una determinación, según la doctrina penal, por un lado, nos hayamos con una pluralidad de delitos, y por el otro una pluralidad de acciones u omisiones, siendo su límite de sanción de hasta 40 años por acumulación.

Sin embargo, cuando estuvo en vigencia la Resolución No. 12-2015, de fecha, 16 de septiembre del 2015, en el cual, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, establecía su criterio de aplicación obligatoria, respecto al delito de tráfico ilícito de sustancias sujetas catalogadas a fiscalización, “al tratarse de las descripciones típicas en el Código Orgánico Integral Penal, Art. 220, numeral primero, la persona que con un acto incurra en uno o más verbos rectores, con sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, será sancionada con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia psicotrópica, estupefaciente o preparados que la contengan, distintos y en cantidades iguales o diferentes, con pena privativa de libertad acumulada según sea la sustancia psicotrópica o estupefaciente, o preparado que la contenga, y su cantidad, pena que no excederá del máximo establecido en el artículo 55 del Código Orgánico Integral Penal”, quedando con ello estructurado, según esta resolución, que cuando un infractor cometa en un acto uno o más verbos

rectores, se le deberá aplicar el concurso real de infracciones. Resolución que fue sumamente cuestionada, dado que, dentro de sus verbos rectores, existe el “almacenamiento” y la “tenencia” o “posesión”, y si analizamos el almacenamiento el mismo lleva implícito la tenencia y posesión, al existir un ejercicio de poder sobre la sustancia ilícita, existiendo sobre esto, una acumulación de penas.

Y lo más alarmante que dejó esta resolución, fue que cuando al aprehendido se le encontraba en posesión de 100 gramos de heroína y 2000 de cocaína (gran escala), a este se le debía de iniciar dos procesos por posesión de sustancias sujetas catalogadas a fiscalización dado que eran dos sustancias distintas. Es decir, en esa resolución se debían iniciar procesos penales paralelos, juzgando dos veces a una misma persona en cuanto al mismo hecho “non bis in ídem”, vulnerando este derecho constitucional, además de ser desproporcional, en cuanto al marco jurídico penal.

2.3. Del concurso continuado.

Así mismo nos encontramos con el delito continuado el mismo que presupone el cometimiento de dos o más acciones homogéneas en distinta unidad de tiempo, pero en ocasiones análogas. Aquí según la doctrina, este es otro tipo de concurso que se da en este espectro, dado que el legislador, no ha dejado en claro lo que significa el aparente concurso de delitos o leyes, el que sería de gran utilidad para nuestra normativa. En el delito continuado existen dos requisitos principales: 1). - El objetivo que corresponde a la homogeneidad del bien jurídico; y, 2). - El subjetivo sobre la presencia de un dolo conjunto de las acciones realizadas. En nuestro sistema positivo del derecho penal, este concurso es inexistente, debiendo ser apreciado como un concurso real de infracciones en estricta legalidad, el cual, si se encuentra en otras legislaciones penales y que con la doctrina lo encuadran como un concurso real, citamos como ejemplo el hurto sistemático dentro de una empresa por parte del cajero de la misma, cometiendo actos mensuales, dentro de un margen de dos años.

2.4. Concurso masa.

Además, vale analizar el denominado “delito masa”, el cual no existe como un tipo de concurso de manera formal, pero lo podemos hallar en el delito de estafa, artículo 186,

segundo inciso, el cual nos indica “La persona que perjudique a más de dos personas o el monto de su perjuicio sea igual o mayor a cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general será sancionada con pena privativa de libertad de seis a diez años”, sobre este toca valorar el incremento de la pena que indica el inciso tercero del artículo 44 y por las agravantes que determina el artículo 47, IBIDEM, el cual limita la aplicación de la técnica del concurso real de infracciones, dada la cantidad de perjudicados (estafa masiva).

En fin, llegar a aplicar en el sistema procesal penal, el concurso de infracciones se vuelve a la larga ambiguo, por la falta de una explicación técnica del legislador, es más la misma Corte Nacional de Justicia al pronunciarse, origina la confusión con los ejemplos que cita, siendo el mismo un trabajo arduo e imparcial de los jueces al momento de administrar justicia, teniendo siempre como premisa al garantismo constitucional.

2.5. Elementos del Concurso de Infracciones.

Para el Concurso de Infracciones de deben establecer cuatro puntos elementales:

- 1.- Que sean cometidos por la misma persona;
- 2.- Que sean varias las actividades delictivas;
- 3.- Que se hayan afectado diferentes bienes jurídicos, o el mismo bien jurídico varias veces; y;
- 4.- Que todas se basen en hechos concretos, y no en supuestos.

2.5.1. Que sean cometidos por la misma persona.

Para que se configure el concurso de infracciones, este es el primer elemento, pues de lo contrario, y al ser realizado por varios actores, las infracciones serían múltiples y no existiría un concurso de infracciones, sino varias infracciones cometidas por varias personas, todas serían tratadas de manera particular, de la cual cada sospechoso o procesado deberían responder de manera individual por su acción.

2.5.2. Que sean varias las actividades delictivas.

Para la existencia de varios delitos que pueden ser en diversas ocasiones, o de diferente tipicidad, de los debe atribuir, comprobar y configurar en uno solo. No estaríamos frente a una configuración individual cuando JUAN, entra a un banco a asaltar, a JOSE le roba el celular, a MIGUEL, le roba la laptops, a CLEMENTE, el dinero que previamente ha retirado, dentro del mismo establecimiento a pesar de existir tres denuncias diferentes en su contra, todas en si se encuadran en un solo delito que se deben acumular por las circunstancias objetivas y subjetivas antes descritas.

2.5.3. Que se hayan afectado diferentes bienes jurídicos, o el mismo bien jurídico varias veces.

Como lo indicamos anteriormente en el numeral segundo, que es necesaria la comisión de varios tipos penales, es decir, que sean afectados diversos bienes jurídicos, dado que, si el bien jurídico es único, estaríamos frente a una infracción penal aislada, o en su caso, ante la afectación del mismo bien jurídico, pero en diversas ocasiones. Ejemplo: PEDRO violó el 2 de julio del 2.014, asesinó el 15 de julio del 2.015 y violó el 4 de septiembre del 2.018.

2.5.4. Que todas se basen en hechos concretos y no en supuestos.

Los hechos que se pretendan configurar dentro de un concurso de infracciones, deben ser probados, debiendo tener en cuenta que las presunciones no son permitidas en el Código Orgánico Integral Penal (en la etapa de juzgamiento), pues así lo prescribe el artículo 455 al exigir hechos reales en el NEXO CAUSAL. JOSE Y PEDRO, fueron privados de su libertad, por el delito de receptación (Art. 202 del COIP), por varios bienes muebles. Posteriormente llega ante el Juez, MARIA, quien indica que los bienes encontrados en poder de JOSE Y PEDRO, fueron robados violentando las seguridades de su domicilio, mientras no se demuestre lo contrario mal se podría establecer que JOSE Y PEDRO, fueron quienes ingresaron al domicilio de MARIA, a sustraer mediante violencia sus bienes, aquí no se podría aplicar un concurso real de infracciones, pues al existir una afirmación de MARIA, sobre un acto distinto, le tocaría demostrar que efectivamente JOSE Y PEDRO, fueron quienes robaron en su domicilio.

EPÍGRAFE III

3. DELITOS SEXUALES Y CONTRA LA VIDA;

3.1. Breve historia de los delitos sexuales.

Se menciona que los delitos sexuales en la antigüedad aparecieron en el continente africano y euroasiático, en tanto que en América data de inicio de la llegada de los europeos en el siglo XV.

Nacieron para proteger el derecho de propiedad que los hombres tenían sobre las mujeres, buscando con ello, garantizar la virginidad de las mujeres solteras y la exclusividad sexual de las mujeres casadas o en su caso para garantizar la héteronorma (obligación de desear a individuos de otro género).

En la mayoría de cultura durante siglos, la falta de consentimiento de la persona sexualmente agredida tuvo poca o ninguna importancia jurídica, y sus víctimas, principalmente mujeres, recibían la misma sanción que el agresor. Dentro de la antigüedad, los principales delitos sexuales fueron la sodomía, la violación y el adulterio. En épocas muy recientes, y en casi todas las culturas, las mujeres que eran víctimas de delitos sexuales, solían ser culpabilizadas por haberlos “provocado”, quedando marcadas socialmente por la figura de la mancilla, por haber perdido su honra y honestidad, era considerado un “asesinato moral”, originando con ello que los delitos de carácter sexual sean ocultados y silenciados por parte de sus víctimas. En esos tiempos se implementaron mecanismos culturales, mediáticos, policiales y judiciales que amparaban o justificaban la comisión de delitos sexuales que conformaron lo que algunas corrientes doctrinarias denominaron la cultura de la violación. Un marcado ejemplo fue la obligación de mantener relaciones sexuales dentro del matrimonio que justificada hace breve tiempo y aún justifica en algunos estados, la violación conyugal.

En la violencia de género los delitos sexuales son habituales, cometidos comúnmente por personas que tienen una relación muy cercana con las víctimas, en especial hombres sobre sus víctimas. Existen estadísticas para citar, que en Europa el 99 % de las personas condenadas son varones y el 90% de las víctimas son mujeres, en tanto que las estadísticas a nivel de Estados Unidos nos indican que el 76% de las víctimas mujeres fueron violadas por sus parejas, novios o esposos.

A inicios del siglo XX y a raíz de la promoción de los derechos humanos, el feminismo, los movimientos GLBTI, en conjunto con los derechos de la niñez y adolescencia, los delitos sexuales comienzan a sufrir de una transformación, orientándose a proteger la dignidad de las personas y la orientación sexual, en un marco de lucha radical contra el abuso infantil y la violencia de género, dando sus primeros pasos para eliminar mecanismos patriarcales y machistas de impunidad para los infractores de los derechos contra las mujeres y los niños, tomando más fuerza y apoyo de los gobiernos como política de Estado, para promover la erradicación de los mismos.

En las tradicionales legislaciones penales, donde se sanciona a los denominados “delitos sexuales” ha sido un claro exponente de la función de las normas jurídicas en la formación de estereotipos y roles sociales que van definiendo durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, disminuyendo y a su vez discriminando las posibilidades de las mujeres, originando con ello que desde finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX los movimientos feministas se hayan hecho notar en su lucha en contra de la llamada violencia sexual.

3.1.1. Bienes jurídicamente protegidos.

No existe un concepto claro en cuanto a una uniformidad en relación a los bienes jurídicamente protegidos en los delitos sexuales, teniendo cada país una variación en sus conceptos normativos.

De manera tradicional, hasta hace unos cuantos años atrás, se invocaban a ser protegidos la familia, las buenas costumbres, la honestidad, el pudor. Más ahora, aparece una tendencia legislativa a desvincular los delitos sexuales de los valores de tipo moral, antes mencionados, para darle protección a los valores como la libertad sexual, la reproducción, el desarrollo sexual de las personas, su dignidad.

En el año 1995, España modifica la estructura de los delitos sexuales, en la exposición de motivos de la ley, se explicaba de este modo el cambio ahora de este bien jurídicamente protegido, dando inicio aquí a una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Con ello se adecúa los tipos del bien jurídicamente protegido, el cual no es ya, como históricamente lo era, la honestidad de la mujer (bajo este marco anteriormente la

tutela de la honestidad de la mujer se cubría de una intolerable situación de agravio), sino la libertad sexual de todos.

Aquí los delitos sexuales comienzan a tomar una mayor forma, en un amplio rango de acciones que llevan explícito su connotación sexual, y en muchos casos el cuerpo de sus víctimas.

Dos elementos comienzan a calificar las acciones punibles: la vulneración de la persona afectada o ausencia de consentimiento y la minoría de edad.

En este tipo de acciones punibles los actos son siempre realizados en ámbitos privados, nueva forma que caracterizaría a estos delitos, influyendo en los medios de prueba.

3.1.2. Marco jurídico.

Para el caso de los delitos sexuales, son aquellos que vulneran la libertad sexual y reproductiva de una persona, es decir, su libertad sobre su cuerpo, su sexualidad y si de tener hijos, cuántos, con quien y en qué momento. En la normativa nacional e internacional se toma en consideración a los niños, niñas y adolescentes como grupos de mayor vulnerabilidad, en estos casos, para precautelar el desarrollo normal de su personalidad y evolución.

3.1.3. Sujetos activos de la infracción.

La principal característica en este tipo de infracciones es que sus actores suelen ser hombres, con una tendencia cercana a la familia, siendo en muchos casos parte de ella (abuelo, padre, tío hermano, primo), vecindad o de afectividad para con sus víctimas.

Sin embargo, todas las personas pueden ser sujetos activos de las infracciones sexuales sin importar mayormente su género. A pesar de que estadísticamente se menciona minorías, en cuanto a violaciones realizadas por mujeres, en contra de otras mujeres, que no sería un tema excepcional. En este tipo de delitos sus conocidas agravantes son ser pareja de la víctima, familiar, persona con autoridad o confianza.

3.1.4. Sujetos pasivos de la infracción.

En esta ubicación encontramos a las mujeres, niñas, niños y personas con diversidad de orientación sexual o identidades GLBTI

3.1.5. Características en la investigación y la denuncia.

La principal característica es que la víctima es REVICTIMIZADA, desde el mismo momento en poner la denuncia, e iniciar la investigación, pasan por los denominados filtros del debido proceso penal, sean estas versiones, reconocimiento de denuncia, valoración psicológica, informes de entorno social, nuevas entrevistas o ampliaciones a sus versiones, informes de peritos al ir a su domicilio para que les colabore en el reconocimiento del lugar de los hechos, informe de la policía especializada para que les dé información del cometimiento de la infracción, cámara gessel con su respectivo testimonio anticipado, etc. Conocido esto como segunda violación.

Esto ha originado el reclamo de muchos movimientos feministas, quienes desde hace décadas han cuestionado y siguen cuestionando estos mecanismos del “debido proceso”, exigiendo personal adecuado y procedimientos acordes a las víctimas.

3.1.6. Medios de prueba.

Debido a la característica principal de este tipo de delitos, los cuales generalmente son cometidos en lugares íntimos o privados, se da origen a una problemática en lo concerniente a la sustentación de la prueba. A esto, se suma que las víctimas en su rol de sujetos pasivos, exigen otorgar valor probatorio su declaración, sometándose a la investigación mediante el principio de contracción ante jueces, fiscales, abogados y las respectivas pericias que el caso conlleva.

3.1.7. Agravantes.

Una de las principales agravantes en los denominados delitos sexuales es la edad de las víctimas cuando son menores. Está también los vínculos familiares y de confianza y siendo finalmente los daños sufridos (lesiones y muerte) a pesar de no ser intencionales.

3.1.8. Sanciones punitivas.

En lo relacionado a este tipo de delitos, conforme avanza la normativa penal, su sanción ha ido endureciendo, llegando en algunos países a la cadena perpetua o a la pena de muerte (nuestra legislación establece una pena de 19 a 22 años para casos de violación considerando además las gravantes que aumentaría en un tercio). En otros países encontramos contemplada la pena de castración química, siendo sus características principales la obligatoriedad o voluntariedad de la persona.

3.1.9. Segunda violación o revictimización.

La segunda violación o victimización secundaria o revictimización, se vuelve un problema en el cual las entidades a la que debe acudir la víctima de una infracción de esta gravedad (médico, fiscalía, policía, peritos, juez o instituciones de apoyo), su entorno laboral, familiar o social, maltratan a la víctima, dándole cierto valor a la credibilidad de su declaración, en ocasiones, faltando el respeto, dudando de su verdad, o directamente volviendo a cometer el delito o encubriendo, agravando los sufrimientos y traumas causados por la infracción principal. Los procesos iniciados a partir de esta premisa perpetúan los sufrimientos o padecimientos causados, daños psicológicos tales como dejar a la víctima “anclada” en el acto de naturaleza sexual que vulneró su libertad, limitando a que vuelva a recuperar la continuidad de su vida.

El principal factor de revictimización se encuentra en la falta de información de este tipo de proceso, la hostilidad del sistema de justicia, cuestionamiento a la víctima, falta de presupuesto para la debida atención, estereotipos de géneros, entre otros.

3.1.10. Factores culturales y sociales.

Están fuertemente ligados con prácticas culturales y sociales, los cuales justifican, avalan, toleran, incitan, encubren y hasta promocionan la comisión de los mismos, dentro de un círculo más amplio de un sistema de relaciones de desigualdad entre los géneros, denominado “patriarcado” más una práctica de “violencia privada sistemática”, llamada “violencia de género”. A estos se los ha denominado como cultura de la violación o segunda violación, tomando un nuevo matiz a las expresiones enmarcadas en un entorno

de pasividad y cultura de tolerancia que facilita y hasta promueve la comisión de estos delitos.

3.2. Normativa penal:

1.- Violación: Obligar a una persona a tener relaciones sexuales por medio de violencia, amenazas o cuando la víctima esté privada de la razón (posea una enfermedad o discapacidad o sea menor de 14 años).

2.- Abuso Sexual: La persona que, en contra de la voluntad de otra ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal.

3.- Acoso Sexual: La persona que solicite un acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaliéndose de su situación de autoridad, ya sea laboral, docente, religiosa o similar, sea tutora, curadora o curador, ministros de culto, profesional de la educación o de la salud, personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima, con la amenaza de causar a la víctima o a un tercero, algún daño.

4.- Estupro. La persona mayor de 18 años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales, con otra mayor de catorce y menor de 18 años.

Los delitos de abuso o acoso sexual son más graves y serán sancionados con una pena mayor cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal.

3.3. De los delitos contra la vida.

El asesinato comprende una forma de homicidio que constituye una infracción contra el bien jurídico protegido que es la vida (Art. 66, numeral 1ro de la Constitución 2008), con características muy determinadas la cual se constituye en matar a una persona con ciertas

circunstancias específicas tales como precio, recompensa, promesa, ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor de la víctima, alevosía, etc.

Otros lo denominan como homicidio calificado. Se dice que es asesinato cuando una persona causa la muerte de otra, y lo ejecuta con alguno de los siguientes supuestos (o los tres juntos) de “alevosía” (lo realiza a traición y/o cuando conoce que la víctima no va a poder defenderse), “ensañamiento” (aumentando deliberada e inhumanamente el dolor o sufrimiento de la víctima o “precio” (cometiendo la infracción a cambio de una retribución material o económica).

3.3.1. Origen etimológico.

La palabra “asesino”, tiene su origen o proviene del árabe “hassasin”, cuyo curioso significado quiere decir “adicto al cáñamo indio/hachis”.

Bajo esta denominación se lo conoció entre los siglos VII y XIV a los integrantes de una secta militar chiita (los nizaríes) que surgió en el Oriente Medio, en plena época de las Cruzadas.

Según algunas crónicas de la época, los nizaríes eran adictos al hachís (de allí es que viene la aplicación del sobrenombre de “hassasin”), pasando a la historia ya que su único fin era acabar con la vida de miembros religiosos, militares, políticos, y los reyes de aquella época.

Con el pasar del tiempo el término se popularizó como sinónimo del acto de quitar la vida a alguien, pero con mayor relevancia a personajes ilustres e importantes. En la actualidad, las palabras asesino, asesinar y asesinato, se aplica a la persona que ejecuta un crimen por el que quita la vida a otro, sin importar la relevancia de la víctima.

Dentro de la historia, la primera vez que surge escrita la palabra “asesinar” (assessorum” surge en el año 1259, realizado por Mateo de París, quien en su crónica medieval recoge, ilustrada y manuscrita “Chronica Majora”, un texto en latín que se lee: “ Qui tándem confessus est, se missum illuc, vt Regem more assessorum occideret, á Willielmo de Marisco”, en estas líneas traducido a nuestro idioma le entiende “ El finalmente confesó que había mandado de vuelta por William de Marisco para asesinar y matar al Rey”.

Posteriormente la palabra “hassasin”, llega a Europa llegando a adaptarse a las diferentes costumbres y lenguas del continente, encontrándose con ciertos cambios tales como “assassin” en francés; “assassins” en inglés; “assassino” en italiano y portugués; “assassinem” en alemán; “assassinus” en latín; y, “asesino” en español.

En otro origen los británicos defienden que la primera vez que se usó el término “assassination” (asesinato) fue realizado en el año 1605, por el ilustre escritor William Shakespeare, en su libro de la tragedia “Macbeth”.

3.3.2. Legislación ecuatoriana.

En nuestro país, según lo determina la parte normativa del Código Orgánico Integral Penal, se denomina “asesinato”, cuando una persona da muerte a otra, estableciendo una sanción de veintidós a veintiséis años, si concurre algunas de las siguientes circunstancias:

1. A sabiendas, la persona infractora ha dado muerte a su ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermana o hermano.
2. Colocar a la víctima en situación de indefensión, inferioridad o aprovecharse de esta situación.
3. Por medio de inundación, envenenamiento, incendio o cualquier otro medio que ponga en peligro la vida o la salud de otras personas.
4. Buscar con dicho propósito, la noche o el despoblado.
5. Utilizar medio o medios capaces de causar grandes estragos.
6. Aumentar deliberada e inhumanamente el dolor a la víctima.
7. Preparar, facilitar, consumir u ocultar otra infracción.
8. Asegurar los resultados o impunidad de otra infracción.
9. Si la muerte se produce durante concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública.
10. Perpetrar el acto en contra de un dignatario o candidato a elección popular, elementos de las Fuerzas Armadas o la Policía Nacional, fiscales, jueces o miembros de la Función Judicial por asuntos relacionados con sus funciones o testigo protegido.

EPÍGRAFE IV

4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

4.1. Origen etimológico.

Principio viene del latín “principium” (comienzo, origen), derivado a su vez de “princeps, principis “el primero” de la familia etimológica de “primo”.

En tanto que “proporcionalidad” compuesta con el prefijo pro- y portio, de origen griego, significando parte de un todo, subdivisión. La palabra proporción, surge del latín “proportio, porportionis” (relación de las cosas colocadas frente a otras). Está compuesta con el prefijo pro- y portio, de origen griego, significando parte de un todo, subdivisión.

Para el diccionario de la Real Academia Española, el significado de la palabra proporcionalidad está determinado el “proporción”, relación o correspondencia debida de las partes con el todo, en cuanto a cantidad, grado o magnitud: las proporciones del cuerpo, u otras, pero a su vez se define en las matemáticas como igualdad de dos razones.

El conjunto de palabras “principio de proporcionalidad”, responde a una idea de evitar la utilización desmedida de sanciones que conlleven a una privación o restricción de la libertad, ante ello se limita su uso a lo “imprescindible”, siendo como imperativo imponerlas o establecerlas exclusivamente para proteger bienes de valor jurídico.

4.1.1. Breve historia.

Sus orígenes se remontan a la época de PLATON y luego a BECCARIA.

En los presupuestos políticos y jurídicos que determinaron su formación y nacimiento con su actual perfil, destaca sin mayor duda, la concepción hecha por el Estado liberal que surge en los inicios de la edad contemporánea, con el origen de la Revolución Francesa a finales del siglo XVIII, y en el transcurso del siglo XIX. El Estado liberal, cumple con la función básica de la seguridad interna, externa y la conservación de la paz como instrumentos que garantizan la seguridad de la ciudadanía. Bajo este contexto, la jurisprudencia contribuye a la creación de un Derecho Administrativo llamado a disciplinar en clave jurídica la intervención de carácter pública. En época ya temprana, los tribunales ejercerían un control adecuado de los medios a la finalidad perseguida por

el Estado, en el ámbito de la actividad de policía revisando si todas las medidas tomadas excedían de lo estrictamente necesario, esto es, de lo que el mismo fin demandaba. El Tribunal Administrativo Superior de Prusia, el que tenía mayor relevancia e importancia para la época en materia contencioso – administrativo en el mundo germánico, asumiría un rol de liderazgo en la dirección apuntada. El principio de proporcionalidad, entendido desde su origen como principio de necesidad de la intervención o del más moderado medio posible, fue cogiendo fuerza con el pasar del tiempo de la mano con las doctrinas alemanas y la jurisprudencia, se fue a su vez abriendo paso en una notable confusión terminológica, hasta obtener su significado actual. Los conceptos doctrinales más recientes, los hayamos en el siglo XVIII, en los que se conocen como principio de ponderación estatal y principio de necesidad, inducidos como límites inherentes a la intervención pública. Ya a finales del siglo anterior (XX) aparece por primera vez el término proporcionalidad, dentro de un tratado de derecho de policía.

Posteriormente encontramos su uso en distintos preceptos de la Constitución Española, aunque no lo manifieste expresamente.

El principio de proporcionalidad consiste en la aplicación de normas con estructura de principios los cuales contienen derechos fundamentales en colisión, es decir, es la aplicación de principios constitucionalizados de origen natural de los estados constitucionales de derechos.

4.2. Normativa constitucional.

El denominado principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 76 de la Constitución en su parte textual nos dice: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes normas básicas: ...6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.”.

4.3. El objeto del Principio de Proporcionalidad.

En sí, se lo entiende como un procedimiento relativamente sencillo y controlable, siendo su fin el de limitar la injerencia o poder del Estado, en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en otras palabras, se debe aplicar la proporcionalidad, para evaluar la constitucionalidad de una medida de carácter restrictiva de derechos fundamentales, con fundamentación en una relación medio – fin, a fin de ser útil, idónea, práctica y legítima, para adquirir los objetivos constitucionales planteados, por cualquier método o medio, además debe ser necesaria y adecuada para obtener un propósito legítimo, en sí existen varias opciones para lograr un fin, teniendo como premisa aquella opción de afectación de los derechos fundamentales que sea menos leve o grave, para lograr los objetivos constitucionales, lo cual concluiría en la satisfacción de otros derechos.

Al momento de su aplicación es de suma utilidad, hacer la pertinente diferencia entre lo que son las normas con estructura de regla y las normas con estructura de principios y su forma de utilizar.

Las primeras, es decir, las normas con estructura de regla, tienen una estructura jurídica armada de supuesto de hecho y consecuencia jurídica clara, y la forma jurídica tradicional de su estudio para su aplicación, es mediante la subsunción, las reglas son normas adquieren una única medida de cumplimiento, pueden cumplirse o no, es decir, son mandatos definitivos, de todo o nada, las reglas no derivan de los principios, y la principal diferencia es la forma en que se solucionan sus antagonismos, por medio de caminos tradicionales de especialidad, jerarquía, validez y temporalidad.

Mientras que los principios son órdenes de perfeccionamiento, que pueden ser cumplidos en diversos grados y que direccionan que se realice, su aplicación en la mayor medida de lo posible, en relación con las armonías jurídicas y fácticas. Son normas que aceptan varias formas de interpretación y aplicación para lo cual usamos la ponderación, es decir son supuestos de hecho cuya consecuencia no está expresamente formulada.

Los principios ordenan que algo sea cumplido en la mayor medida, sin manifestar un supuesto de hecho claro, es decir, aceptan varias interpretaciones. Al momento en que procedemos a utilizar la ponderación enfrentamos dos normas, tipo principio, pero no

para desvalijar la una sobre la otra, como comúnmente sucede con las reglas, sino para limitar una en favor de otra, dándole mayor valor o poder en un caso concreto.

4.3.1. Ponderación.

Ponderación viene del latín “pondus”, que significa peso, el ejercicio de la ponderación, se caracteriza por pesar o sopesar varios principios en colisión, que concurren dentro de un caso específico, los principios están dotados de una cualidad que no tienen las reglas, el conocido “peso” los principios llevan implícito un peso, y ponderar consiste en poder determinar cuál es el peso específico de los principios que entran en colisión, dentro de un caso concreto, para establecer cuál de ellos debe restringir o limitar en su ejercicio y goce, bajo qué parámetros y medida.

Existen varios sistemas para aplicar el principio de proporcionalidad, el más usado, el conceptual, el cual trata de indicar en qué consiste, el empírico el que se emplea sin estudiar cómo opera; y, el normativo el cual describe como debe aplicar la proporcionalidad, por medio de reglas, fiables y conocidas, para que puedan al final del análisis del caso concreto determinar la racionalidad en la ponderación.

4.4. Esencia del Principio de proporcionalidad.

La esencia de los principios implica el principio de proporcionalidad. La tesis de la proporcionalidad es un instrumento de control de constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales, dicho en otras palabras, se constituye como el más sustancial principio constitucional material, aplicado con transparencia a través de reglas que lo conforman en un sistema de vigilancia precisa de evaluación de la constitucionalidad, de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, para declarar la eventual inconstitucionalidad o admisibilidad constitucional, aplicada por medio de una lógica gradual, significando esto, que se va estructurando de forma sucesiva, en los diversos controles, que realiza cada una de las reglas, que se encuentran cronológicamente enlazadas, por ende es necesario conocer la estructura del principio, así como de sus reglas, para entender el modo de aplicación o de procedimiento homogenizados de razonamiento, en el que consiste esencialmente en continuar los pasos

previamente determinados para cada una de las reglas, lo que faculta en reconstruir el razonamiento seguido, y a su vez alertar tanto las fortalezas como las posibles marcadas deficiencias en el proceso de razonamiento de la decisión, por lo que se encaminará en una mejor administración de justicia, y un mayor beneficio de los derechos fundamentales, los cuales constituyen en uno de los ejes del ordenamiento jurídico dentro de un denominado Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Al principio de proporcionalidad desde dos sentidos comúnmente se lo analiza y estudia, el amplio y el estricto, siempre encontraremos a éste último subsumido dentro del primero. Por lo tanto, la proporcionalidad en sentido amplio encierra tres exigencias:

La exigencia de subsidiariedad: significa que el Derecho Penal solo interviene de manera residual, siempre que se demuestre que el resto de sistemas de un ordenamiento jurídico, ha fracasado, en la tutela de un bien jurídico embestido. Para este caso, el primer lugar jamás debe atenderse la intervención del derecho penal, solo será su aplicación en última ratio.

La exigencia de adecuación a fin: esto debe determinar que tanto el legislador, como el juez, tiene que optar la medida o sanción que sea adecuada para llegar al fin que la justifica. Siempre se tendrá en cuenta el bien jurídico sobre el que se tutela. La sanción será acorde de forma cualitativa y cuantitativamente adecuada al fin.

4.5. Propósito final del Principio de Proporcionalidad.

En el Estado de Derecho, la proporcionalidad de la pena se encuadra en un principio fundamental, implicando con ello, al momento de sancionar, las penas deben guardar armonía con el daño causado por el sujeto activo del delito, es decir, el medio previsto por el legislador debe de estar exigido y adecuado, para lograr el objetivo propuesto.

g) LA METODOLOGÍA

La presente investigación se llevará a cabo mediante el análisis de un caso específico referente al tema que nos ocupa, con su respectivo análisis de información jurídica, desde una perspectiva descriptiva, evaluativa, explicativa y propositiva, bajo un lineamiento jurídico en materia Constitucional.

En la presente investigación, se va a utilizar los siguientes métodos:

DEDUCTIVO – INDUCTIVO: Se enfocará en realizar un análisis desde la perspectiva constitucional, los dos principios rectores del enfoque de nuestro trabajo, como lo es el garantismo constitucional y la proporcionalidad, para direccionarnos en el estudio para sancionar las infracciones penales y garantizar el derecho de las víctimas.

ANALITICO – SINTETICO: Dentro de esta investigación se analizará los elementos constitutivos de los principios constitucionales pro defensa de un procesado, como así mismo los principios rectores de los derechos de la víctima dentro del proceso penal.

HISTORICO - ANALITICO: Parte de la historia de nuestra legislación penal, como también constitucional, en que se centrará nuestra investigación, dará respuestas claras a varias interrogantes constantes en nuestra normativa, así mismo analizaremos varias etapas del proceso penal, en la cual, jueces discrepan en criterios de aplicación en cuanto a la concurrencia real de infracciones, y el garantismo constitucional.

Técnica

Análisis del caso

ANÁLISIS DE UN CASO PRÁCTICO

El día 07 de octubre del 2017, pasando el medio día recibo una llamada de alerta desde la Fiscalía Provincial del Guayas, que algunos padres de familia de una conocida institución educativa ubicada al norte de la ciudad de Guayaquil, exigían ser atendidos, por cuanto sus hijos cuyas edades oscilaban entre los 7 y 8 años, habían sido víctimas de un presunto delito sexual, entre los que me referían que en el baño del plantel ciertos profesores habían cometido el mismo.

Inmediatamente repliqué la voz de alerta a la Policía Nacional para que me colaboren en cuanto al procedimiento que iba a realizar, previamente tomando contacto con los padres de los niños, quienes me indicaban lo que sus vástagos les habían mencionado, que cada vez que ellos iban al baño había algunos profesores que los seguían, los amarraban con cuerdas, los amenazaban, le daban golpes, que se orinaban en una botella y los hacían tomar el orine, así mismo que se cogían de la cintura diciendo que andaban armados, y los obligaban a que se bajen los pantalones para estos “docentes” dar rienda suelta a sus bajos instintos sexuales, y algunos casos procedían a obligarlos a hacer sexo oral sea hacia ellos, o los docentes a su vez a los niños, así mismo que les daban caramelos previniéndoles bajo amenazas de que si decían algo, tanto a ellos como sus padres correrían el riesgo de pasarle algo, y aprovechando las circunstancias de la infracción les tomaban fotos a los menores desde sus móviles, según los relatos que pude escuchar hasta ese momento.

Ante tal aberrante declaración de los padres actué de manera inmediata, me dirigí hasta el plantel, procedí a realizar el allanamiento y a detener personalmente a uno de los implicados, posteriormente cayeron tres más, sumando cuatro en total, los cuales fueron identificados plenamente por los niños como sus agresores sexuales.

Eran casi las 02h00 del día 08 de octubre del 2017, ya cansado de recibir información sobre este hecho, llamé en el transcurso del procedimiento a una perito sicóloga, a fin de receptar la entrevista, hasta ese momento de tres niños para ir sumando elementos de convicción para iniciar la respectiva formulación de cargos, (audiencia programada para las 08h30 del día 08 de octubre del 2017), y cada uno de los menores relataban con sus palabras, con su lenguaje tanto oral como corporal las situaciones vividas en el “baño de terror” como fue denominado públicamente este caso, ratificando lo indicado por parte de sus padres hasta ese momento presentes.

Pero todo lo que declaraban coincidía y más me llamaba la atención, era que las víctimas eran varones, más no mujeres. Al día siguiente luego de haber formulado cargo al primer sospechoso, y ya haberse hecho eco la opinión pública de los delitos sexuales que se comenten en diversas unidades educativas, y con mayor relevancia en la que intervine, comencé a recibir visitas a mi oficina de muchos padres de familia de la entidad pública educativa implicada en este caso, todos ante la desconfianza de las autoridades del plantel, me requerían pericias médicas, tanto ginecológico como proctológico para sus hijos, así como de pericias psicológicas para poder determinar si existía algún tipo de afectación, y entre tanto ir y venir de padres y niños, hubieron unas niñas testigos, no víctimas directas de estos delitos, de la cual una de las psicólogas que conformó un equipo multidisciplinario pudo detectar en compañía de su madre, quien le manifestó que su hija cuando se sentaba en la mesa sea a desayunar, almorzar, o merendar, se hacía sus necesidades en la silla, y ella la reprochaba que a esa edad de 8 años, tenía que saber que sus necesidades se realizaban en el baño, la profesional se ahondó más es esta problemática y pudo detectar que el problema no era la conducta de la menor, sino que ella sentía el temor de ir a un baño, ver el sanitario, debido al haber sido testigo constante en el momento mismo en que los profesores seguían a sus compañeros hasta el baño del plantel y observaba cada uno de los actos, y desde allí se originaba ese miedo.

Pasaron los días y luego de ser procesados los docentes por delito de violación, se obtuvieron más elementos de convicción de este caso, llegando a la audiencia preparatoria de juicio y sustentación de dictamen, en donde el juez de control los llamó a juicio y pasamos a la siguiente etapa del proceso penal, la audiencia de juzgamiento, en que presenté toda la prueba recabada por parte de Fiscalía, pericias, testimonios, documentos, solicitando la aplicación en cuanto a la concurrencia real de infracciones, como lo son: Violación, abuso sexual, tortura, pornografía infantil (esta última fue mencionada en la cámara gessel, en que decían que los profesores les tomaban fotos cuando les bajaban los pantalones) teniendo en consideración que las víctimas eran varias, en distintos días y de distintos cursos pero de la misma institución, realicé al Tribunal de Justicia, en el momento de debatir sobre la acusación formal y directa en contra de los acusados, y en base a lo determinado dentro del Art. 20 del Código Orgánico Integral Penal, la aplicación de los delitos establecidos en los Arts. 103.- Pornografía con utilización de niñas, niños y adolescentes. (pena de 13 a 16 años); 151.- Tortura (pena de 10 a 13 años); 166.- Acoso sexual (pena de 3 a 5 años); 170.- Abuso sexual (pena de 5 a 7 años); y, 171.- Violación

(pena de 19 a 22 años), siendo ante ello la concurrencia real de infracciones por ser delitos autónomos e independientes la pena de 40 años de privación de libertad.

El Tribunal al resolver, dentro de la causa penal No. 09286201704308, constante en el sistema SATJE de la función judicial, textualmente indicó:“...ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPUBLICA declara a E. X. M. B. ecuatoriano, de 44 años edad, soltero, educación superior, docente, domiciliado en las calles Tungurahua 3151 y Bolivia; y B. L. M. Z., ecuatoriano, de 31 años de edad, soltero, instrucción superior, era docente, domiciliado en Paraíso de la Flor, Mz. 262, villa 14, evangélico, AUTORES DIRECTOS del delito de violación, tipificado y sancionado en el art. del art. 171 numerales 2 y 3 en concordancia con los art. 48, numerales 1 y 8 42. No.1, literal a, art. 44 Inc. 3, todos del Código Orgánico Integral Penal, imponiéndoles a cada uno la pena privativa de libertad de VEINTINUEVE AÑOS CUATRO MESES, la multa de 1.066 básicos unificados del trabajador en general de conformidad con lo que art. 70, numeral 13 del mismo cuerpo de leyes y como reparación integral a las víctimas IATC y MDAG doscientos mil dólares que deben pagar a prorrata los sentenciados. Adicionalmente, a los procesados se le impone la pena de pérdida de los derechos de participación por el tiempo de la condena. - Sáquese copia de ésta sentencia en el libro respectivo. - Se saquen copias certificadas de la sentencia y se remita a la Fiscalía para que se inicie instrucciones por el abuso sexual a los menores AYAM y MFCL; así como por el delito de Pornografía infantil. - PUBLÍQUESE Y NOTIFÍQUESE.”.

Ante aquella sentencia que la consideré diminuta en base a la acusación y prueba presentaba y a la diversidad de delitos cometidos presenté el correspondiente recurso de apelación para ante la Corte Provincial de Justicia del Guayas, considerando que si bien existe ya un fallo dictado, también está de por medio el respeto a las víctimas de esta serie de delitos aberrantes por la cual sus victimarios fueron procesados.

CITA:
CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL:
LIBRO PRIMERO
LA INFRACCION PENAL
TITULO I
LA INFRACCION PENAL EN GENERAL
Art. 20.- Concurso real de infracciones
TITULO II

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

CAPITULO PRIMERO

LA PENA EL GENERAL

Art. 55. Acumulación de penas

TITULO IV

INFRACCIONES EN PARTICULAR

CAPITULO PRIMERO

**GRAVES VIOLACIONES A LOS DERECHOSHUMANOS Y DELITOS CONTRA EL
DERECHOINTERNACIONAL HUMANITARIO**

SECCION TERCERA:

Diversas formas de explotación:

Art. 103 Pornografía con utilización de niñas, niños y adolescentes.

SECCIÓN SEGUNDA: Delitos contra la integridad personal

Artículo 151.- Tortura.

SECCIÓN CUARTA

Delitos contra la integridad sexual y reproductiva:

Artículo 166.- Acoso sexual (pena de 3 a 5 años).

Artículo 170.- Abuso sexual (pena de 5 a 7 años).

Artículo 171.- Violación (pena de 19 a 22 años).

Nota: Ver jurisdicción Delito contra la Vida es Facultad del Derecho Ordinario, Resolución de la Corte Constitucional No. 113, ver Registro Oficial Suplemento 323 de 1 de Septiembre de 2014, página 1.

h) PROPUESTA

DOCUMENTO DE ANÁLISIS CRÍTICO JURÍDICO QUE EVIDENCIE COMO; EL GARANTISMO CONSTITUCIONAL Y LA FALTA DE APLICACIÓN DE LA CONGRUENCIA REAL DE INFRACCIONES EN LOS DELITOS SEXUALES Y CONTRA LA VIDA VULNERA EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD; Y PROPONER UNA ALTERNATIVA PARA SOLUCIONAR ESTE PROBLEMA.

ANTECEDENTES

En la anterior legislación penal, que estuvo vigente hasta el día 09 de agosto del 2014, dentro del Art. 81, se encontraba una denominada concurrencia de infracciones, pero bajo la modalidad de un solo conjunto de reglas, con varias especificaciones, pero sin determinar a ciencia cierta, la parte real e ideal, al decir: "...En caso de concurrencia de varias infracciones, se observarán las reglas siguientes: ... 3.- Cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión, se impondrá la pena mayor. Cuando concurren varios delitos reprimidos con reclusión mayor especial, se acumularán las penas por un máximo de treinta y cinco años...", posteriormente ya se incorpora una clasificación en el Código Orgánico Integral Penal, pero con una ambigüedad mayor, por parte de varios operadores de justicia, quienes hablan de los principios proceder a su aplicación: por una lado en favor de la víctima, como tutela judicial efectiva y por el otro como la: proporcionalidad, la prohibición de doble juzgamiento, delitos continuados, en lo cual, para el primer ejemplo entraría una sanción drástica al agresor, para el segundo, una pena variable, y que inclusive tomando en cuenta su estimado tiempo de vida laboral, esto sin contar con la parte de las garantías penitenciarias, donde se beneficia una vez con sentencia ejecutoriada de una reducción de pena, quedando ésta a criterio del juez, de hasta un 40% o dependiendo en muchos casos del ánimo del operados de justicia.

No se puede soslayar so pretexto de aplicar una norma de carácter penal, principios fundamentales, de carácter constitucional, que en muchos casos son divergentes y se colisionan entre sí, por una lado un debido y justo proceso, respetando todas las garantías y por el otro, el derecho de la víctima, que si bien ella es beneficiaria de una reparación integral no es menos cierto que el Estado, aplicando el poder punitivo, debe sentar un precedente para casos de esencia fuerte como es el de este trabajo.

DESARROLLO DE LA PROPUESTA

Existe varios frentes que analizar a fin de encasillar en una propuesta objetiva e imparcial, por un lado la función judicial, su representante, el juez además de ser un operador de justicia “imparcial”, tiende a desarrollar su administración mediante una resolución o sentencia que no atente contra un bien jurídico, como lo es el derecho a la libertad, si bien aplica las normas constitucionales en primer orden, posteriormente las penales las debe adecuar a la conducta punitiva del sujeto activo de la infracción. Pero ante esto surge la tutela judicial, aquella que tiende a velar en que la administración de justicia, no tenga roce con el derecho primeramente invocado, en que ese amparo, proteja así mismo, a la víctima. En este juego de normas, entra previamente el representante de la sociedad, Fiscal que, con su investigación objetiva, con elementos de cargos y de descargo, deberá demostrar al juez la actuación de un procesado, en el cometimiento de un delito. La coyuntura viene tomando cuerpo, y al final antes de resolver, estamos frente a dos tesis de principios, el garantismo constitucional innato, el cual desarrolla su aplicación en el proceso, frente al principio de proporcionalidad, que equilibra el peso del aparato punitivo y le hace un alto a la fuerza del poder jurisdiccional, equilibrando la balanza, no en favor del derecho sino en la aplicación de la justicia, con sana crítica sustentada en los principios de derechos fundamentales.

Si bien tenemos dos serios problemas, estos se suman más aún a sus resultados. La sociedad, llena de morbo, quiere una sanción más drástica para el infractor, que ha cometido actos abominables, execrables, aberrantes y con un grado de punibilidad, que quedaría debiendo socialmente por sus actos, violado y asesinado a su víctima, ante ello el clamor de la pena máxima. Ya estamos hoy en día escuchando propuestas de reformas para sanciones como la cadena perpetua o pena de muerte, es más ya existen anteproyectos y proyectos para en el caso de delitos sexuales, la castración química, aquí surge la duda, estos nuevos ejes que la sociedad plantea debería ser estudiados previamente a ser aplicados, considero que por el momento contamos ya con una mínima arma, para contrarrestar este tipo de situaciones, por un lado la encontramos como un mecanismo de aplicación de agravante, donde nuestra ley, aumentar en un tercio la pena máxima prevista en el tipo penal, (artículo 44 inciso 3ro del Código Orgánico Integral Penal), frente a una aplicación de concurrencia real de infracciones, la cual en el momento

de aplicarla tiene ciertas divergencias con la tesis de la concurrencia “ideal” de infracciones.

Como propuesta planteo que la Asamblea Nacional, mediante reforma tanto al artículo 20 como al 21 IBIDEM, establezca varios mecanismos de aplicación de estos dos preceptos normativos penales confusos, y que si bien estamos en un estado constitucional de derechos, donde en primer término se debe aplicar la Constitución como norma suprema, antes que la norma penal, esta al momento de adaptarla a una resolución, fallo o sentencia, se regule en su adaptación de los principios diametralmente opuestos (proporcionalidad y garantismo), que han sido objeto de este análisis.

Existe otro camino, un organismo que en muchas ocasiones ha solucionado dudas en falta de aplicación de ciertas normas, dictando sentencias con precedentes vinculantes, me refiero a la Corte Constitucional, institución de máxima instancia de interpretación de la Constitución (artículo 436, numeral 1ro de la Constitución), que en cuanto al desarrollo de los derechos fundamentales para la aplicación de los principios de colisión que he mencionado, jugaría un rol importante, al momento de estipular mecanismos de forma matemática dentro de estos conflictos de ideas en la aplicación de los artículos 20 y 21 del Código Orgánico Integral Penal.

CONCLUSIÓN

Conforme se ha ido escudriñando cada palabra, como cada principio que ha sido materia de este enfoque, han surgido varias ideas. No es menos cierto que la misma Corte Constitucional, en reiteradas ocasiones ha emitido resoluciones, hasta cierto punto “contradictorias”, pero de la contradicción sacamos un resultado para obtener un fin, o una nueva solución, pero ese no es el caso, hay que enfocarnos, que la Asamblea Nacional, mediante una normativa matemática (que sea de carácter penal, tal como se usa en las acciones de juicios de alimentos, laborales),

bien pudiera estudiar la reforma a la normativa, aplicando aritméticamente sanciones penales, previamente establecidas, muchos criticarán, diciendo que la norma ya tiene punibilidad, basada en temporalidad, es verdad, pero aún nos falta una regla clara y

precisa de sumar acciones delictivas, sin irrespetar derechos para conseguir el fin, trabajo que se puede materializar analizando otras legislaciones, o en su caso ser pioneros en su aplicación.

Como solución concreta, a todas estas interrogantes, planteo a la Asamblea Nacional, en base a un estudio minucioso, sin atentar a derechos y principios, la derogatoria del contenido del Artículo 20 del Código Integral Penal, cuyo texto dice: Cuando a una persona le son atribuibles varios delitos autónomos e independientes se acumularán las penas hasta un máximo del doble de la pena más grave, sin que por ninguna razón exceda los cuarenta años.”.

Por el siguiente:

Se acumularán las penas hasta cuarenta años, cuando se den las siguientes circunstancias:

- 1.- Cuando existan distintas sentencias por diversos delitos, el juez o tribunal que conozca del último procederá a disponer su acumulación en sentencia.
- 2.- Cuando sean varios delitos autónomos e independientes, el Juez o Tribunal acumularán las penas hasta el máximo de 40 años, siempre que se haya efectuado las formulaciones de todos los cargos en la misma audiencia de inicio de instrucción fiscal acorde lo determina el Art. 595 de éste Código. -
- 3.- Cuando en el pedido de vinculación o reformulación de cargos, se realizan nuevas imputaciones.
- 4.- El juez o tribunal al momento de acumular sumará cada sentencia por cada delito individual en cuanto a la sanción máxima estipulada por cada tipo penal.

i) CONCLUSIONES GENERALES

1.- En nuestra normativa penal vigente, si bien encontramos ciertos métodos aplicables para sancionar delitos puntuales, como lo son casos denominados de connotación social, ya analizados en su contexto los principales, en que el papel que juegan las víctimas es de “damnificado procesal”, aún nos queda un largo camino de recorrer a fin de encasillar los diversos tipos penales, para su acumulación mediante la sanción respectiva.

2.- Frente a la primera conclusión, surge la colisión de los principios, dado que, siempre nos vamos a encontrar con la piedra en el camino, con un reclamo de exageración del poder punitivo de un estado denominado “constitucional de derecho y justicia”, en la debida aplicación e imposición de una sentencia ejemplar de delitos “aberrantes”, como los analizados dentro de este trabajo.

3.- El garantismo juega un papel sumamente importante, lastimosamente siempre ha sido observado desde una óptima en favor del sujeto activo del proceso penal, más no, desde el perfil de la víctima, sobre la cual, el Estado debe responder de manera adecuada, garantizando sus derechos, y si bien este se encuentra con una marcada diferencia con el de proporcionalidad, enmendar errores, tarea de todos.

j) BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

CABANELLAS, G. (2010). *Diccionario Jurídico Elemental*. Quito: Cevallos.

CORRAL, F. (05 de 11 de 2008). El debido proceso. *El Comercio*, pág. 25.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1989.

FERRAJOLI, Luigi, Democracia y garantismo, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Trotta, 2008.

GRANJA, P. J. (s.f.). Las Garantías del Debido Proceso . *Derecho Ecuador*.

GUSTAV Radbruch. (1964). *Introduccion a la Filosofia del Derecho*. Madrid: Taurus.

NORMATIVA

Constitución de la República del Ecuador, Ediciones legales 2019.

Código Orgánico Integral Penal, Ediciones legales 2019

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2016 Ediciones legales, Quito Ecuador

Convención Americana de Derechos Humanos

Corte Constitucional del Ecuador

Corte Interamericana de Derechos Humanos

LINKOGRAFIA

<http://www.bibliojurídica.org>

<http://www.googleacademico.com>

<http://www.derechoecuador.com>

<http://www.corteconstitucional.gov.ec>

k) DATOS PERSONALES

Nombres: Ab. César Armando Peña Morán

C.I.: 0913056982

Teléfonos: 0997929170 - 042464087

Domicilio: Daule - Guayaquil

Correo electrónico: cpenamoran@yahoo.es

Título: Magister en Derecho Penal y Criminología