



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

LA CRIMINALIZACION DE LA PROTESTA SOCIAL: LOS LÍMITES DEL
DERECHO PENAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL EN EL ECUADOR

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la
República.

Profesor Guía

M. Sc. Geovanny Alejandro Criollo Mayorga

Autora

Paulina Rosario García Villena

Año

2015

DECLARACION DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con la estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”.

Geovanny Alejandro Criollo Mayorga.

Doctor Magister en Derecho Penal, Procesal Penal y Ciencias de la
Administración de Justicia

C.C.: 180287301-6

DECLARACION DE AUTORIA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derecho de autor vigentes”.

Paulina Rosario, García Villena

C.C.: 1716265721

DEDICATORIA

Este trabajo de titulación está dedicado a todas aquellas personas que por pensar diferente o ser diferentes se los ha estigmatizados y adjudicado hechos a su persona, a todos aquellos que han tenido en sus hombros el gran peso del sobre poder del Estado.

Paulina García Villena

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por haberme permitido llegar tan lejos. A mis padres por su amor y su apoyo incondicional, que a pesar de todo mal y toda vicisitud están en cada momento de mi vida. A la vida por enseñarme como ser fuerte y feliz al mismo tiempo. A todas aquellas personas que creyeron en mí.

Paulina García Villena

RESUMEN

Este trabajo se enfoca en un tema de índole social y a su vez contemporáneo, la protesta social como suceso susceptible de ser criminalizado y/o estigmatizado, empezando en el primer capítulo con el desarrollo de lo que es Estado, encontrándonos en lo posterior con la definición de Estado de derechos y se analizará también la diferencia entre esta forma de administración y el Estado constitucional de derechos para de esta manera determinar la importancia de la supremacía constitucional, con lo cual se pueda colegir cuales son los principios que de ella se desprenden y con esto entender la forma de razonamiento del legislador, para haber colocado por primera vez y de manera incluyente atisbos penales en la misma; en segunda instancia, el capítulo dos abarca el estudio detallado de los principios antes señalados, con la finalidad de esclarecer la forma en cómo deben encajar estos principios dentro del sistema actual, pues el alcance de los mismos principios si llegasen a ser mal entendidos, o utilizados para beneficio de tal o cual regente que tenga el poder, las consecuencias serían devastadoras no solo para el país, sino causaría un gran desmedro en la ciencia jurídica; a manera de cierre de este estudio se tendrá el análisis minucioso del tema central objeto de este estudio y de casos concretos, esclareciendo cómo deberían haber sido otorgados con un tratamiento jurídico adecuado, y ulteriormente se encontrará con conclusiones, recomendaciones y anexos.

Descriptores: La Protesta Social, la Criminalización de la Protesta Social, la Descriminalización de la Protesta Social

ABSTRACT

This work focuses on a topic of social issues and contemporary time, social protest event as susceptible of being criminalized and / or stigmatized, starting in the first chapter with the development of what is a State, meeting in the back with the definition State of rights and the difference between this form of administration and the constitutional state of law and in this way determine the importance of constitutional supremacy is also analyzed, which can deduce what are the principles that flow from it and understand how this reasoning of the legislature, to be placed first and inclusively criminal glimpses therein; secondly, chapter two includes a detailed study of the principles outlined above, in order to clarify the way how these principles must fit within the current system, as the scope of these principles should they be misunderstood, or used for the benefit of this or that ruler who has the power, the consequences would be devastating not only for the country but also cause great expense in legal science; a way of closing this study the detailed analysis of the central subject matter of this study and have specific cases, clarifying what should have been granted an adequate legal treatment, and later will meet with conclusions, recommendations and annexes.

Descriptors: social protest, the criminalization of social protest, the decriminalization of Social Protest

INDICE

1. CAPITULO UNO: ESTUDIO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL	1
1.1. ¿Que es el estado constitucional?	1
1.2. Diferencias entre estado constitucional y estado de derechos.....	11
1.3. La constitucion como norma supremae irradiante en el ordenamiento juridico.....	14
1.4. El imperio de la ley y el imperio de la constitucion.....	18
1.4.1. Diferencia de grado entre ley y reglamento	22
1.4.2. Institucionalización de valores.-	23
1.4.3. Existencia formal de la Constitución.-	24
2. CAPITULO DOS: ANÁLISIS TEÓRICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR PROMULGADA EN EL AÑO 2008.....	26
2.1. La constitucionalizacion del derecho penal	26
2.1.1. Principio de mínima intervención penal.	27
2.1.2. Principio de culpabilidad.	29
2.1.3. Principio de dignidad humana y titularidad de derechos.-.....	30
2.1.4. Principio de oportunidad.-	30
2.1.5. Principio de legalidad.-.....	32
2.1.6. Principio de favorabilidad.-.....	33
2.1.7. Principio de inocencia.-.....	34
2.2. El derecho penal en el estado constitucional	41
2.3. ¿Cómo debe funcionar el derecho penal en el estado constitucional?.....	47

2.4. Principios limitadores del derecho penal en el estado	
constitucional.....	56
2.5. El principio de mínima intervención penal.....	57
2.6. Énfasis especial en el derecho a la libertad.....	64
3. CAPITULO TRES: DERECHO PENAL DE	
CUARTA VELOCIDAD EN EL ESTADO	
CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y GARANTIAS	71
3.1. Los abusos del poder político y la eliminación de los	
mecanismos de contención del poder punitivo	71
3.1.1. El populismo penal y las leyes penales de cero tolerancia	73
3.1.2. La eliminación del principio del sistema acusatorio	74
3.1.3. La política criminal represiva	75
3.2. ¿Qué es la protesta social?	79
3.2.1. ¿Cómo se realiza la criminalización de la protesta social?.....	82
3.3. Análisis de casos.....	86
3.3.1. “Mery zamora”.....	86
3.3.2. Tipicidad objetiva	92
3.3.3. Tipicidad subjetiva	97
3.3.4. Debido proceso.....	98
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	111
4.1. Conclusiones.....	111
4.2. Recomendaciones	115
REFERENCIAS	118
ANEXOS	124

1. CAPITULO UNO: ESTUDIO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

1.1.- ¿QUE ES EL ESTADO CONSTITUCIONAL?

En el inicio de este Capítulo se va a definir lo que es Estado; en tiempos antiguos la palabra “Estado” se refería a profesiones o funciones de una asamblea general. De esta manera se aclara que un Estado es la conformación o unión de diferentes tipos de comunidades o sociedades que en la época antigua, se denominaban como polis, término que tiene un significado muy parecido al concepto de ciudad, es por ello que en la antigua Grecia, el Estado era para los griegos un sinónimo de ciudad, y un conjunto de afirmaciones de acuerdo a la organización política de ciudad.

“Mediante el término “Estado” se ha querido significar, a lo largo de la historia, realidades muy diversas. Ya hemos visto como durante la Edad Media, “Estado” hacía referencia, tanto a la “función” o “profesión”, como a los distintos estamentos representados en la asamblea –Estados Generales-” (Navas, A. 2009, p.60).

“Por analogía podemos decir, sin embargo, que a la organización jurídica de una comunidad que hoy nosotros denominamos Estado, ellos designaban polis, concepto este que era idéntico al de ciudad.” (Enciclopedia Jurídica Omeba 1966, p. 816).

Tras la definición de los romanos se entiende que la palabra Estado es la acepción perfecta para indicar y argumentar que todo lo perteneciente al territorio estatal es de propiedad de la ciudadanía, así como es elemental que esta acepción acarree la totalidad de lo que conforma la palabra, tal como la conformación de un sistema jurídico-político, un gobierno caracterizado para ejercer la soberanía estatal, determina diferentes sistemas como lo son el legislativo, judicial y ejecutivo.

“... usaron la designación de *res publica* para expresar con ella ‘la cosa común’, es decir, lo que jurídicamente correspondía al conjunto de funciones y bienes de pertenencia a todos los ciudadanos.” (Enciclopedia Jurídica Omeba. 1966, p. 816)

Así al referirse a la concepción de Estado como: la conformación de una colectividad junto con todos sus actos y hechos sean de carácter legal como habitual dentro de la misma; mas el conjunto de ciertas normas, reglas y organización para la estructuración de la palabra Estado, adyacente a la determinación de un territorio preestablecido, una delimitación de poderes; más que todo la conformación de un Estado es la necesidad de otorgar pertenencia a los ciudadanos que habitan en ese territorio para su bienestar y buena convivencia.

“Con un criterio sociologista usase corrientemente el vocablo ‘Estado’ para designar al conjunto de todos los fenómenos sociales que se dan en una determinada comunidad humana.” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1966, pp. 817- 818).

“Identificase así el concepto ‘Estado’ con el concepto ‘Sociedad’ referido éste a una totalidad orgánica de la vida (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1966, p. 817a 818).

El Estado constitucional tiene la esencial característica de poseer una Constitución la cual es el fundamento del Estado en la medida que esta regula todo acto sea jurídico o político, esta Constitución es la base fundamental para la conformación de este Estado pues es la plataforma de toda la estructura del Estado constitucional debido a que sin la creación de la Constitución, el Estado en sí se convertiría en un Estado autoritario. De esta manera el Estado constitucional de un talante fundamental debe contener un ordenamiento jurídico supremo con el fin de regular los poderes del Estado y otorgar derechos y garantías para los ciudadanos de ese Estado.

“En su sentido material o específico, el término constitucional califica a un determinado tipo de Estado, caracterizado por la idea de un ordenamiento jurídico político orientado a la consecución de un fin supremo y último.” (Enciclopedia Jurídica Omeba. 1966, p.884).

“Solamente el Estado que posea una Constitución con un contenido teleológico semejante, merece el calificativo de constitucional y posee realmente una Constitución.” (Cooley, T. 1898, p. 19).

Siguiendo esta línea del pensamiento el Estado constitucional delimita y crea ciertos parámetros al poder para que este no extralimite su mando como Estado y agreeda en cierta manera los derechos y garantías de los ocupantes del territorio estatal, para esto se crea un libro que se convierte en eje fundamental y en un asiento para la creación de un Estado constitucional, este Estado elimina la autoridad absoluta pues divide a los poderes del Estado para que no sean fiscalizados por un solo ente controlador sino por varios.

“El Estado constitucional es de poderes limitados. La autoridad absoluta o sin restricciones, aunque se fundara en la voluntad popular, no por ello dejaría de comportar un despotismo.” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1966, p. 885).

“Funciona así, un sistema de frenos y contrapesos; cuya consecuencia práctica es mantener la actividad funcional de cada órgano circunscrita dentro de la respectiva orbita constitucional.” (Enciclopedia Jurídica Omeba, 1966, p. 885).

Así se definea Estado constitucional como un Estado que aparte de tener territorio, gobierno y soberanía se caracteriza por tener una Constitución la cual rige las decisiones del mismo, otorga derechos y garantías, limita y delimita los poderes del Estado; en base a la Constitución se crea un Estado en el cual el

mayor poderío lo tiene el pueblo, pues manifiesta su voluntad de elegir a su mandante y representantes en el magisterio

“La limitación jurídica del arbitrio del poder público y la estabilidad jurídica de las garantías individuales son, como lógica consecuencia, de la esencia del gobierno constitucional.” (Enciclopedia Jurídica Omeba. 1966, p. 885.)

“En el Estado constitucional, la fuente de toda autoridad o poder es el pueblo, el que, directa o indirectamente, designa a los magistrados que han de ejercer las funciones públicas.” (Enciclopedia Jurídica Omeba. 1966, p. 885.)

Esto permite definir al Estado constitucional. El Estado constitucional no se fundamenta necesariamente por tener una Constitución, aparte de tener la división de poderes, para que considere un Estado Constitucional debe existir una protección activa de los derechos fundamentales, el Estado constitucional se caracteriza por limitar el poder a los diferentes organismos del Estado, esto quiere decir que el Estado constitucional no necesariamente debe tener una ley suprema estatal para configurarse como Estado constitucional, sino que se configura por la clara defensa de los derechos fundamentales.

“Estado constitucional: no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado dotado de una Constitución (o incluso sin una Constitución en sentido formal, sin un texto constitucional) con ciertas características: la Constitución del Estado constitucional no supone solo la distribución formal del poder entre los distintos órganos estatales (el principio dinámico del sistema jurídico-político véase Aguiló 2.001), sino la existencia de ciertos contenidos (los derechos fundamentales) que limitan o condicionan la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho.” (Atienza, M. 2005, p. 25)

En el Estado constitucional los poderes del Estado llegan a tener la obligación de justificar todas las decisiones tomadas por los funcionarios públicos y la necesidad de tener una debida motivación a la causa, se caracteriza por obligar a las divisiones del poder a acatar el debido uso del derecho, a explicar las razones por las cuales se tomó las decisiones que causan estado; el Estado constitucional provee de la facultad al mandante de impugnar las decisiones del poder judicial y administrativo que no fueron debidamente motivadas, la norma suprema establece mecanismos de defensa contra la mala justificación de las decisiones tomadas por los poderes del Estado.

“El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional supone el sometimiento completo del poder al Derecho.” (Atie, 200, p. 25).

En el Estado constitucional se prioriza las garantías y los derechos del ser humano, así como hace énfasis en convertir al Estado más humano dando más participación social a los operadores de justicia para que ellos regulen y analicen las normas más aplicables, sin que las normas de aplicación directa sean exageradamente punitivas.

“La Constitución de 1978 hizo nacer en nuestro sistema jurídico-político un nuevo modelo de organización que con el tiempo ha sido llamado Estado constitucional de Derecho. El legislador constitucional proyectó de esta manera una nueva legitimidad y un diseño del poder y de Derecho cuya plasmación en la realidad cotidiana necesitó importantes transformaciones tanto de la mentalidad y la cultura jurídica, cuanto de la actividad de los operadores jurídicos. El objetivo radical de este proceso no fue sino el impulso básico del constitucionalismo, esto es,

la imposición de límites y vínculos al poder y la garantía de los derechos fundamentales.” (Añon, J., 2005, p.1).

El Estado constitucional resalta la supremacía de la Constitución y los derechos fundamentales del ser humano. Para salvaguardar los preceptos dichos, el Estado constitucional crea los principios de democracia, el principio liberal y la supremacía de la Constitución, y, los adjunta a una Constitución política, la cual es necesaria para este Estado constitucional de índices y preceptos para la formación del mismo.

“Hablar de Estado constitucional es hablar de los tres principios fundamentales que lo componen y que sin duda son el Principio Democrático, el Principio Liberal y el Principio de Supremacía Constitucional. Ahora bien todo Estado Constitucional requiere de una constitución política y para que pueda darse la pauta y el método a seguir para poder dar constitución a un Estado...” (Salinas, J. 2011, p.1).

Para que el Estado se transforme en un Estado constitucional es fundamental que este legitimado mediante la supremacía de la Constitución, esto quiere decir que en la redacción de la carta política se debe detallar expresamente que se convierte en un Estado constitucional el cual protege y vigila los derechos fundamentales.

“Como escribe M. Gascón, como consecuencia de la “fundamentalidad” de sus contenidos y de la especial legitimidad de su artífice, el Estado constitucional postula la supremacía política de la constitución y, derivadamente, su supremacía jurídica o “supralegalidad” (Añon, J. 2005, p. 2).

La Constitución es norma jurídica suprema y está vinculada a las decisiones de los mandantes, y en su redacción se encuentra la protección de los derechos fundamentales de los mismos, la norma suprema es la protectora de derechos, además que es limitante de los poderes del Estado.

“Segundo: es norma jurídica suprema, esto es jerárquicamente superior en tanto que procede de un poder con legitimidad cualificada, como es el poder constituyente y, desde el punto de vista material, es la norma fundamental.” (Añon, J. 2005, p. 2).

Para que este Estado constitucional salga a flote es fundamental que exista una separación de poderes, como lo son el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial; en el Estado constitucional se lleva un correcto equilibrio entre redacción de normas, aplicación de normas y administración de Estado, por aquello es fundamental consagrar el equilibrio en general para un Estado constitucional en un correcto funcionamiento.

“No obstante asumiré que constitucionales son aquellos sistemas donde existe una constitución democrática que establece auténticos límites jurídicos al poder para la garantía de las libertades y derechos de los individuos y que tiene carácter normativo.” (Añon, J., 2005, p.2).

Para una correcta aplicación del Estado constitucional se debe identificar lo que significa cada uno de estos principios:

1.1.1. LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN

El cuerpo legalmacro de la República del Ecuador indica que la norma suprema es la Constitución de la República del Ecuador, seguida por los tratados internacionales que se hayan pactado para que reconozcan derechos favorables para el mandante, y toda norma que no tenga conformidad con la

misma será sometida a control constitucional por parte del tribunal competente en la materia.

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener de conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” Artículo No. 424. (Constitución de la república del Ecuador R.O., 2008).

La Constitución es la norma fundamental para todo ordenamiento jurídico pues es base y fuente de la expedición de normas las mismas que se vinculan a ella; la Constitución permite calificar una norma como aplicable o inaplicable, además de definir y regular la división de poderes y sus límites; por otro lado es también pedestal para conformar un gobierno con su respectiva organización política, y, dota de derechos al pueblo o soberano.

1.1.2. PRINCIPIO DE DEMOCRACIA

El principio de democracia se basa en proteger todos los derechos fundamentales del ser humano, la Constitución debe garantizar estos derechos; la democracia es una búsqueda del pueblo para alcanzar la libertad, la igualdad, el pluralismo, entre otros. El principio de democracia busca la justicia de manera equitativa, se adapta de mejor manera a la búsqueda de la dignidad humana.

“... en el sentido de que la democracia es el orden político menos malo de todos los conocidos; es, además, el régimen o politeya que más se ajusta a la dignidad humana y el que mejor permite la consecución de la justicia para todos y el ejercicio de nuestra libertad.” (Aliste, K., 2000, p. 148).

El pueblo soberano por medio de su derecho legitimador pretende reflejar el principio de democracia en la Constitución, con el cual se volverá legítima el momento en el que se contemple este principio en su marco jurídico, y así la democracia podrá existir por medio de la Constitución, pues para que el Estado se transforme en un Estado constitucional debe estar seguido por el hecho de haberse conformado como Estado democrático.

“Dicho en otros términos, el principio democrático, que es una noción esencialmente política, también actúa como categoría jurídica que legitima el ordenamiento constitucional. Esto quiere decir que no hay democracia sin Constitución, ni Constitución sin democracia, pues un genuino Estado Constitucional siempre debe ser un Estado democrático.” (Aliste, K., 2000, p.149).

Se puede confirmar que el Estado ecuatoriano, al momento de precautelar los derechos fundamentales del ser humano se convierte en un Estado Constitucional de derechos, por lo tanto, también un Estado democrático.

1.1.3. PRINCIPIO LIBERAL

El Estado constitucional reconoce al ciudadano como individuo y le otorga libertades para promover su desarrollo, además le concede libertades respecto de su cultura para enaltecerla, le permite escoger la educación que quiera implementar en sus sucesores, le da además la superficial libertad de escoger sus vestimenta y culto.

“El Estado garantizará la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra en la educación superior, y el derecho de las personas de aprender en su propia lengua y ámbito cultural.” Artículo 29. (Constitución de la República del Ecuador. R. O., 2008).

Para esto el Estado debe tener en cuenta el principio de libertad frente a todas las personas esto quiere decir que el individuo es consciente y puede defender activamente sus derechos constitucionales si es que se le ha presentado algún irrespeto por parte de otro individuo o por parte del Estado o su administración. La Constitución de la República del Ecuador pone a conocimiento todas las libertades que tiene el ciudadano, y, por lo tanto, su defensa debe ser de manera activa y permanente.

“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

1. Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento.” Artículo 11. (Constitución de la República del Ecuador. R. O., 2008).

Con esta afirmación que da la Constitución de la República del Ecuador se puede decir que el Estado ecuatoriano antes Estado social de derechos se convierte, en el año 2008, en un Estado constitucional de derechos y garantías. Desde la redacción de la Constitución en el año 2008 el Estado ecuatoriano pasa a ser un Estado constitucional de derechos y garantías, justo, social y democrático pero previamente en la Constitución Política del Ecuador de 1998 se esclarece que el Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario e independiente más no vuelve al Estado Ecuatoriano un Estado constitucional de derechos. Como se expuso previamente que el Estado ecuatoriano para que se convierta en un Estado constitucional de Derechos deberá contar con una explícita declaración de la Constitución.

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico (...)” Artículo No 1. (Constitución de la República del Ecuador. R. O., 2008).

“El Ecuador es un Estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico (...)” Artículo 1. (Constitución de la República del Ecuador. R. O., 2008).

1.2. DIFERENCIAS ENTRE ESTADO CONSTITUCIONAL Y ESTADO DE DERECHOS

Como se mencionó previamente el Estado constitucional es un defensor activo de los derechos y libertades del ciudadano, deberá promoverlos y protegerlos de cualquier persona o ente externo que quiera vulnerarlos, el ciudadano puede, por su propia cuenta, defenderlos en el caso de que uno de esos derechos o libertades este siendo vulnerado por parte del Estado, lo cual quiere decir que el Estado constitucional es de propia mano un defensor activo o pasivo de los derechos del ciudadano, así como da la potestad de defender a los ciudadanos por medio de organismos internacionales. Da también el poder a los ciudadanos, -en el caso de que sus derechos o libertades estén siendo violados-, a defenderse con la ayuda de organismos internacionales, los mismos que tendrán la obligación de defender de manera inmediata la violación y de reparar el daño causado por dicha violación.

“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.” Artículo 11. (Constitución de la República del Ecuador. R. O., 2008).

“Son deberes primordiales del Estado:

1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.” Artículo 3. (Constitución de la República del Ecuador. R. O., 2008).

El Estado constitucional es especialista en garantizar la debida protección de derechos, dar al individuo habitante de su territorio la mayor cantidad posible de libertades y la mayor cantidad de derechos para una vida digna, preocupándose de que todos estos derechos y libertades no sean vulnerados por otro individuo, por el Estado en sí o por un ente ajeno a la sociedad, y en el caso de que estos derechos sean vulnerados por parte de cualquiera de los anteriores mencionados o del mismo Estado, el ciudadano tiene la potestad de proteger sus derechos a través de organismos e instituciones nacionales o internacionales.

A diferencia del Estado de derecho el cual se fundamenta en asegurarse de que los funcionarios y administrativos del Estado precautelen los derechos y la Constitución de la República del Ecuador, mas no busca una protección afirmativa de los derechos.

Busca que el individuo habitante se abstenga de irrespetar la constitución y no violente los derechos y libertades de terceros.

“Un Estado de Derecho es aquel en el que lo más importante es que sus funcionarios, los que formen parte del gobierno velen porque se cumplan y se respete la Constitución y la ley, es importante que todos los ciudadanos cumplan la ley pero es más resaltante que sus propios funcionarios cumplan con ese ordenamiento jurídico por cuanto son los que deben dar ejemplos y deben tener una conducta recta e intachable” ¿Qué es un Estado social de derecho? (Monaza, J., 2013, p. 1).

El Estado de derecho deja atrás el sometimiento del pueblo al gobierno e impulsa el respeto, por parte del mismo Estado, a una Constitución digna, protectora de derechos y libertades, y a la ley, como pilar fundamental para el desarrollo del Estado de derecho.

“Se trata de oponer un Estado respetuoso de la ley y de las libertades del ciudadano al despotismo del Estado absolutista.” (Villar, L., 2007 p.74.).

El Estado de Derecho aparte de hacer respetar la Constitución y la ley también prioriza la libertad del individuo habitante en su territorio, así como la protección a su propiedad y el derecho a ser propietario de un territorio determinado de tierra para su desarrollo y propia supervivencia.

“La idea básica de este concepto de Estado de derecho consiste en que su tarea es el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano...” (Villar, L., 2007, p. 74).

Se desarrolla a través de la creación de un ordenamiento jurídico supremo justo y equitativo que reconozca los derechos y libertades del ser humano, y que por medio del cual se puedan crear diferentes ordenamientos jurídicos de menor nivel para precautelar y hacer respetar las leyes y la Constitución de la República del Ecuador, mediante la realización de procesos preestablecidos y justamente redactados.

“Se trataría de un orden estatal justo expresado a través de una Constitución escrita, el reconocimiento de los derechos del hombre, la separación de poderes y garantizado por leyes producidas y promulgadas conforme a procedimientos debidamente establecidos.” (Villar, L., 2007, p. 74).

El Estado de Derecho se basa principalmente en el desarrollo del derecho como norma, para adecuar de buena manera el Estado de Derecho al uso diario de la norma, se debe usar el poder para la protección de la ley y no la ley como excusa para el uso del poder.

“No es pues, el poder, sino el Derecho lo que constituye el Estado, ni es la ley instrumento del poder, sino el poder agente de la ley,...” (García, M., 2010, pp. 9 – 10).

Como se aclaró previamente el Estado de Derecho se inclina más hacia la ley, no tanto a los derechos fundamentales de cada ciudadano, pero aun así contempla los necesarios para hacer respetar entre sí a sus ciudadanos, como por ejemplo la libertad, la igualdad y la autonomía.

“(i) La libertad de cada miembro de la sociedad como hombre,
(ii) La igualdad con los otros como súbdito,
(iii) La autonomía de cada miembro de la sociedad como ciudadano, lo que implica no estar sometido a otras leyes que no sean aquellas en las que ha participado a través de la representación popular.” (García, M., 2010, pp. 9 – 10).

La diferencia fundamental que se encuentra entre estos dos tipos de Estados es que en el Estado constitucional no importa tanto el acatar la ley y la Constitución como el respeto a los derechos y libertades y su protección de manera activa e inmediata.

A diferencia de que en el Estado de derecho se precautela fundamentalmente el respeto a la Constitución y a la ley, y, como segundo ámbito el respeto a las libertades y derechos del ciudadano.

1.3. LA CONSTITUCION COMO NORMA SUPREMAE IRRADIANTE EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO

Para entender mejor lo que significa una Constitución como norma suprema se debe saber que significa Constitución.

La Constitución de la República del Ecuador es un cuerpo normativo mediante el cual se establece parámetros para la vida en sociedad, la vida política y para

un correcto manejo de un Estado constitucional como son la división de poderes. La Constitución es una vía para delimitar, proteger y garantizar los derechos fundamentales establecidos en ella.

“Es un texto solemne a través del cual: es organizado el poder del Estado por medio de sus instituciones políticas y se establece un régimen de garantías a los derechos fundamentales.” (Oyarte, R., 2011, p. 75).

La Constitución está constituida por dos partes: la dogmática, en la cual se contempla todos los derechos del ciudadano, del colectivo, del ambiente, entre varios; y en la parte orgánica: en la cual se contempla todos los deberes del Estado, su división de poderes, sus principios, y restantes.

“Estos dos aspectos son regulados en la parte orgánica y dogmática de la Constitución, respectivamente. Incluyéndose en la parte dogmática los principios básicos de la institucionalidad del Estado.” (Oyarte, R., 2011, p. 75).

Después de aclarar el concepto de Constitución se verá lo que significa supremacía de la Constitución.

La Constitución es la norma jurídica suprema en vista de que abarca desde la naturaleza de la conformación del Estado hasta sus límites como tal. Esto le da un poder único y sobre todas las demás normas y leyes establecidas en el ordenamiento jurídico, pues cada decisión debe estar bajo los preceptos que establece la Constitución.

“1.- La Constitución es superior a toda otra manifestación de autoridad. Es la Constitución la que crea o constituye dichas autoridades (Poder constituido).

Es la Constitución la que determina en la naturaleza del poder del Estado.

Ella es la que organiza el funcionamiento del poder del Estado.

Por último, esta fija los límites del poder del Estado.” (Oyarte, R., 2011, p. 77).

La Constitución es la norma jurídica suprema en virtud de que ella crea el Estado como Estado constitucional, todo el poder del Estado se debe a la presencia de la Constitución, la Constitución es la que dicta el cómo, el por qué y el para qué.

“2.- Todo el poder del Estado nace de la Constitución.

3.- Este poder se ejerce conforme a la Constitución.

4.- Por lo tanto, la Constitución es suprema frente a todos los poderes del Estado, pues aquella es la que los determina.” (Oyarte, R., 2011, p. 77).

Así se configura la supremacía de la Constitución, en razón de que la Constitución debe estar presente en cada parámetro y en cada decisión que se tome por parte del gobierno y demás instituciones judiciales; el Estado deberá estar sometido a la Constitución, a sus normas, principios y demás caracteres establecidos en ella.

“6.- Así la supremacía constitucional es la existencia de una norma promulgada que tiene valor superior a los demás preceptos positivos y que logra su superior vigencia entre ellos.” (Oyarte, R., 2011, p. 77).

Para que el Estado sea en sí Estado constitucional tiene que estar dotado de una Constitución palpable, existente en el espacio físico. Esta Constitución más que estar redactada de una manera política, está redactada para ser una norma jurídica, la cual se fundamente en un catálogo de derechos a seguir y respetar.

“El Estado constitucional no puede admitir esta diferenciación; únicamente existe Constitución donde hay Constitución material, lo que exige su carácter no solo de mandato político, sino- y en un plano similar- el de norma jurídica.” (Ávila, R., 2008, p. 82).

La Constitución establece cuál es el ordenamiento jurídico supremo al cual se debe regir todo tipo de actos y hechos humanos, los cuales no deben contravenirla; los actos del poder público por parte de funcionarios estatales deberán ser entorno a lo preceptuado en dicha norma, por ello es que cualquier acto o hecho que se realice contrariando a la norma suprema no tendrá ningún valor jurídico.

“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” Artículo 424. (Constitución de la República del Ecuador. R. O., 2008).

El mismo cuerpo legal supremo indica el orden jerárquico a seguir como Estado Constitucional. En el mismo aclara que la Constitución es la primera norma a seguir, seguida de tratados internacionales y leyes orgánicas, entre otros.

“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.” Artículo 425. (Constitución de la República del Ecuador. R. O., 2008).

Nuestra Constitución enmarca el hecho de que todos los ciudadanos y ciudadanas están arraigadas al control de la Constitución.

“Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.” Artículo 425. (Constitución de la República del Ecuador. R. O., 2008).

La Constitución permite que los tratados internacionales, cuando contengan derechos humanos más favorables para los ciudadanos, sean aplicados. Todos los funcionarios públicos que forman parte de la administración del Estado están en la obligación de hacer respetar los derechos integrados en la Constitución y los derechos acatados por el Estado y ratificados en los tratados internacionales.

“Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.” Artículo 425. (Constitución de la República del Ecuador. R.O., 2008).

1.4. EL IMPERIO DE LA LEY Y EL IMPERIO DE LA CONSTITUCION

En el Estado liberal de Derecho se considera a la ley como un vehículo para la declaración de la voluntad del pueblo, se destaca al pueblo por el hecho de que su voluntad se convierte en voluntad soberana o soberanía popular; por este hecho se crea la ley en conformidad con esta soberanía, a esto hay que recalcarlo, el hecho de que, siendo la ley redactada conforme a la soberanía popular se configura a la ley como norma superior.

“(...) no supuso, sin embargo, la existencia de que la ley fuese, en sentido estricto, la expresión de la voluntad general, pues, el reconocimiento de la *soberanía nacional*, en contra posición de la *soberanía popular* (...)” Navas, A. (2009). p.106.

En el momento en el cual se le da la potestad al pueblo de elegir a sus mandantes, para que estos redacten las leyes más favorables para el pueblo, le otorga a la ley un imperio soberano gracias a que gobierna sobre todos aquellos quienes decidieron la conformación de esta misma ley; gracias a este poderío otorgado por parte del pueblo se le otorga la facultad de mandar, permitir o prohibir.

“(...) en la actualidad, solo es Estado de Derecho el Estado democrático, y por ende, aquél en el que el Derecho es verdadera expresión de la voluntad soberana del pueblo, en tanto es el pueblo el que, en ejercicio de su soberanía, elige, mediante sufragio universal, a los representantes con capacidad normativa.” Navas, A. (2009). p.106.

Nuestra legislación vigente enmarca lo que para el pueblo ecuatoriano significa la ley, y de lo que está dotada nuestra ley, la decisión soberana del pueblo ecuatoriano. Nuestra ley manifiesta que la Constitución le otorga la facultad de expresar la voluntad soberana del pueblo.

“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la constitución, manda, prohíbe o permite.”
Artículo 1. Código Civil. R.O. 20 de noviembre de 1970.

Esta vieja definición de ley, es superada por la Opinión Consultiva 06'86 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues contiene mayores elementos definitorios de la misma, como por ejemplo el bien común, la legitimidad del órgano productor de la ley, y varios, será entonces el límite de actuación del funcionario público, al punto mismo que el filósofo Montesquieu

declarará fervientemente en su “Espíritu de la Ley” que “el juez es la boca muda de la ley”, estableciéndola como límite de actuación de los jueces y restringiendo a su vez cualquier capacidad interpretativa de dichos funcionarios.

Ello configuró que la ley tenga un imperio omnímodo e inexorable que impedía totalmente la arbitrariedad judicial, pues, aquel imperio debía dársele un respeto absoluto al punto mismo que, en palabras de Alejandro Nieto Garcia, catedrático de derecho administrativo de la Universidad Complutense de Madrid, las palabras “imperio de la ley” eran sagradas. En resumen todo el derecho estaba contenido en la ley positivada y no había forma alguna de evitar la aplicación de este paradigma.

Ahora bien, este imperio de la ley duró hasta las elaboraciones de los teóricos alemanes de mediados de la década de los 90 del siglo XIX, quienes establecieron que la Constitución debe ser entendida como una norma jurídica y no solamente como una declaración político partidista. Ello en vista de que la Constitución es la piedra angular del ordenamiento jurídico, todo se basa en ella, pues fue creada para normar, regular y aplicar disciplina.

“Primero, la aparente obviedad de que la Constitución debe ser considerada una norma jurídica – y no un catecismo moral o político por ejemplo- que vincula a sus destinatarios y que pretende ser aplicada cuando proceda, para disciplinar aquellas parcelas de la realidad que son objeto de su regulación.” (Prieto, L., 2001, p. 806).

La Constitución aparte de ser un ente regulador y la piedra angular de un ordenamiento jurídico, también es una base de principios emblemáticos que todo ciudadano y sociedad debería seguir, pues muy aparte de los valores comúnmente impuesto en la sociedad también da directrices de cómo se debe mandar, quien lo debe hacer y dentro de qué parámetros.

“Segundo, que la Constitución, además de norma formal o procedimental según la tradición kelseniana, incorpora un denso contenido sustantivo formado por principios, valores, derechos fundamentales, directrices, etcétera; este es , que la Constitución no solo establece quien manda y cómo se manda, sino que pretender condicionar también en una amplia medida que puede o debe mandarse.” (Prieto. L., 2001, p.806).

Para que la ley se convierta en una norma superior deberá ser redactada por los representantes del pueblo, en la medida que surjan nuevas necesidades; esta redacción convierte al Estado en un Estado de Derecho, dando paso a la opinión del pueblo para gobernar un Estado, así se convierte en un Estado democrático.

“...el Derecho, en un Estado de Derecho, debe ser necesariamente, un Derecho en cuya elaboración participa el ciudadano, a través de sus representantes, en otras palabras, un Derecho de elaboración democrática...” (Navas. A., 2009, p. 106).

La dogmática alemana tiende a tornar muy jurídica a la Constitución dándole un carácter normativo más intenso estableciendo para ello varios aspectos que son de suma importancia tales como: la estructuración de una parte dogmática y otra orgánica; la creación de un conjunto de derechos que está dotado a su vez de un sistema de garantías de esos derechos; la construcción teórica de un nuevo paradigma consistente en que la Constitución obliga a gobernantes y gobernados; el establecimiento de que varias de sus disposiciones son de directa e inmediata aplicación; y, fundamentalmente la idea de que la Constitución, al ser considerada como una norma jurídica (Bidart Campos, 1988), implica que los jueces, los legisladores y en general todos los poderes del Estado (Atienza y Ferrajoli, 2005) estén doblemente sometidos a la ley y a la Constitución, en cuanto que han de aplicar las dos conjuntamente (Aragón, 2002) con preferencia de la Norma Suprema.

Este significativo avance en la concepción de la Constitución como una norma jurídica (García de Enterría, 1985) no implicaba en forma alguna desconocer la carga política del concepto de Constitución, por consiguiente lo que se pretende hacer gracias a ese aporte dogmático no es desconocer en lo absoluto el contenido político que inevitablemente existe en la Norma Normarum sino más bien reconducir la idea de la influencia del poder político y toda su problemática estableciendo sus limitaciones desde la misma norma jurídica lo que da como consecuencia que también los problemas generados por el poder sean resueltos por el derecho, es decir la idea de la racionalización del poder desde la óptica del derecho es una cuestión fundamental que permitió también la elaboración de la concepción de la Constitución como una norma jurídica.

La Constitución como norma jurídica en los actuales momentos de la discusión científico-jurídica implica también que la existencia de la Constitución no sea considerada desde la tradicional concepción de la doble dimensión, formal y material (Mortati, 2000), propia del reduccionismo positivo, sino que “únicamente existe Constitución donde hay Constitución material, lo que exige su carácter no solo de mandato político, sino –y en un plano similar– el de norma jurídica.” (Martínez, D. 2008. p.283).

Cuando se habla de Estados constitucionales, como el caso ecuatoriano, el autor español Josep Aguiló Regla (1989), indica que se alude a sistemas jurídico-políticos que reúnen las siguientes características:

1.4.1.- Diferencia de grado entre ley y reglamento.- Son sistemas que cuentan con una constitución rígida o formal, es decir, con una constitución diferenciada de la forma legal ordinaria. Ello supone necesariamente que el régimen jurídico de las disposiciones constitucionales es diferente y superior al de las disposiciones legales. Por tanto, desde la perspectiva interna de la doctrina de las fuentes del Derecho, los Estados constitucionales se caracterizan por contar con una constitución formal y ello implica siempre –

como mínimo— una diferencia de grado en relación con las otras fuentes del Derecho. Del mismo modo que pueden observarse diferencias de grado entre ley y reglamento (grado de generalidad y abstracción, relación de dependencia tanto de la validez constitutiva como de la regulativa, mayor estabilidad de la ley que del reglamento, entre otros.), pueden detectarse entre la Constitución formal y la ley ordinaria.

1.4.2.- Institucionalización de valores.- Dicha Constitución responde a las pretensiones normativas del constitucionalismo político: la limitación del poder político y la garantía de que se cumplan los derechos; es decir, asume los valores y fines del constitucionalismo como ideología. En este sentido, la Constitución formal del Estado constitucional no puede incorporar sólo el principio dinámico del Estado. No puede tener sólo como función la de hacer posible el ejercicio institucionalizado del poder político; sino la de hacer posible un poder político institucionalizado desde ciertos valores y fines asumidos. Siguiendo esta línea, las Constituciones formales de los Estados constitucionales han incorporado las dos grandes estrategias del constitucionalismo político: la de los diseños institucionales idóneos para la garantía de esos valores y fines y la del carácter regulativo de esos valores y fines. Se trata, pues, de Constituciones constitutivas y regulativas. Así, incorporan las formas básicas de la acción jurídica y política que desde el constitucionalismo se consideran legítimas, es decir, idóneas para asegurar los valores y fines reconocidos: básicamente han incorporado las formas de acción jurídica propias del Estado de Derecho y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la arbitrariedad) y las formas de acción política propias del Estado democrático y los derechos que las acompañan (están comprometidas con la erradicación de la exclusión política). Pero, también, la Constitución del Estado constitucional ha seguido la estrategia del constitucionalismo regulativo, de modo que sus valores y fines se han incorporado a la Constitución en la forma de principios regulativos de la acción política legítima. Así, las constituciones han incorporado los derechos y principios liberales (están comprometidas con la erradicación del autoritarismo)

y los derechos y principios del Estado social (están comprometidas con la erradicación de la exclusión social). Todos estos elementos, en mayor o menor medida, son reconocibles, en las Constituciones de los Estados que se llaman Constitucionales.

1.4.3.- Existencia formal de la Constitución.-La Constitución formal que responde a los parámetros normativos del constitucionalismo además tiene que ser practicada. En efecto, para hablar de Estado constitucional la Constitución formal debe ser aceptada como tal en todo su conjunto de normas fundamentales de ese sistema jurídico y político. En otras palabras, para hablar de Estado constitucional tiene que haberse consolidado una práctica jurídica y política que permita afirmar que de hecho en torno a la Constitución formal se ha producido la estabilización de las conductas jurídicas y políticas de la comunidad de referencia, de forma que ella pueda ser considerada como norma fundamental, y, en consecuencia, jugar su papel en relación con los problemas de identificación, de unidad y de continuidad del sistema jurídico-político. Es decir, para hablar de Estado constitucional la Constitución formal del constitucionalismo tiene que ser positiva, y ser usada desde los parámetros del constitucionalismo.

En Ecuador desde 1945, se reconocen progresivamente los derechos sociales, y Constituciones como la de 1929 reconocen múltiples derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y colectivos. Sin embargo, la garantía es deficiente. Solo opera la garantía constitucional en casos excepcionales: cuando se trata de violaciones graves e inminentes a derechos que sean (garantía cautelar) o cuando no exista otra vía para repararlos (garantía subsidiaria), cuando se trataba de derechos civiles (garantía excluyente).

No será hasta el año 2008 en que la Constitución, en actual vigencia, establece y categoriza el Estado constitucional de justicia y derechos. Esta Constitución le da al tema una relevancia fundamental y lo concibe de manera integral. La

garantía corresponde a un título independiente de los derechos y no se restringe a lo judicial. Existen dos clasificaciones de las garantías. La una en función de los poderes del Estado y la otra en relación a los derechos y al rol de la justicia constitucional.

En relación a la primera, las garantías son de tres tipos: normativas, políticas públicas y jurisdiccionales. Por las garantías normativas (artículo 84 de la Constitución de la República del Ecuador), cualquier autoridad del Estado que tenga facultades para normar, como el parlamento al dictar leyes, el presidente al dictar reglamentos, los concejos municipales al dictar ordenanzas o los ministros al emitir una resolución, están obligados a adecuar esa norma a la Constitución y a desarrollar, en lo que se pueda y corresponda, los derechos; por las garantías políticas (artículo 85 de la Constitución de la República del Ecuador), cualquier autoridad que realice algún plan, programa o proyecto, de igual modo, debe adaptar sus decisiones hacia la realización de los derechos; finalmente, por las garantías jurisdiccionales (del artículo 86 al 94 de la Constitución de la República del Ecuador), los jueces controlan que los actos públicos no violen derechos.

“Las garantías jurisdiccionales, a su vez, se clasifican en aquellas que protegen todos los derechos, que se denominan “de protección”, las que protegen el derecho a la libertad (privación arbitraria de libertad), integridad física (tortura) y vida (desaparición forzada), que se denomina “hábeas corpus”, las que protegen el acceso a la información pública, las que protegen la intimidad, las que protegen la eficacia del sistema jurídico, que se llaman “acción de cumplimiento” y, finalmente, aquellas que protegen los derechos humanos en el ámbito judicial ordinario, que se denomina “acción extraordinaria de protección”. Además, tenemos las medidas cautelares, que equivaldrían al amparo de 1998.” (Ávila, R., 2008, p. 93).

2. CAPITULO DOS: ANÁLISIS TEÓRICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR PROMULGADA EN EL AÑO 2008

2.1. LA CONSTITUCIONALIZACION DEL DERECHO PENAL

La constitucionalización del Derecho penal es la tendencia a que se incorpore en la misma una serie de derechos y garantías que están reconocidos también en el derecho penal, esto quiere decir que se adune ciertas materias del Derecho penal a la Constitución. Así se tiene por ejemplo, en el área específica del derecho penal, se incorpora ciertos principios en el Código Orgánico Integral Penal, mientras que a la Constitución se procura involucrar la mayoría de principios que contiene el Código Orgánico Integral Penal.

La constitucionalización da cabida a una amplia aplicación e incorporación de muchos principios como por ejemplo el de proporcionalidad, el cual indica que la sanción disciplinaria debe ser proporcional al delito, infracción o falta cometida, para que los derechos humanos de la persona privada de libertad culpable no sean afectados, ni que las medidas sancionadoras sean excesivas.

“Proporcionalidad de la determinación de las sanciones disciplinarias:

las sanciones disciplinarias que se impongan a la persona privada de libertad, deberán ser proporcionales a las faltas cometidas. No se podrán imponer medidas sancionadoras indeterminadas ni que contravengan los derechos humanos.” Artículo 12, numeral 16. (Código Orgánico Integral Penal. R.O., 2014).

De esta misma manera la Constitución otorga el principio de proporcionalidad el cual establece, de manera expresa que, las sanciones deben ser proporcionales a la infracción.

“La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.” Artículo No 76, numeral 6. (Constitución de la República del Ecuador R.O., 2008.

La constitucionalización del Derecho penal incorpora todos los principios procesales penales a la Constitución; como lo son:

2.1.1.- PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL.- El derecho penal intervendrá solamente en el momento que sea estrictamente necesario, para precautelar, vigilar y proteger los derechos de las personas sean víctimas o infractores, el Derecho penal se debe utilizar solo y únicamente cuando ya se han agotado todos los mecanismos alternos y no se ha podido subsanar los derechos violentados ni imponer una sanción adecuada al infractor.

Hay que considerar que el ejercicio de la acción penal implica la utilización de todo un entramado judicial y de la participación de operadores del sistema penal, lo que involucra gasto de recursos tanto económicos como humanos, eso va en desmedro del erario del Estado.

El espíritu básico del principio de mínima intervención penal señala que se dará preferencia a métodos alternativos de solución de conflictos, siempre y cuando no se encuentre involucrado un derecho irrenunciable, especialmente cuando el derecho público así lo permita y no exista un interés social prioritario evitando que se vulneren valores de gran interés social, por ejemplo, no se podría tranzar cuando se trate de un delito de violación, o tráfico de drogas.

Es decir según la doctrina el derecho penal es de última ratio, lo cual implica, que debe activarse el sistema jurisdiccional en última instancia dando preferencia a otras formas de sancionar una infracción penal, igualmente la doctrina muestra que donde exista un bien social gravemente comprometido.

El operador de justicia no hará un gasto o dispendio de recursos de forma innecesaria, procurando que se reduzcan los plazos, los términos y el tiempo de un proceso penal, de tal manera que el procesado o la víctima arriben a una resolución pronta, es por ello que se establece la caducidad de la prisión preventiva.

El principio de mínima intervención:

“La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando son insuficientes los mecanismos extrapenales.” Artículo 3. Código Orgánico Integral Penal. R.O., 2014.

El principio de mínima intervención penal trata sobre todo de limitar el uso de la fuerza y preponderar los hechos, busca solucionar el conflicto sin ninguna incursión de violencia, busca soluciones, fuera del ámbito penal, a conflictos penales; el Estado, encargado de utilizar a discreción este principio, deberá analizar cuál es la alternativa más conveniente para solucionar el conflicto, antes de usar la violencia.

“(…) el Estado usará los instrumentos violentos sólo como última instancia, como la última posibilidad que tiene de intervenir en relación al daño causado.” (Inoa, O. 2010, p. 48).

El Estado a través de este principio debe analizar si el conflicto requiere un uso de la fuerza, deberá preponderar la acción que se está cometiendo, si realmente es necesario usar la violencia a un hecho en el cual no se configura ningún elemento de violencia; este principio da mucha amplitud al uso de razón de los administradores de justicia pues en ellos recae la voluntad de usar o no la violencia en contra de un hecho, en ellos está el analizar si un acto, para controlarlo, necesita el uso excesivo de la fuerza y el abuso de poder; este principio no limita el poder punitivo de los administradores de justicia pues da

una carta abierta para que estos analicen el acto y estos decidan: si se debe usar la fuerza y que tan razonable debe ser el uso de la fuerza.

“Se entiende como Mínima Intervención al principio que prohíbe utilizar instrumentos violentos allí donde el conflicto no presenta ningún elemento de violencia. Se trata, pues, de un principio de sentido común: si el uso de la violencia es el medio menos idóneo para lograr las finalidades de evitar la violencia y el abuso de poder, por qué utilizarlo cuando el conflicto en sí mismo, no contiene elementos de violencia.” (Inoa, O., 2010, p. 48).

2.1.2.- PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.- Aquella persona que se encuentra en un proceso penal mantiene su estatus de inocente hasta que se compruebe mediante todos los elementos de convicción que esta persona es la culpable, pero en el momento que se comprueba su culpabilidad, se deberá comprobar que el ilícito fue cometido con dolo, conciencia y voluntad para que se configure los elementos del ilícito.

“Para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta.” Artículo 34. (Código Orgánico Integral Penal. R.O., 2014).

“Se reconoce y garantizará a las personas:

(...)

5.- El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.” Artículo 66, numeral 5. (Constitución de la República del Ecuador. R.O., 2008).

De esta manera es sabido que el principio de culpabilidad para configurarse como tal, el individuo debe tener un pleno conocimiento del ilícito que está cometiendo y quizá incluso de la norma jurídica que esta trasgrediendo, de esta

manera se configura el dolo y por consiguiente sea convierte imputable del delito.

“(...) se piensa que la culpabilidad presupone el conocimiento de la norma legal infringida o, al menos, su posibilidad, lo que requiere la previa incriminación legal del hecho.” (Bacigalupo, E., 1999, p. 47).

2.1.3. PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA Y TITULARIDAD DE DERECHOS.- Este principio se caracteriza por mantener los derechos humanos intactos aunque la persona se encuentre privada de libertad, busca una protección nata de los derechos, busca la inviolabilidad de los mismos y ayuda al reo a mantener los derechos humanos que le consagran; a pesar de estar privado de libertad este principio mantiene intactos los derechos que lo protegen, de esta manera se le prohíbe a la administración del Estado encarcelar a la persona de manera hostil y tortuosa; así como la víctima que forma parte del proceso penal tiene plena protección de sus derechos humanos y su titularidad innata.

“Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales. Las personas privadas de libertad conservan la titularidad de sus derechos humanos con las limitaciones propias de la privación de libertad y serán tratadas con respeto a su dignidad como seres humanos. Se prohíbe el hacinamiento”. Artículo 4. (Código Orgánico Integral Penal. R.O., 2014).

2.1.4. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.- Este principio da la facultad a los administradores de justicia a usar el sano juicio y la sana crítica para establecer un sistema penal acorde al acusado, dependiendo de la situación del acusado, el acusador se abstendrá de acusar o acusará conforme a la ley, este principio obliga al administrador de justicia a analizar la situación del acusado y si la pena es la adecuada o no, si el delito es de importancia para el Estado o de

interés público el administrador no podrá abstenerse de acusar y deberá cumplir con las penas y sanciones que impone la ley.

“La o el fiscal podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada, en los siguientes casos:

Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado.

En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal.

La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia”. Artículo 412. (Código Orgánico Integral Penal. R.O., 2014).

El principio de oportunidad es una potestad otorgada por el Estado a los administradores de justicia, mediante el cual puedan buscar la mejor solución de un conflicto penal, buscar una manera de abreviar el proceso, achicar el tiempo del proceso penal y que el daño sea justamente resarcido, de la misma manera el principio de oportunidad también busca llevar a cabo un derecho penal justo y no vengativo, por tal razón da la facultad a los administradores de justicia de sancionar de una manera justa y equitativa en preponderancia al ilícito.

“El denominado criterio de discrecionalidad constituye una facultad que tiene determinado ente para optar por el uso de medios extra punitivos para la solución de los ilícitos penales de manera eficaz y rápida,...”
(Mallma, J., s.f, p. 5).

Los administradores de justicia deberán mediante el principio de oportunidad analizar el ilícito e imponer una sanción o pena justa, en el caso de que la pena natural sea lo suficiente, los administradores de justicia deberán abstenerse de acusar, y si se comprobase que no se configura el principio de culpabilidad los administradores de justicia deberán de igual manera, abstenerse de acusar, así el principio de oportunidad da la facultad al ente administrador de justicia, y a sus integrantes, de usar la sana crítica y su sano juicio para implementar, aplicar e imponer justicia.

“(...) cuya medida se sustenta sobre determinados presupuestos que la naturaleza del hecho punible debe cumplir para su sometimiento a dicho principio, como; la falta de necesidad de pena (poena naturalis) y falta de merecimiento de pena (escaso grado de injusto o mínima culpabilidad).”
(Mallma, J., s.f, p. 5).

2.1.5. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- Este principio se consagra en la Constitución y en el Código Orgánico Integral Penal, el cual hace énfasis a la protección de la persona procesada, si en el caso de que el acto cometido no se encontrara tipificado no se le podrá imponer sanción alguna, así como este principio abarca también la irretroactividad de la ley, en tal virtud si el acto tiene un cometimiento previo a la redacción de la norma o ley no se lo podrá sancionar por el acto previo. Este principio también da cabida al hecho de que, en el cometimiento del delito o infracción se debe dar el trámite debido y propio de cada procedimiento; además de que este principio se aplica de manera directa inclusive si el Derecho penal necesitara de normas legales ajenas para integrarla.

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Solo se le podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”. Artículo 76, numeral 3. (Constitución de la República del Ecuador. R.O., 2008).

De esta misma manera el Código Orgánico Integral Penal respalda a la Constitución e indica que ninguna persona podrá ser procesada si no existe una sanción previa a la infracción; no se podrá juzgar a una persona por un delito no tipificado, sin ley previa no existe ni delito, ni proceso penal.

“No hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”. Artículo 5. numeral 1. (Código Orgánico Integral Penal. R.O., 2014).

En este caso el principio de legalidad es protector inherente de los derechos del ciudadano pues interviene a favor si es que no existe norma previa, ni proceso penal, de manera que el ciudadano no puede ser ente de una imputación si es que hay un faltante de norma en contra de la acción cometida por el individuo.

“En el sentido constitucional se trata de la legitimación de la intervención de los derechos de un ciudadano” (Bacigalupo, E., 1999, p. 48).

2.1.6. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD.-Como resultado de una constitucionalización del derecho penal, este principio se encuentra incorporado tanto en la Constitución como en el Código Orgánico Integral Penal, este principio explica que, en el caso de que exista una controversia de leyes o normas referentes a una pena o sanción hacia el mismo acto, en la cual

una de ellas sea más favorable a la persona procesada se aplicará de manera inmediata, inclusive si esta norma o ley se haya redactado después de la infracción cometida.

“En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se le aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.” Artículo 76, numeral 5. (Constitución de la República del Ecuador. R.O., 2008).

De la misma manera el Código Orgánico Integral Penal patrocina a la Constitución, afirmando el hecho de que en el caso de conflicto de leyes sobre el mismo tema a tratar, con un solo procesado, se tiene la obligación de aplicar la más favorable al reo, resguardando los derechos humanos del mismo, sin que la sanción sea demasiado sensible o se convierta en un derecho penal de venganza.

“En caso de conflicto entre dos normas de la misma materia, que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción.” Artículo 5, numeral 2. (Código Orgánico Integral Penal. R.O., 2014).

2.1.7.- PRINCIPIO DE INOCENCIA.-Así mismo este principio se encuentra tanto en la Constitución, como en el Código Orgánico Integral Penal, este principio procura mantener el estatus de inocencia de la persona, hasta el momento en que gracias a una exhaustiva búsqueda de elementos que confirmen si el procesado no es infractor, con lo cual se emita una sentencia absolutoria, en este caso se lo declararía inocente a la persona procesada, o si

no se ratificará su estado de inocencia; este principio pretende mantener al procesado en un estado de inocencia.

“Se presumirá la inocencia de toda persona y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad, mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”. Artículo 76, numeral 2. (Constitución de la República del Ecuador. R.O., 2008).

De la misma manera el Código Orgánico Integral Penal señala que, toda persona integrante de un proceso penal se considera en estado de inocencia hasta que, por medio de sentencia, o se ratifique su estado de inocencia o se lo declare culpable, pero sobre todo a la persona involucrada en el proceso penal se lo debe considerar como inocente y darle el trato respectivo.

“Toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutoria una sentencia que determine lo contrario”. Artículo 5, numeral 4. (Código Orgánico Integral Penal. R.O., 2014).

Este principio protege al individuo de tal manera que se necesita una sentencia ejecutoriada y debidamente motiva para que al individuo se lo clasifique como culpable dentro del proceso penal en el cual está involucrado, protege el estatus de inocente hasta las últimas consecuencias; este principio se elimina en el momento que el individuo es encontrado responsable del hecho, acción u omisión, por medio de sentencia que modifica el estatus de inocente y lo vuelve culpable al individuo.

“Este principio de amplio reconocimiento tanto en el derecho internacional como nacional, consagra la presunción legal (*juris tantum*) de todo imputado de ser considerado inocente hasta que se pruebe su responsabilidad en un debido proceso, mediante sentencia firme debidamente motivada.” (Mallma, J., p. 29).

Así como el derecho penal se vinculó al derecho constitucional incluyendo los principios constitucionales, de la misma forma el derecho constitucional incluye los principios válidos por el derecho penal, así mismo, la Constitución demuestra cómo ha vinculado el derecho penal con el derecho constitucional en el presente Estado constitucional de derechos y garantías. Haciendo referencia al derecho penal de la no revictimización de la víctima, la Constitución ratifica este derecho el cual da la protección a la víctima a no ser revictimizada; la prohibición de ser intimidada, busca la reparación integral de su daño, la restitución de su derecho violentado, entre otros, a favor de la víctima.

“Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptará mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.” Artículo No 78. (Constitución de la República del Ecuador R.O., 2008).

Ahora se considera que el derecho penal tiene dos funciones; defender los derechos de aquella persona que fue agredida o violentada, resarcir los derechos vulnerados; y, por otra parte busca castigar al agresor o profanador de esos derechos, sin que se llegue al nivel de que la pena sea demasiado fuerte como para que violente los derechos del agresor, y no se convierta en un Derecho penal de venganza.

“El derecho penal tiene una doble función frente a los derechos que es aparentemente contradictoria. Por un lado, protege derechos y, por otro,

los restringe. Protege derechos en tanto funciona cuando uno de los derechos constitucionalmente reconocidos ha sido lesionada gravemente desde la perspectiva de las víctimas; y restringe; excepcionalmente derechos cuando una persona ha vulnerado los derechos de otras y se justifica la aplicación de una pena. Los límites para no caer en la venganza privada ni tampoco en la impunidad deben estar claramente establecidos en el derecho penal, a la luz del derecho constitucional.” (Zaffaroni, E., 2009, p. 46).

De igual manera; Código Orgánico Integral Penal del Ecuador en su parte general- exposición de motivos; acoge la misma acepción e indica que el Derecho penal tiene dos funciones, la primera proteger derechos, y la segunda restringirlos, protege siempre y cuando exista un daño palpable a la víctima, y se compruebe que algún derecho ha sido gravemente vulnerado y por otro lado el derecho penal restringe cuando se comprueba que una persona vulnera gravemente los derechos de otra. El derecho penal tiene la obligación de ponderar cual debería ser la pena correcta y la sanción impuesta para que no se convierta en un derecho penal de venganza y para que tampoco dé cabida a la impunidad.

“El derecho penal tiene aparentemente, una doble función contradictoria frente a los derechos de las personas. Por un lado, protege derecho 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 ellos, el derecho penal debe determinar los límites para no caer en la venganza privada, ni en la impunidad.” Código Orgánico Integral Penal. R.O., 2014.

Ahora la constitucionalización del Derecho busca la unificación de las normas del ordenamiento jurídico; como Ecuador se encuentra en un Estado constitucional de derechos, este mismo Estado, busca incluir en la Constitución todos los tipos penales, sus participantes, su procedimiento; para que estén adaptados a las normas constitucionales y sus lineamientos, con el fin de que no se incurra en ninguna violación a sus principios y normas y así proteger los derechos de los particulares.

“Por esta razón, todos y cada uno de los tipos penales, el rol de los participantes en el proceso, los procedimientos, y la estructura, se han inspirado y adaptado a los lineamientos constitucionales, para evitar violaciones innecesarias a los derechos y promover, cuando se el caso, los derechos de las personas.” (Zaffaroni, E., 2009, p. 46).

La constitucionalización del derecho se basa, entre otras cosas, en limitar al poder punitivo y delimitar su actuación, con guía a través de la Constitución, la constitucionalización da una premisa de cómo se ha de legislar, determinar el proceso a seguir y como sancionar de una manera efectiva, en la cual se considere subsanado el daño pero que no afecte a los derechos y garantías de imputado.

“El fenómeno de la constitucionalización puede partir de la idea que la Ley Fundamental no tiene por objeto solo limitar el poder público, sino orientar su actuación a través del resto del ordenamiento jurídico hacia la realización de sus valores.” (Carbonell, M., p. 39).

“La realización de los valores constitucionales incumbe en primer lugar al legislador, quien impulsa y determina este proceso;...” (Carbonell, M. p. 39).

A través de la constitucionalización del derecho se busca más que nada incorporar principios que garantizan un control total del poder del Estado, el mismo que deberá acogerse al Derecho y a un correcto uso de normas, leyes y principios.

“Principios que se encuentran encaminados a garantizar el pleno sometimiento del poder al Derecho (...)” (Cubides, J., 2012, p. 22).

Para que exista una constitucionalización pura; el Estado debe contarse con una Constitución, la misma que debe considerarse como una piedra angular o ley base para el Estado, esta debe contener derechos, garantías y obligaciones, para que se comience a constitucionalizar las normas por debajo de ella.

“La constitucionalización es un fenómeno que se presenta dentro de los ordenamientos jurídicos que penden de una Constitución, (...)” (Cubides, J., 2012, p. 22).

Se considera a la constitucionalización como una manera para introducir, un derecho, institución, principios o norma a la Constitución, de manera que todos los derechos, instituciones, principios o normas se entiendan protegidos por la norma suprema.

“Con frecuencia se utiliza el termino ‘constitucionalizar’ para indicar que una institución, una corporación, un derecho, etc., se ha incluido en la Constitución de un país.” (Cubides, J., 2012, p. 22).

Se explica de esta manera que el término constitucionalización adjuntó a algún derecho, principio, garantía, institución, entre otras, se considera que ese derecho, principio, garantía e institución están dentro de la Constitución y que se supone de nivel constitucional, y que tiene la misma preponderancia que cualquier otro derecho constitucional.

“Decir, en este sentido, que algo está constitucionalizado significa afirmar que ese algo ‘está en la Constitución’, o que ha adquirido el rango constitucional”. (Cubides, J., 2012, p. 22).

Se entiende que la constitucionalización del Derecho es la base para que uno o más Estados que están regidos por una Constitución atraviesen un proceso de cambio en el cual se evidencie una incorporación de derechos y sobre todo la incorporación de un respeto hacia los derechos humanos, incluyendo garantías y principios fundamentales, a la Constitución; de esta manera estos derechos, principios y garantías pasan a ser parte de la Constitución, y se vuelven garantías constitucionales, principios constitucionales y derechos constitucionales, lo cual los convierte en inalienables, irrenunciables de protección universal de los tratados y convenios ratificados por el Estado.

“La constitucionalización como fenómeno debe entenderse en una definición genérica como un proceso por el cual un Estado o diferentes Estados buscan regirse por una Constitución con los elementos inescindibles dados por la Declaración De Los Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano De 1789 en su máxima del artículo 16, sumado a lo anterior se debe consagrar el respeto a los Derechos Humanos De La Declaración Universal De Derechos Humanos De 1948.” (Cubides, J., 2012, p. 23).

Se dice también que la constitucionalización del Derecho es un proceso en el que un Estado se transforma de ser meramente legalista y pasa a ser un Estado constitucionalista, en el cual rige la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico, en el cual se reconoce principios constitucionales supremos a los de otras normas y leyes creadas por el mismo Estado.

“... una es la irradiación de los principios constitucionales en todo el ordenamiento jurídico y la otra ‘es la renovación epistemológica en la visualización y concepción del sistema jurídico, debido a que se

evoluciona del sistema legalista a uno constitucionalista” (Cubides, J., 2012, p. 23).

De esta manera el Derecho penal se incorporó al presente Estado constitucional de derechos y garantías a través de este proceso o fenómeno llamado la constitucionalización, durante la creación de la nueva Constitución, del año 2008, garantista de derechos y en la cual se incorpora muchos de los principios del Derecho penal.

2.2. EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Las garantías penales se caracterizan por el hecho de mantener al mínimo el uso excesivo de la administración de justicia en su fundamental labor de generar sanciones, imponer penas, obviando algunas; así como también las garantías penales no cumplen con un control específico ni tácito del comportamiento de la administración de justicia, más si de la normativa que a esta la regula, tanto en cuanto analiza si las penas no son excesivamente punitivas o si en el momento de sancionar no se está violando ningún derecho de calidad primordial.

“La función específica de las garantías en el derecho penal, como mostraré en la tercera parte, en realidad no es tanto permitir o legitimar como más bien condicionar o vincular y, por tanto, deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva.” (Ferrajoli, L., 1995, p. 92).

El Derecho penal se caracteriza primordialmente por castigar o sancionar al culpable del ilícito y por resarcir los daños a la víctima, tal es el caso que a veces el derecho penal o el sistema en el cual se considera un modelo de Derecho Penal específico sanciona a la persona equivocada, así como también se considera que de cierta manera el sistema comete equivocaciones como enimputar al culpable y sancionar al inocente. Por ellos se considera que el Derecho Penal debe ser un instrumento de última ratio debido a que si no se

maneja de una forma correcta, se podría llegar a vulnerar un derecho fundamental y de personalísima categoría como es el derecho a la libertad.

“Al coste de la justicia, que depende de las opciones penales del legislador -las prohibiciones de los comportamientos que ha considerado delictivos, las penas y los procesos contra sus transgresores-, se añade por tanto un altísimo coste de las injusticias, que depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal.” (Ferrajolí, L., 1995, p. 210).

“Llamaré cifra de la ineficiencia a la primera de estas cifras² y cifra de la injusticia a la segunda, en la que se incluyen: a) los inocentes reconocidos como tales en sentencias absolutorias tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva ³; b) los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultas de un procedimiento de revisión ⁴; C) las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular -verdadera cifra negra de la injusticia-, de los errores judiciales no reparados.” (Ferrajolí, L., 1995, p. 210).

Existe una manera de comprobar la falta de diligencia o mal uso del Derecho Penal mediante el análisis completo de la normativa del Estado o del sistema con el uso del Derecho Penal y su carencia acerca del uso de garantismos para lo cual el Derecho Penal se vuelve taxativo y crea aquel mecanismo que se conoce como garantías penales y procesales tanto para el procesado, el proceso y la víctima, de esta manera el Derecho Penal se transforma en un Derecho Penal garantista de los derechos, en busca de mantener el ultra control del poder en su más bajo nivel, rectificar el error cometido por el legislador; busca una pena imparcial y si existiese ilegitimidad jurídica, subsanarla.

“Pero la cifra de la injusticia, como es fácil comprender a partir del análisis desarrollado hasta el momento, es sobre todo el producto de las

carencias normativas o de la ineffectividad práctica de las garantías penales y procesales, dispuestas precisamente como diques contra la arbitrariedad y el error; y es tanto mayor cuanto más crece el poder judicial de disposición, del que ya se han puesto de manifiesto, al menos por lo que respecta a los ordenamientos modernos, su ilegitimidad jurídica y su injustificabilidad política.” (Ferrajolí, L., 1995, p. 211).

En busca de una solución para el poco uso de las garantías se trata de indagar en la normativa del Estado o sistema, de tal manera que el Derecho Penal debe interferir en la normativa Estatal pues lo primordial es el uso práctico e inmediato de las garantías penales, tanto en el proceso como en el procesado y en la víctima, así como depende el modelo de Derecho Penal escoja el Estado o sistema para el uso práctico del Derecho Penal garantista.

“El problema de la justificación se confunde por tanto en gran medida con el problema del garantismo, en el sentido de que, como veremos, sus soluciones dependen de los modelos normativos de derecho y de proceso penal que se escojan y de su funcionamiento efectivo.” (Ferrajolí, L., 1995, p. 211).

Para que un Estado se considere garantista debe cumplir con un proceso en el cual primero se compruebe el cometimiento de un ilícito, la existencia de normativa sancionadora de ese ilícito para que en lo posterior se compruebe el hecho de que el ilícito está tipificado en la ley como prohibido y es susceptible de ser sancionado; acto seguido si se generó algún daño material o personal; que el procesado este consiente del acto ilícito y su voluntad de realizarlo, que se presenten las pruebas que confirmen de manera inequívoca que el procesado es realmente quien cometido el ilícito y todo esto llevado a cabo a través y a la par del manejo de un juez imparcial con una defensa justa, en un proceso público, de esta manera se configura la existencia de un derecho penal mínimo y garantista hacia el ciudadano.

“(...)según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior O material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos.” (Ferrajolí, L., 1995, p. 211).

El Derecho Penal mínimo protege de una manera extrema las libertades y busca las garantías que se le pueden otorgar al procesado, a la víctima y las garantías natas del proceso. El Derecho Penal mínimo busca limitar de manera agigantada el poder punitivo y el exceso de poder, el Derecho Penal mínimo también busca otorgar razón, seguridad y coherencia tanto al proceso, como proteger a la víctima y dar la mayor cantidad de garantías al procesado.

“Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado al máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza.” (Ferrajolí, L., 1995, p. 104).

Para que el Derecho Penal se configure como garantista se debe analizar los preceptos principales de una teoría garantista los cuales son: el uso de un dialecto específico tanto para el manejo de normas como para el manejo de sentencias otorgadas por los jueces para que, de esta manera se configure un claro esquema semántico y no sea susceptible de modificaciones ni alteraciones al idioma garantista. De igual manera para el modelo garantista debe estar de manera clara y expresa cada paso del proceso y que se entienda por cada ciudadano, en un lenguaje claro y conciso. También debe contener limitaciones para el plano político, en fin de controlar su excesivo uso y manipulación de los procesos y de esta manera incorporar valores y principios al proceso garantista. El modelo garantista debe tener la facultad de analizar e

investigar en la normativa del Estado para garantizar el uso legítimo y constitucional del modelo garantista y que su uso no se convierta en ilegítimo e inconstitucional. Por último el modelo garantista debe tener el suficiente cuidado para que el proceso penal se exprese claramente y que sea sometido a una buena interpretación judicial, capaz de ser argumentado de una manera correcta, con la suficiente capacidad de vincular y se genere compromiso con la administración de justicia y regular el comportamiento del ciudadano.

“Más exactamente, dentro de una perspectiva garantista, identificaré cinco tareas que un sistema penal positivo, con sus carencias y sus aporías, abre a una filosofía analítica del garantismo penal: 1) la elaboración, de jure condendo, de técnicas de formación de los lenguajes legal y jurisdiccional capaces de satisfacer en el máximo grado, más allá de las ingenuas ilusiones de la filosofía penal ilustrada, las reglas semánticas con las que ha caracterizado a los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad; 2) la clarificación de las condiciones y los procedimientos que permitan, sin formalismos inútiles, la verificación procesal y la comprensión equitativa; 3) el desarrollo en el plano teórico-político de criterios pragmáticos idóneos para limitar y disciplinar la heterointegración potestativa del ordenamiento, mediante la que en el apartado 26.4 llamaré incorporación limitativa de valores y de principios generales; 4) la crítica externa e interna de las leyes y de las decisiones judiciales conforme a sus fuentes de legitimación y de deslegitimación política y jurídico-constitucional; 5) el análisis de todos los espacios de discrecionalidad que caracterizan el juicio penal, con el fin de someterlos a las formas de argumentación racional propias de los juicios de valor y de exponerlos a la responsabilidad política y control público.” (Ferrajoli, L., 1995, pp. 176 – 177).

El Estado habiendo adoptado un esquema específico de Derecho Penal garantista debe cumplir con los principios formulados por parte del mismo de una manera expresa e inevitable, debido a que estos principios son de carácter

obligatorio para que el Derecho Penal se configure como derecho garantista, estos principios están vinculados entre sí, debido a su carácter de máxima regla.

“Estos principios, formulables todos ellos en la forma de proposiciones de implicación o condicionales, en realidad están ligados entre sí.” (Ferrajolí, L., 1995, p. 91).

Existen principios de los cuales se pueden prescindir pues no son de carácter primordial, ni esenciales para que el Derecho Penal garantista se configure como tal, de esta manera a los principales se los agrupará para demarcar su importancia y función dentro del Derecho penal garantista.

“Es, pues, posible formalizarlos, aislar las fundamentales de los derivados y ordenarlos dentro de sistemas o modelos axiomatizados más o menos complejos y exigentes según los incluidos o excluidos por cada uno de ellos.” (Ferrajolí, L., 1995, p. 91).

En vista de que la investigación de este subtema se centra en cómo funciona el Derecho Penal garantista en Estado Constitucional de derechos y garantías ecuatoriano, se deberá analizar que principios rectores, usa la Constitución para conformar al Estado como Estado garantista, para esto se cotejará tanto, determinados principios contenidos en la Constitución de la República del Ecuador como en la doctrina. Cada uno de estos principios deben estar contenidos en la normativa estatal para que se logre configurar un Estado garantista.

“Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen -con cierto forzamiento lingüístico- el modelo garantista de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal.” (Ferrajolí, L., 1995, p. 93.)

El Estado Constitucional con el uso del Derecho Penal debe hacer uso de principios rectores fundamentales, para esto se enumerará los principios contenidos dentro de la doctrina, que si bien todos forman parte de un Estado Constitucional de derechos y garantías, y son fundamentales para conformar un Derecho Penal garantista, solo se desarrollarán más adelante los principios de legalidad y de culpabilidad.

“A1Nulla poena sine crimine.

A2Nullum crimen sine lege.

A3Nulla lex (poenalis) sine necessitate.

A4Nulla necessitas sine iniuria.

A5Nulla iniuria sine actione.

A6Nulla actio sine culpa.

A7Nulla culpa sine iudicio.

A8Nullum iudicium sine accusatione.

A9Nulla accusatio sine probatione.

A10Nulla probatio sine defensione.” (Ferrajoli, L., 1995, p. 93).

2.3.- ¿CÓMO DEBE FUNCIONAR EL DERECHO PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL?

El Derecho Penal en el Estado Constitucional de derechos y garantías debe ser meramente un sistema acusatorio, en razón de que el Estado Constitucional de derechos y garantías debe avalar el correcto manejo de un proceso dentro de la administración de justicia, el Estado como ente guardián de los ciudadanos los debe proteger y debe otorgar las medidas necesarias para una defensa correcta por parte de los integrantes del proceso. El Estado para garantizar un sistema acusatorio dentro de la administración de justicia no solo debe otorgar implementos que faciliten su uso, sino que también debe promover la creación de fiscales, defensores y jueces acordes al sistema acusatorio y que estén lo suficientemente aptos para aplicarlo en el proceso, donde se pretende de esta manera que se cumpla el modelo del sistema penal que el Estado Constitucional de derechos y garantías ha escogido.

“Que el derecho penal adjetivo debe garantizar la existencia de un sistema adversarial, que cuente con fiscales que promuevan el ejercicio de la acción penal dentro de los principios y fundamentos del sistema acusatorio , con defensoras y defensores públicos que patrocinen técnicamente a las personas acusadas de cometer una infracción y a las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, y con juezas y jueces que dirijan el proceso y sean garantes de los derechos de los participantes procesales.” (Código Orgánico Integral Penal, Parte Considerando, párrafo 13. (Registro oficial, 2014).

El sistema penal acusatorio se inicia principalmente con una denuncia la cual declara un evento antijurídico, el mismo que es susceptible de investigación procesal, la misma que deberá reflejar lo suficientes elementos de convicción que vinculen a una persona en especial, para que la administración de justicia pueda verificar fehacientemente la existencia de un ilícito; el mismo que se busca sancionar por medio de una pena.

“(...) el mismo es activado por una acción acusatoria que denuncia la existencia de un delito y reclama la imposición de una pena.” Ferrajoli. L. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. (1995, p. 561).

El sistema penal acusatorio se enfoca en la presencia del juez como ente neutral del proceso penal, el cual se encarga de llevar a cabo el proceso de una manera imparcial y con un total desconocimiento de los intereses de las partes; de la misma manera el proceso es considerado una disputa pero que su único nacimiento es gracias a una denuncia realizada por la supuesta víctima; acto seguido dentro del proceso se debe llevar a cabo una correcta práctica de prueba –es decir que esta sea presentada, practicada e incorporada al proceso-, junto con la correcta defensa del acusado, este proceso debe ser,

según el sistema penal acusatorio un proceso público, pues se lo realiza frente a las partes involucradas y en ciertas ocasiones a un colectivo de personas, realizado de manera oral; se configura el final del proceso en el momento en el que el juez de una manera imparcial resuelve mediante su sana crítica, su libre pensar y juicio.

“Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción.” Ferrajolí. L. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. (1995, p. 564).

En virtud de que el juez es un ente neutral en el proceso penal acusatorio, poder diferenciar entre procesado y acusado es un factor fundamental debido a que mientras, el juez este más abstraído y con un conocimiento adquirido solo por parte de los elementos de convicción y pruebas, su imparcialidad al momento de juzgar será más pura y juzgará de una manera adecuada.

“La separación de juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio...” Ferrajolí. L. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. (1995, p. 567).

Lo fundamental de un sistema penal acusatorio es que por una parte el juez sea una persona imparcial, neutral y con el suficiente conocimiento tanto del proceso a su cargo como de la materia que maneja. Así como debe existir dentro del proceso una contienda la cual debe estar sujeta a una investigación.

“Si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de

investigación de la verdad.” Ferrajolí. L. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. (1995, p. 564).

Para que un sistema penal se caracterice como un sistema acusatorio debe cumplir con ciertos parámetros y estos deben encontrarse plasmados dentro del proceso, mediante una normativa que vincule todos los principios fundamentales del sistema acusatorio penal con el manejo del proceso dentro del Estado, para esto estos principios procesales del sistema acusatorio se deben basar en: buscar la mayor discreción en la acción, aplicar correctamente los elementos de convicción dentro del proceso, con lo cual sean susceptibles de presentarse como prueba, comprobar que existe una disputa o que se ha afectado algún derecho; las partes deben ser legalmente iguales; cada parte será la encargada de probar sus declaraciones y el Estado garantizará y proveerá todos los medios posibles para que estas pruebas se realicen de manera legal y sean aceptadas en juicio; todo esto deberá ser verbal y notorio; mientras que el juez delega y oficia todo acto procesal que tenga relevancia y que ayude a descubrir la verdad dentro del proceso, el juez como oyente del proceso y con su sana crítica para juzgar y sancionar de una manera adecuada después de haber analizado todas las pruebas y todos los elementos necesarios que le ayuden a llegar a una sanción correcta que imparta justicia y verdad.

“Los caracteres clásicos del sistema acusatorio, es decir, la discrecionalidad de la acción, la carga acusatoria de la prueba, la naturaleza del proceso como controversia basada en la igualdad de las partes, la atribución a éstas de toda la actividad probatoria y hasta de la disponibilidad de las pruebas, la publicidad y oralidad del juicio, el papel de árbitro y espectador reservado al juez, tanto más dado su carácter popular.” Ferrajolí. L. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. (1995). p. 565).

Para que se configure un Sistema Penal Acusatorio, este se deberá realizar en un espacio notorio, con un grado de difusión penal, así como todo acto o hecho realizado u ocurrido dentro del proceso debe ser realizado de manera hablada pero dejando constancia por escrito de lo actuado, además que las partes involucradas en el proceso deberán tener el derecho de contradecir los argumentos de la parte contraria, para terminar en una sanción otorgada por el juez en el uso de la lógica, razonamiento debidamente fundamentado y sana crítica.

“El sistema acusatorio, basado en la acción popular, el jurado, el juicio contradictorio, la publicidad y oralidad del juicio y la libre convicción del juez.” Ferrajolí. L. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. (1995, p. 566).

Si bien el uso del sistema penal acusatorio es un sistema completo y su uso se caracteriza por el correcto manejo de justicia y valoración de las pruebas, pues no solo acarrea una decisión judicial sino que además, como es una de sus características básicas, debe llevarse a cabo frente un jurado imparcial que analice los hechos y le ayude al juez a llegar a una correcta sanción; en ciertos aspectos se mezcló el sistema inquisitivo penal con el acusatorio debido a que en los principios del proceso acusatorio garantiza la libertad del supuesto infractor, lo cual hacía difícil ubicarlo una vez que se recolectaban todos los elementos de convicción que confirmaban su autoría, por eso es que se introdujo en los inicios del proceso, el sistema inquisitivo, pues para garantizar la participación del acusado en el proceso se lo retiene como medida preventiva, además para cumplir con las fases confidenciales del proceso y sus inicios, para después continuar con un proceso público, sometido a juicio oral y complementando con una defensa y acusación, acto previo a la sanción otorgada por el juez.

“...que fue el llamado «proceso mixto, predominantemente inquisitivo en la primera fase, escrita, secreta, dominada por la acusación pública y

exenta de la participación del imputado, privado de libertad durante la misma; tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva del enjuiciamiento, caracterizada por el juicio contradictorio, oral y público con intervención de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en mera repetición o escenificación de la primera fase.” Ferrajoli. L. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. (1995. p.566).

“En primer lugar, una fase de investigación o preparación –también llamada ‘instrucción’, cuyo contenido principal consiste en la preparación de la acusación del juicio.

Una segunda fase, donde se critica o analiza el resultado de esa investigación.

Luego, una tercera etapa ‘plena’ o principal, que es el juicio propiamente dicho.

En una cuarta fase, se controla el resultado de ese juicio –que es la sentencia-. A través de distintos medios de impugnación- o ‘recursos’.

Finalmente, en una quinta etapa, se ejecuta la sentencia que ha quedado firme.” Binder, A. Iniciación al proceso penal acusatorio. (2000, p. 30).

El sistema penal acusatorio defiende más que todo la integridad de la persona debido a que protege el derecho al debido proceso y a la defensa del acusado por lo tanto el sistema penal acusatorio hace énfasis en que el procesado tenga plena participación en su proceso y pueda desacreditar los argumentos de la administración de justicia, y en tal caso ratificar su inocencia o comprobar la culpabilidad, este sistema garantiza un proceso digno para el acusado debido a que establece restricción al poder punitivo estatal y, aunque no lo ha logrado, ora por la inoperancia de los operadores de justicia, ora por el abuso del poder político, se han pretendido razonabilizar la imposición de la violencia estatal.

“Ecuador empezó a experimentar con sistemas legales llamados ‘abiertos’, de confrontación, con juicios verbales. En este sistema, conocido en algunos de nuestros países como sistema acusatorio, el acusado tiene derecho a escuchar los cargos legales impuestos contra él así mismo tiene derecho a confrontar la ‘evidencia’ presentada por la Fiscalía y tiene derecho a defenderse de esos cargos personalmente o a través de su abogado, confrontando a los testigos de la acusación y presentando sus propios testigos de la defensa.” Criollo, G. Cuestiones de Derecho Penal, Procesal Penal y Biojurídica. (2014, p. 85).

De esta manera el sistema acusatorio fue perdiendo su característica esencial de ser privado cuando se lo involucró al sistema inquisitivo en los procesos, por esta razón se modificó con el paso del tiempo y de su uso todo lo pertinente con la privacidad del proceso en el sistema acusatorio. En razón de su alteración, la naturaleza del sistema acusatorio busca una manera para que las acciones penales de menor intensidad puedan ser llevadas por la acción civil y de esta manera alivianar la carga procesal para el Derecho Penal.

“... también la acusación perdió progresivamente su originaria naturaleza privada, asumiendo carácter y modalidades enteramente públicos: primero, como se ha visto, mediante la atribución a cada ciudadano de la acción civil y popular por los delicta public...” Ferrajoli. L. Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal. (1995, p.568).

Hay que saber definir los diferentes sistemas penales pues existen grandes diferencias entre los mismos, como se ha visto el sistema penal acusatorio y el sistema penal adversarial son sistemas diferentes pues tienen ciertas características que lo definen a cada uno, pero así como son características ciertas, también existen pequeñas igualdades, aún así es obligatorio diferenciarlos pues por una mínima falla o mal uso de un sistema se puede transformar en otro sistema penal completamente diferente.

“De forma muy constante y recurrente los distintos tratadistas del Derecho Penal confunden los términos ‘acusatorio’ y ‘adversarial’ como antítesis del sistema inquisitivo, sin embargo debemos manifestar que entre estos dos términos existen no solamente diferencias semánticas sino también históricas, jurídicas y dogmáticas, lo que implica que estos dos términos no son, como se supone con mucha frecuencia, intercambiables.” Criollo, G. Cuestiones de Derecho Penal, Procesal Penal y Biojurídica. (2014 p. 85).

El sistema penal adversarial se crea en pro de los derechos del ser humano, para que este cuente con la oportunidad de demostrar a la administración de justicia su versión de los hechos, además de tener la oportunidad de defenderse legalmente, ya sea judicial o extrajudicialmente; y, que mientras realiza este proceso de ratificar su inocencia, este goza de la presunción de ser inocente, en vista de que este sistema le otorga el derecho fundamental de ser investido de la misma, así como muchos otros derechos que el sistema penal adversarial otorga al procesado, también da la libertad de escoger que clase de acción seguir, de escoger libremente una representación legal y fundamentalmente ser sujeto de derechos.

“Es decir que la adversarialidad debe ser considerada como un producto de la Ilustración Europea, con elementos poco comunes con el procedimiento acusatorio, y esencialmente es una aproximación del libre mercado al sistema penal, basado en la negociación individual, la libertad de contratar y el concepto de un individuo portador de derechos.” Criollo, G. Cuestiones de Derecho Penal, Procesal Penal y Biojurídica. (2014, p. 85).

Para esto se crea en definitiva el sistema adversarial, ahora bien, en el Estado Constitucional de Derechos y Garantías contemplado por nuestra Constitución del 2008, se configura una especie de proceso mixto, el cual acarrea en su mayor parte, un sistema acusatorio, pero lo mezcla de cierta manera con un

sistema adversarial penal, este proceso mixto se caracteriza por otorgarle al fiscal un rol investigativo y acusador, el cual en el sistema adversarial solo lo convertiría en un neto investigador para así entregar al proceso los suficientes elementos de convicción donde en lo posterior se llegue a una sanción justa; y por el otro lado el rol de acusador, para facilitar la redacción de la sanción y que los hechos sean justamente sancionados. Por otro lado el Estado es garantista nato del derecho fundamental a la libertad, el cual en jerarquía es el segundo mejor protegido, y busca al máximo la libertad del ciudadano, así como en un margen garantista protege al máximo todos los lineamientos dentro del proceso del ciudadano, por ello se busca garantizar los derechos más adecuados para el supuestos infractor.

“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar merito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsara la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir con sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley. “Artículo 195. Constitución de la República del Ecuador. R.O., 2008.

Hay que esclarecer que el sistema acusatorio no es igual al sistema adversarial, el sistema adversarial no divide entre acusador e investigador, mientras que en el acusatorio el rol de acusador lo lleva el juez y el rol de investigador lo lleva el fiscal; en el sistema acusatorio existe la fase pro

procesal y procesal penal los cuales son mecanismos claros para resolver incógnitas y descubrir la verdad.

En el Estado Constitucional de derechos y garantías si bien aplican en el fondo del proceso el sistema adversarial, en la forma del proceso y en su esencia es el sistema acusatorio, por lo tanto se enfatiza en analizar este sistema en la investigación presente.

2.4.- PRINCIPIOS LIMITADORES DEL DERECHO PENAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Derecho Penal debe ser utilizado de última ratio, en una última instancia, por eso es que se proporciona el principio de mínima intervención penal, para mantener al Derecho Penal en su mínima expresión y al margen de todo, pero para esto se debe partir de que, que existen principios que forman parte del principio de mínima intervención, lo cual se analizará en el siguiente subtema; se necesita de estos principios para que se limite la participación del Derecho Penal, más que todo por el hecho de que, si se excede su uso podría llegar a ser perjudicial contra los derechos humanos.

Para esto se analizan los principios base que limitan al Derecho Penal, los cuales deben ser considerados en la ley, pues se habla de un Estado constitucional de derechos y garantías, estos principios se los puede dividir en dos categorías, las que expresan los requerimientos y configuran la existencia de un Derecho Penal. Los principios internos designan parámetros para el Derecho Penal, en base a sus lineamientos, pero gracias a estos se puede introducir conductas delictivas, las mismas que pueden ser detectadas, analizadas e introducidas al Derecho Penal mediante su tipificación, para luego considerar su sustentación en el margen legal y se consideren como delito. Luego se tendrán los principios externos, estos tienen su origen en el desarrollo del Derecho Penal, en razón de estos principios se puede analizar cómo llevar a cabo una correcta línea de investigación, un adecuado procedimiento penal y una acusación basada en razón y lógica, para que de esta manera se abstenga

de juzgar o juzgue conforme a derecho, estos principios buscan soluciones a través de otorgar diferentes medidas a conflictos y que no todos sean analizados por el Derecho Penal.

“Los principios que se articulan a nivel de la ley y la idea de la mínima intervención penal se agrupan, ante todo, en dos categorías que depende de la adopción de un punto de vista interno o bien externo al derecho penal. El punto de vista interno da a lugar a los principios intrasistemáticos que indican los requisitos para la introducción y el mantenimiento de figuras delictivas en la ley. El punto de vista externo da lugar a los principios extrasistemáticos que se refieren, en cambio, a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales, en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal.” Baratta, A. Principios del derecho penal mínimo.” (2004, p. 304).

2.5.- EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN PENAL

“Los principios internos del principio de mínima intervención penal, pueden ser clasificados en tres grupos:

1.- Principios de limitación formal.

a.- Principio de reserva de ley o principio de legalidad.

b.- Principio de taxatividad.

c.- Principio de irretroactividad.

d.- El principio del primado de la ley penal sustancial.

e.- El principio de la representación popular.

2.- Principios de limitación funcional.

a.- Principio de la respuesta no contingente.

b.- Principio de proporcionalidad abstracta.

c.- Principio de idoneidad.

d.- Principio de subsidiariedad.

e.- Principio de proporcionalidad concreta o principio de adecuación del costo social.

- f.- Principio de implementabilidad administrativa de la ley.
 - g.- Principio del respeto por las autoridades culturales.
 - h.- Principio del primado de la víctima.
- 3.- Principios de limitación personal o de limitación de la responsabilidad penal.
- a.- Principio de la imputación personal o principio de personalidad.
 - b.- Principio de la responsabilidad por el hecho.
 - c.- Con el principio de la exigencia social.

Los principios extrasistemáticos de la mínima intervención penal pueden ser divididos en dos grupos.

- 1.-Principios extrasistemáticos de descriminalización.
- a.- El principio de la no intervención útil.
 - b.- Principio de la privatización de los conflictos.
 - c.- El principio de politización de los conflictos.
 - d.- El principio de preservación de las garantías formales.
- 2.- Principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales.
- a.- El principio de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena.
 - b.-El principio de especificación de los conflictos y de los problemas.
 - c.- El principio general de prevención.
 - d.- El principio de la articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales.” Baratta, A. Principios del derecho penal mínimo.” (2004, pps. 304-330).

Si bien solo se han detallado los principios que se consideran dentro del principio de mínima intervención, no se pretende hacer mucho énfasis en los mismos debido a que no es materia de investigación de este trabajo. Aun así se pretende analizar con énfasis el principio de mínima intervención penal.

Por lo mismo se pretende llegar a una definición clara de lo que es el principio de mínima intervención penal, para lo cual se analizará a varios autores.

El principio de mínima intervención penal pretende no involucrarse en el cotidiano vivir del ser humano, pero si planea involucrarse en el hecho de proteger al ser humano en caso de que existiera algún daño o posible daño al mismo, el principio de mínima intervención penal busca proteger los derechos fundamentales, personalísimos de los seres humanos, así como, son la libertad de la persona, entre varios: el principio de mínima intervención penal busca un equilibrio entre delito y pena o sanción, mientras que la violación cometida sea subsanada por la sanción, el principio de mínima intervención penal estará siendo usado en toda su capacidad, pero se considera que si la sanción es tanto menor o mayor al delito el principio estará siendo transgredido.

“El principio de intervención mínima, para Carlos Blanco Lozano, quiere decir que “el derecho penal no interviene de cara a la regulación de todos los comportamientos del hombre en sociedad, sino sólo en orden a evitar los atentados más graves que se dirijan contra importantes bienes jurídicos” (2003, 122).” Villegas Fernández, J. Revista internauta de práctica jurídica. ¿Qué es el principio de intervención mínima? (2009, p. 3).

“La pena será proporcionada en la medida en que su contenido de violencia sea suficiente para lograr los fines a los que aspira. Todo lo que rebase ese umbral será superfluo y, por ende, desproporcionado.” Villegas Fernández, J. Revista internauta de práctica jurídica. ¿Qué es el principio de intervención mínima? (2009, p. 4).

Si bien el Derecho Penal busca la protección de los derechos fundamentales del ser humano, el principio de mínima intervención solo protege los más valiosos, como los son: el de la vida y el de la libertad; el principio de mínima intervención penal siempre busca que la pena sea equivalente al delito debido a que sin el uso correcto de las penas el principio perdería toda su integridad.

He aquí uno de los componentes del principio de intervención mínima:

la fragmentariedad. Es decir, que el derecho penal no protege todos y cada uno de los bienes jurídicos, sino sólo los más preciados.” Villegas Fernández, J. Revista internauta de práctica jurídica. ¿Qué es el principio de intervención mínima? (2009, p. 4).

En este sintagma se condensa la idea clave que lo inspira. Si la pena no vale para proteger el bien jurídico, de nada sirve imponerla.” Villegas Fernández, J. Revista internauta de práctica jurídica. ¿Qué es el principio de intervención mínima? (2009, p. 4).

El Estado junto con el Derecho Penal se rigen por el principio de mínima intervención penal, el Derecho Penal solo debe ser utilizado en una última instancia y cuando se configure una lesión de los derechos fundamentales del ciudadano, para esto interviene al principio de mínima intervención, el mismo que limita al Derecho Penal en su máxima expresión y que solo le permite actuar cuando se considera que se ha efectuado un daño en contra del ciudadano. Por lo mismo el Derecho Penal solo se basa en proteger derechos preciados, no puede desperdiciar recursos en vulneraciones de derechos, de los cuales otras ramas del Derecho podrían ocuparse en resolver. Si existiera alguna vulneración de derechos que podría ser manejada por otras ramas del Derecho pero que no existiera una solución viable al conflicto, solo así, intervendrá el Derecho Penal, mas no por asuntos que podrían ser resueltos de diferentes maneras. Se dice que el Derecho Penal es en parte subsidiario, pues solo protege a ciertos derechos, a pesar de que el Derecho penal se considera que protege a todos los derechos de manera general, da cierta importancia y protege más a algunos derechos en especial. El principio de mínima intervención es fragmentario debido a que solo protege algunos derechos y no a todos ellos.

“El poder punitivo del Estado debe de estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Es decir, el Derecho penal sólo debe y puede intervenir en los casos de ataques a los bienes jurídicos más

importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del Derecho. Sólo puede intervenir ante el fracaso de otros medios de solución del problema, por ello la pena es la “última ratio” de la política social y se define su misión como de protección subsidiaria de bienes jurídicos. Y en la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos e, incluso, no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza “fragmentaria” del Derecho penal. De ahí la denominación de subsidiariedad frente a las demás ramas del Ordenamiento jurídico.” Gordillo Santana, L. Los Principios Constitucionales Y Las Garantías Penales En El Marco Del Proceso De Mediación Penal. (2006, p. 6).

El principio de mínima intervención penal, gracias a que es considerado como un principio de subsidiariedad, contiene, como se mencionó anteriormente, tanto principios internos como principios externos. Los principios internos son para el control frente al Derecho Penal con otras líneas del derecho, en referencia al manejo de la sociedad en cuanto sean actividades tanto legales como cotidianas, de esta manera el principio de mínima intervención penal limita al Derecho Penal a interceder únicamente cuando haga falta su participación, y cuando después de agotar todos los recursos y que los mismos no llegaron a tener una solución satisfactoria a la solución del conflicto. Los principios externos establecen un manejo correcto de las sanciones y obligan al Derecho Penal a buscar un equilibrio entre las penas sancionadoras y los ilícitos realizados, esto hace especial énfasis en el control de una equidad al momento de imponer la sanción y gracias a que si el delito es mínimo, la sanción no deberá ser la máxima pena y viceversa.

“El principio de subsidiariedad o carácter subsidiario del Derecho penal es una manifestación del principio de intervención mínima del Derecho penal y como tal presenta dos manifestaciones, una externa y otra interna. La primera, relaciona al Derecho penal con las restantes

instancias del control social, tanto jurídicas como no jurídicas y dispone que el Derecho penal sólo haya de intervenir cuando aquellas otras instancias no consigan los deseados efectos preventivos. La segunda establece un orden de prelación entre las diferentes sanciones penales. No se aplicará una sanción grave si resulta suficiente una leve.” Gordillo Santana, L. Los Principios Constitucionales Y Las Garantías Penales En El Marco Del Proceso De Mediación Penal. (2006, p. 8).

Así pues, el principio de subsidiariedad es el principio de mínima intervención, pues esto, como se expuso anteriormente, restringe los poderes del Estado, y sus capacidades judiciales, frente a situaciones potencialmente ligadas con procesos judiciales, que involucran al Estado, tanto como ente involucrado en el proceso, como ente juzgador, lo más importante para el principio de mínima intervención es el hecho de proteger los derechos de los ciudadanos y garantizar su protección frente a alguna violación del mismo por parte de terceras personas o por parte del mismo Estado.

“Así pues, esta corriente de despenalización tiene estrecha relación con el Principio de Mínima Intervención, el cual limita la utilización de la capacidad coercitiva del Estado a aquellos hechos que la “merecen”, atendiendo a la elevada importancia del bien jurídico protegido y a la intensidad de la agresión sufrida.” Orlidy Inoa. El Principio de Oportunidad como manifestación del Principio de Mínima Intervención, en el Proceso Penal Acusatorio. (2010, p. 52).

De esta manera se ratifica que, en un Estado Constitucional de Derechos y Garantías, es fundamental la existencia del principio de mínima intervención como un principio básico de la existencia para un Estado democrático y constitucional, basado en derechos y garantías. Acto seguido a la creación del Estado Constitucional de Derechos y Garantías, junto con el principio de mínima intervención, se confirma que el Estado debe usar únicamente el Derecho Penal en último momento después de haber agotado todos los

recursos existentes para subsanar el derecho violentado o enmendar el problema.

“... podemos asumir entonces que existe un principio rector de la política criminal propia de un Estado Democrático de Derecho, cual es el Principio de Mínima Intervención: el Estado usará los instrumentos violentos sólo como última instancia, como la última posibilidad que tiene de intervenir en relación al daño causado.” Orlidy Inoa. El Principio de Oportunidad como manifestación del Principio de Mínima Intervención, en el Proceso Penal Acusatorio. (2010, p. 48).

Para concluir, el principio de mínima intervención, es un principio fundamental y base, para todo acto y hecho, causa y proceso, dentro de la administración de justicia, cuyo propósito es reducir por parte los procesos judiciales y no cargar tanto a la administración de justicia con procesos que fácilmente se pueden solucionar con métodos alternativos y por otro lado busca no involucrar tanto al Derecho Penal para que su uso no sea muy solicitado, y que si se llega a utilizar al Derecho Penal, la subsanación del derecho violentado no se utilice una sanción demasiado fuerte y dura.

“De esta forma, el Principio de Mínima Intervención se convierte en un principio rector de todas las actuaciones procesales, cuyo carácter es, prominentemente, reductor de la violencia, y cuyo objetivo es solucionar el conflicto de la forma menos violenta posible.” Orlidy Inoa. El Principio de Oportunidad como manifestación del Principio de Mínima Intervención, en el Proceso Penal Acusatorio. (2010, p. 51).

El principio de mínima intervención penal es aquel que preceptúa que los órganos jurisdiccionales y toda la maquinaria que implica la administración de justicia, debe ser usado sin derroche de recursos del Estado, tales como el recurso humano, económico, implicando una valoración del tiempo que se desperdicia en un mal o erróneo juzgamiento, este principio está relacionado

con el precepto que establece que el Derecho Penal es de “ultima ratio” es decir que deberá hacerse uso de la jurisdicción penal una vez agotadas otras vías de solución de conflictos, también está relacionado con otros varios preceptos tales como: que no se debe revictimizar a la víctima e inclusive no se debe victimizar innecesariamente al procesado por una infracción penal de igual forma un dispendioso juzgamiento, si resultare erróneo implica responsabilidad de los juzgadores antes las cortes penales internacionales.

2.6. ÉNFASIS ESPECIAL EN EL DERECHO A LA LIBERTAD

Se hace especial énfasis en tratar de definir lo que significa el derecho a la libertad para el ser humano y cómo se puede proteger ese bien jurídico para que su vulneración no sea constante y no sea susceptible de daño por parte de la administración de justicia. La libertad es un bien jurídico fundamental para la existencia de un Estado constitucional de derechos y garantías, y para la protección de este mismo bien jurídico el cual ampara al ciudadano de una manera innata pues protege de no ser víctima de un acto arbitrario que la restrinja.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez versus Ecuador, en sentencia de 21 de noviembre de 2007, Serie C, N.-170, define a la libertad así:

“En sentido amplio la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La seguridad, por su parte, sería la ausencia de perturbaciones que restrinjan o limiten la libertad más allá de lo razonable. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.” Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador, párr. 52

En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.

“...este derecho puede ejercerse de múltiples formas”, y lo que la Convención Americana regula son los límites o restricción es que el Estado puede realizar. Es así como se explica que el artículo 7.1 consagra en términos generales el derecho a la libertad y seguridad y los demás numerales se encarguen de las diversas garantías que deben darse a la hora de privar a alguien de su libertad. De ahí también se explica que la forma en la que la legislación interna afecta al derecho a la libertad es característicamente negativa, cuando permite que se prive o restrinja la libertad. Siendo, por ello, la libertad siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción. (Corte Interamericana de Derechos Humanos) [Corte IDH], Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs Ecuador, párr. 53

Se define al derecho a la libertad como un bien jurídico fundamental para el ser humano, inclusive se da un concepto amplio debido a que la libertad no solo se trata de la libertad personal, sino que también el ser humano tiene derecho a ciertos tipos de libertades como escoger la ideología espiritual, su religión y tendencias políticas, la libertad para el ser humano acarrea el hecho de desarrollar su capacidad física de manera íntegra, disfrutando al máximo sus libertades.

“La libertad tiene una amplia gama de dimensiones, siendo la más importante su tratamiento como derecho fundamental o derecho humano de primera generación.” (Prieto, A., 2004, p. 15).

Normativamente hablando la Constitución ecuatoriana ha establecido un título específico sobre los derechos de libertad, así se tiene que el capítulo sexto,

habla en su totalidad de las libertades contenidas dentro de cada ser humano pero se debe hacer especial énfasis en el artículo 66 donde se encuentra la mayor cantidad de libertades; entre estas se destaca el numeral 5, el cual afirma de manera inequívoca que todo individuo tendrá la libertad de desarrollarse de manera individual sin opacar el derecho de terceros.

“Se reconoce y garantizará a las personas:

5.- El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás.

29.- Los derechos de libertad también incluyen:

a.- El reconocimiento de que todas las personas nacen libres.

b.- La prohibición de la esclavitud, la explotación, la servidumbre y el tráfico y la trata de seres humanos en todas sus formas. El Estado adoptara medidas de prevención y erradicación de la trata de personas, y de protección y reinserción social de las víctimas de la trata y de otras formas de violación de la libertad.

c.- Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias.

d.- Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.” Artículo No 66, numeral 5, 29, incisos a, c, d. (Constitución de la República del Ecuador R.O., 2008).

La Constitución de la República del Ecuador de 2008, expresa como se consideran los derechos de libertad, y su existencia fundamental dentro de la misma, para lo cual dice claramente que los habitantes del territorio nacional tienen pleno desarrollo de su personalidad y la libertad de elegir sus creencias ideológicas, tendencias sociales, libertad de expresión, la libertad de elegir un trabajo, la libertad está garantizada en todos sus ámbitos por parte de la Constitución, el individuo no puede ser privado de su libertad en ninguna forma salvo por falta de cumplimiento de obligaciones de pensiones alimenticias, el

derecho de libertad también acarrea que ningún ciudadano debe ser obligado a hacer algo en contra del derecho o dejar de hacer algo a favor del derecho.

“Esto nos lleva a la conclusión de que en el ejercicio de la potestad de configuración y de diseño de la política criminal, el legislador puede determinar cuándo es necesario privar de la libertad de manera preventiva a una persona que está siendo investigada y juzga como posible responsable de haber cometido una conducta punible” (Criollo, G. 2014, p. 115).

La libertad del ser humano se basa en garantizar su espacio físico, y la única razón para privar de su libertad al ser humano, es por el hecho de que ha violentado el derecho de un tercero. Inclusive después de comprobar la violación del derecho del tercero, el agresor se somete a un proceso donde se tratara de ratificar su estado de inocencia o que confirmara su culpabilidad, para, acto seguido, continuar con su inmediata liberación si se ratificó su estado de inocencia o sentenciar de acuerdo a la sana crítica la privación del derecho fundamental a la libertad.

“La libertad es la regla y que solo puede ser limitado por el legislador por razones de orden público, moral o buenas costumbres y derechos de terceros.” (Mora, L., p. 27).

Todo ser humano debe gozar de libertad, de todas las clases de libertad existentes en el ordenamiento jurídico, por lo tanto ninguna pena privativa de libertad debe ser impuesta de manera arbitraria, toda pena privativa de libertad debe ser impuesta solo y únicamente cuando el delito lo amerite, la administración de justicia debe interpretar la norma y juzgar a medida de que se presente los elementos de convicción que justifiquen el cometimiento de un delito, mas no por el hecho de sentenciar de manera arbitraria, todo proceso antes de imponer la pena privativa de libertad debe interpretar la norma y debe mantener el principio de libertad personal ante todo.

“De acuerdo con nuestro sistema, la libertad es la regla, y no solo todos debemos de gozar de libertad en general, incluida la ambulatoria –para lo cual- el sistema obliga a que toda medida de restricción a la misma sea excepcional, sino que establece como consecuencia que toda norma deba ser interpretada a favor de esta (principio pro libertate).” (Mora, L., p. 28.)

A lo cual la administración de justicia, debe evitar de toda manera poner una pena que limite la libertad del ser humano, por lo tanto, para no violentar el derecho a la libertad del ciudadano, todo supuesto infractor debe atravesar por un proceso judicial, ser sometido a un análisis para demostrar su CULPABILIDAD, y si se llega a descubrir que el supuesto infractor es el que cometió el delito, solo en ese caso se impondrá una pena privativa de libertad, siempre y cuando la sanción sea proporcional al delito.

“... sobre cualquier carácter restrictivo de la prisión preventiva, la prohibición del encarcelamiento arbitrario, la obligación de llevar al detenido ante la autoridad judicial, sin demora alguna y ser juzgado en un plazo razonable...” (Mora, L., p. 28.)

Así como la Constitución de la República del Ecuador aclara lo que es para este Estado la libertad, así se puede encontrar múltiples tratados y convenios que indican lo que significa la libertad para el ser humano y como se debe cumplir y hacer cumplir ese bien jurídico, sobre todo por parte de la administración de justicia, para lo cual este Estado crea garantías protectoras de este bien jurídico. Si bien el derecho a la libertad es fundamental en un Estado Constitucional de Derechos y Garantías, existen circunstancias en las cuales se puede privar de ese derecho a una persona, tal es el caso y como ya se ha dicho la prisión preventiva solo y únicamente se debe realizar para garantizar la presencia del imputado en audiencia y juicio, pero así como el derecho a la libertad es un bien jurídico fundamental y que es susceptible de violación, estos mismos tratados deben regular el encarcelamiento al que es

sometido el infractor pues se está violentando su derecho fundamental a la libertad.

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.”
Artículo 7, numeral 1. Convención Americana Sobre Derechos Humanos.
(1969, p. 4).

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:...” Artículo 5. Convenio Europeo de Derechos Humanos. (1950, p. 7).

“Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.” Artículo 9, numeral 1. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966, p. 3).

“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será 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 responsable o ser puesta en libertad.” Artículo 9, numeral 3. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966, p. 3).

Partiendo de que no solo la Constitución de la República del Ecuador sino también tratados y convenios ratificados por el Ecuador, establecen como un derecho fundamental que toda persona dentro del territorio ecuatoriano goza del derecho a la libertad, el mismo que implica libertad de conciencia, de culto, de expresión, de libre movilidad dentro de la República; y algunas otras libertades que se encuentran implícitas, en otros derechos reconocidos tales como el derecho a la propiedad, el derecho tener preferencias sexuales, derecho a no ser discriminado por cuestiones de etnia, idioma, origen y raza; inclusive el derecho a la libertad personal implica que nadie puede ser sujeto

de encarcelamiento sin que exista el ejercicio de una acción de carácter jurisdiccional sometida a los parámetros que establecen la leyes de la República. La libertad implica un sin número de derechos subjetivos que se subsumen dentro de muchos principios y derechos consagrados en la máxima norma del Estado; básicamente el goce de la garantía de ese derecho está proyectado en la medida de que los poderes públicos respeten, cumplan y hagan cumplir las normas legales protectivas del ciudadano; en contraposición a una eventual realidad, cuando, por parte de aquellos que están llamados a vigilar porque se cumplan esas garantías, no lo hacen en un evidente acto inconstitucional.

3. CAPITULO TRES: DERECHO PENAL DE CUARTA VELOCIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y GARANTIAS

3.1.- LOS ABUSOS DEL PODER POLÍTICO Y LA ELIMINACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTENCIÓN DEL PODER PUNITIVO

Tal como se ha visto en capítulos anteriores, los diques de contención del Derecho Penal son tan estrictos que permiten construir un sistema de derechos y garantías constitucionales tanto en beneficio de la víctima como del sujeto procesado. Por eso se ha dado en llamar a dichas garantías como “garantías bilaterales” las cuales deben ser respetadas irrestrictamente por los operadores de justicia del Sistema Penal, puesto que lo que se pretende es causar las menores incomodidades a quienes sufren la persecución penal, pero a la par de esta finalidad también debe conseguirse la sanción para los infractores.

“(…) depende a mi modo de ver del hecho de que los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.” (Ferrajoli, L. 1995, p. 3).

Por esta razón los mecanismo de contención del poder punitivo y por ende de la persecución penal han sido normativizados bajo un plexo normativo de reglas de juego previstas constitucionalmente así se encuentra por ejemplo los artículos constitucionales: 1 (Estado Constitucional y principio democrático), 11(Obligación de los funcionarios públicos de aplicar la norma constitucional y los tratados internacionales),66 (Libre desarrollo de la personalidad o principio de culpabilidad en el área penal), 76 (Garantías del debido proceso), 82 (Seguridad jurídica), 164 (características del sistema procesal),169 (principio del sistema procesal), y particularmente el articulo 195 (derecho penal de ultima ratio, principio de oportunidad); y, así mismo un sistema de garantías

supraconstitucionales como la de los artículos 8 y 9, de la Comisión Americana de Derechos Humanos; y 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

No obstante aquello el poder punitivo del Estado ha violentado este esquema de garantías y protecciones haciendo que se encuentra actualmente como lo según referido ya, el profesor Ferrajolí, en un Estado policial, en donde se han relajado dichas garantías y derechos del procesado flexibilizándolas al máximo con tal de obtener la imposición brutal de las sanciones penales.

“De ellos, el primero representa el estado policial, caracterizado por leyes en blanco que permiten intervenciones punitivas libres de cualquier vínculo, incluido el del previo juicio:(...)” (Ferrajolí, L. 1995, p. 102).

Es de advertir adicionalmente, según también lo ha referido ya el maestro español JesúsMaría Silva Sánchez, que la relajación de estas garantías procesales da lugar a la existencia de un derecho penal de tercera y cuarta velocidad caracterizado por implementar una persecución penal desmedida y un procesamiento penal que irrespeta los diques de contención antes señalados.

“(...) por su parte, supone la desactivación del sistema general de reglas configurado, con una más que obvia vocación garantista, a partir de la constatación de la gravedad de las consecuencias jurídico-penales, en particular por referencia al homicidio.” (Silva, J.,1997, p. 75).

Como para afirmar las cuestiones antes vertidas se requiere por supuesto, como no podía ser de otra manera, dar claros ejemplos respecto de cómo funciona el Sistema Penal Ecuatoriano, y como se encuentra estructurada su política criminal. Para ellos los casos -Los 10 de Luluncoto-; -Mery Zamora-, estudiantes del Central Técnico son un fabuloso ejemplo que demuestra la forma como el poder punitivo exacerba ha relajado al máximo las

estructuras más elementales de un derecho penal democrático configurándose de esta forma un surrealismo jurídico voraz de persecución y sanción penal.

3.1.1.- EL POPULISMO PENAL Y LAS LEYES PENALES DE CERO TOLERANCIA

Lamentablemente el legislador ecuatoriano ha decidido recurrir al Derecho Penal como una especie de Dios para frenar la ola delincencial que azota a la sociedad ecuatoriana. En este sentido la construcción de normas penales breves, sin la menor técnica legislativa adecuada, el incremento de tipos penales, entre otras, son, el mejor indicativo de que a todos los problemas de la sociedad ecuatoriana se los quiere solucionar mediante la implementación de norma penal.

“En fin, la atribución del ‘ius puniendi’, tanto en su dimensión legislativa como jurisdiccional, a instancias supranacionales tropieza, al menos por el momento, con los déficits democráticos de las instituciones surgidas de los procesos de integración, cuanto más si se trata de otro tipo de instancias supranacionales.” (Silva, J., 1997, p. 74).

“En la medida en que las penas que se impongan sean privativas de libertad (no tanto si se trata de penas pecuniarias o de penas privativas de derechos) no parece posible hoy por hoy atribuir a órganos de instituciones supranacionales el ejercicio del ‘ius puniendi contra la delincuencia de la globalización.” (Silva, J., 1997, p. 74).

En el flamante Código Orgánico Integral Penal, los plazos de prescripción de las conductas penalmente relevantes, la configuración de los agravantes, las penas más severas, la existencia de un concurso ideal de infracciones y la acumulación de penas, son síntomas propios de un populismo penal exacerbatante que demuestran la incapacidad de la política criminal ecuatoriana para frenar la delincuencia.

“En el plano procesal, la configuración del Derecho penal de la globalización como un instrumento represivo que da respuesta a exigencias de la política determina que el conflicto entre los sistemas orientados al principio de legalidad procesal y a la búsqueda (tendencial) de la verdad material y aquellos en los que rigen de modo general el principio de oportunidad, la posibilidad de acuerdos y, en fin, criterios dispositivos, presumiblemente acabe inclinándose del lado de estos últimos.” (Silva, J., 1997, p. 87).

Pretender que la norma penal detenga los altos márgenes de violencia es una idea ilusoria que en la práctica no da ningún resultado y que por el contrario obtiene un efecto totalmente adverso al que se pretende conseguir. Por otro lado el incremento de la población carcelaria en los últimos cinco años ha crecido notablemente duplicándose la misma gracias a la implementación de un sistema penal que confía en la cárcel como elemento estructural de la reeducación, reinserción y resocialización del condenado, aun cuando esta idea ha sido abandonada hace muchos años atrás debido a la graves secuelas que producen en el individuo los sistemas carcelarios como el ecuatoriano.

3.1.2.- LA ELIMINACION DEL PRINCIPIO DEL SISTEMA ACUSATORIO

En la configuración actual del Código Orgánico Integral Penalla idea del sistema acusatorio se desvanece, al punto mismo que en la taxonomía de los procedimientos y particularmente en los procedimientos especiales (expedito, directo, conciliación, negociación, mediación) la posibilidad de la contradicción, de la carga de la prueba, y de la presunción de inocencia, son totalmente restringidas, esto quiere decir en pocas palabras que el sistema acusatorio ha quedado totalmente desdibujado. Como ejemplo de ello, la reversión de la carga de la prueba en el procedimiento directo, la posibilidad de construir una verdad procesal negociada en los sistemas de solución alternativa del conflicto penal; y, la violación de la presunción de inocencia en los casos del tipo penal de enriquecimiento injusto. Súmese a eso adicionalmente la inexistencia del

principio de contradicción, puesto que, al menos en los últimos mecanismos señalados, la verdad procesal está en función del reconocimiento auto inculpativo del procesado que quiera beneficiarse de la conciliación o de la mediación penal.

“El sistema prevé otro tipo de instituciones, como el principio de oportunidad, el juicio abreviado, salidas alternas para la solución de conflictos, etcétera, es decir, el sistema es mucho más que simplemente los juicios orales e implica la coexistencia de estos criterios y mecanismos con sujeción al control judicial” (Luna, J., 2011, p. 31 – 32).

“(…) se implementaron sistemas distintos, algunos incursionando en la oralidad pero sin ser juicios acusatorios en el sentido estricto; en algunos casos, por ejemplo, se hablaba de juicios ‘predominantemente orales’, en los que, por cierto, en ocasiones simplemente se trataba de una especie de juicio sumarísimo a partir del auto constitucional, pasando de manera opcional a un procedimiento de tipo verbal o a un procedimiento de tipo escrito. Esto ni se asemeja a lo que en un sentido estricto sería un juicio acusatorio, lo que revela uno de los primeros problemas que podríamos advertir, como es el de identificar la oralidad con el juicio acusatorio oral y, a su vez, confundir la etapa de juicio acusatorio oral con lo que es en realidad un sistema acusatorio integral.” (Luna, J. 2011, p.27).

3.1.3.- LA POLITICA CRIMININAL REPRESIVA

Sabido es que la política criminal puede ser definida como la respuesta dada por el gobierno de turno al incremento de la delincuencia. En el caso específico ecuatoriano, la política criminal no ha sido coherente puesto que mientras que se recurre al Derecho Penal para sancionar el incremento delincencial, esa misma política criminal ha desatendido factores tan importantes como, la creación de fuentes de empleo, la redistribución de la riqueza social y mejores

niveles educativos, que son factores que si permiten disminuir las tasas delincuenciales, otro ejemplo se encuentra en la política antidrogas en la cual se ha preferido la denominada política represiva por sobre la política preventiva.

“La Política Criminal comprende, en consecuencia, el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetivos que regulan la coerción penal. Y, como tal, forma parte del conjunto de la actividad política de una sociedad.” (Binder, A., 2000, p. 15).

Por otro lado si se toma en consideración la tabla del Consejo Nacional de Control de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas que autoriza el porte y tenencia de determinadas cantidades de sustancias sometidas a fiscalización, y se la compara con la norma del Código Orgánico Integral Penal que sanciona el tráfico a menor escala se puede apreciar fácilmente que el consumo de dichas sustancias en las cantidades autorizadas puede ser sancionado penalmente.

“El segundo dato básico es el aserto expuesto con pretensión de certeza de que «a través de medidas especialmente represivas o que aumenten la discriminación, más bien se fomentan tendencialmente futuras infracciones de las normas».” (Silva, J., 1997, p. 54).

“La defensa es conforme a Derecho porque soluciona un conflicto de intereses en el sentido deseado por el ordenamiento jurídico (...). En cambio, la provocación lo único que ha hecho es precisamente crear el conflicto que luego se soluciona mediante la defensa del provocador, y eso es algo sustancialmente distinto.” (Silva, J., 1997, p. 249).

3.1.4.- INCREMENTO DE LA POBLACION CARCELARIA

En los últimos ocho años la población carcelaria ecuatoriana ha crecido drásticamente: de una población carcelaria de aproximadamente 12.500 personas, la misma actualmente está cercana a los 30.000 detenidos. Esta población carcelaria, de acuerdo con la Organización de Estados Americanos (evaluación de la prisión preventiva en Latinoamérica 2013 o el estado de la prisión preventiva en Latinoamérica), el 50% de la población carcelaria antes referida se encuentra privada de la libertad, bajo la medida cautelar de prisión preventiva, es decir, que la mitad de la población carcelaria ecuatoriana está restringida de su libertad pese a que todavía tiene vigente su presunción de inocencia. Desde el ministerio de justicia se ha hecho hincapié en la necesidad de que el Ecuador cuente cada vez con más centros carcelarios de alta peligrosidad.

“Un experto de las Naciones Unidas opinaba en 1976: “resulta trágico en Latinoamérica reconocer que apenas se encuentra sentenciado el 40% de la población total privada de la libertad” 13. Más del 65% de las sentencias que recaen sobre delincuentes primarios son de menos de tres años, y de estos casos, más de la mitad son penas que no llegan a los dos años.” (Zaffaroni, E., 1992, p. 26).

Adicionalmente a ello vale la pena acotar que lamentablemente los centros carcelarios del Ecuador, la vejación a los derechos humanos de los privados de libertad es tan grave que incluso las mujeres parturientas han sido privadas de su libertad en tan delicadas condiciones, valga como prueba de aquello citar el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos signado con el número 61/13, caso 12.631 denominado Karina Montenegro y otras versus Ecuador en el cual como “solución amistosa” el gobierno ecuatoriano pago cerca de 500.000 ha determinadas madres que pese a su estado de gravidez fueron privadas de la libertad.

“El peticionario alega que las presuntas víctimas fueron ilegalmente detenidas porque a la fecha de su detención cuatro de ellas se encontraban en estado de gestación; y la quinta, señora Martha Cecilia Cadena, contaba con 68 años de edad cuando fue detenida. De conformidad con la petición, en las cinco detenciones las autoridades ecuatorianas incumplieron la legislación interna que dispone que las mujeres embarazadas y personas mayores de 65 años de edad no pueden ser privadas de libertad, debiéndose sustituir la prisión preventiva por el arresto domiciliario. El peticionario alega también, que la detención es arbitraria por las condiciones en las que tuvieron que llevar su embarazo y dar a luz, así como por las condiciones carcelarias en las que viven. Condiciones que en el caso de la señora Cadena, le causaron una afectación mental, agravada por su edad avanzada.”

“Relató que la Alcaldía negó el recurso, sin analizar los elementos de arbitrariedad e ilegalidad, con base en la independencia judicial y la no interferencia de organismos estatales en los órganos de la función judicial. Dicha resolución fue apelada ante el Tribunal Constitucional, que el 14 de noviembre de 2002 revocó la resolución de la Alcaldía, concedió el recurso de hábeas corpus, llamó la atención al jefe antinarcóticos por incumplir la orden de la jueza, y ordenó sustituir la detención preventiva por el arresto domiciliario. Tras permanecer 7 meses en los calabozos de la INTERPOL, el 27 de diciembre de 2002, la señora Montenegro fue trasladada al Centro de Rehabilitación, una vez nació su hijo. Hasta el año 2007, según información presentada por el peticionario el 12 de mayo de ese año, Karina Montenegro, continuaba detenida sin que se hiciera efectivo el beneficio de detención domiciliaria a su favor a pesar de existir la orden judicial respectiva.”

3.2.- ¿QUÉ ES LA PROTESTA SOCIAL?

Es la manifestación espontánea que hacen los ciudadanos de su inconformidad en reclamo de alguna circunstancia que ha venido afectando a un conglomerado. La protesta individualmente considerada es el acto por el cual un ciudadano realiza una acción y efecto de protestar mediante la palabra al proclamar o declarar un propósito, expresar impetuosamente una queja o disconformidad. La protesta colectivamente considerada es el hecho que realiza un conglomerado, un grupo social, un pueblo o los integrantes de una colectividad en reclamo a los poderes públicos, misma que pueden manifestarse a través de una marcha, una manifestación, una carta pública, entre otros.

“Una protesta es aquella muestra de disconformidad o descontento que un individuo expresará respecto de algo o de alguien. Generalmente, ese descontento tiene que ver con alguna decisión que lo toca íntimamente, ya sea en sus intereses económicos, profesionales o personales.”
(Definición ABC. s.f.)

La protesta social como medio de la reafirmación del ejercicio de un derecho, es el medio que tiene el cuerpo social para el reclamar hechos y circunstancias por los cuales se sientan vulnerados, este derecho se encuentra, tal como se ha afirmado, explícita e implícitamente consagrado en nuestra Constitución y como tal, no puede ser criminalizada.

Es de anotar que la protesta social se evidencia de manera pública con diversas formas de mostrarse en las calles y plazas de una ciudad, en lugares de alta circulación como el centro de una urbe, frente a los edificios estatales, tales como las Cortes de Justicia y tribunales, los recintos legislativos, los edificios de alcaldías y gobernaciones, a las afueras de los recintos de gobierno como el palacio presidencial, entre otras. Las protestas se convierten en exhibiciones públicas organizadas por activistas o movimientos políticos. La

protesta, en este sentido, es un acto social o político que busca obtener algo o modificar una determinada situación.

“Siempre, la misión de la protesta será la de mostrar que una importante parte de un país se opone a una determinada política, personalidad o ley recientemente promulgada.” (Definición ABC. s.f.)

Los detonantes de la protesta social pueden ser diversas circunstancias políticas como por ejemplo casos de corrupción política, que hace que los pueblos sientan no tolerar más; o con motivo de una crisis económica, recortes presupuestarios o creación y elevación de impuestos; falta de asignación de recursos económicos en áreas como la salud y la educación. Para reclamar por los derechos que les han sido conculcados, exigiendo la renuncia de un mandatario y la dimisión del gobierno, por la falta de justicia o por la necesidad de mejorar condiciones laborales.

A lo largo de la historia reciente de América Latina se ha podido observar las formas, muchas veces inéditas de protestar, que los pueblos han usado con ese objetivo, como ejemplo se tiene los pañuelos blancos de las madres de la Plaza de Mayo en Buenos Aires-Argentina, damas que usaron como forma de rechazo y protesta, cubrirse la cabeza con pañuelos de color blanco y desfilar ante la Casa Rosada es decir, el recinto presidencial en reclamo de sus hijos y familiares desaparecidos en las dictaduras militares. Otro ejemplo se puede mencionar las marchas con cacerolas, ollas y sartenes, llamado “el cacerolazo” que se suscitaron en varias ciudades de Chile con ocasión de la falta de alimentos en el gobierno de Salvador Allende. De idéntica forma se recuerda en Ecuador, cuando el movimiento autodenominado “los forajidos”, lograron derrocar al ex presidente Lucio Gutiérrez usando entre otros recursos el conocido cacerolazo. Esta forma de protesta social ha sido utilizada en otras ciudades del mundo.

Otras formas de manifestación de la protesta social consisten en el cerramiento de calles y plazas, usando barricadas, en la paralización del tráfico vehicular y en el bloqueo de avenidas principales con la colocación de obstáculos. En todo caso los pueblos siempre se ingenian y reinventan la manera de llamar la atención del gobierno.

“Por un lado, puede afirmarse que es una aspiración de todo Estado de derecho lograr que sus instituciones sean perfectas que no sea necesario a nadie acudir a vías no institucionales para obtener satisfacción a sus reclamos; por otro lado la misma aspiración parecen tener todos los ciudadanos que reclaman por derechos real o supuestamente no satisfechos.” (Zaffaroni, E., 2012, p. 14).

Lo que se pretende analizar es por qué los ciudadanos deben optar por el hecho de cerrar calles, paralizar el tráfico vehicular, realizar una protesta social, lo único que pretenden los ciudadanos es ser escuchados y en el caso de ser violentado algún derecho esperan subsanación del mismo, la única manera de que el Estado analice los requerimientos de los ciudadanos es que estos hagan denotar un desagrado de las prácticas políticas por las cuales se está cruzando el mismo.

De igual manera, el Estado pretende llegar a la excelencia en el manejo de las instituciones para llenar todos los vacíos y que el ciudadano no quede desprotegido; pero las instituciones están conformadas de ciudadanos de igual manera y por el mismo hecho son susceptibles de cometer errores, siendo así, las personas que acuden a estas instituciones quedan en completa insatisfacción pues sus reclamos o declaraciones no han sido escuchados, y en vista de esto se sobre entiende que -aunque el sistema deba acaparar todos los reclamos y tratar de solucionarlos-, algunos no son analizados por ninguna institución. De ahí nace el descontento de la población y conjuntamente la protesta social.

“Por otra parte, por lo general, los ciudadanos tampoco pretenden optar por caminos no institucionales para obtener los derechos que reclaman, sino que eligen estos solo para habilitar el funcionamiento institucional, es decir, que en definitiva *reclaman que las instituciones operen conforme a sus fines manifiestos.*” Protesta Social, Libertad De Expresión Y Derecho Penal. (Zaffaroni, E., 2012, p. 14).

3.2.1. ¿CÓMO SE REALIZA LA CRIMINALIZACIÓN DE LA PROTESTA SOCIAL?

“El ejercicio de los derechos de ninguna manera puede convertirse en un delito. Los conflictos sociales no pueden resolverse si se los judicializa, esto es así porque el derecho penal no es una herramienta apta para resolver problemas de esta índole ya que no solo no va al fondo de la cuestión, sino que, aún peor, estigmatiza a los intervinientes. Debemos pasar de un Estado represivo a la adopción de medidas de acción concreta que se dirijan a satisfacer los derechos de todos los sectores de la población.” (Reconstruyendo. Nuestra Sociedad Desde Una Perspectiva De Derechos Humanos, 2012)

La criminalización de la protesta social se realiza principalmente judicializando los hechos y actos que, en uso legítimo de ese derecho los conglomerados sociales manifiestan; principalmente se basa en acciones arbitrarias como allanamientos, escuchas telefónicas, grabaciones, confiscación de documentos, confiscación de equipos tecnológicos como computadoras, laptops, tabletas y celulares; se realiza todo esto sin autorización judicial, pretextando que se trata de delitos flagrantes, tergiversando el concepto esencial de delito flagrante, esto es que se haya cometido dentro de las 24 horas anteriores; de igual forma con detenciones y retenciones arbitrarias, basándose en el mismo argumento. Es decir que, aparte de que se inician procesos sin cumplir con requisitos previos, mínimos indispensables, se viola de manera sistemática los derechos constitucionales de las personas y consecuentemente el debido proceso; que implica en un inicio del proceso

penal que se cumplan ciertas garantías indispensables, tales como autorizaciones de jueces, la necesaria e indispensable autorización de la asamblea para procesar a un asambleísta (caso Klever Jiménez), la conclusión de la investigación por parte de la Fiscalía, misma que antes de cerrar la etapa de instrucción fiscal ya ha mediatizado el caso, sin guardar la debida reserva que impone el reglamento de la fiscalía en su artículo 7.

La forma más común, en base de una interpretación malévola de los actos, ha sido la de violar el principio de legalidad, cuya base doctrinaria establece que el hecho debe adecuar su contenido a lo que se conoce como delito, es decir que la acción debe ser antijurídica y contener los elementos de la tipificación penal, para previamente proceder al enjuiciamiento.

A parte de ello es innegable que los administradores de justicia, esto es jueces y fiscales han sido atemorizados constantemente a través de los medios de comunicación, cosa pública y comprobable ha ocurrido por parte de los personeros del Ministerio de Justicia y del Interior, incluso el mismo Presidente de la República en cadena nacional ha ordenado detenciones y enjuiciamientos.

Dentro del mismo enjuiciamiento, los operadores de justicia se han visto obligados a tramitar de forma acelerada esos casos conocidos como políticos y en el momento de dictar un fallo, hacer uso de sofismas y requiebros jurídicos con la finalidad de encontrar culpabilidad obligada en los procesados. Es decir que las sentencias condenatorias no han sido debidamente motivadas, pues no puede existir fundamento válido que sustente una condena cuando el procesado es evidentemente inocente. Ha existido caso de extrema persecución como por ejemplo el conocido como el de RTV, que el gobierno ecuatoriano ha solicitado la extradición de los hermanos Guerrero Martínez beneficiarios de asilo político en la República Checa, misma que ha negado dicha extradición en días recientes.

Aunque no se trate propiamente de protesta social se han dado casos de enjuiciamientos penales a ciudadanos que formando parte del gobierno ha osado denunciar casos de corrupción, se tiene el ejemplo del caso conocido como el de “los veedores”. Como contraparte se tiene casos de extrema corrupción que permanecen en la impunidad tales como el caso “Dusac y Pedro Delgado” y muchos otros que al parecer nunca llegaron a ser judicializados.

La criminalización de los disidentes al régimen tiene un tinte mediático en primera instancia, mediante la estigmatización de las actividades de opositores y discrepantes, como enemigos de la revolución ciudadana, tildándolos de ser parte de la antigua y decadente partidocracia; incluso de ha invocado una inexistente arremetida de la derecha. Lo que da como resultado la instauración de procesos penales y administrativos, con el afán de eliminar del espectro político a los opositores o disidentes del gobierno, tal como se ha logrado en muchas ocasiones al tener en calidad de prófugos de la justicia a dirigentes de movimientos sociales, o en franco deslinde de las actividades propias de la oposición tachándolos de peligrosos y de ser una amenaza para el gobierno.

La principal figura jurídica para perseguir la protesta social es la de sabotaje y terrorismo, tergiversando el tipo penal, interpretando todo acto de oposición como dicha conducta, en una franca violación en la interpretación de las normas penales conductas que no guardan similitud con lo que se entiende por terrorismo y sabotaje en el derecho internacional. (El comercio, s.f.)

A esto se suma la falta de libertad de expresión en el Ecuador, esto es debido a la persecución que se ha realizado a los medios de comunicación, desde un juicio desproporcionado contra el Diario El Universo al que se lo pretendió multar con decenas de millones de dólares, hasta las multas constantes contra el diario Hoy y la desaparición y cierre de algunos; lo que es peor algunos medios de comunicación fueron incautados y hoy son manejados por el gobierno. Agravado con la promulgación de la llamada “ley mordaza” que ha

dado como consecuencia la autocensura de la prensa y los medios de comunicación, siendo que algunos sobreviven bajo el temor de que se les retire la frecuencia.

Es decir que la situación que se produce con la falta de libertad de expresión en el espectro de la comunicación en el Ecuador, coadyuva de manera redundante en la criminalización de la protesta social, es decir que todo lo que sucede en esta materia incide directamente en la persecución de las manifestaciones del cuerpo social; la autocensura es la consecuencia directa del temor que se ha logrado infundir en los comunicadores. Es evidente que un dirigente sindical de oposición al régimen, difícilmente tendrá acceso a los micrófonos de cualquier radioemisora.

La criminalización de la protesta puede ser vista muchas veces como una estrategia política que presenta ante la sociedad a la lucha por los derechos sociales como delitos y a los sectores que las promueven como delincuentes. La protesta por lograr conquistas favorables a diferentes sectores populares, es un derecho que no requiere permiso ni acepta censura.

A lo largo de nuestra historia, el pueblo ecuatoriano se ha manifestado en las calles, se ha organizado de diversas maneras para hacer escuchar su voz y defender sus reclamos.

La criminalización de las luchas es una de las formas que asume la represión para inmovilizar a las organizaciones populares y amedrentar a todos aquellos que se hacen cargo del legítimo derecho de organizarse y exigir la resolución de sus necesidades. En algunos casos es utilizada como paso previo a la represión abierta, directa, y en otros, articuladamente con ésta. Son diferentes mecanismos con el mismo fin de dominación y control social.

3.3.- ANÁLISIS DE CASOS

3.3.1.- “MERY ZAMORA”

El día 30 de septiembre del año 2009, en las instalaciones de la Policía Nacional conocido como Regimiento Quito N. 1 ubicado en la Calle Mariana de Jesús de la ciudad de Quito se produjo una revuelta policial donde los miembros de dicha institución reclamaban que no se les quite ciertos beneficios sociales de los que gozaban, esta sublevación se extendió a lo largo de todo el país, produciéndose como resultado que el Presidente de la República del Ecuador, Economista Rafael Correa Delgado llegase a dichas instalaciones con la finalidad de aplacar los ánimos de los miembros policiales, donde fue agredido verbal y físicamente, estos acontecimientos dejaron como resultado varios muertos aparte de que produjeron gran inquietud en la sociedad.

En la ciudad de Guayaquil específicamente en el Colegio Aguirre Abad, fue detenida la profesora Mery Zamora, quién siendo militante del desaparecido Movimiento Popular Democrático y presidenta de la Unión Nacional de Educadores (UNE) además de maestra de la Escuela Lorenzo Luzuriaga del recinto El Limón, de Portoviejo, llegó al Colegio Aguirre Abad de Guayaquil en donde, supuestamente arengó a los estudiantes para que participen en la sublevación policial, donde había dado un discurso que fue grabado en vídeo con un celular y que luego se había usado como prueba en contra de ella para realizarle una imputación penal por supuestos delitos de sabotaje y terrorismo.

El proceso penal se inició el 11 de octubre de 2010 teniendo como antecedente la denuncia presentada por la Subdirectora Regional de Educación, Mónica Franco; un juez de garantías penales dictó la orden de prisión en contra de la licenciada Mery Zamora para que rindiera su versión de los hechos en vista de que no había concurrido a dos señalamientos anteriores. Hay que anotar que el Presidente Rafael Correa en una cadena nacional, es decir un acto público que realiza el mandatario todos los días sábados, allí había manifestado su deseo

de que la justicia penal prosiguiera con este caso, cuya respuesta por parte de la fiscalía y la judicatura fue inmediatamente atendida.

Con una orden de prisión en su contra la profesora Mery Zamora el 27 de octubre de 2010 hizo declaraciones públicas desde la clandestinidad, habiendo estado en esa condición por 45 días, en sus declaraciones protestó en contra de la providencia del juez de lo Penal del Guayaquil y denunció que estaba siendo víctima de una persecución política por parte del Gobierno de Rafael Correa, aclarando que el día de los hechos concurrió al plantel educativo con la finalidad de reunirse con las autoridades del colegio y que no tuvo ninguna intención de propiciar una revuelta contra el gobierno.

La profesora Zamora fue principalizada como asambleísta del MPD, en reemplazo del señor Jorge Escala en diciembre de 2010, dejó de ser presidenta de la UNE y fue reemplazada por Mariana Pallasco. Para agosto de 2011, Zamora, quien seguía enfrentando el proceso penal en su contra en Guayaquil, fue electa como directora nacional del MPD en Manabí.

El representante de la fiscalía, es decir el fiscal a cuyo cargo se encontraba el caso en Guayaquil el 5 de julio de 2011, resuelve desestimar la causa en contra de la maestra argumentando que Mery Zamora no había cometido delito alguno el día 30 de septiembre en las instalaciones del Colegio Aguirre Abad y solicita al juez de lo penal que se señale día y hora en que se realice la audiencia de desestimación. El juez Quinto de Garantías Penales del Guayas dispuso el archivo de la causa.

Pero ante la inconformidad del gobierno ecuatoriano la Fiscalía decide solicitar la reapertura del caso manifestando que existen nuevos elementos de convicción sobre la participación delictual de la maestra Zamora argumentando que el discurso de la maestra fue un delito de paralización de los servicios públicos pues, supuestamente, al estar presente en el Colegio Aguirre Abad ese día, ella estaba impidiendo que se brindara el servicio de educación. La

fiscalía también argumentó que existen otros presuntos autores que eran acompañantes de Mery Zamora, pero no se realizó imputación alguna en contra de otros ciudadanos la única acusada fue la profesora.

Continuado el proceso penal, impulsado principalmente por la fiscalía del Estado y una vez que fueron las diferentes etapas del proceso penal, en el mes Junio del 2012 el juez penal de apellido Tamayo dictó el auto de llamamiento a juicio. El día 12 junio de 2013, el Décimo Tribunal de Garantías Penales del Guayas declaró a la procesada Mery Zamora como autora responsable y culpable del delito tipificado y sancionado en el artículo 158 del Código Penal, conocido como el delito de sabotaje y terrorismo, en el grado de autora y le impuso una pena de 8 años de reclusión y multa de USD 87.

La defensa de la profesora Mery Zamora interpuso el recurso de apelación del fallo ante la Corte Provincial del Guayas, misma que negó el recurso en el mes de noviembre del 2013 y la causa fue remitida a la Corte Nacional de Justicia en Quito, por cuanto se presentó un recurso de casación, aparte de presentar una acción extraordinario de protección, misma que fue inmediatamente rechazada; la Corte Nacional de justicia conoció el aceptó el recurso de casación presentado por la procesada. El 27 de mayo de 2014 dicha Corte realizó un fallo que echó abajo todo el juicio solventado por la Fiscalía; los tres jueces de la Sala Penal de la Corte Nacional conformada por los jueces Johnny Ayulardo, Mariana Yumbay y Ximena Veintimilla resolvieron fallar a favor de la profesora Zamora, ante la serie de inconsistencias que presentaba la sentencia casada, alegando que los hechos no se apegan al tipo penal con el que fue acusada y juzgada, ratificando su inocencia.

Hecho que, como fue evidente disgustó y sorprendió a los perseguidores de la maestra Zamora, el gobierno actual rechazó la resolución de la Corte Nacional a través de sus Ministros de Justicia y del Interior quienes manifestaron su inconformidad anunciando que pedirían sanciones para los tres jueces. Incluso el Presidente de la República Rafael Correa aseguró que "Hay algo muy mal -

en la sentencia de casación-. Dios no quiera que Ecuador se haya vuelto al viejo país, donde los jueces se dejan presionar por tirapiedras" y se transmitió en la sabatina el video que era la "prueba reina" es decir, los vídeos de celular que la fiscalía usó para basar su acusación. En dos cadenas nacionales posteriores el mandatario insistió en su inconformidad con la sentencia y mencionó que se estaría buscando los mecanismos para revertirla. Es de anotar que los Jueces integrantes de la Sala Penal ya no continúan en sus cargos, quienes salieron por diversas razones, uno de ellos renunció a su cargo y a los otros no se les ratificó por cuanto –argumentaron- en una evaluación no habían alcanzado el puntaje mínimo para ser reelectos.

La profesora Mery Zamora enfrenta una nueva causa en la Corte Constitucional; la Fiscalía interpuso una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia del 27 de mayo del 2014, en la que se ratificó su inocencia de la acusación de sabotaje y terrorismo, por supuestamente haber incitado a los alumnos de un colegio de Guayaquil a salir a las calles el día de la revuelta policial. La Fiscalía con la intención de continuar las acciones penales en contra de la maestra inició su nueva arremetida incoando una acción extraordinaria de protección en la Corte Constitucional para tratar de revertir la sentencia de casación. Acción extraordinaria que en la Constitución de la República se encontraría reservada en favor de los particulares y no a favor de entidades públicas, pues se daría el absurdo jurídico que el Estado se demanda a sí mismo, sin embargo la Corte Constitucional dejó abierta dicha posibilidad en un caso del Distrito Metropolitano de Quito en un caso en que un particular había ganado un juicio de indemnizaciones.

En mis pasadas reflexiones sobre la llamada "acción extraordinaria de protección" sostuve (y creo que demostré) que aquella no podía ser utilizada por el Estado, como accionante, para obtener –de la Corte Constitucional– la razón que le hubiere sido previamente negada, a nivel judicial, en una sentencia o en un auto definitivo. El motivo de tal impedimento se ofrece, según lo sostuve, porque aquella "acción especial" fue creada en la Constitución del

2008 para la protección de los “derechos constitucionales de los particulares”, que han sido declarados, reconocidos, otorgados y garantizados por el Estado en la propia Constitución a favor de los ciudadanos, mencionados en el artículo 437 de la misma, en razón de que el Estado no tiene “derechos constitucionales” que puedan o deban ser “protegidos”. Y ello, por la sencilla razón de que el Estado, siendo fuente y origen de tales derechos, es el concedente de los mismos, en favor de los particulares, pero de ninguna manera, ni su concesionario ni su titular. Por eso expresé en dichas reflexiones que cuando el Estado pierde definitivamente un juicio, constitucionalmente no puede aspirar a la obscenidad jurídica de ganarlo en su Corte Constitucional – como actor– por la vía de la “acción extraordinaria de protección”. (Parducci, E., 2015)

El artículo 437 de la Constitución establece que “Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia” (...), esto lleva a cuestionarse inmediatamente en qué parte del texto precitado pueden incluirse al Estado y a las instituciones públicas como actores de aquellas acciones.

Según los abogados defensores de la maestra Zamora, Pedro Granja y Juan Vizueta, es imposible revertir el estado de inocencia de Mery Zamora, considerando que la legislación internacional determina que solo se puede revisar un fallo cuando las personas enfrentan una sentencia condenatoria.

“Nunca debió admitirse a trámite la acción extraordinaria de protección porque la Constitución establece que el Ecuador es un Estado de derecho y justicia, donde se protege los derechos humanos de los ciudadanos y no de una entidad pública”, Ya fue confirmado el estado de inocencia de Mery Zamora, por consiguiente es imposible revertirlo, a menos que vivamos en una dictadura”. Dijeron los abogados”.

Dicha acción extraordinaria de protección no ha sido resuelta todavía pese a que la audiencia de sustentación de la acción interpuesta por la Fiscalía ya se realizó en el mes de febrero del 2015. La Jueza encargada del caso lo mantiene en su oficina sin que haya despachado hasta la presente fecha; ante la falta de celeridad de la resolución, los abogados se han manifestado en escritos reclamando atención al caso, hecho que ha sido tomado por la jueza como un ataque personal y ha presentado una denuncia con contra de los abogados Vizqueta y Granja ante el Consejo de la Judicatura, organismo que podrían imponerles una sanción de suspensión del ejercicio profesional por hasta 6 meses, a parte de una multa.

Ante la realidad jurídica del caso, con la intervención directa del ejecutivo, ante las constantes amenazas que públicamente se realiza en contra de los administradores de justicia y por la ninguna garantía de un juzgamiento imparcial, además por el viacrucis sufrido por la maestra, el sufrimiento moral infringido en contra de dicha ciudadana y su detrimento familiar y social, la defensa de Mery Zamora presentó en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) una denuncia contra el Estado ecuatoriano por el caso penal en su contra. La denuncia busca obtener una reparación del Estado ecuatoriano a favor de la profesora. (planv, s.f.)

El jueves 19 de febrero, desde cuentas anónimas en Twitter, se empezó a promocionar una página en donde había fotos, supuestamente, de Mery Zamora. Se trataba de pornografía que fue, en general, rechazada por los usuarios de redes sociales. Zamora las denunció como montajes de mal gusto, aunque sostuvo que no las había visto. Dijo, sin embargo, que el país conoce quien la ha perseguido durante cinco años, luego de los sucesos del 30 de septiembre.

3.3.2. TIPICIDAD OBJETIVA

Dentro de las categorías dogmáticas del delito, existe la categoría dogmática de la tipicidad y dentro de ella existe la tipicidad objetiva y la tipicidad subjetiva, siendo por ende necesario analizar en el presente caso, la tipicidad objetiva, esto es lo que se denomina como imputación objetiva mediante el estudio de la conducta humana prevista tanto en el tipo penal como la materialmente realizada, el tipo de delito si se trata de delito de actividad o resultado y la relación de causalidad existente. Para este efecto se transcribirá en primer lugar la norma por la cual fue sancionada la profesora Mery Zamora:

Artículo 158.- Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y multa de ochenta y siete a ciento setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que fuera de los casos contemplados en este Código, destruya, deteriore, inutilice, interrumpa o paralice servicios públicos, instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro elemento de transporte, instalaciones públicas o privadas de energía eléctrica, de agua potable, gas u otras semejantes, o instalaciones de radio, teléfono, telégrafo, televisión o cualquier otro sistema de transmisión; depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a la producción o al consumo nacional, o cualquier otro tipo de abastecimiento semejante, con el propósito de producir alarma colectiva.

Si, como consecuencia del hecho, se produjere lesiones a personas, la pena será del máximo indicado en el inciso anterior; y si resultare la muerte de una o más personas, la pena será de dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor especial, y multa de ciento setenta y cinco a cuatrocientos treinta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.

A continuación se revisará el diseño normativo de este artículo desde el punto de la tipicidad objetiva:

Sujeto activo: del cometimiento del delito puede ser cualquier persona que tenga la capacidad de comprender y querer; pero se exceptúa aquellas personas que obran bajo alguna de las causas de exclusión de la antijuricidad, legítima defensa, orden superior, defensa de bienes.

Sujeto pasivo: Es el Estado Ecuatoriano, entendido desde la óptica de los servicios públicos, instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro elemento de transporte, instalaciones públicas o privadas de energía eléctrica, de agua potable, gas u otras semejantes, o instalaciones de radio, teléfono, telégrafo, televisión o cualquier otro sistema de transmisión; depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a la producción o al consumo nacional, o cualquier otro tipo de abastecimiento semejante, con el propósito de producir alarma colectiva., como ente regulador de las normas de antijuricidad contemplada en el texto legislativo

Bien jurídico: el bien jurídico protegido es el orden público.

Verbo rector: el artículo 158 contiene 5 verbos rectores destruir, deteriorar, inutilizar, interrumpir, paralizar, los cuales serán definidos a continuación:

“destrucción: Aniquilamiento, ruina, asolamiento, inutilización, deterioro.

Deterioro: Menoscabo, detrimento, desperfecto o avería, daño o perjuicio.

Inutilización: Consiste en la destrucción total o parcial de un bien inmueble o mueble siempre que tal acto pueda ocasionar perjuicio.

Interrupción: Obstáculo, estorbo o impedimento para seguir una cosa o continuar una situación. Aplazamiento, suspensión, cese temporal de iniciada actividad con el propósito de ulterior prosecución.

Paralización: Detención, impedimento, dificultad que surge en la marcha de algún asunto o en el movimiento de algún cuerpo o aparato.”

Objeto material: cualquier objeto que pueda causar interrupción, daños, desperfectos en los bienes descritos en el tipo penal sin importarse de que se trate del Estado o de los particulares.

Dispositivo amplificador del tipo penal: es que se hace extensiva la protección del artículo 158 no solo a bienes que pueden ser considerados parte del Estado sino aquellos también que son privados pero prestan un servicio público es decir otorga cobertura a aquellos bienes que son privados.

Relación de causalidad: tiene que ver con la conducta efectivamente realizada, esto quiere decir con lo que hizo o dejó de hacer el sujeto activo de la infracción, y la afectación al bien jurídico protegido, de acuerdo a lo que establece el artículo referente.

Tipo de delito: Es un delito de resultado más no de mera conducta.

En el caso concreto de la ciudadana Mery Zamora de la revisión de la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, se puede observar que en la misma no se han utilizado ninguno de los cinco verbos rectores establecidos en el artículo 158 del código penal anterior razón por la cual el principio de legalidad como elemento configurativo del tipo penal y como uno de los principios rectores del proceso penal moderno no ha podido ser materializado en la sentencia de mérito, incumpliendo de esta forma con el proceso lógico de subsunción de la conducta con el tipo penal, por violación al principio de legalidad. Ello es así, porque bajo dicho principio de legalidad solamente las conductas o comportamientos catalogadas como delito son las que merecen un procesamiento y, de ser el caso, una conminación penal. Es decir en pocas palabras la primera categoría dogmática del delito que es justamente la acción, como en el caso concreto ocurre, no ha podido ser configurada adecuadamente como 'parte de la realidad' procesal del caso en cuestión por esta razón tal como lo señala Zaffaroni y Muñoz conde sobre el análisis de las categorías dogmáticas del delito si no se supera fehacientemente el análisis de la categoría dogmática referente a la acción no puede continuarse con el

análisis del resto de las categorías dogmáticas esto es la tipicidad, antijuricidad, culpabilidad.

Esto quiere decir en pocas palabras que la conducta realizada por la señora Mery Zamora no ameritaba en forma alguna el procesamiento del que fue objeto y peor aún los graves costos del mismo, puesto que tal como lo relata la propia sentencia condenatoria bajo análisis lo único que realizó la injustamente procesada “estuvo dentro de las instalaciones del colegio Aguirre Abad, camino por las instalaciones del colegio, se reunió con los estudiantes del colegio Aguirre abad, se dirigió a los estudiantes , manifestando con claridad y escuchándose , cuando ella le indicaba a los estudiantes, que tenía que reunirse en las calle 9 de octubre y Santa Elena; considerándose que conmino estímulo incitó al alumnado de dicha institución educativa para que se reúnan y vayan a la dirección dada por ella...”.

Esta última afirmación presupuesta implica por otro lado que la fiscalía ha dejado de lado su labor investigativa bajo el principio de integralidad pues la construcción de la verdad procesal en el proceso penal estaba anclada estrictamente a la actuación de la fiscalía quien debía analizar en primer lugar si existía una conducta penalmente relevante. Ese análisis de la conducta que esta obligatoriamente normativizado por el artículo 252 del código orgánico de la función judicial implicaba un análisis, aunque limitado de los elementos del tipo objetivo y subjetivo de la infracción que se pretendía acusar, pero en el caso en concreto se ha visto que la fiscalía ha desatendido esta obligación cometiendo de esta manera un error en el procesamiento penal. Sentencia Mery Zamora

impugnada consta, únicamente, en su Considerando QUINTO, a manera de motivación, el análisis de la conducta de la procesada en los siguientes términos: “En la especie se puede apreciar que los enunciados se refieren a hechos que son calificados como verdaderos o a los hechos de la realidad fáctica; obteniendo así la certeza y llegando a un estado supremo de seguridad

aceptando la verdad de las pruebas en la audiencia; logrando superar o contradecir la duda razonable a la que tiene derecho todo procesado y después de realizar la operación racional de la valoración, estos reflejan y resulta considerar que existe el nexo causal entre la infracción y la procesada, la misma que ha pretendido desvirtuar su responsabilidad al indicar que no ha ni incitado o paralizado un servicio público, lo cual es totalmente contradictorio a lo verdad fáctica que reflejan las pruebas como han sido la prueba pericial de audio y video, donde claramente se puede apreciar a la procesada en el lugar en que se desarrollaron los hechos, esto es, en el colegio Aguirre Abad, estuvo dentro de las instalaciones del colegio, caminó por las instalaciones del colegio, se reunió con los estudiantes de colegio Aguirre Abad, se dirigió a los estudiantes, manifestando con claridad y escuchándose, cuando ella le indicaba a los estudiantes, que tenían que reunirse en las calles 9 de Octubre y Santa Elena; considerándose que conminó, estimuló, incitó al alumnado de dicha institución educativa, para que se reúnan y vayan a la dirección dada por ella; siendo así el video una prueba determinante, identificando además a la acusada. En virtud de lo anteriormente anotado esta Primera Sala de lo Penal y Transito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRADO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, niega el recurso de apelación interpuesto por la procesada y se confirma en todas sus partes la sentencia expedida por el Décimo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, declarando a MERY SEGUNDA ZAMORA GARCÍA, de nacionalidad ecuatoriana, nacida en Portoviejo, de 41 años de edad, de estado civil soltera, de profesión profesora, de instrucción superior, y con domicilio en la ciudadela San Gregorio del cantón Manta, en donde se la considera autora del delito tipificado y reprimido en el Artículo 158 del Código Penal, y se le impone la pena de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, y multa de OCHENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA”

3.3.3. TIPICIDAD SUBJETIVA

El tipo subjetivo tiene que ver con la intencionalidad de la conducta del sujeto activo de la infracción penal la cual, desde esta taxonomía, debe ser analizada bajo la figura de dolo o la figura de culpa. Al dolo se lo puede definir como la capacidad de comprender y querer que ostenta el sujeto activo de la infracción para cumplir con los elementos del tipo penal. A la segunda se la define como la conducta efectuada sin la intención de causar lesión al bien jurídico protegido, es denominada también imprudencia e implica una actuación descuidada y negligente. El dolo y la culpa son considerados elementos fundamentales sobre los cuales se asienta la responsabilidad penal de manera que al constituirse uno de los elementos esenciales de la teoría del delito su importancia es trascendental pues de la configuración adecuada de esta taxonomía nacerá la responsabilidad penal.

No obstante aquellos y tal como se lo mencionó hace unos momentos es esquema categorial de la teoría del delito implica no solamente un dique de contención de poder punitivo del Estado sino que es una herramienta lógica sistemática, integral y ESCALONADA razón por la cual no puede pasarse al siguiente nivel categorial si haberse satisfecho adecuadamente el análisis de la categoría anterior. En otras palabras, y para mejor comprensión del lector si la conducta presuntamente punible no ha superado el examen de la categoría de la acción, no se puede pasar a analizar la siguiente categoría que es la de la tipicidad; si se ha superado la categoría jurídica de la acción pero no se ha superado la categoría de la tipicidad, no se puede entrar a analizar la categoría de la antijuricidad; y, se ha superado la categoría de la acción, si se ha superado la categoría de la tipicidad pero no se ha superado la categoría de la antijuricidad, no se puede analizar la categoría de la culpabilidad. Por eso es que se llama un sistema escalonado de categoría y un dique de contención del poder punitivo del Estado, porque no se puede pasar a analizar la siguiente categoría si no se ha superado la categoría previa. En el caso de la profesora Mery Zamora resultaría infructuoso en consecuencia realizar el análisis del tipo

subjetivo puesto que si su conducta no está tipificada por la ley penal como delito no se puede hablar de una conducta penalmente relevante.

No obstante lo anterior, es necesario dejar en claro que el tipo penal del artículo 158 en mención, por el cual fue procesada la profesora Mery Zamora es desde su tipicidad subjetiva un tipo eminentemente doloso, no aceptándose la figura culposa puesto que los verbos rectores de dicho tipo penal dan la idea de un conocimiento previo así como, en una capacidad de entender y comprender los elementos del tipo penal.

3.3.4. DEBIDO PROCESO

Generalmente cuando se hace referencia al debido proceso se pone atención en la dimensión procesal de la justicia, es decir, se analizan las exigencias constitucionales que debe reunir el proceso y el contradictorio que se desarrolla entre partes, dejándose en un segundo plano las exigencias constitucionales de la organización de los juzgados y tribunales. Parece bastar, en este sentido, para que se pueda hablar de debido proceso, que ante un tribunal de justicia se permita articular un contradictorio pleno que posibilite a las partes defenderse adecuadamente para que se entienda, en términos muy generales, que se cumple con los cánones de racionalidad y justicia que impone la Constitución.

Por consiguiente la expresión debido proceso debe referirse a específicos derechos procesales reconocidos en la Constitución como lo son el derecho a la defensa jurídica y al juez competente, por ejemplo; y, a específicos derechos procesales reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos. La Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-980/10, ha definido a esta garantía constitucional como:

“el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logre la aplicación correcta de la justicia. La misma jurisprudencia ha expresado, que el respeto al derecho fundamental al debido proceso, le impone a quien asume la dirección de la actuación judicial o administrativa, la obligación de observar, en todos sus actos, el procedimiento previamente establecido en la ley o en los reglamentos, “con el fin de preservar las garantías -derechos y obligaciones- de quienes se encuentran incursos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción”. En este sentido, el derecho al debido proceso se muestra como desarrollo del principio de legalidad, pues representa un límite al ejercicio del poder público, y en particular, al ejercicio del ius puniendi del Estado. En virtud del citado derecho, las autoridades estatales no podrán actuar en forma omnímoda, sino dentro del marco jurídico definido democráticamente, respetando las formas propias de cada juicio y asegurando la efectividad de aquellos mandatos que garantizan a las personas el ejercicio pleno de sus derechos. Según lo ha destacado este Tribunal, el derecho al debido proceso tiene como propósito específico “la defensa y preservación del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (p. 14)

Desde la Carta Magna de 1215 del Rey Juan sin tierra, se estableció la necesidad de un derecho a la defensa. En efecto en dicha Magna Carta se establece lo siguiente:

“Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares o por ley del reino. Artículo. 39 (La carta magna inglesa, 1215).

Así, construido por primera vez un resguardo constitucional sobre el derecho a la defensa se puede establecer que la preocupación fundamental de aquellas épocas era justamente que los nobles cuenten con un sistema de privilegios que debían ser reconocidos por el Rey, con la finalidad de salvaguardar sus derechos pero fundamentalmente con la finalidad de que el concepto justicia sea materializado.

Esta declaración será considerada para la doctrina como el inicio del famosamente conocido principio del debido proceso constitucional, pues se establece una prohibición expresa del actuar del monarca sin un trámite previo establecido en la ley. Es decir en verdad esta garantía del derecho a la defensa es en verdad una restricción para el poder político de una sociedad pues, según lo declarará con mucha razón el profesor italiano (Ferrajoli, L., 2008), que:

“(…) los derechos fundamentales sancionados en las constituciones — de los derechos de libertad a los derechos sociales— operan como fuentes de invalidación y de deslegitimación más que de legitimación. Por eso, su configuración como «elementos orgánicos del Estado» y «efectos reflejos» del poder estatal, en la cita de Gerber que he recogido y, más en general, en la doctrina de los derechos públicos elaborada por la iuspublicística alemana e italiana del siglo pasado, es toda una inversión de su significado y expresa una profunda incompreensión del constitucionalismo y del modelo del Estado constitucional de derecho. Pues, es cierto, estos derechos existen como situaciones de derecho

positivo en cuanto son establecidos en las constituciones. Pero, precisamente por eso, representan no una autolimitación siempre revocable del poder soberano, sino, al contrario, un sistema de límites y de vínculos supraordenado a él. Por tanto, no se trata de «derechos del Estado», «para el Estado» o «en interés del Estado», como escribían Gerber o Jellinek, sino de derechos hacia y, si es necesario, contra el Estado, o sea, contra los poderes públicos aunque sean democráticos o de mayoría. p. 53.

Posteriormente a este instrumento y de forma aún más clara se tiene la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776 en la que se establece expresamente que:

“(...) en toda acusación criminal, el hombre tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación; a confrontar con los acusadores y testigos; a producir prueba en su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable.”

La Constitución Norteamérica de 1776, ratificó fundamentalmente lo establecido en la Declaración de Virginia, para cuyo efecto en las enmiendas constitucionales V, VI y XIV, se establecerá:

“Que ninguna persona (...) será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal; que el acusado gozará del derecho (...) a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación, a confrontar con los testigos contrarios; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos a descargo; a la asistencia de abogados para su defensa; y que ningún Estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal.”

De allí posteriormente se lo encontrará en la declaración de los derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y en varios instrumentos internacionales, que conforman el denominado constitucionalismo internacional, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Convención Americana de los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969. A nivel estatal, cada Estado en sus textos constitucionales ha reconocido el derecho a la defensa como un derecho fundamental, es decir un derecho propio e inmanente de la naturaleza humana que no debe ser entregado por Estado alguno sino que es reconocido en atención a su personalidad, a su atributo de ser humano.

Según la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia C-025/09:

“Una de las principales garantías del debido proceso, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga. Su importancia en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado (...).”

Por su parte el maestro José García Falconí (2013) establece que:

“(...)toda persona tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado asistido por él o de un defensor público, además no se puede restringir el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensor y, peor aún ser interrogado fuera de los recintos autorizados para el efecto; de este modo se busca con esta disposición constitucional, recuperar la plena fe en la justicia, garantizándola en mejor forma a la sociedad y al

mismo Estado, la protección de los derechos garantizados en la Constitución de la República, en los tratados internacionales de derechos humanos, y fundamentalmente al debido proceso, dentro del cual se garantiza el respeto por la libertad individual, por la dignidad humana, por la presunción de inocencia y, por el derecho a la defensa y no cualquier defensa, sino a una defensa técnica, o sea a la mejor defensa. p. 1.

En resumen se puede decir que el avance dogmático y jurídico de la legislación y la preocupación fundamental que al ser humano se le respete la dignidad, ha permitido construir un plexo normativo de protección de los derechos de las personas que soportan cualquier tipo de procesamiento. Ese plexo normativo es el denominado derecho al debido proceso, que como se vio en líneas anteriores, configuran un conjunto de obligaciones que van en contra del Estado, o sea un conjunto de obligaciones de NO HACER que restringe la actividad política o estatal en respeto de unas reglas de juego que permiten racional la actuación estatal de mejor manera y permiten adicionalmente materializar el objetivo fundamental que es la justicia.

Tomando en consideración que en la historia de los procesos, han existido fundamentalmente tres sistemas grandes como son el acusatorio propio de la Grecia y Roma antiguas, luego el inquisitivo de 1215; y, finalmente el mixto, que es una fusión entre los dos sistemas anteriores, es importante destacar que a cada uno de estos sistemas le correspondió un mecanismo epistemológico de descubrimiento de la verdad procesal. Pero el que actualmente está vigente, en nuestro Estado constitucional, es uno que respeta las reglas del debido proceso como son la defensa, la presunción de inocencia, la carga de la prueba, etc.

Con mucha razón, la norma constitucional ecuatoriana en su artículo 76 establece que las garantías del debido proceso se aplican a todo tipo de procedimiento, incluido el procedimiento disciplinario, por supuesto, porque el mecanismo de la imposición de una sanción administrativa debe estar enmarcado en el respeto absoluto a los derechos del funcionario sumariado, haciendo, al menos teóricamente, que el Estado racionalice su actuación y que pretenda llegar a imponer una sanción pero bajo el más estricto respeto a dichos derechos. De allí que en los procedimientos disciplinarios sea menester permitirle a funcionario sumariado contar con todos los elementos necesarios que le permitan materializar su derecho a la defensa.

Por esta razón se ha definido al derecho a la defensa como una garantía constitucional que permite al ciudadano, que está siendo sometido a cualquier tipo de procedimiento o procesamiento, a refutar la acusación, a contradecir la hipótesis y a producir prueba que sustente sus afirmaciones, desvirtuando las de su acusación. Puede decirse, de forma mucho más amplia, que el derecho a la defensa le permite al ciudadano accionado, plantear ante la autoridad competente, una hipótesis contradictoria y distinta de la constante en la planteada en su contra, solicitar y pedir prueba, y, desvirtuar, si fuere el caso, las afirmaciones de su accionante.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia dictada en el caso Caso Genie Lacayo, de 29 de enero de 1997, denomina al debido proceso como “derecho de defensa procesal”, el cual consiste en: “(...) el derecho de toda persona 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 en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera (...) párrafo 74.

Tomando en consideración que la función del proceso, cualquiera que este sea, es la resolución adecuada de un conflicto, la idea de debido proceso implica que la solución del conflicto por parte de las autoridades estatales debe respetar de forma irrestricta los lineamientos constitucionales establecidos para la resolución del caso, es decir que no se puede resolver el caso bajo el capricho de la autoridad pública, sino que debe seguirse un camino que ha sido previamente establecido por la Constitución y por los instrumentos internacionales en los cuales se pone especial énfasis tanto en la labor que debe realizar el Estado para resolver la controversia, como en los derechos, deberes y garantías que tienen las partes procesales.

Por manera que se puede definir al debido proceso como ese mecanismo establecido de forma previa por las normas jurídicas, nacionales e internacionales, para resolver las controversias existentes entre las personas, o entre las personas y el Estado, en el cual existe la necesidad inexorable de respetar los derechos y garantías de los justiciables.

En varios instrumentos internacionales existe esta garantía del debido proceso, el cual es categorizado como un derecho humano, así tenemos la Convención Americana de Derechos Humanos o el Pacto de San José de Costa Rica, que en su artículo 8 dispone lo siguiente:

“Artículo 8. Garantías Judiciales.-

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.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

También el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, señala que en su Artículo 14 el contenido del debido proceso, así se tiene:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés

de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.”

Es decir, la obligación de respeto del debido proceso, por parte del Estado no viene establecida solo por la legislación interna de un Estado, sino que adicionalmente constituye una obligación para el Estado, establecida desde los organismos internacionales, la cual debe ser cumplida so pena de que el Estado incurra en responsabilidad internacional y sea condenado por irrespetar las condiciones mínimas y los derechos mínimos fundamentales que se han establecido los instrumentos internacionales.

Como parte de esta construcción normativa del debido proceso prevista tanto en la constitución de la república el Ecuador como en los elementos internacionales, considerados desde el punto de vista desde el bloque de constitucionalidad, o en el caso de la convención americana de derechos humanos, por efectos del control de convencionalidad, tenemos la referida a la prohibición de doble procesamiento o ne bis in ídem como parte de estas reglas del debido proceso que tal como se lo había referido en líneas anteriores constituye un derecho y una garantía constitucional es decir forma parte del núcleo duro de los derechos fundamentales, razón por la cual, en el caso de la profesora Mery Zamora debía ser respetada.

En dicho caso luego de haberse ordenado el archivo definitivo de la investigación de conformidad con el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal anterior no existía posibilidad alguna de que la fiscalía pueda ni reabrir el caso ni realizar una nueva investigación con los mismos hecho, las mismas personas y la misma pretensión, puesto que se encontraba vigente tal como hoy la prohibición expresa, como garantía constitucional, de doble procesamiento, razón por la cual la fiscalía no podía realizar el nuevo procesamiento al que fue sometida la profesora Mery Zamora.

En el derecho anglosajón al que Latinoamérica y particularmente Ecuador siempre mira y siempre ha mirado, sobre todo en materias penales a efectos del procesamiento penal, existe una teoría muy famosa que tiene plena vigencia o al menos debería tener plena vigencia en el presente sistema acusatorio y es referida a la "teoría de una sola bala". Esta teoría implica haciendo un símil con un arma de fuego que la acusación de fuego es semejante a una bala, a una sola bala que debe dar en el blanco y que en caso de equivocar el disparo no está permitido realizar uno nuevo; para efectos del proceso penal esto se traduce en que la fiscalía dispone de una sola bala para realizar la acusación penal razón por la cual la labor investigativa debe ser compleja, objetiva, integral, metodológica y científica, con la finalidad de que esa única bala que es la acusación pueda dar en el blanco.

Por manera que si la fiscalía ha equivocado la investigación o ha dejado de realizar la misma no puede permitirse que la persona sea procesada doblemente. Desgraciadamente esta teoría, el sistema penal ecuatoriano no la ha aceptado y en caso específico que se está analizando se ha dispuesto no solamente la reapertura de la investigación a pesar de que la misma estaba archivada definitivamente por efectos del artículo 39 Código de Procedimiento Penal anterior sino que adicionalmente no contaba con nuevos elementos de convicción que puedan dar luces sobre el cometimiento de la infracción y la responsabilidad penal del sujeto activo de la misma, pues se reabrió la investigación con los mismos elementos de convicción que existían en el proceso. Es decir que para la fecha de procesamiento de la profesora Zamora la fiscalía no solo que contaba con una bala sino que se benefició injustamente con un procesamiento penal que no podía ser continuado dado los efectos preclusivos generados por el artículo 39 ibídem, por otra parte vale la pena destacar que uno de los pilares fundamentales del debido proceso constituye la independencia judicial de los administración de justicia, particularmente de aquellos que conforman el sistema de justicia penal, puesto que se requiere que su labor sea objetiva imparcial independiente lo cual lamentablemente no ocurrió en el presente caso pues como fue público y notorio tanto la fiscalía como los órganos jurisdiccionales penales que conocieron el caso respondieron a los intereses del poder político.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. CONCLUSIONES

A manera de conclusión se detectó lo siguiente:

1. El remitirse a Estado implica referirse no solo a una población adyacente a un territorio determinado sino que además se cuenta con una organización social muy bien sistematizada pasando a una ordenación política y si se quiere jurídica, donde el Estado sea un ente regulador y regulado al mismo tiempo por la Constitución y demás leyes, cuerpos normativos que a su vez protegen al soberano y lo atribuyen de dignidad en pos del buen vivir y el reconocimiento de sus derechos efectivos, además de pretenderse la tutela efectiva de los derechos, dotándole de un margen de seguridad jurídica que es al menos lo que se pretende en términos ideológicos. La Constitución de la República es quien limita los poderes del mismo. El Estado tiende hacia un fin supremo que es el móvil ideológico del mismo.
2. Existe una marcada diferencia entre lo que se entiende como Estado y lo que comprende la Nación, pues mientras en el Estado se encuentra elementos tales como territorio, población, nación, sociedad, con un ordenamiento jurídico, donde el elemento población puede estar compuesto por tribus, clanes y/o hordas; la sociedad es un conjunto de personas unidas por un vínculo común, y la nación va más allá cuando a pesar de no poseer un territorio determinado, cuenta con un vínculo que por naturaleza es más arraigado entre los seres humanos que la conforman, estos vínculos pasan de lo sanguíneo hasta lo cultural, y va más allá hasta lo religioso; he ahí la diferencia, el Estado es un ente reconocido por otros Estados, y cuenta con un territorio propio, mientras que Nación es un conjunto de homínidos unidos por un fuerte vínculo aunque carezcan de un territorio propio.

3. Se logra comprender el alcance de lo que significa Estado de derechos, que es un régimen donde la actuación del Estado es decir la administración pública conjuntamente con los particulares, se subordina a un ordenamiento jurídico mientras que el Estado constitucional de derechos básicamente pretende lo mismo, pero esta vez rige su comportamiento al cuerpo legal supremo denominado Constitución y esta a su vez tiene el carácter exclusivo de velar por los derechos fundamentales además de establecer garantías para el efectivo uso y goce de esos derechos; a través de este sistema se pretende nivelar las desigualdades de carácter económico, cultural y de otra naturaleza.
4. Un Estado constitucional de derechos y garantías, pretende a toda costa precautelar el efectivo uso, goce y ejercicio de los derechos contemplados en la Constitución así como de sus principios, con un especial enfoque en los derechos fundamentales, que pueden ser entendidos como derechos naturales o inherentes al ser humano, y que tornan a la Constitución muy humana –expuesto de manera filosófica-.
5. La Constitución de la República del Ecuador en primera instancia es la cima de la normativa jurídica y por lo tanto contiene principios y leyes de vital importancia para la regencia de este Estado, llegando incluso a abarcar la forma en cómo se ha de organizar este país, la expedición de normas, la forma de elegir a sus mandantes y lo más importantes la función del gobierno y las principales garantías y derechos reconocidos a sus mandatarios.
6. Las nuevas tendencias tanto en materia penal como en el ámbito constitucional indican que en virtud de las mismas es menester introducir de manera novedosa principios que antes yacían exclusivamente en los cuerpos legales penales ahora en la Constitución, con lo cual se le atribuye una nueva dimensión a la antes mencionada.

7. Los principios jurídicos, tanto penales como constitucionales determinan claramente cuáles serán las reglas de juego dentro del ámbito procesal, ya sean en los tribunales de justicia o en instancias alternativas de solución de conflictos, pretendiendo que la justicia que es el bien supremo que se busca en toda instancia, sea fácilmente alcanzada, por todos los operadores de justicia.
8. Tanto el derecho penal como las diversas ramificaciones del derecho en general, se establecen en pro del afectado y del procesado -más conocidos como partes procesales-, derechos y garantías que han de ser respetadas y efectivizadas en las diversas contiendas legales –por así llamar a los tribunales de justicia-, más aún cuando se trata la Litis en un proceso judicial; dónde el sistema jurisdiccional ha de velar y proporcionar las facilidades para cumplir con los mecanismos que determina la ley penal más aún la constitucional.
9. Existen ciertos contemplados tanto en la Constitución de la República del Ecuador como en los diversos cuerpos legales inferiores en la escala de Kelsen a la misma, que por su naturaleza y extensión, son tan prolijos que difícilmente pueden estar desarrollados en los mismos, y pueden aparecer como enunciados simples. Como por ejemplo el derecho a la libertad, y como se expuso derecho a la libertad implica varias aristas.
10. En todos los casos criminales, se cumplirá con una regla fundamental como la de proporcionalidad entre la sanción y el delito cometido, lo cual es material muy importante para el juez al momento de emitir una sentencia condenatoria, pues a pesar de que la justicia es un bien común que no siempre se consigue, dependerá de esta regla para hacerse justicia en tal o cual caso concreto.
11. A lo largo de la historia y todos los hitos que se han marcado dentro del ámbito del derecho penal y sus sistemas sancionadores, y gracias a la evolución propia del dinamismo jurídico, se han creado sistemas de

avanzada ciencia penal que garantizan el ejercicio de los derechos beneficiando tanto a la víctima como al procesado dentro de una contienda legal penal, e incluso antes del proceso penal.

12. En vista de que los índices delincuenciales reflejan lo ineficaces que son las normas penales, en función de que lo que se pretende es la prevención del cometimiento de ilícitos el legislador se ha visto en la necesidad de recurrir a la esencia misma del espíritu de la ley penal, para crear e incursionar nuevos tipos penales y con ello conseguir refrenar en algo el crecimiento delincencial.
13. Las nuevas tendencias jurídicas de una u otra manera han conseguido que el sistema penal criminal se torne totalmente distinto a lo que un día fue, pues lo que antes como sustantivo o meramente normativo o estrictamente jurídico pertenecía a un cuerpo legal y lo adjetivo o procedimental era relativo a otro cuerpo legal, ahora todo ello aparece en un solo texto que aparece contiguo y muchas veces mezclado, provocando confusión en unos y en otros esclarecimiento.
14. La protesta social más allá de ser condenada -criminalizada- y sancionada por la ley, ha de ser vista en primera instancia como una forma de exteriorizar lo que el soberano siente o dicho en otros términos libertad de expresión, pues es el pueblo quien tiene la voz de mando y si este, encuentra una falencia en el sistema en el que se encuentra, lo lógico es que se encargue de hacer saber esto al gobernante de todos los medios posibles, ergo se debe descriminalizar la protesta social.
15. Independientemente de todo son políticón, uno ha de analizar efectivamente hasta qué punto de la protesta social es tal y cual es la delgada línea que nos indica que puede haber algo más allá de eso, y convertirse en actos conflictivos o ilícitos, y saber entender hasta qué punto el sistema penal de prevención y represión criminal es apto para

resolver tales o cuales conflictos, y además uno ha de comprender perfectamente que la ideología política de tal o cual gobierno pueden tomar a nombre propio el uso y abuso de la ley y cuando se cuente con todos estos elementos pues todo ciudadano pueda hacer notar a ciencia cierta quién es quién y así reclamar tanto en tribunales nacionales como internacionales, por lo tanto se requiere de un estudio pormenorizado de lo que sucede en el país para emitir criterios jurídicos formados.

4.2. RECOMENDACIONES

Se considera oportuno recomendar en términos generales:

1. El lector de investigaciones jurídicas de esta índole, ha de realizar un repaso de todo cuanto se dice, pero de una manera objetiva, con lo cual se abstraiga de todo tinte político y/o ideológico dotándolo de un enfoque científico jurídico puro.
2. El estudioso del derecho constitucional y del penal, ha de realizar un compendio más sencillo y que a su vez sea contundente respecto de la teoría del delito y los tipos penales en función del alcance que tendría su mala interpretación y aplicabilidad.
3. El juez o los tribunales de justicia en materia penal han de incrementar su responsabilidad al momento de tomar un caso a su cargo, sabiendo de antemano la procedencia y alcance del mismo, para con esto no trastocar la ley.
4. El fiscal a cargo de una investigación criminal ha de esforzarse más por encontrar los indicios que determinen a ciencia cierta la imputabilidad de un delito, para con ello no acoplar conductas del infractor a tipos penales que poco o nada tienen que ver con lo que la justicia pretende.

5. El Estado ecuatoriano ha de hacerse responsable de todo tipo de conducta criminal que cometan sus funcionarios públicos en específico en los casos en los cuales se mal interpreten el ánimo y la intencionalidad del infractor y se pretenda calzarlos a un tipo penal que poco o nada tiene que ver con la esencia misma de la infracción.
6. El Estado como garantista de los derechos fundamentales de todos sus ciudadanos, ha de velar más aún por el debido proceso –implementando todo tipo de medidas- para el cuidado que ha de darse a un reo, haciendo más factible su reinserción en la sociedad, pues es un muy complejo que después de un proceso penal no se altere la psiquis de una persona y además la propia sociedad muchas veces lo excluirá de la misma y será vilipendiado su derecho a la no discriminación.
7. Promulgar fórmulas o alternativas de solución de conflictos penales para evitar la falaz utilización de las leyes penales al arbitrio de gobiernos o funcionarios públicos que se acreditan erróneamente.
8. Evitar a toda costa el incremento y creación forjada de nuevos tipos penales, que poco o nada resuelven los problemas de fondo, con lo cual también se prevé no entorpecer el sistema penal.
9. Todo funcionario judicial ha de enriquecer los fundamentos de su sana crítica con lo cual busque y/o pretenda encontrar el verdadero espíritu de la ley y así con un criterio extenso pueda juzgar a cabalidad tal o cual ilícito, como se expuso previamente en el caso de la protesta social, esta no siempre debe ser criminalizada o estigmatizada.
10. Se recomienda por ultimo a la actual Asamblea Nacional constituyente, la formación y creación de una mesa que dedique todos sus esfuerzos al estudio y desarrollo de normas penales apegadas más a la doctrina y a la esencia del derecho penal con lo cual se abarque y no se deje suelto

nada que el o los jueces o diversos tribunales de garantías penales tengan a mal entender, y más aún ningún gobernante o funcionario público se atribuya para si el uso de estas mismas normas para sus propios fines.

REFERENCIAS

- AGUILÓ, J. (2010). Son las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución. El Canon Neo-constitucional. Universidad Externado de Colombia. Colombia.
- AGUILÓ, J. (1989). Sobre la Constitución del Estado constitucional. Cuadernos de filosofía del Derecho. Doxa No. 24. Departamento de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. España.
- AÑÓN, M. (2005). Derechos Justicia y Estado Constitucional. Tercera Edición. TIRANT LO BLANCH. Valencia. España.
- ARAGÓN. (2002) Constitución, democracia y control, Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- ATIENZA, M. (2005). Argumentación Jurídica y Estado Constitucional. Tercera Edición. TIRANT LO BLANCH. Valencia. España
- Auto 227/06
- ÁVILA, H. (2012). Teoría De La Seguridad Jurídica. Cátedra De Cultura Jurídica Marcial Pons. Madrid. España.
- AVILA, R. (2008). Desafíos constitucionales y la Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva. Recuperado el 30 de enero de 2015 de: http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/07/2_Desafios_Constitucionales.pdf
- ÁVILA, R. (2010). Las garantías constitucionales: restricción o fortalecimiento, Recuperado el 15 de enero de 2015 de: www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdfs18/ramiroavila.pdf
- BACIGALUPO, E. (1999). Principios constitucionales del Derecho Penal. Cuarta Edición. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. Argentina.
- BARATTA, A. (2004) Principios de derecho penal mínimo. Editorial B de F. Buenos Aires. Argentina.
- BIDART, G. (1988). La Interpretación y el Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional. Temas de Supremacía Constitucional. Editorial Ediar. Buenos Aires. Argentina.

- BINDER, A. (2000). *Iniciación al proceso penal acusatorio*. Primera Edición. Editorial gráfica Sureditora. Buenos Aires. Argentina.
- CARBONELL, M. (s.f.) ¿Qué es la constitucionalización del derecho? Unidad Autónoma de México. Recuperada el 30 de enero de 2015 de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/15/cnt/cnt3.pdf>
- Código Civil. R. O. 20 de noviembre de 1970.
- Código Orgánico Integral Penal. R. O. 10 de febrero de 2014.
- Constitución de la República del Ecuador. R. O. 20 de octubre de 2008.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Recuperada el 10 de junio de 2015 de: <http://www.migracion.gob.bo/web/upload/ddhh6.pdf>
- Convención Europea de Derecho Humanos recuperada el 22 de junio de 2015 de: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf
- COOLEY, MT. (1898). *Principios Generales de Derecho Constitucional*. Segunda Edición. Editorial J. Peuser. Buenos Aires. Argentina.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA.
- CRIOLLO, G. (2014). *Cuestiones de derecho penal, procesal penal y bio-jurídico*. Primera edición. Quito. Ecuador.
- CUBIDES, J. (2012). *La relación del fenómeno de la constitucionalización del derecho con el derecho proceso constitucional*. Edición No. 1. Facultad de Derecho de Colombia. Versión electrónica recuperado el 30 de enero de 2015 de: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4195870.pdf>
- DAHL, R. (1999). *La Democracia. Una guía para los ciudadanos*. Taurus. México.
- ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. (1960).
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Editorial Trotta. Madrid. España.
- FERRAJOLI, L. (2001). *Pasado y futuro del Estado de derecho*. Recuperado el 26 de enero de 2015 de: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:filopoli-2001-17-0011&dsID=pdf>

- FERRAJOLI, L. (2002). Positivismo crítico, derechos y democracia, en Revista Isonomía N° 16, abril 2002. Recuperado el 10 de febrero de 2015 de: <http://www.cervantesvirtual.com>.
- FERRAJOLI, L. (2004). Derechos y garantías. La ley del más débil, Editorial Trotta, España.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1985). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Civitas. Madrid. España.
- GARCIA, P. (1991). Estado legal y Estado constitucional de derecho. Universidad Central de Venezuela. Número 82. Caracas. Venezuela. Recuperado el 30 de enero de 2015 de: http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/82/rucv_1991_82_31-45.pdf
- GARCIA, M. (2005). Estado legal y Estado constitucional de derecho. El Tribunal Constitucional español. ILANUD Año 9 – 10. No. 23 - 24.
- GORDILLO, L. (2006). Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal. Universidad de la Rioja. España.
- HABERLE, P. (2003). El Estado constitucional. Universidad Autónoma de México. México.
- HOYOS, A. (2006). Debido Proceso y Democracia, Primera edición, editorial Porrúa. México.
- INOA, O. (2010). El principio de oportunidad como manifestación del principio de mínima intervención, en el proceso penal acusatorio. Sexta Edición. Escuela Nacional del Ministerio Público. Santo Domingo. República Dominicana. Recuperada de 30 de enero de 2015 de: <http://procuraduria.gov.do/Novidades/PGR-645.pdf>
- LLOPIS, J. (2011). Institucionalidad, seguridad jurídica y desarrollo en América Latina. Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP). Madrid. España.
- MALLMA, J. Principio de Oportunidad versus principio de la Presunción de Inocencia al respecto del Acuerdo Reparatorio. Recuperada el 30 de

enero de 2015 de: <http://es.scribd.com/mobile/doc/72240287/Principio-de-ad-vs-Presuncion-de-Inocencia>

MARTÍNEZ, R. (2008). Supremacía de la Constitución, control de la constitucionalidad y reforma constitucional, en Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau Editores, Desafíos constitucionales La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva, Quito, Ministerio de Justicia del Ecuador.

MONAZA, J. (2013). ¿Qué es un Estado Social de Derecho? Recuperado el 30 de enero de 2015 de <http://www.aporrea.org/actualidad/a175494.html>

MORA, L. Garantías derivadas del debido proceso. Recupera el 30 de enero de 2015 de: <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/ucs/exámenes%20fiscal/Junio2011/Los%20Principios%20Procesales.pdf>

MORTATI, C. (2000). La constitución en sentido material, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

OYARTE, R. (2011). Notas históricas breves sobre el concepto de Constitución, poder constituyente y justicia constitucional. Recuperado el 30 de enero de 2015 de: <http://rafaeloyarte.com/publicaciones/articulos/19-notas-historicas-breves-sobre-el-concepto-de-constitucin-poder-constituyente-y-justicia-constitucional/file.html>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperada el 30 de junio de 2015 de: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

PEÑA FREIRE, A. M. (1997). La garantía en el Estado constitucional de derechos. Editorial Trotta. Madrid. España.

PRIETO, A. (2004). Régimen de libertad en el sistema acusatorio colombiano. Ley 906. Recuperada el 30 de enero de 2015 de: http://cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=88&Itemid=34

PRIETO, L. (2001). Neo constitucionalismo y ponderación judicial. Recuperado el 30 de enero de 2015 de: [http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111\(201-228\).pdf](http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111(201-228).pdf)

- REVISTA DE DERECHO VALDIVIA. ALISTE, C. (2000). Democracia y Constitución en Chile. Volumen 11. Chile – Santiago de Chile.
- SALINAS, J. (2010). ¿Qué es el Derecho procesal constitucional? Recuperado el 30 de enero de 2015 de http://salinaspadillayasociados.mex.tl/frameset.php?url=/blog_0.html
- SCHRIMM-HEINS, A. (1992). Gewissheit und Sicherheit: Geschichte und Bedeutungswandel der Begriffe “certitudo” und “securitas” (Teil 2)», Archiv für Begriffsgeschichte, Bonn, Alemania.
- Sentencia C-127/11
- Sentencia C-250/12
- Sentencia C-980/10
- SILVA, J. (1997) Política Criminal y Nuevo Derecho Penal. Biblioteca Jurídica Argentina. Buenos Aires. Argentina.
- SILVIA, J. La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades industriales. Primera Edición. Ediciones Civitas. Madrid. España.
- VALADÉS, D. (2002). Constitución y política. Segunda edición. Universidad Autónoma de México. México.
- VARIOS, (2011) Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal. Santiago. Chile.
- VARIOS, (2011) Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA. Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal. Volumen 2. Santiago. Chile.
- VARIOS, (2011) El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la perspectiva constitucional. México D.F. México.
- VARIOS. (1992) De los Delitos y de las Víctimas. Buenos Aires. Argentina.
- VARIOS. (1992) Sistemas Penitenciarios y alternativas a la Prisión en América Latina y el Caribe. Ediciones depalma. Buenos Aires. Argentina.
- VARIOS. (2005) Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México.
- VARIOS. (2009). El Estado Constitucional. Primera Edición. Editorial Dykinson. Madrid. España.

- VILLAR, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. Revista de Derecho del Estado. Recuperado el 30 de enero de 2015 de: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/download/705/667>
- VILLEGAS, J. (2009). ¿Qué es el principio de intervención mínima? Revista Internauta de práctica jurídica. Número 23. España. Recuperada de 30 de enero de 2015 de: https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num23/Principio.pdf
- ZAFFARONI, E. (2009). Parte general del anteproyecto de reforma al Código Penal de Bolivia. Buenos Aires. Argentina.
- ZAFFARONI, E. (2012) Protesta Social, Libertad de Expresión y Derecho penal. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito. Ecuador.

ANEXOS

Quito, 04 de junio de 2014

MERY SEGUNDA ZAMORA GARCÍA

Casillero electrónico: vizueta.herrera@gmail.com

Juicio No. 144-2014

Agraviado: Estado ecuatoriano

Procesada: Mery Segunda Zamora García

Juez Ponente: Dr. Johnny Ayluardo Salcedo

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO.

Quito, 2 de junio de 2014, las 16h30.- **VISTOS:** Dentro del juicio penal que sigue el Estado ecuatoriano en contra de la ciudadana Mery Segunda Zamora García por el delito de sabotaje y terrorismo, se ha resuelto lo siguiente:

1. COMPETENCIA:

Este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, es competente para resolver los recursos de casación y de revisión, conforme a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.K) de la Constitución de la República, artículo 184 y 186.1, del Código Orgánico de la Función Judicial, (reformado mediante la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico de la Función Judicial publicada en el Suplemento del R.O. N° 38 de 17 de julio de 2013); artículo 349 del Código de Procedimiento Penal; y, acorde al artículo 5 de la Resolución N° 04-2013 de la Corte Nacional de Justicia de 22 de julio de 2013.

Mediante Resolución No. 3, de 22 de julio de 2013, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador integró la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito; y decidió, que los tribunales de casación y revisión que se habían integrado con anterioridad a la expedición de la referida Ley Reformativa al Código Orgánico de la Función Judicial, se mantengan.

Por lo expuesto, radicada la competencia en la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, avocamos conocimiento de la causa, por sorteo realizado. El Juez Ponente, según las reglas del Código Orgánico de la Función Judicial, es el doctor Johnny Ayluardo Salcedo, Juez Nacional y el Tribunal está conformado además por las doctoras Ximena Vintimilla Moscoso y Mariana YumbayYallico, Juezas Nacionales.

2. VALIDEZ PROCESAL:

El recurso de casación ha sido tramitado conforme a la norma procesal de lo previsto en el artículo 352 del Código de Procedimiento Penal vigente; asimismo, se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, por lo que se declara su validez.

3. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA:

Este proceso tiene como antecedente la denuncia presentada por Mónica Rebeca Franco Pombo, en su calidad de Subsecretaria Regional de Educación del Litoral, tal como lo demuestra con la copia certificada de su nombramiento, en la que indica que, el día 30 de septiembre del año 2010, aproximadamente a las 09h00 a 9h30, a raíz de la medida de hecho iniciada por un grupo de miembros de la fuerza pública, perteneciente al Cuartel Modelo de la Policía Nacional, en rechazo a la aprobación de la Ley Orgánica de Servicio Público, dirigentes de la Unión Nacional de Educadores U.N.E, encabezado por la profesora Mery Zamora García, Presidenta de la U.N.E y William Pazmiño, Dirigente Provincial del mismo gremio, han procedido a ingresar a los predios del Colegio Experimental "Aguirre Abad", de esta ciudad e instigar a los estudiantes del mencionado plantel a fin de que salgan a las calles a protestar, y han paralizado el servicio público de educación, apoyando en las manifestaciones que se han realizado en las calles en contra del régimen democrático, como es de conocimiento público.

Indica en la denuncia que es importante destacar, que las mencionadas personas, no son autoridades educativas dentro del centro educativo, es mas, no ejercen función alguna en el plantel.

Manifiesta la señora Subsecretaria de Educación que la intención de los señores Mery Zamora García y William Pazmiño, ha sido la utilización a los estudiantes del Colegio Fiscal Experimental “Aguirre Abad” de Guayaquil con fines políticos y proselitistas, alzándose en contra del Gobierno Nacional.

Recalca que para que el señor Agente Fiscal, tenga mayor ilustración de lo denunciado, adjunta copia de los videos que se han tomado durante la mañana del día 30 de septiembre de 2010, y que demuestran de una manera clara y precisa cómo los dirigentes denunciados arengan a los estudiantes del Colegio Fiscal Experimental “Aguirre Abad”, de la ciudad de Guayaquil, hasta conseguir sacarlos del establecimiento educativo precitado y que en base a los antecedentes y la relación clara y precisa de los hechos delictivos presuntamente cometidos el día 30 de septiembre de 2010, denuncia el delito contenido en el libro II “ De los Delitos en Particular “ Capítulo III “ De los Delitos Contra la Seguridad Interior del Estado” artículo 130 del Código Penal, en concordancia con lo que se encuentra estipulado en el reformado artículo 158 ibídem; por lo tanto, solicitó de la manera más comedida, se sirva ordenar una exhaustiva investigación e inicie, la Indagación Previa, tal como lo establece el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, para el esclarecimiento de los hechos denunciados al respecto y de existir méritos suficientes de lo narrado anteriormente, disponga la detención de los señores Mery Zamora y William Pazmiño y de los autores cómplices y encubridores que resultaren de la investigación a realizarse, ya que han encuadrado su conducta en un hecho ilícito, cometiendo un delito de acción pública y se los sancione con todo el rigor de la ley, para lo cual se oficiará al Jefe de la Policía Judicial, a fin de que se asigne a un agente investigador para que realice la investigación necesarias, y como medida cautelar solicita se oficie al Jefe Nacional de Migración, en el sentido de que se le prohíba salir del país, de conformidad con los artículos 160 y 164 del Código de Procedimiento Penal.

Promovida la acción penal, en audiencia preparatoria de juicio y de sustentación de dictamen, llevada a cabo el 13 de junio de 2012, a las 08h50, ante el señor Abogado José Tamayo Arana, Juez Temporal del Juzgado Quinto de Garantías Penales del Guayas y el Fiscal de lo Penal, doctor Andrés Villegas Pico, emite dictamen acusatorio en contra de Mery Segunda Zamora García, por considerar que se encuentra acreditada conforme a derecho la existencia material del delito tipificado en el artículo 158 del Código Penal vigente, así como el nexo causal entre éste y la Lcda. Mery Segunda Zamora García, al haberse reunido los requisitos del artículo 88 del Código de Procedimiento Penal. Por lo que, sobre la base de la acusación fiscal, el señor Juez Temporal del Juzgado Quinto de Garantías Penales del Guayas, dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Mery Segunda Zamora García por haber adecuado su conducta en el delito tipificado y sancionado en el artículo 158 del Código Penal en concordancia con el artículo 42 de la norma adjetiva penal, en el grado de autora.

En etapa de juicio, radicada la competencia en el Décimo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, se señaló día y hora para la audiencia oral, pública y contradictoria de juzgamiento, dentro de los parámetros establecidos por el artículo 277 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, momento procesal en el que se han practicado las pruebas solicitadas por los sujetos procesales: Fiscalía General del Estado y de la procesada Mery Segunda Zamora García.

El Décimo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, una vez presentadas en la audiencia las teorías del caso e incorporada la prueba pedida por los sujetos procesales, la cual fue actuada conforme lo dispone el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, dicta sentencia el 12 de junio de 2013, a las 16h45, declarando la culpabilidad de Mery Segunda Zamora García, en calidad de autora del delito tipificado y sancionado en el artículo 158 del Código Penal en concordancia con el artículo 42 de la norma adjetiva penal, en el grado de autora, imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria.

De esta sentencia, Mery Segunda Zamora García, interpone recurso de apelación, causa que, su conocimiento, recayó en la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, que mediante sentencia dictada el 2 de diciembre de 2013, las

11h53, confirma en todas sus partes la sentencia dictada por Juez Temporal del Juzgado Quinto de Garantías Penales del Guayas.

Ante la negativa del recurso de apelación, la sentenciada Mery Segunda Zamora García, interpone recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, y encontrándose el proceso en estado de resolver, se considera:

4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES:

4.1.- La recurrente, Mery Segunda Zamora García, a través de sus defensores técnicos, doctores Juan Ulises Vizueta Ronquillo y Pedro Granja Angulo, fundamentaron el recurso deducido, haciéndolo inicialmente el segundo de los nombrados Dr. Pedro Granja Angulo: "Señor Presidente, señoras Juezas, señora Delegada del Fiscal General, señora licenciada Mery Zamora, ex presidenta de la Unión Nacional de Educadores, ex assembleísta de la República del Ecuador, señor doctor profesor Juan Vizueta Ronquillo, colegas de la defensa. Hemos interpuesto el recurso de casación, teniendo claro aspectos doctrinarios que nos enseñó el profesor Jorge Zavala Baquerizo; puede existir error *in judicando* o error *in procedendo*, nosotros sabemos perfectamente, que en nuestra legislación, procesal penal, solo procede presentar el recurso de casación, cuando se trata del error *in judicando*, no *defacti* si no *deiure*. Cual, es este error de *in judicandodeiure*; señores jueces, ustedes conocen perfectamente que esto no amerita mayor debate, se trata de la disconformidad entre el hecho presuntamente punible y la calificación que le da el Tribunal inferior, siendo la potestad del más alto Tribunal de Justicia de este país, la Corte Nacional, poder revocar esa resolución, poderla revisar. No vamos a discutir aquí de pruebas, señor Presidente, señoras Juezas, porque eso no procede, no estamos en una instancia de revalorización de las pruebas, del *quantum* probatorio, no señor, solamente les rogaría, señores Jueces, ustedes tienen en sus manos la vida de una madre de familia, que no ha violado un niño, no ha falsificado títulos, ni se ha tragado cheques. Quiero dejar en claro que de la simple lectura de la página 106 y 107 de la sentencia, se determina que, supuestamente, el Tribunal llega a la conclusión, de que la procesada ha incitado a los estudiantes, para salir a las calles a una

protesta el día 30 de septiembre de 2010. Quisiera que se lea por secretaria, señor Presidente, con su venia, el artículo correspondiente al delito de *Sabotaje*, de *Sabotage* francés, o de sabotaje en la legislación española en la legislación ecuatoriana. El sabotaje implica, dos verbos rectores irrumpir e interrumpir; la propia sentencia dice que Mery Zamora, se ha probado, que Mery Zamora, ingresa pacíficamente al colegio, por consiguiente, no puede existir en estricto rigor jurídico, irrupción, la irrupción implica, ingresar a un lugar con violencia, no existe esto, ingresa según la propia sentencia, entre besos y abrazos de sus coidearios del MPD. Le quedaba entonces a la Fiscalía, que repitió en un sin número de oportunidades, que estábamos frente a un delito, porque se había probado, eso lo dijo en el juicio de instancia, se había probado que existía el Colegio Aguirre Abad, nadie está discutiendo que el colegio Aguirre Abad, existe o no señor Presidente, señoras Juezas, el colegio Aguirre Abad existe porque nadie le ha puesto una bomba, los que ponen bombas son los terroristas de las FARC y ellos no son calificados sino como un grupo beligerante, según la infeliz expresión del propio primer mandatario de esta República. Pues, qué es lo que sucede en esta sentencia, se señala que Mery Zamora, supuestamente, en el día de mayor conflictividad de los últimos años en el país, cuando el Presidente de la República a partir de las siete de la mañana estaba secuestrado y según la sentencia, ya existía conmoción social, ingresa al Colegio pacíficamente pasada las nueve de la mañana. En esta instancia señor Presidente, según llegan a la conclusión los jueces de instancia, incita a los estudiantes, repito hay una disconformidad entre lo calificado por los jueces de instancia y lo que determina el tipo penal establecido en nuestra legislación para el delito de sabotaje, en esa línea, para hacer este introductorio, que me parece muy importante señor juez, usted que es un egregio profesor de la Universidad de Guayaquil, sabe, perfectamente, que el juez no puede, pues, aplicar un tipo penal si me están acusando de robo, no puede terminar sentenciando por violación, aquí hay una disconformidad, hay una cuestión, una calificación irregular que termina convirtiendo a la sentencia en digna de ser casada. Qué dice el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre? qué dice el artículos 18, 19 y 20 de la misma declaración? pues muy claro señor Presidente, determinan el derecho a la dignidad humana, que no lo puede terminar suprimiendo el

Estado ecuatoriano, por más que estemos en una etapa bastante triste de la nacional. Este derecho de la dignidad humana no puede expresarse, no puede materializarse, si no tenemos los ciudadanos derecho a reunirnos con las personas que tienen nuestro mismo plexo de ideas políticas, podemos expresarlas libremente. Si Mery Zamora, ingresa a un colegio y grita que el Presidente o un asambleísta le parece que está haciendo sus cosas mal, esto no significa sabotaje, señor Presidente, está ejerciendo un derecho constitucional e internacionalmente reconocido, por consiguiente, queda excluida de la teoría estratificada del delito, la primera conducta punible, cual es, la tipicidad, en el sumo en el *sumun*, estaríamos entonces ante una contravención, pero esto no lo digo yo, lo dice el maestro Zaffaroni, Ferrajoli, Santi Capelo, establecen claramente que no se puede coartar el derecho a la dignidad humana, esta sólo se expresa mediante la libertad de asociación; la libertad de asociación y de reunión señor Presidente, señoras Juezas, no puede estar (inaudible) única y exclusivamente a expresar complacencia con un gobierno determinado; yo también puedo salir a la calle, sacar un cartel, terminar saliendo con una camisa y decir que no quiero al actual gobierno y esto no significa, un ilícito punible en la medida en que no cometa ningún delito mayor, esto es, que no me suba a un bus de transporte público y termino incinerándolo o termine asaltando a la personas que están ahí adentro. Ha ocurrido esto en el presente caso? evidentemente que no. Quiero terminar, señor Presidente, señalando lo siguiente: queremos dejar claramente sentado, que pese a que tenemos mucha decepción de lo que significa el Poder Judicial ecuatoriano en estos momentos, si tenemos mucha confianza de lo que hombres como usted, todavía pueden hacer por este país, en sus manos, señor Presidente, señor Presidente, están las manos de una mujer honesta, de una mujer que, reitero, no ha cometido ninguna actividad punible en este país, su único delito es disentir con un gobierno, en esa línea, en esa dinámica, de una sociedad democrática, habría que respetar el artículo uno de la actual Ley Suprema, que establece que el Ecuador es un Estado inserto en el paradigma de la constitucionalidad de los derechos y la justicia. Reitero, hemos planteado este recurso, por errores *in judicando*, errores *in judicando* no *defacti* sino *de iure*, *de iure*; esto es, la pésima aplicación de un tipo penal, para una conducta que no es tal; aquí está, señor Presidente, 106 y 107, la procesada se ha probado con

testimonios referenciales, referenciales de personas que no vieron nada en el proceso, se ha probado con una encuesta anónima, hecha por quien? Por el propio representante del Ministerio de Educación. Cuando le preguntamos, señor Presidente, cómo hizo las encuestas? a quién se las hizo?, 'se las hice a los estudiantes', puede identificar a los estudiantes? 'no puedo porque son menores de edad', dónde está la autorización de los padres de familia, según la convención de los derechos del niño, para que usted haya procedido de esta manera? 'No la tengo', bajo qué parámetros técnicos hizo la encuesta? 'Bajo mi libre albedrío'. Así, señor Presidente. Se ha hablado aquí, se justifica una condena en base a un video que aparece en la sabatina, el testigo principal del tema durante todo el proceso, dice: 'yo escuche a Mery Zamora, incitar a los estudiantes', que en el último de los casos no es sabotaje, porque no hay irrupción, ni interrupción, el servicio de la educación estaba interrumpido desde las siete de la mañana. Y, después, cuando le preguntamos, cómo es que usted escuchó, si el perito de criminalista acaba de decir que había saturación de sonido, y no hay transcripción del audio en todo el proceso; y termina diciendo 'bueno la verdad es que yo lo leí, yo lo leí de la transcripción que salió en la sabatina del Presidente de la República', usted escuchó, o leyó? 'yo, yo leí'. En base a estas cosas, el Tribunal llega a la conclusión, señor Presidente, que se ha cometido el delito de haber incitado a los estudiantes a salir a protestar el 30-S; repito en el *sumun*, que los haya incitado, no significa irrumpir, ni significa interrumpir, como no la condenan por un tipo penal de incitar, evidentemente hay disconformidad, hay error *in iudicando de iure*, señor Presidente, señoras Juezas, eso en mi primera intervención. Muchísimas gracias".

El Presidente del Tribunal, Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, otorga la palabra al Dr. Juan Vizqueta Ronquillo, quien señala: "Muchas gracias, señor Presidente, señoras Juezas. Yo quisiera, en primer lugar, en esta intervención hacer referencia en lo que señala el procedimiento; el procedimiento penal, más allá de que, efectivamente, nosotros hemos venido a interponer un recurso de casación, en los términos que ya ha explicado quien me ha antecedido en el uso de la palabra, yo no quisiera, señor Presidente, dejar de mencionar aquellos aspectos que se han venido desarrollando a lo largo de este proceso; digo esto porque, ustedes conocen de sobra, el contenido del artículo 331, de la Ley Adjetiva Penal,

ese artículo 331, señala claramente el hecho de que los jueces, en cualquier instancia, en el momento que lleguen a advertir, que se ha ocasionado una de las causas de nulidad previstas en el artículo 330, estarían obligados a declarar dicha nulidad, de tal manera que, es importante, que en esta intervención, no solamente podamos referirnos los defensores a aspectos que guardan relación al recurso de casación, sino incluso.” El Dr. Johnny Ayluardo Salcedo toma la palabra y dice: “Perdón, se solicita por favor a los presentes que por favor apaguen los teléfonos, recordándoles que esta audiencia tiene el carácter de reservada. Por favor, disculpe doctor, continúe” Retoma la palabra el Dr. Juan Vizqueta y manifiesta: “Entonces decía que era importante, también mencionarlas, para que no se diga el día de mañana y como está constando en actas, que los defensores no expusimos todas las violaciones procesales que se generaron en este proceso y que eso impidió de que los jueces de esta Corte hayan podido conocer dichas anomalías. Sucede algo curioso, señor Presidente y señoras Juezas, sucede que luego de los acontecimientos del 30 de septiembre del año 2010, a los que me voy a referir a continuación, la Fiscalía inicia una indagación previa, inicia la indagación previa, hasta aproximadamente un año después, en el mes de junio del siguiente año, me refiero al año 2011, la Fiscalía General del Estado, presenta una petición al juez que se encontraba a cargo de dicha investigación, el Juez Quinto de Garantías Penales de la provincia del Guayas, pues bien, ¿qué le dice la Fiscalía en ese petitorio? hemos encontrado que los hechos que han sido materia de investigación de la denuncia presentada, no constituyen la comisión de un ilícito penal, y en virtud de eso, la Fiscalía solicita que el juez de la causa dicte una resolución desestimando y declarando el archivo del mismo. Todo ello, fundamentado en lo que dispone el artículo 39 de la misma ley adjetiva penal. Es así que el mismo mes de junio, llega a conocimiento del juez, e inmediatamente el Juez Quinto dicta una resolución en la que acepta el pedido de desestimación de la Fiscalía y declara el archivo de la causa. Sin embargo, pasaron apenas tres meses y oh sorpresa, pues, apareció en una de las concebidas sabatinas el Presidente de la República y solicitó a la Fiscalía, que debía reaperturar o reabrir todas las investigaciones que guardaban relación con los hechos acaecidos el 30 de septiembre de 2010. Oh sorpresa, pese a que se encontraba archivado, repito, con fuerza de autoridad de cosa juzgada, como

lo señala el artículo 39 del mismo Código de Procedimiento Penal y que no había sido, repito, generado un archivo provisional, que es lo que establece en su caso el artículo 39.1 del mismo cuerpo de ley. Sin embargo de ello, que no existía esa posibilidad, la Fiscalía genera una nueva petición y esa nueva petición que consta del proceso, y que ustedes la van a poder observar y ratificar, cada una de mis expresiones se fundamentan en una petición de la Fiscalía, en el sentido de señalar que solicitaban la reapertura de la investigación, en razón de que se habían aportado pruebas dentro de la investigación, repito, que generó la desestimación que no habían sido consideradas en su momento, lo cual no solamente, repito, contrariaba lo que preveía el artículo 39 sino incluso el mismo hecho de que el artículo 39.1, que ustedes se lo saben de memoria, genera claramente el hecho de que sólo se podía generar una reapertura de una investigación en el evento de que exista un archivo provisional, y en el evento de que existan nuevos elementos y nunca viejos elementos que no hayan sido considerados dentro de esa investigación, que motivó la desestimación, así las cosas, señor Presidente y señoras Juezas se genera una nueva investigación, nueva investigación, que sin mayores argumentos, sin mayor diligencia que se hayan realizado, inmediatamente dio paso para que la misma Fiscalía, que había solicitado meses antes la desestimación, ahora haya solicitado mediante esta disposición del Presidente de la Republica, que se inicie la correspondiente instrucción fiscal en contra de Mery Zamora. Se genera esta nueva investigación, que repito, viola todo el procedimiento y que sería una de las causas muy puntuales que la defensa de la profesora Mery Zamora está argumentando, la prevista en el numeral 3 del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal. Sin embargo de ello, avanza la investigación, no se considera en lo absoluto la calidad que hasta ese entonces ostentaba Mery Zamora, porque con el argumento de que no se trataba de hechos vinculados a su calidad de asambleísta alterna, que incluso se encontraba principalizada en aquella época, se da lugar para que se inicie la instrucción fiscal correspondiente. Yo entonces, quisiera, señor Presidente y señoras Juezas, poder referirme brevemente en los hechos, porque si el anterior defensor, el Dr. Pedro Granja, ha sido enfático en señalar cuál es el argumento y cuál es el sustrato por el que estamos acá indicando de que hay una violación justamente en sentencia y que esa violación es un error

in judicando y ese error *in judicando* es justamente un error *in jure*, entonces es importante tratar de mencionar, en qué escenario de los establecidos en el recurso de casación nos encontramos aquí presentando el mismo. Puntualizamos entonces, que es en razón de una contravención expresa de la ley en la mencionada sentencia. Y esta contravención o haber contravenido expresamente la ley en la sentencia, radica justamente en el hecho de no solamente una violación al derecho penal sustancial, sino, sobre todo, a una garantía constitucional, digo esto, porque en el presente caso, existiría justamente una vulneración al principio de reserva o legalidad que establece la misma Constitución de la República, una de las garantías básicas es el hecho de que nadie podrá ser reprimido por un acto que no se encuentre expresamente señalado como tal por la ley penal, ni sufrir una sanción que no se encuentre en ella establecida con anterioridad; en síntesis, el mencionado principio establece que, tanto el tipo penal, como la sanción, deben estar establecidas con anterioridad al acto. Y ello nos lleva, a lo que nosotros planteamos, que si sería poner un título a lo que ya ha expuesto el Dr. Pedro Granja, diríamos, justamente, una contravención respecto a la tipicidad, esa tipicidad que ustedes conocen radica en el hecho de que una conducta debe adecuarse milimétricamente al tipo penal descrito en la ley, se ha señalado que el tipo penal por el cual la profesora Mery Zamora, ha sido condenada a ocho años, es el previsto en el artículo 158 de la ley sustantiva penal. Ese artículo 158, que, con su venia señor Presidente, yo me voy a permitir darle lectura, señala claramente este delito de sabotaje a servicios públicos o privados, delito que ustedes conocen y que nos enseñaron en las aulas universitarias, fue creado por la dictadura, la dictadura militar en el Ecuador creó esta figura delictiva, al igual que la figura de terrorismo, la creó para poder perseguir a los luchadores sociales, para poder perseguir también a los socialistas y a los comunistas, paradójicamente, este delito el día de hoy, está utilizado por un gobierno que se viste o se dice ser socialista, claro está un socialismo que no logro entenderlo del siglo veinte y uno que (...)" El doctor Johnny Aylluardo, juez ponente le manifiesta "Doctor perdón, cíñase al recurso, los comentarios adicionales son innecesarios para este Tribunal" Retoma la palabra el señor abogado y señala: "Y entonces señalamos que este delito, que hasta el día de hoy no ha sido utilizado por ningún gobierno, nunca fue utilizado, por ningún gobierno, ni

siquiera por los gobiernos de extrema derecha, ni siquiera por el gobierno del extinto León Febres Cordero y encontramos aquí, en esta descripción, dice que será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y multa de 87 a 165 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, el que fuera de los casos contemplados en este código: destruya, deteriore, inutilice, interrumpa o paralice servicios públicos, que sería la parte del verbo rector que ha sido utilizada por parte del Tribunal *a-quo*, con la finalidad de establecer que la conducta de la procesada se ha adecuado a este tipo penal interrumpir o paralizar un servicio público, continuo, porque los siguientes verbos rectores y los siguientes elementos constitutivos de este tipo penal, no guardan relación en lo absoluto, pero no quisiera dejar de leerlo, porque se podría pensar que estoy evitando leer el contenido de este texto en su conjunto, instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro elemento de transporte, instalaciones públicas o privadas de energía eléctrica, de agua potable, gas u otras semejantes o instalaciones de radio, teléfono, telégrafo, televisión o cualquier otro sistema de transmisión, depósito de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas, destinadas a la producción o al consumo nacional, o cualquier otro tipo de abastecimiento semejante, con el propósito de producir alarma colectiva. Note usted entonces, señor Presidente y señoras Juezas, que este tipo penal establece tanto elementos objetivos como elementos subjetivos, los elementos objetivos serían, repito, en el caso del delito en especie, tanto el hecho de interrumpir o paralizar, así como también el hecho de que se trataría de un delito de tendencia, ¿porque un delito de tendencia? porque en última parte menciona que todos estos actos que he dado lectura serían con el propósito de producir alarma colectiva, esa sería la intención que persigue los actos o verbos rectores señalados en este tipo penal, lo que se describe en el segundo inciso de este artículo 158, pues, repito, no por cuestión de tipo, no voy a leerlo por que guarda relación, si como producto de los mencionados actos se hubiera producido la muerte de alguna persona que agravaría el tipo penal, de tal manera que voy a obviar la lectura de la mencionada disposición. Quisiera, entonces, trasladarme ahora al hecho cierto de lo que sucedió el día 30 de septiembre del 2010. La profesora Mery Zamora tenía dos calidades, la primera

calidad era en función de ser asambleísta alterna del profesor Jorge Escala en la Asamblea Nacional, a ese momento principalizada, y en segundo lugar tenía la calidad de presidenta de la Unión Nacional de Educadores, siendo así, el día 30 de septiembre, es invitada a la ciudad de Guayaquil, acude a la ciudad de Guayaquil para cumplir una serie de actividades desde muy tempranas horas de la mañana, primero acude a medios de comunicación y aproximadamente a las siete, siete y veinte de la mañana, se encuentra ella dando una rueda de prensa y una entrevista en radio Morena, al momento de estar en radio Morena dando la entrevista se entera por el televisor que se encontraba dentro de la cabina de radio, de los acontecimientos que ya a esa hora, siete y treinta de la mañana, se encontraban desarrollándose en la ciudad de Quito. Sin embargo de ello, la profesora Mery Zamora tenía una serie de actividades, en primer lugar, tenía programado el hecho de acudir al colegio Aguirre Abad, colegio público de la ciudad de Guayaquil, para poder cumplir dos actividades muy puntuales, en primer lugar cumplir una invitación que había sido realizado por parte del Comité de Profesores, el Consejo Directivo de Profesores del mencionado colegio, en la que mediante comunicación que se aportó al proceso y a la audiencia respectiva como prueba documental, repito estoy claro en que no voy a referirme a la prueba, no quiero que se interprete así, es necesario por el tipo penal la adecuación que estoy mencionando, es necesario remitirme aquello que estoy mencionando, y menciona que el Presidente de la Asociación de Profesores, personal administrativo y de servicio, conociendo que usted estará en la ciudad de Guayaquil le solicitaban de manera más comedida se sirva dictar una charla relacionada con la nueva Ley de Educación y la Ley de Servicio Público en nuestro plantel, el día jueves 30 de septiembre. La comunicación la generó el Presidente, la Presidenta Adriana Villacís Cáceres, Darío López Macías Vicepresidente y en calidad de Secretario, Héctor Manrique Cedeño. Estas personas concurrieron a la audiencia de juzgamiento y dieron fe de que, efectivamente, la profesora Mery Zamora, no apareció en el lugar porque se le ocurrió ir al colegio Aguirre Abad, sino porque había que cumplir esa actividad, y así también, el Fondo de Cesantía del Magisterio Nacional, puesto que la profesora Mery Zamora en calidad de Presidenta de la Unión Nacional de Educadores, también era parte del Directorio del Fondo Nacional de Cesantía

del Magisterio Ecuatoriano, y en virtud de ello había recibido la invitación de parte del Presidente, la Presidenta, la licenciada María Villalba, para que pueda participar de las asambleas sectoriales que realizará el Fondo de Cesantía del Magisterio en el proceso de rendición de cuentas, según Convenio establecido con el Ministerio de Educación, ese convenio fue aportado, de igual manera, en el que se permitía el uso de las instalaciones de los colegios para que los profesores puedan realizar este tipo de reuniones. Y en virtud de ello, la invitación señalaba su presencia para el día jueves 30 de septiembre del 2010 a las nueve de la mañana. Siendo así, la profesora Mery Zamora, sale del centro de la ciudad, para quienes conocen Guayaquil, radio morena en pleno centro de la ciudad y decide trasladarse en un vehículo hasta el colegio Aguirre Abad, para ver la posibilidad de justificar si, efectivamente, se iba a cumplir con estos actos, pese a los acontecimientos que ya eran de conocimiento público en todo el país; sin embargo, llega únicamente hasta, aproximadamente, las instalaciones del cuartel modelo de la ciudad de Guayaquil, ubicado en la avenida de las Américas, llega hasta el lugar, se desembarca del lugar porque no podía avanzar, para quienes ubican bien la ciudad de Guayaquil, a pocos metros del Coliseo Cerrado Voltaire Paladines Polo, se encuentra ubicado el Cuartel Modelo de la Policía Nacional, observa a pocos metros de que en ese lugar se encontraban una serie de gendarmes miembros de la Policía Nacional apostados en los exteriores de la Policía, tratando de generar ya los acontecimientos que fueron de conocimiento público, al lado del Cuartel Modelo de la Policía Nacional, incluso se encuentra ubicado otro colegio público como es el Colegio Técnico Simón Bolívar, los estudiantes del mencionado colegio, aproximadamente a las nueve de la mañana, nueve y diez de la mañana ya se encontraban también afuera del colegio, incluso en el paso peatonal que existe afuera del colegio, varios estudiantes; decide avanzar, unos medios de comunicación la entrevistan a la profesora Mery Zamora, da su punto de vista, de que en todo caso se trata de un derecho que está previsto en la Constitución de la República, que podían realizar los policías y más allá de ello se retira para cumplir su actividad en el Colegio Aguirre Abad. Llega al Colegio Aguirre Abad, encuentra de que los alumnos del Colegio Aguirre Abad, también, ya estaban saliendo por una de las puertas que da al mismo paso peatonal, que conecta

también con el Colegio Técnico Simón Bolívar. Ingresa al plantel, al momento de ingresar al plantel, es recibido por los miembros del Consejo Directivo de los Profesores del mencionado colegio, y en virtud de ello, pues, es recibida. Dadas las explicaciones de que quiere saber si efectivamente las diligencias o los actos por los que había sido invitada se va a cumplir, y en virtud de ello, los profesores les dicen que habría que preguntarle al Rector del Colegio que se encuentra en la planta alta, para ver qué condiciones existe, puesto que los estudiantes no solamente se encontraban en el paso peatonal, sino que, incluso, los estudiantes, ya a las nueve y veinte de la mañana, se encontraban en el patio del mencionado plantel, con las actividades educativas suspendidas a ese momento por la gran conmoción que existía en el país. Llega Mery Zamora, es invitada al rectorado, sube al primer piso, el Rector del colegio la recibe, incluso avanzan hasta el auditorio, dejan constancia de su presencia y minutos después, aproximadamente diez minutos después, Mery Zamora, baja del lugar para el patio. En el patio, es recibida por otros profesores, al ver los estudiantes a Mery Zamora, Mery Zamora permanece en el lugar y los estudiantes se acercan. Se menciona en algún momento de que los incita y Mery Zamora, nunca ha negado el hecho de que además de cumplir estos actos en el colegio Aguirre Abad, tenía programado dos actividades más: una actividad en las afueras de la Defensoría del Pueblo de la ciudad de Guayaquil, en la cual Mery Zamora iba a trasladarse para poder dar su voz de protesta garantizado en la Constitución por la supresión del almuerzo escolar, que había sido generado por parte del gobierno nacional; y, en segundo lugar, una actividad que se iba a cumplir en la casona universitaria de la Universidad de Guayaquil, en la que se iba a analizar, aspectos que guardaban relación con algo que finalmente, el día de mañana, ella también iba a ser parte, la criminalización de la protesta social en el Ecuador. Se generan los actos en el patio, el vicerrector del colegio, el vicerrector general, se acerca donde Mery, le dice que no hay condiciones y en virtud de ello, disponen que uno de los compañeros profesores que se encontraban en el lugar, acerque su vehículo al patio para poder ella, embarcarse en el vehículo y salir del plantel. Diez minutos más de haber permanecido en el colegio, antes de las nueve horas cuarenta minutos, Mery Zamora, decide salir por una puerta, ni siquiera por la puerta que ingresó; decide salir por una puerta contigua, que es el

acceso y salida de los vehículos, que da justamente contiguo a una de las instalaciones de Pacifictel, hoy llamado CNT, sale del lugar y ninguna de las grabaciones como así son corroboradas, da cuenta que Mery Zamora haya salido con un solo alumno del mencionado plantel, tratando de arengarlos para que salgan a la vía pública o peor aún, se haya generado una interrupción de un servicio público, como es en este caso la educación. Lo cierto, entonces, en este caso, con los hechos que he descrito, la defensa, al fundamentar este recurso, en primer lugar, establece la incompatibilidad que existe, incompatibilidad porque, se trata de hacer aparecer en la sentencia, en primer lugar, el hecho de que a las nueve de la mañana del día treinta de septiembre, el Ecuador vivía una absoluta paz en todo el territorio nacional, eso es lo que se pretende hacer creer; se pretende hacer creer que el colegio Aguirre Abad, está ubicado en una isla solitaria de Guayaquil, no, no quienes conocemos la ciudad de Guayaquil, sabemos, claramente, de que el colegio Aguirre Abad está a menos de cincuenta metros del Cuartel Modelo, que era el epicentro de los actos que se estaban generando el treinta de septiembre y que, de ninguna manera, los estudiantes en los lugares contiguos, tanto el Técnico Simón Bolívar, como el colegio Aguirre Abad, no podían finalmente estar tranquilos a las siete y media de la mañana, con toda esta serie de protestas que ya se encontraban en las calles, repito, con gases, en el caso particular, con las llantas que habían sido quemadas por parte de los gendarmes y que se encontraban a los exteriores del Cuartel Modelo de la Policía. Se quiere hacer creer, también, en esta sentencia, que una sola mujer es capaz de haber ingresado y de haber logrado la interrupción de todo el servicio público de educación en el país, que una mujer ha sido capaz de poder lograr la paralización del servicio público de la educación en el colegio Aguirre Abad, aproximadamente, a las nueve horas treinta de la mañana del día en referencia, cuando ya las actividades desde las siete y media y ocho de la mañana, ya se encontraban, evidentemente, suspendidas. Qué es lo que dice entonces la sentencia, porque a nosotros nos corresponde tratar de establecer dónde está la violación y aquí, en primer lugar, nos sorprende, porque, más allá de que encontramos acá, ciento nueve páginas, ustedes se van a dar cuenta que cerca de noventa páginas corresponden a la transcripción textual de la audiencia, esa transcripción en la que ya ha mencionado el defensor Pedro

Granja, se mencionan cosas tan atroces, tan absurdas, tan vergonzosas para la justicia, como el hecho de poder sustentar en testimonios referenciales, como el hecho de sustentar la certeza de la comisión de un delito en encuestas realizadas por parte de un profesor, parte del Ministerio de Educación, que fue que aportó las pruebas y que genera una encuesta a menores de edad, sin siquiera haber pedido autorización a los padres de familia en la que mencionan: 'Es verdad que Mery Zamora ingresó a incitar a los estudiantes el día treinta de septiembre?' Entonces aquí tenemos tres encuestas que dicen, de las cien que dice que, efectivamente, Mery Zamora procedió a incitar a los estudiantes. Sí, pero ¿dónde está el verbo rector de haber logrado la interrupción? o ¿de haber logrado justamente la supresión del servicio público de educación?; ¿dónde se justificó el hecho de que haya sido con el propósito de lograr alarma social? ¿qué es lo que dice, entonces, la sentencia en la última parte? con su venia, señor Presidente: 'en la especie -dice- el delito materia del presente juicio se encuentra tipificado como tal en el artículo 158 del Código Penal, esto es lo que en la doctrina penal se denomina tipicidad, el delito es atribuido a una persona natural, en el caso concreto a la profesora de Mery Segunda Zamora García, persona natural que actúa con conciencia y voluntad en la comisión del delito, lo que ha quedado evidenciado de las pruebas aportadas y analizadas en este fallo, en tal virtud siendo que el delito que se acusa se encuentra tipificado como infracción en nuestra legislación penal, y conforme se encuentra establecido en esta resolución fue la procesada, quien junto a sus acompañantes, el día treinta de septiembre del dos mil diez, a decir de la misma procesada, entre las nueve horas veinte y nueve horas veinte y cinco' -ojo con la hora, nueve horas veinte, y nueve horas veinte y cinco, lo dicen los jueces- 'ingresan al colegio e incentiva a los estudiantes para que salgan a protestar' ¿dónde está la irrupción? No, fueron recibidas las profesoras, 'el momento en el que el país se encontraba en estado de conmoción nacional', lo dicen los jueces; 'cuando ella ingresa, es el momento en el que el país se encontraba en estado de conmoción nacional, lo que fue público y notorio que aconteció, delito que ha quedado evidenciado con las pruebas aportadas por Fiscalía, sin lograr las aportadas por la defensa desvirtuar esa circunstancia, siendo así, ha quedado perfectamente establecida la relación causal entre la infracción penal y la responsabilidad de la acusada. en el grado de autora,

conforme lo dispone el artículo 42 que en su parte pertinente indica ‘se reputan autores los que han perpetrado la infracción de manera directa e inmediata’, en la especie, conforme a lo analizado, fue la profesora Mery Segunda Zamora García, quien de manera directa arengó a los estudiantes del colegio Aguirre Abad, a que participen de la protesta que ese día miembros de la Policía Nacional llevaban adelante, expresiones que el Tribunal pudo escucharla y ver el momento en que la procesada las pronunció e intervenía’. El delito, entonces, se configuraría con el verbo rector ‘arengar’ según los jueces y no con el verbo de irrumpir y con el verbo rector que ha sido suspender o paralizar un servicio público, como es el servicio de educación en el mencionado colegio. Agregan los jueces en la página ciento seis: ‘Siendo así, los testimonios de Daniel Edwin Briones Porras, Carla Fernanda Sosa Balseca, Edison Isidro Almachi Vera, Rosa Mireya Cevallos Arteaga, Rodolfo Antonio Flores Padilla, y Tania Teresa Macías Brisaga, son suficientes para establecer tanto la existencia material del delito que se acusa y la consecuente responsabilidad penal de la acusada, en consideración de que siendo referenciales unos y presenciales otros’ lo dicen los jueces, estoy leyendo: ‘son concordantes entre sí y guardan relación con el testimonio rendido por la procesada, en cuanto coinciden en la presencia de aquella en las instalaciones del colegio y con ciertas circunstancias específicas, como el hecho de que los estudiantes estaban alterados’, los estudiantes estaban alterados cuando llega Mery Zamora, lo dicen los jueces ‘que estuvo en la parte superior del colegio en las inmediaciones del rectorado, que estuvo en el patio donde fue rodeada por los estudiantes, unido a esto, el testimonio directo de los testigos presenciales del hecho y las imágenes del video presentado como prueba documental, llevan al Tribunal a la certeza de que se encuentra demostrado conforme a derecho, se requiere las circunstancias específicas determinadas en el artículo 85 del Código de Procedimiento Penal.’ Estos son los argumentos que dan los jueces para poder establecer. Y sólo algo más, en la página noventa y cinco, se hace referencia a otro aspecto donde ya hace mención a los verbos rectores al hecho de interrumpir o paralizar servicios públicos, hacen un análisis para que una persona responda penalmente por un determinado acto, ya sea este de acto u omisión, el mismo debe estar previamente tipificado y, hace mención al tipo penal, que ya ha sido mencionado

en el artículo 158, mencionan, incluso, diccionarios penales donde se establece el concepto de lo que significa el alcance interrumpir y paralizar, y agregan el literal b.3 lo siguiente: 'el delito se constituye no solo por el hecho de haber incentivado a los estudiantes para que salgan a protestar, sino por el hecho también de haber interrumpido o paralizado un servicio público, actitud que de conformidad con el numeral quince del artículo 326 de la Constitución, se encuentra prohibido y en el derecho público, lo que está prohibido, no está permitido' No sé a qué se refieren con esa frase, la he leído diez veces y no puedo entenderla, 'al haber ingresado al colegio, que como todo ciudadano de este país, tiene el derecho de hacerlo, pero al haber adoptado una conducta prohibida por la ley, cual es lograr que el colegio se convulsione' contrario a lo que dicen páginas después, que ya estaba convulsionado, que ya estaba toda una alteración por parte de los estudiantes, los mismos jueces son los que llegan a esta conclusión, 'cual es lograr que el colegio se convulsione, que los estudiantes se distraigan de su emisión' porque según ellos el país vivía en absoluta paz, 'aparte de incentivarlos para que indirectamente apoyen y formen parte de una protesta, que para el momento fue extremadamente peligrosa, se hace evidente que la actitud adoptada por la acusada, el día treinta de septiembre del dos mil diez, a partir de las nueve horas veinte y nueve horas veinte y cinco,' repiten la hora, nueve horas veinte y nueve horas veinte y cinco 'que según su testimonio, ingresa al colegio hasta el momento de su partida, que según los testimonios vertidos en la audiencia, fue a las diez de la mañana. No obstante, aunque la procesada no indica la hora aproximada de su partida del colegio, así como es imprecisa en cuanto a la hora aproximada de su llegada, por cuanto inicialmente manifiesta que llegó a las nueve horas, nueve horas veinte y cinco, posterior a una de las preguntas que le realiza la Fiscalía, -oh contradicción-, '¿diga la señorita procesada a qué hora aproximadamente llegó usted al colegio Abad, el treinta de septiembre?' Responde 'a las nueve horas, entre las nueve horas y nueve horas cuarenta' 'Gran error, se confundió en diez minutos; hay una gran contradicción de Mery Zamora, porque se equivocó en diez minutos en la hora de entrada, aproximadamente, momentos que no distan mucho uno del otro, pero para el caso, son significativamente distantes, 'Sin embargo, la procesada manifiesta en su testimonio haber estado en los interiores del colegio

entre diez y quince minutos, por tanto considerando la hora de llegada indicada por ella, entonces la hora aproximadamente de su partida, tuvo que haberse dado entre las nueve horas cuarenta y cinco y nueve horas cincuenta. Consecuentemente, conforme se observa en el video exhibido en audiencia, fue tiempo más que suficiente para lograr su cometido, esto es interrumpir y paralizar actividades del ya mencionado colegio, consecuentemente, se evidencia el hecho típico, descrito en la figura penal acusada.' Es importante agregar que a esta audiencia, incluso de manera risible, acudió la Directora Provincial de Educación del Guayas, y cuando se le pregunta, si ella fue la que paralizó y dispuso la paralización del servicio público de educación el mencionado día, para salvaguardar la integridad -por supuesto no estoy diciendo que por otro objetivo- de los estudiantes, dijo 'sí, yo fui la persona que suspendió no solamente en el colegio Aguirre Abad, sino en todo el territorio nacional, se procedió a la paralización y suspensión del servicio de educación, para salvaguardar la integridad de los estudiantes'. Y, entonces, cabe señalar algo que de repente lo aprendemos en pregrado, pues, en las aulas universitarias, aquí en el Código Penal ecuatoriano, menciona claramente el artículo 15: 'Causa de inculpabilidad: la acción u omisión prevista por la ley como infracción, no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor'. Si hubo la interrupción en la que, no sé si a alguien le quede duda en el Ecuador, si hubo o no, conmoción nacional en el país, si a alguien le quede duda que respecto a la paralización del servicio de educación por parte de las autoridades educativas, no solamente en el Guayas, en todo el país, como luego lo admitió el mismo Ministro de Educación, se debió a un caso de fuerza mayor, no fue porque Mery Zamora es batichica, ni la mujer maravilla, para poder haber logrado, la suspensión o paralización del servicio público de educación, ni en el colegio Aguirre Abad, ni en ningún otro lugar y que no queda la menor duda de que los actos fueron generados por un reclamo, una protesta de sus derechos por parte de la Policía Nacional, y en ese sentido, haberse generado más allá de que la misma ley penal establece, haberse generado esta sentencia, en la que se establece más allá de lo que menciona el Dr. Granja, al respecto de si hubo o no hubo, incitación para poder reclamar, y para poder establecer un derecho, que está garantizado en la propia Constitución; hasta donde conocemos el artículo 66 de la Carta Política establece claramente

el derecho a poder expresar libremente nuestro pensamiento, el artículo 66 establece nuestro derecho de poder reunirnos libremente, el artículo 66 establece mi derecho como ciudadano para poder establecer una y transitar libremente, pero eso que establece por un lado la Constitución como derecho, el día de hoy, lamentablemente, está siendo materia de criminalización. Repito, nosotros hemos venido acá por el respeto a la majestad que se merecen cada uno de ustedes, ya lo mencionó el doctor Granja, nosotros confiamos, más allá de nuestra desconfianza y, lamentablemente, no ser parte y no garantizarse en la actualidad una justicia independiente, imparcial, no porque lo digamos nosotros como defensores, porque lo dijo ya el Presidente de la veeduría internacional, don Baltazar Garzón, porque lo dijo en un informe de diciembre del año dos mil once, generado por el doctor Fernando Gutiérrez, Defensor Público del país, donde se mencionaba ya y daba cuenta que en el Ecuador se estaban generando procesos para criminalizar la lucha social. Ya lo ha dejado expuesto, y esos informes nos van a servir, el día de mañana para acudir ante la justicia internacional y para poder demostrar lo que realmente sucedió en este proceso, pero no queremos perder la última esperanza, queremos no solamente que ustedes puedan revocar esta sentencia y casarla, queremos, sobretodo, pedirles que le devuelvan algo más importante a Mery Zamora, que le devuelvan la confianza que, lamentablemente, ha perdido en la justicia de su patria, que eso es algo mucho más importante, que el día de hoy ella está reclamando ante ustedes. Gracias señor Presidente y señoras Juezas por haberme escuchado”.

4.2. Fiscalía: La Dra. Paulina Garcés inicia su intervención y manifiesta: “Muchas gracias señor Presidente, señoras Juezas, miembros de este Tribunal, señores doctores Pedro Granja Angulo, Juan Vizueta Ronquillo, entre otros abogados y la señora licenciada Mery Segunda Zamora García, funcionarios, asesores de la Fiscalía General del Estado, que están conmigo esta mañana, señor Secretario, funcionarios judiciales, señores de la Fuerza Pública. Señor Presidente, señoras Juezas, yo creo que es imprescindible en este caso, iniciar dando lectura a lo que establece el artículo 82 de la norma constitucional, que nos dice que: ‘El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.’; lo

cual genera una obligación del órgano de jurisdicción penal, para ceñirse a lo establecido en la norma constitucional y en las demás normas, tanto sustantivas cuanto adjetivas, penales, relacionadas con el proceso penal. Es necesario señalar que la casación es un juicio sobre la sentencia, y por ello no podemos entenderlo como una leve instancia en la que pueda volverse a plantear elementos, no solamente probatorios, como lo hemos escuchado en la mañana de hoy, sino de revisión en extenso de todo el trámite procesal penal. Y tampoco puede entenderse al recurso de casación, como una casi potestad ilimitada del juzgador, para que pueda seguirse revisando la prueba una y otra vez, una y otra vez; tanto en los aspectos fácticos, de todo lo que se integró o incorporó como el efecto probatorio en el proceso. Todo lo contrario, de conformidad, a lo que dispone el 349 del Código Procedimiento Penal, el recurso de casación es un recurso, primero extraordinario, y por ser extraordinario, también, es limitado, ¿limitado a que? a las causas que taxativamente establece el artículo 349, esto es, demostrar, esto corresponde a quien hace la proposición jurídica, en este caso, demostrar ante ustedes, señor y señoras Juezas, que el juez en la sentencia violó la ley por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación o por errónea interpretación del texto. Y es eso lo que tenía que señalarse, yo quiero remitirme un poco a lo que Hernando Morales Molina, en su libro de la *Casación* señala sobre qué es el error de derecho, y ese es un criterio muy claro, de qué es lo que esta mañana tenemos que buscar. Dice que: '(...) el error de derecho se produce cuando la facultad completa de la ley proclamada por el juez, como existente en su sentencia no coincide con la voluntad efectiva de la ley, eso torna entonces, dice el autor, injusta una sentencia. Y por ello, es esa la obligación de la defensa, demostrar cuál ha sido la voluntad de la ley y cuál el equívoco del juzgador, debió haberse demostrado el yerro judicial, pero para demostrar el yerro judicial, yo no puedo irme hacia una alegación de temas, primero que tienen que ver con el trámite del proceso, porque aquí existe una, para mi resulta un poco inatendible, soy muy honesta con ustedes; el hecho de que mientras que el doctor Pedro Granja, señaló que el error de derecho se produce, y en este caso esta casación, decía él, está fundamentada en el error *in iudicando iure*, es decir, en la ley; sin embargo, inmediatamente, el otro señor abogado de la defensa, con mucho respeto, además, al Dr. Vizueta, mi amigo, debo señalar que, en cambio

se fue por el lado solamente fáctico, solamente fáctico, y mas que fáctico, de revisión de proceso, porque hemos hablado de qué pasó en la indagación; luego, además, hemos hablado de los trámites procesales, y yo me pregunto, y debo preguntar también, debo dejar la pregunta en el aire, sobre todo para la defensa, ¿cómo es posible que hoy se argumenten asuntos por ejemplo de nulidad?, se nos ha dicho que se ha violado la ley, se viola la ley, porque en la sustanciación del proceso, se ha violado dice el trámite previsto en la ley siempre que tenga relación, que haya influido en la decisión, que es la causa en la causal tercera del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, que lo señaló el señor doctor Juan Vizqueta Ronquillo. Él nos dijo que en este caso hay una nulidad, que debió haberse dado, debió haberse dado, en el momento en que se produjo una desestimación, desestimación que, según él, no es una desestimación provisional sino definitiva, y yo quiero indicarles que no. Que para que se cierre finalmente una indagación, debe pasar el lapso de un año para declarar el archivo provisional en definitivo, eso no lo dice la Fiscalía, eso lo dice el artículo 39.1 del Código de Procedimiento Penal. Por lo tanto, entonces, cuando existen elementos de convicción que permiten re aperturar un archivo provisional del juez, puede hacérselo, así lo establece la norma, porque caso contrario, entonces, estaríamos ante una imposibilidad del órgano titular de la acción penal, de encontrar elementos, elementos nuevos de convicción con los que se puedan reabrir las investigaciones. Eso es una facultad que tiene la Fiscalía, formal, procesal penal, que está fundamentada en el artículo 82 de la Constitución, que es la seguridad jurídica, también, que nos ampara y que además se extiende no solamente al juzgador, sino también a la defensa, y también a la Fiscalía, recordemos que nosotros los sujetos procesales, Fiscalía y defensa, debemos actuar con absoluta honestidad, con lealtad, incluso la lealtad de proceso, que nos obliga el mismo Código Orgánico de la Función Judicial, que nos obliga a ambas partes actuar con nuestra lealtad, es por eso que yo les decía que para mí, me resulta inentendible las dos posiciones que han presentado, tanto el doctor Granja, cuanto el doctor Vizqueta, porque ambos nos han hecho dos temas absolutamente contrarios, absolutamente contrarios, el uno me habló de una nulidad, que mas bien yo entendería que él lo que quiso hablarnos, es no de la nulidad procesal, contenida en el artículo 330 del Código

Procedimiento Penal, sino que yo debería entender, que a estas alturas y en este lugar, ante el más alto Tribunal de Justicia, estamos hablando de las nulidades que provienen por la nulidad constitucional, que es la única admitida en este momento, en este momento ya no cabe la aplicación del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal. Primero, porque estamos en un recurso de casación y no de nulidad, por una parte y luego porque existe ya las fases precluidas del proceso penal, y como bien lo dijo el doctor Granja, este no es un error de procedimiento, sino el error de derecho, y es hacia allá a donde deberíamos irnos; sin embargo, señalo yo y la Fiscalía, con mucha honestidad y con mucho respeto hacia mis colegas, debo señalar que estoy dividida entre dos teorías absolutamente contrarias expuestas por los dos doctores de la defensa, y eso es verdad. Luego de hablar, de temas generales que fueron estos de la nulidad, debemos estar claros que no son parte del recurso de casación; voy a contestar primero, las alegaciones que formuló el doctor Granja. Él ha señalado muy claramente la disconformidad, ha dicho, con el hecho entre el hecho y la calificación que dio el Tribunal. Y, al respecto, señor Presidente, señoras Juezas, yo quisiera con un tema puntual, creo es necesario señalar sobre qué sentencia debió haberse tratado la mañana de hoy, aquí existen dos sentencias, la primera que fue remitida por el Tribunal Décimo de Garantías Penales del Guayas, el día 12 de junio del año 2013, a las 16h45, que es aquella a que los dos señores abogados han hecho referencia y han leído incluso, las argumentaciones que hace el Tribunal y la segunda que es la sentencia sobre la cual debió haberse formulado el recurso de casación, que es aquella que fue emitida por la Primera Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial del Guayas, que fue emitida el día lunes 2 de diciembre del año 2013, a las 11h53, que es la sentencia que resuelve el recurso de apelación que fuera interpuesto por la procesada Mery Zamora García. Por lo tanto, la sentencia sobre que correspondía hacer las alegaciones, no es la del Tribunal en la cual se han centrados nuestros señores abogados, sino aquella que fue emitida, que es la última, que es la que ha causado estado, esta es la que causa justamente, origina este recurso de casación o debió haberlo originado, que es esta emitida por la Primera Sala de lo Penal; en esta sentencia, efectivamente, se confirma la sanción, que fue la dictada en contra de la licenciada Mery Segunda Zamora García, como autora del delito tipificado en el

artículo 158 del Código Penal, imponiéndole una pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, y una multa de 87 dólares de los Estados Unidos. Entonces, nos ha señalado el señor abogado, y en esto sí ha sido coincidentes ambos, debo señalarlo, que el problema que el estima en el error *in iudicando in jure*, se da porque no existe, dice él, una adecuación de la conducta de la licenciada Zamora, con el hecho. Sin embargo, si nos remitimos a lo que ha dicho el señor doctor Juan Vizueta Ronquillo, que ha sido muy claro en señalar, primero ha dado lectura al artículo 158 del Código Penal, ha establecido que existen varios, varios, verbos rectores: destruir, deteriorar, inutilizar, irrumpir, o paralizar servicios públicos; y él mismo, nos ha dicho, y esto entre comillas, indico que la educación es un servicio público, y esto lo pongo entre comilla porque así es como yo lo tomé y lo apunté. Por lo tanto, la pregunta es, ¿se irrumpió o se paralizó un servicio público?, y él ha dicho que no; y la Fiscalía dice que sí, que sí se lo irrumpió; y ¿porque razón? el doctor Vizueta señaló -y pido al Tribunal me disculpe pero tengo que hacer relación a los temas fácticos porque solo temas fácticos son los que se expusieron, entonces no tengo sino que verme obligada a contestar estos temas fácticos, porque es eso lo que aquí se ha expuesto-, señaló, el señor abogado que en este caso, hubo dijo él la asistencia de la señorita o la señora licenciada Mery Segunda Zamora García hacia el Colegio Aguirre Abad, porque se hicieron dijo él, dos circunstancias, la primera que fue una charla que iba a dar, una invitación de una charla sobre la Ley de Servicio Público; y, la otra iba a una reunión del Fondo de Cesantía. Dos temas, fíjense ustedes, que en realidad no tenían que ver con los estudiantes, no tenía que ver con ellos, y ha señalado también que ella permaneció en este colegio algún tiempo, porque se iba hacer estas dos actuaciones, queda claro que ella iba a permanecer más tiempo, y lo que dio lectura de las nueve horas veinte o nueve horas veinte y cinco, es la hora de entrada, no es que ella permaneció cinco minutos, es que se dice, dice la sentencia, que su ingreso se dio entre las nueve horas veinte o nueve horas veinte y cinco al colegio, es eso lo que se ha señalado; quiero dejar claro estos puntos, porque al parecer se entendería que ella estuvo cinco minutos y no, no es así. Pero además, señaló el señor abogado, una cosa que a mí me llamó mucho la atención, porque el indicó que las actividades del colegio estaban suspendidas. Y yo me tengo que remitir en realidad a lo que

se señala en la prueba, y eso vuelvo a repetirlo, lo hago porque solamente ha habido argumentación fáctica, no argumentación conforme lo exige el 349, y por ello tengo que irme al testimonio de Mónica Rebeca Franco Combo, que es la Sub Secretaria de Educación, en ese entonces, quien señala que cuando le preguntan, dice el Fiscal, le preguntan ¿si es que las clases continuaban en el establecimiento?, y que es lo que señala esta testigo, sí, dice. 'Efectivamente hubo la disposición expresa, por teléfono dada en ese momento al Rector del establecimiento, abogado Arturo Cepeda. Lo llamé por teléfono, y le manifesté mi decisión de no suspender las clases" dice, por los antecedentes que refirió porque habían, como bien lo señaló el señor abogado, ya había habido antecedentes en estos colegios y en este colegio en especial, sobre algunos asuntos de fechas anteriores y circunstancias anteriores. Por lo tanto, vean ustedes, que las clases entonces no estaban suspendidas, había la orden de una funcionaria que tenía la potestad y la competencia para hacerlo, como era la Sub Secretaria de Educación, que habló con el propio Rector del Colegio a esas mismas horas, y señaló que no, que las clases no estaban, pero además, existen testimonios por ejemplo, de algunas otras personas, profesoras, que estuvieron allí, en las que se establece que ellas escucharon, o escuchó esta persona, que es un testigo en este caso, yo diría ya presencial de los hechos en que dice que ella llegó, dice la licenciada Mery Zamora con tres acompañantes, y que primero dice ella, se unió a la línea que estaban formándose en la policía, pero luego ellos se retiraron, porque hubo dice empujones entre ellos, y salieron de ahí y se fueron hacia el colegio, pero cuando ella vio, dice, la señora Mery Zamora, que bajaba la escalera, ella bajaba y preguntaba ¿y ahora que hacemos?, es entonces, dice, cuando ya se fueron a ver a los alumnos. Pero, además, existen pruebas que no fueron realmente impugnadas, por la defensa en ningún momento, como son otros testimonios, del señor teniente Daniel Edwin Briones Porras, que realizó el peritaje de audio y video, en los cuales se encuentra que la licenciada Zamora, está allí, y que estos dice, que lo han sido editados. También existen los testimonios de los peritos que realizaron la pericia de identidad física sobre las personas que estaban en estos videos, estos son Carla Fernanda Sosa Balseca, que revisan al igual que Edison (inaudible), y señalan que las características físicas y morfológicas corresponden a las características de la señora

licenciada Mery Segunda Zamora García. Existe una prueba técnico científica, señores jueces, que no fue impugnada, no ha sido impugnada, no ha sido modificada, ni ha sido cambiada, por lo tanto, existieron elementos probatorios suficientemente determinantes, directos, claros, que dan cuenta, que el hecho se cometió y que la persona que hoy ha sido sentenciada, estuvo y cometió, es la autora del hecho delictivo. Vale señalar, además, y hablando ya en el tema que yo les decía, que los dos abogados sí coincidieron, y es con este tema del tipo penal, el tipo penal dice que se reprime, a quien destruya deteriore, inutilice, interrumpa o paralice servicios públicos, entre otros, con el propósito de producir alarma colectiva, y yo voy a tomar las palabras del señor doctor Juan Vizueta, porque él dijo que en esos momentos, dijo él, había momentos de conmoción, conmoción, y él, justamente se aprovecharon de esos momentos en que se iniciaba la conmoción en la ciudad de Guayaquil, justamente para interrumpir, primero un servicio público como lo es la educación, porque se sacó a los estudiantes, salieron fuera pese a que existía una orden de la Sub Secretaria de Educación, de que las clases no se paralicen, que por lo tanto, que se mantenga a los estudiantes dentro; sin embargo, en este caso se irrumpió y se paralizó este servicio público. Y segundo, que es el tema de que se aprovecha de estas circunstancias justamente, para coadyuvar con esta alarma, esa es la verdad. Esa es la verdad de los hechos, y eso es no lo que dice la Fiscalía, lo dejó muy claro, sino aquello que consta en la norma, en la prueba, que se realizó tanto ante el Tribunal, y que luego al amparo de lo que permite el recurso de apelación, ese sí nos permite hacer una revisión probatoria, total y absoluta del proceso. En este caso, podemos ver, cómo ustedes podrán analizarlo, además, la prueba da cuenta que los hechos se suscitaron, que la conducta de la señora licenciada Mery Segunda Zamora García, se adecúa perfectamente a lo que dispone el artículo 158 del Código Penal, y que su participación en el hecho se encuentra, además, demostrado conforme la norma constitucional y la norma procesal penal lo exige, pues toda la prueba, que ha sido incorporada, cumple lo que establece el artículo 83 Código de Procedimiento Penal, es decir, el principio de legalidad, que se requiere para la validez probatoria. En lo demás, se dice, fíjense ustedes, y por eso decía yo, que para mí es inentendible las dos posiciones de los dos abogados que aquí han expuesto, porque mientras que el señor

abogado Granja, nos habló de este error *in iudicando de iure*; luego nos están hablando también aquí de que el otro abogado habla de que el hecho se suscita, pero que ella no es la autora, -debo entenderlo así-, porque en realidad tampoco fue clara su exposición, pero además, luego se nos dice que no hay infracción, para luego decirnos que hay causa de exclusión de la culpabilidad por caso fortuito, entonces para mi todas estas teorías, mezcladas y juntas son realmente inentendibles; son inentendibles, porque estamos mezclando y uniendo tantas teorías juntas, que en realidad no sabemos qué mismo es. Lo que sí está claro, es que si existe prueba que da cuenta, exactamente, de que el hecho se suscitó y de la participación de la señora licenciada Zamora García, está claro y es evidente, señor Presidente, señoras Juezas, que existe disconformidad con la defensa, por la sanción que ha sido dictada y que, además, debo señalarlo de conformidad a lo que establecen los instrumentos internacionales, cumple el parámetro del doble conforme de condena, pues tanto el Tribunal Décimo Cuarto y la Primera Sala de lo Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial del Guayas, ambos emiten sentencia de condena, sentencia que, además, la primera en ejercicio de los derechos constitucionales y demás instrumentos internacionales, que ampara a toda persona que está en proceso, ha sido confirmada lo que cumple un parámetro constitucional y de instrumentos internacionales, frente a ello, señor Presidente, la Fiscalía encuentra que los argumentos hoy esgrimidos no han logrado establecer, no han logrado cumplir lo que establece, tanto el artículo 82 de la norma constitucional, como el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, que obliga a la persona que propone un recurso de casación, demostrar e identificar cual ha sido el error judicial que se atribuye al órgano de jurisdicción penal que sentenció, pero, además, recuerden ustedes que se ha hablado solamente de la sentencia de primer nivel, nunca se analizó la sentencia de segundo nivel, en este caso, razón por la cual la Fiscalía, estima que, en cuanto a lo que es recurso de casación en los términos establecidos en el artículo 349, no se han cumplido, razón por la cual, solicita que deseche por improcedente el recurso. Gracias señor Presidente, señoras Juezas.”

4.3. Replica: Se concede la palabra al doctor Pedro Granja Angulo, quien manifiesta:

“Señor Presidente señoras Juezas, es evidentemente gratificante iniciar un debate estrictamente de razones de derecho, como diría el profesor Ferrajoli, con la destacada representante de la Fiscalía, debe ser que yo me ausenté muchos años de mi Patria y he vivido entre Italia y España y allá, por ejemplo en Castilla la Mancha, con el profesor (ininteligible) por ejemplo, que si la sentencia primaria es la que origina la ruptura entre un hecho y un tipo penal, ésta es la materia nuclear de la casación, por favor, se ha dado lectura a un jurista que no conozco, debe ser muy bueno, yo prefiero darle lectura al profesor Zavala Baquerizo, gloria de la Universidad de Guayaquil, el error de derecho se refiere tanto a la calificación jurídica de los hechos previamente establecidos por el juez, como las consecuencias jurídicas de dicha calificación, cuando existe disconformidad en la sentencia, entre el hecho declarado verdadero y la ley del tipo penal habrá error de derecho, error *in iudicando de iure* jamás se ha hecho relación al error *in iudicando de facti*, mucho menos al error *in procedendo al ditio in procedendo* cuando este hecho es mal calificado en la sentencia o, aun siendo bien calificados, se extraen de él consecuencias jurídicas absolutamente diversas, evidentemente procede la casación. Sí, ciertamente, señor Presidente, señoras Juezas, aquí la distinguida representante de la Fiscalía, en varias ocasiones, ha tratado de escindir, de dividir, la defensa en dos partes; no, el profesor Vizuela, veinte y cinco años catedrático de todas las universidades de Guayaquil, algo tiene que haber aprendido de derecho penal, algo tiene que haber aprendido en todos estos veinte y cinco años sobre la casación, él está haciendo una relación de cómo llega al mentefacto conceptual el tribunal de instancia, el que emite la sentencia violatoria de derechos fundamentales de Mery Zamora, al aplicar un tipo penal cuando se refiere en casi toda la sentencia, a la incitación, a arengar, entonces, esos no son los verbos rectores para poder condenar por sabotaje, por el amor de Dios, sí, yo no podría, señor Juez, irme a mi casa, almorzar tranquilo, mucho menos dormir después de acusar a una madre de familia y pedir la sanción de ocho años de reclusión, para que muera en una cloaca simple y sencillamente porque arengó, porque incitó, pero aun cuando haya arengado o haya incitado, no se corresponde con el tipo penal de sabotaje, yo le ruego a la representante de la Fiscalía, que me explique cómo arengar y cómo incitar, según la sentencia de

instancia, que grandes tratadistas, no yo, que soy un humilde estudiante de derecho, grandes tratadistas españoles e italianos. En todo caso, señor Presidente, siempre me estoy refiriendo con el mayor respeto a la distinguida jurista, pero no se preocupe, si, acepto su..., bueno en este país siempre discutimos por estas cosas ¿no? Repito, he invitado a la representante de la Fiscalía que me diga cómo se da el hecho declarado como verdadero, la incitación y la arenga, cómo se encapsula con el tipo penal por el que terminan condenando a Mery Zamora, eso es lo que hay que explicar, con razones de derecho, señor Presidente, para poder condenar a un ser humano, es lo único que estamos pidiendo, yo le ruego me permita leer a otro jurista que me parece que es conocido, el profesor Zaffaroni, a quien en alguna oportunidad, como Federación Nacional de Abogados del Ecuador, logramos traer al Ecuador, el profesor Zaffaroni, dice: 'en consecuencia, el ejercicio del derecho de petición a las autoridades, la manifestación pública que lo ejerza, el público que se reúna para hacerlo, por más que, por su número, cause molestias, interrumpa por su paso o presencia, la circulación de vehículos y de peatones, provoque ruidos molestos, deje caer panfletos que ensucien la calzada; estará ejerciendo un derecho legítimo en el estricto marco institucional, queda claro que, en estos supuestos, las molestias, ruido y suciedad se producen como consecuencia necesaria de un número de personas reunidas, transitando, provocando interrupción, que es realmente casual y, pero, en ningún caso se lo puede considerar un tipo penal, no hay tipicidad allí. Señor Presidente, reitero mi invitación a discutir el error *in iudicando de iure*, estoy diciendo que, aquí se ha declarado un hecho como cierto, pero no está encapsulado en el tipo penal por el que terminan condenando a la procesada, reitero mi invitación a lo siguiente: no podemos extraer que los derechos de asociación, de libertad de expresión, de protesta pacífica, son derechos de segunda generación, o también me van a decir que no son? Son derechos de segunda generación, los derechos de segunda generación, pertenecen al campo de lo estrictamente político, extraerlos de su natural escenario para llevarlos a las cortes penales, es la manera más fácil de dejarlos sin solución, elastizar los tipos penales, convertir este Código Penal, que debe servir para regular, para proteger bienes jurídicos, y no para proteger la erosión de la norma, como diría el profesor Jacobs, convierte a este libro en una pistola, en un rastrillo, es

decir, estamos diciendo a todas las personas, nadie puede protestar, nadie puede reclamar absolutamente nada, porque, o si no te vas ocho años preso, doce años preso, evidentemente para el amigo hay otro Código Penal, para el amigo se le pone tres meses, pero hay algo importantísimo señor Presidente, señoras Juezas si el Estado de derecho es perfecto, no sería lícito protestar, por vías no institucionales, si el Estado de derecho logra satisfacer todas las necesidades sociales, no sería lícito ninguna protesta social, pero los Estados de derechos, en la praxis, no pueden ser perfectos, aquí no se puede culpar al señor Presidente de la República de no cumplir con todas las exigencias de la población, no puede hacerlo, es imposible, en esa línea, siempre quedan resquicios para ejercer la protesta por vías no institucionales, de forma pacífica, entre ellos arengar, gritar, lanzar un panfleto, tocar un bombo; reitero, arengar, incitar, implica señor Presidente, nosotros que hemos estudiado en la universidad del pueblo, implica eso, encapsularlo en el tipo penal de sabotaje, esa es la invitación que estoy haciendo. Aquí he escuchado en varias oportunidades, que no se entiende a los abogados, pero, que se pide siempre sanción para Juan Vizqueta, y para Pedro Granja en todas las audiencias posibles, para que la judicatura nos deje sin poderle dar de comer a nuestros hijos seis meses, cinco meses, pero al final, señor Presidente, la discusión no es seria, porque lo que se está diciendo aquí, es que un abogado plantea el error *in iudicando* y el otro, supuestamente, plantea el error *in procedendo*, no es así, no estamos discutiendo el *quantum* probatorio, sino las consecuencias que llevaron a los jueces a determinar, ¿qué cosa? un hecho calificado como verdadero, que reitero, no se compadece con el tipo penal por el que se condena. Terminar señalando, señor Presidente, qué diría el profesor Ferrajoli, en su obra cumbre *Diritto e ragione*, siempre debe haber un juez en Berlín, siempre un juez en Berlín, un juez capaz de condenar, aun cuando toda la población pida la absolución, y un juez capaz de hacer lo contrario, aun cuando tenga el gasto y él y la (ininteligible) detrás de él y las presiones totales detrás de él, para liberar a la persona que es inocente, se ha dicho que nosotros no hemos logrado probar la inocencia de Mery Zamora, pero eso es invertir el *onus probandi*, reitero no estoy discutiendo el *quantum* probatorio, de ninguna manera, que ésta mujer ingresó, que salió a las cuatro de la tarde, a las 10 de la mañana, digo, ser imprecisa en la hora, según la

sentencia, es sabotaje; pero reitero, yo he dejado claramente determinado, una invitación para que se me diga, ¿cómo es que no se produce el error *in judicando en iure*? El profesor Vizueta, ha hecho una exposición larga, de cómo es que los jueces llegaron a la conclusión para establecer un hecho verdadero que termina siendo la causa de justificación para la magnitud de la pena que se le impone a Mery Zamora; no está hablando del error *in procedendo* y terminar señalando lo siguiente la destacadísima doctora, representante de la Fiscalía -yo lamento que no haya venido el doctor Chiriboga, gran profesor de derechos humanos, concursos en Bolivia y todo lo demás- ha hecho referencia al artículo 82 de la Constitución nacional, habla sobre la seguridad jurídica la representante de la Fiscalía, perfecto, ¿qué es el artículo 82 en estricta filosofía del derecho? a mí me encanta discutir estas cosas, para lo único que sirvo es para leer, sí, debo hacerlo bastante mal, por eso pierdo todos los juicios ¿no? Pero, al menos soy feliz, porque defiendo una posición ante la vida, aun cuando me vaya mañana preso por que también estoy enjuiciado por rebelión, por defender a mis hermanos, yo defiendo una posición ante la vida, voy a morir siendo revolucionario, en esa línea, señor Presidente, la norma a la que él se refiere, norma tética, carente de hipótesis de hecho y de su consecuencia jurídica especialísima, que se diferencia de la norma hipotética, que es la consagrada en este rastrillo, en esta pistola, en este Código Penal. La norma tética, implica una sumisión por parte del juez a la misma, claro, hace referencia a la seguridad jurídica, como puede haber seguridad jurídica cuando se determina que arengar o incitar a unos estudiantes, cuando todo el país está convulsionado, implica sabotaje o terrorismo; cuando la propia representante del Ministerio de Educación señala, en el juicio, que ella había declarado la suspensión de las clases en toda la provincia del Guayas, desde las ocho de la mañana, y la sentencia nos habla de las nueve y cuarenta, de las diez de la mañana, es lo único que tengo que decir. Señor Presidente, señoras Juezas, le pido mil disculpas a usted señor Presidente, a estas altas autoridades, a la representante de la Fiscalía, si en alguna parte de mi intervención, debe ser por la indignación que siento, ante este reiterado estado de irrespeto y de aberraciones a la justicia, cuando una persona se le pone tres meses y está acusado de peculado, cuando a una mujer, a una madre de

familia, porque ha arengado por que ha incitado tiene que ir ocho años presa. Muchas gracias.”

Acto seguido se le concede la palabra al doctor Juan Ulises Vizueta Ronquillo, quien expresa: “Gracias señor Presidente, señoras Juezas, quiero iniciar esta réplica presentando una lamentación, el hecho de que le resulte difícil a la representante del Ministerio Público entender nuestras intervenciones, yo voy en esta corta intervención, tratar de hablar en términos más sencillos, de repente, cuando uno hace referencia a algunos aspectos fácticos o aspectos de derecho, comete el error de que no todos lo entiendan, ese es el caso que se ha presentado acá. Siendo así, yo voy a referirme de manera precisa” El Dr. Johnny Ayluardo toma la palabra y señala que: “El Tribunal considera que no es adecuado calificar la intervención de los sujetos procesales” El abogado Vizueta contesta que: “Lo dijo ella, no lo dije yo.” El Dr. Johnny Ayluardo dice: “Por favor” Retoma la palabra el abogado Vizueta y alude que: “Cuando lo dijo ella está bien, cuando lo decimos nosotros está mal, correcto Presidente le acepto, le acepto”. El Doctor Johnny Ayluardo indica que continúe y cede la palabra nuevamente al abogado Vizueta, quien agrega: “He mencionado claramente que el error de derecho se relaciona con un aspecto muy puntual, la vulneración del principio de reserva o legalidad, violación del principio de reserva o legalidad. Esa violación del principio de reserva o legalidad que hace referencia a la tipicidad, la tipicidad, perdóneme a riesgo de redundar en algo muy conocido de sobra por ustedes, pero por necesidad de la defensa para que pueda ser entendido, no es sino la adecuación de la conducta al tipo, pues, y cuando hablamos de esa adecuación de conducta milimétrica que pronuncié claramente, de una conducta de un hecho fáctico al tipo penal, señor juez y señoras Juezas, ¿tengo o no que referirme a los aspectos fácticos? ¿cómo poder hablar de tipicidad sin mencionar la conducta? yo no veo la forma de poder hacerlo; resulta algo imprescindible para poder mencionar que lo uno no se adecúa al tipo penal, tener que establecer justamente esta comparación para ver, finalmente, si se amolda, si se encuadra, si se encasilla, cualquier término que podamos establecer y hemos señalado que esta vulneración, pues, está en lo que prevé el artículo 158, que me permití dar lectura, con su venia, el artículo 158 del Código Penal ¿es un aspecto fáctico acaso?, el artículo 2 del Código

Penal, el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal? la garantía básica del debido proceso, del artículo 76 de la Constitución ¿son aspectos facticos acaso? ¿resulta difícil poder ver qué son aspectos de derecho?, y que, en eso que hemos centrado en esta mañana, a lo largo de casi una hora nuestra intervención, escuchar, señores jueces, aspectos como se menciona, en primer lugar, lo del aspecto de nulidad, acá en mi Código de Procedimiento Penal, el artículo 331, es claro, si al momento de resolver un recurso, cualquiera que este sea, la Corte respectiva, Corte Provincial o Corte Nacional, -eso no lo dice el código, lo digo yo para que pueda ser, observar que existe alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo anterior-, estará obligado a declarar de oficio o a petición de parte la nulidad desde el momento en que se produjo la nulidad a costa del funcionario u órgano jurisdiccional que lo hubiere provocado, resulta, entonces, escuchar que es impertinente la alusión a aspectos de nulidad, porque no estamos tratando nulidad, sino que estamos tratando casación, respecto a la posición de la Fiscalía General, mencionar después que en el artículo 39 de la desestimación, que fue lo que hizo referencia al tema puntual, dice que es después de un año que se puede, y no antes, y que lo otro, lo del artículo hace referencia, es al archivo provisional, sí, pero es parte del artículo 39.1 que hace referencia al archivo provisional y al archivo definitivo y que no puede confundirse con el tema de la desestimación, que persigue dos argumentos o precedentes necesarios, que el hecho no constituya delito o que exista un obstáculo legal para poder investigar y, aquí este artículo 39 dice algo que yo lo mencioné, respecto al peso de la resolución, al peso que tiene fuerza de autoridad de cosa juzgada, cuando mencioné, y ahora lo voy a indicar, tercer inciso, la resolución del juez de garantías penales no será susceptible de impugnación. Entonces, si no era susceptible de impugnación, pero, sí se la puede, en todo caso, el mismo Fiscal que la solicitó, aun cuando ya estaba en firme y ejecutoriada hace mucho tiempo esa resolución, finalmente entrar, finalmente, a decir sin declarar nulidad, ni nada, vamos nuevamente, borre y va de nuevo ignoremos esa resolución y pidamos nuevamente una nueva investigación, ahora fundamentado en el artículo 39 por que han aparecido 'nuevas pruebas viejas' que no han sido consideradas, no, 'nuevas pruebas viejas' que no fueron consideradas. Acá se hace mención a aspectos que guardan relación y ya los aclaró Pedro

Granja, respecto al tema de la sentencia, que no es esta, si no es la otra, que no es la sentencia uno, sino que es la sentencia dos, acaso es necesario repetir, más allá de lo que queda claro, aún en el evento, asumamos que la representante de la Fiscalía tiene toda la razón, asumamos, acaso ignoramos entonces que la Constitución de la República establece en el artículo 169 que las nulidades de una u otra manera, no son absolutas? ¿que la omisión de una formalidad no es causa para poder omitir el cumplimiento de la justicia? ¿acaso las disposiciones del recurso de casación, que ustedes lo conocen, tan bien de sobra, no establece de que aun en el evento de que la parte, incluso, no haya fundamentado correctamente la casación, acaso se desconoce en esta audiencia que el tribunal es el encargado para que prime la justicia, el hecho de establecer de que aun cuando la parte no haya justificado, si observan que, efectivamente, tal violación a la sentencia, a la ley en la sentencia, tienen que así declararlo? pero, estamos viendo formalidades cuando de repente escucho que se termina una intervención diciendo que pide que se niegue la casación en virtud de que la conducta realizada por la profesora Mery Zamora, se adecúa en el tipo penal previsto en el artículo 158; ¿estamos acaso en este nivel de ver si la conducta se encuentra o no configurada en el tipo penal sancionado? o estamos para ver una violación a la ley en la sentencia, ¿para que estamos acá?, estamos aquí porque nosotros consideramos de lo que se menciona en esa sentencia y los verbos rectores, de manera puntual, los elementos constitutivos, tanto objetivos, como subjetivos, dentro de nuestro punto de vista, no nos concurrieron en lo absoluto, porque consideramos que para hablar en términos más sencillos ¿acaso se puede matar a alguien que murió hace tres horas? eso es lo que se nos plantea en una sentencia, que la interrupción del servicio público que se encontraba ya suspendido desde las siete y media, ocho de la mañana de manera fáctica, que la hayan hecho a las nueve horas y treinta o diez de la mañana por parte del Ministro de Salud, pero de manera fáctica estaba suspendida, un servicio de educación a esa hora, sucede que cuando llega Mery Zamora al Colegio Aguirre Abad, lo interrumpe por segunda vez, cuando ya un servicio que estaba interrumpido y suspendido desde las siete y media, con todos los estudiantes fuera del Colegio Aguirre Abad, finalmente va ella y una vez más, a justificar la interrupción o suspensión por segunda vez. Nosotros no podemos creer que se

puede matar a alguien dos veces, si ya un servicio está suspendido, no podría ser suspendido por segunda vez, de tal manera que ese es el sustrato de nuestra argumentación para el recurso. Por no existir justamente una consonancia entre el tipo penal, por el que ha sido sancionado y la conducta que fue descrita en la sentencia por parte del tribunal, tanto del de primera instancia como el de segundo nivel, porque vamos a observar que llegamos a la misma conclusión, no existe ninguna distinción entre la una y la otra. Gracias señor Presidente”

4.4. Intervención de la Procesada Mery Segunda Zamora García, quien manifestó: “Muy buenos días, señor Presidente, señoras Juezas, representantes de la Fiscalía, demás presentes acá, a mis abogados, bueno yo creo que durante todo este proceso como mujer, como madre, como maestra, como una luchadora social, que tengo más de veinte años, durante todos estos casi cuatro años que he tenido que enfrentar este proceso penal, por el cual hoy se me pretende recluir ocho años en la cárcel, creo que desde el punto de vista jurídico, legal, incluso constitucional, ha quedado demostrado que no soy culpable del delito por el cual se me pretende sentenciar. En todo caso, yo he dicho durante todo este proceso, soy una mujer que da la cara, yo no me escondo y cuando hablo miro a los ojos, porque el que nada debe nada teme y más rápido cae un mentiroso que un ladrón, y yo no miento, créanme, en mi vida, desde muy joven me he dedicado a luchar por los intereses, por los derechos de los demás, ese ha sido mi delito seguramente y lo he hecho con mucha convicción, la valentía que tengo para no esconderme y de dar la cara, no es porque responde a un poder, no, mi valentía responde a que soy una mujer con convicciones y soy una mujer que tiene dignidad, y la dignidad para mí, no tiene precio, no tiene precio, tiene un valor incalculable y yo creo que en las circunstancias en las que me encuentro voy a seguir mirando a los ojos, no voy a bajar la mirada, porque yo creo que ese es el legado más grande que le puedo dejar a mis dos hijos, a mis estudiantes, discúlpenme la emotividad, soy una mujer que la firmeza, la convicción y la conciencia, no la he heredado, la he adquirido, fruto de ello, todo lo que hemos tenido que pasar la mayoría de ecuatorianos, necesidades y todo esto, pero eso no significa que esté revestida de piedra o de hierro, no, soy un ser humano, soy una madre que éste día lo único que me duele es que mi hijo

Eduardo Patricio, de catorce años, no me pueda acompañar como ahora. En los otros procesos me ha acompañado, porque él sufre de asma y la ciudad de Quito y la altura le hace daño, pero él siempre ha estado conmigo y a pesar de las lágrimas que él siempre ha derramado y que es lo único que a mí me arranca dolor y hace que mis ojos se llenen de lágrimas y que no es muestra de debilidad, sino que ustedes quienes son padres y madres saben que cualquier situación que uno enfrente, siempre los más golpeados son los hijos, pero, a pesar de eso, créanme mis hijos saben, Eduardo Patricio y Gerardo Andrés, un joven de veinte años, seleccionado de boxeo en Manabí, él sabe y Eduardo Patricio, que su madre no ha robado, no ha matado a nadie, no está envuelta en actos de corrupción, su madre simple y llanamente, ha luchado durante toda la vida y voy a seguir luchando más allá de los años de cárcel, que de manera injusta se me pretendan dar o no, voy a seguir luchando, mi voz no se va a callar, y a mis hijos les he enseñado y les seguiré enseñando, que la lucha continúa y siempre va a continuar, así que, señor Presidente, señoras Juezas, yo soy inocente, soy inocente y yo creo que al final del túnel siempre hay una luz, y esa luz va salir y va a brillar como debe de ser, porque la verdad siempre triunfa, y yo espero esa verdad al final y la espero también de ustedes, yo voy a esperar con mucha tranquilidad, con la serenidad que siempre he tenido y con la misma firmeza y convicción que me caracteriza, porque yo si soy una mujer de izquierda, soy una mujer convencida de que la lucha por las reivindicaciones, la lucha por las libertades, por una auténtica democracia, por una justicia que realmente haga justicia, sí es posible y en ustedes está, no tengo más que decir, simple y llanamente, que actúen en derecho, nada más, Muchas Gracias.”

5. CONCEPCIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Semánticamente, la casación proviene del vocablo francés *casser* que denota anular, romper, quebrantar. Expresiones que destacan la naturaleza anulatoria de este medio de impugnación¹ que se origina en los ordenamientos jurídicos de la revolución francesa del

¹ Humberto Fernández Vega, *La casación en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Editorial Leyer, Cuarta edición, s.f., p. 26. Véase también: Francesco, Carnelutti, *Derecho Procesal Penal*, México, Oxford University Press, 1999, p. 174 sobre el error judicial y la impugnación; Francesco, Carnelutti, *Cómo se hace un proceso*, Bogotá, Editorial Temis, Tercera edición, 2012, pp. 33/40 sobre los jueces legos y profesionales, p. 117 la decisión judicial y el error.

siglo XVII, mediante la ley número 27 de 1 de diciembre de 1790 dictada por la Asamblea Nacional que creó un tribunal de casación para anular aquellos procedimientos violatorios expresados en las sentencias.

La casación es un medio impugnatorio extraordinario, por el que se realiza el análisis de *errores iure* presentes en una sentencia, los mismos que pueden ser *in procedendo* o *in iudicando*; violación de la ley en la sentencia que puede suscitarse ya sea por contravención de su texto, su mala aplicación o errónea interpretación.² Al ser un recurso vertical y extraordinario, analiza la sentencia dictada por el juzgador de instancia; debe desvanecer cualquier tipo de error que se haya suscitado al momento de aplicar las normas del ordenamiento jurídico por el juzgador (*error iure*), a un caso concreto, ya que los hechos probados en la sentencia se entienden que son ciertos, a menos que se comprueben errores en la aplicación de la sana crítica, considerados por la doctrina como *error incogitando*.³ Por tanto, la finalidad primordial de la casación en un Estado constitucional de derechos y justicia es la protección y la garantía de los derechos fundamentales del individuo y la realización del derecho material.⁴

La casación penal, en los delitos de acción pública, se puede interponer en contra de la sentencia que ha dictado el órgano jurisdiccional de segunda instancia y en la que se verifica una violación de la ley; este mandato legal está recogido en los artículos 349 y 350 del Código de Procedimiento Penal, que establecen que *el recurso de casación será procedente para ante la Corte Nacional de Justicia, cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya sea en un proceso de acción pública o privada*; por lo que, a través de este medio de impugnación, no le corresponde a este Tribunal analizar otras piezas procesales que no sea la sentencia impugnada.

² Fabio Calderón Botero, *Casación y Revisión en materia penal*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, Segunda edición, 2008, pp. 6-8. La casación no es una nueva instancia sino una fase extraordinaria del proceso en la que se debate en iure la legalidad de la sentencia, por tanto no existen términos probatorios ni se permite actuar prueba.

³ Valentín Héctor Lorences, *Recursos en el proceso penal*. Buenos Aires, Editorial Universidad, 2007, pp. 125-127. El objetivo de la casación es verificar que la sentencia cumpla con todas las garantías de legalidad previstas en la Constitución y la ley.

⁴ Orlando Rodríguez, *Casación y Revisión Penal. Evolución y Garantismo*. Bogotá, Editorial Temis, 2008, pp. 87-116. Aunque a la casación se le ha dotado también de la función unificadora de la jurisprudencia y aplicación uniforme de la ley (nomofilaxis) esta función tiene que redefinirse frente a la actividad de la Corte Constitucional. Sobre la función nomofiláctica véase Teresa Armenta Deu, *Lecciones de derecho procesal penal*, Madrid, Marcial Pons, cuarta edición, 2009, pp. 278-279

La casación es una institución jurídica, concebida como un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva; establecida, con el fin de garantizar la corrección sustancial y la legalidad formal del juicio previo, exigido por la Constitución, para asegurar el respeto a los derechos individuales y a las garantías de igualdad ante la ley, inviolabilidad de la defensa, debido proceso, entre otras garantías constitucionales; así como, y en tratándose de materia penal, el mantenimiento del orden jurídico penal por una más uniforme aplicación de la ley sustantiva.⁵

La naturaleza del recurso de casación está íntimamente ligada con el derecho que tenemos todos los ciudadanos a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador⁶; es por ello, que en efecto, los ciudadanos tienen el derecho de reclamar el debido respeto y aplicación de la normativa vigente, al momento en que se presenta en la realidad cierta situación jurídicamente relevante y que cuenta en dicho período de tiempo con regulación legal. Dentro de la sentencia impugnada, cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, que tenga como catalizador la actuación del juzgador al emitir su resolución, encuentra solución mediante el recurso de casación, el cual tiene como finalidad fundamental la corrección de errores de derecho.

Respecto a los parámetros para analizar el recurso de casación, este órgano jurisdiccional ha señalado: La interposición del recurso de casación por parte de uno de los sujetos procesales, impone en ellos tres obligaciones para su debida fundamentación: **a)** La determinación de un artículo específico, vigente dentro del ordenamiento jurídico, que se considere vulnerado mediante la sentencia expedida por el juzgador de última instancia; **b)** La adecuación de esa vulneración a una de las causales que taxativamente prevé el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, para la procedencia del recurso de casación, con la finalidad de indicar si la violación del ordenamiento jurídico responde a la contravención

⁵ Calderón Botero en su obra *"Casación y Revisión en materia penal"*, Ediciones Librería del Profesional. Bogotá-Colombia. 1985. señala que: *"Se puede afirmar que la casación penal es un medio extraordinario de impugnación, de efecto suspensivo, contra sentencias definitivas que acusan errores de juicio o de actividad, expresamente señalados en la ley, para que un tribunal supremo y especializado las anule, a fin de unificar la jurisprudencia, proveer a la realización de del derecho objetivo, denunciar el injusto y reparar el agravio referido"*

⁶La Corte Constitucional del Ecuador, en torno a la seguridad jurídica ha señalado *"... [que] se entiende como certeza práctica del derecho y se traduce en la seguridad de que se conoce lo previsto como lo prohibido, lo permitido, y lo mandado por el poder público respecto de las relaciones entre particulares y de éstos con el Estado, de lo que se colige que la seguridad jurídica es una garantía que el Estado reconoce a la persona para que su integridad, sus derechos y sus bienes no sean violentados y que en caso de que esto se produzca, se establezcan los mecanismos adecuados para su tutela..."* (Sentencia Nro. 006-09-SEP-CC. de 19 de mayo de 2009).

expresa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación; y, c) Los argumentos jurídicos que sustentan el haber interpuesto este recurso extraordinario, en los cuales debe hacerse mención a la parte de la sentencia del Tribunal *ad quem* que contiene la vulneración; la comparación entre la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico que, a criterio de la recurrente, debía efectuarse y aquella que realizó el órgano jurisdiccional de instancia; y, por último, la trascendencia del error de derecho que se ha presentado en el fallo impugnado, esto es, como ha influenciado en su parte dispositiva.

De lo señalado deviene, que la casación es un medio de impugnación extraordinario, contra la sentencia de última instancia, el cual se caracteriza por su aspecto eminentemente técnico-jurídico, o de formalidad, igualmente jurídica; y, que es limitado a determinadas resoluciones por las causales que la ley ha fijado; es por ello, que a la casación se la considera una sede extraordinaria de control de legalidad, y por ende, de corrección de errores trascendentales cometidos por los estadios ordinarios del proceso.⁷

6. ANÁLISIS DEL TRIBUNAL:

6.1. El derecho penal como una rama más del universo que conforma el derecho, busca coadyuvar a la convivencia tranquila de los seres humanos. Cuando el derecho penal le expropia el derecho de la víctima a la retaliación busca precisamente evitar la venganza irracional, logrando canalizar la misma por una vía pacífica, es decir, tomando las normas penales para castigar esa conducta. De ahí por eso en el proceso penal se verifican dos polos. Del primero, la víctima representada por el Estado y, del segundo, el acusado representado por su defensa.

Cesare Bonesana entendió bien cuando en 1764 escribía el ensayo titulado *De los Delitos y las Penas*, donde sus principales postulados consistían en establecer ciertos lineamientos que contribuyan al

⁷ Samuel Ramírez Poveda en su obra "Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal" (Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda., 2002, p. 19) señala: "La actual casación penal ha de concebirse como un recurso extraordinario, mediante el cual se pone en marcha un juicio técnico limitado de derecho, sobre los procesos de los cuales han surgido sentencias que no han adquirido el carácter de firmeza, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustantivo y las garantías debidas a quienes intervienen en el proceso penal, unificar la jurisprudencia nacional como criterio auxiliar del derecho (...) y reparar agravios inferidos por las determinaciones del fallo impugnado a los intervinientes. Se trata entonces coetáneamente, de un juicio enmarcado en la dilogía de legalidad y necesidad. [-sic-] En sentido lato, se trata de un medio de impugnación de fallos violatorios de la normatividad sustantiva."

abandono del derecho arbitrario y cruel que se practicaba por aquellos años. Esbozaría el principio de legalidad, perfeccionado luego por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. En esta construcción de ideas, encaminadas a mermar el poder del Estado frente a sus súbditos, aparecen otros juristas a quienes se les atribuye la primera creación esquemática del delito. Franz von Liszt y Ernst von Beling fundan entonces el esquema clásico del delito mismo que, con algunas variaciones, ha sobrevivido por más de un siglo.

La creación de este sistema da forma y definición a la palabra “delito”, llegando a construirse actualmente como la acción, típica, antijurídica, culpable, es decir la tan conocida fórmula del verbo junto a tres adjetivos. Después que fue creado este sistema categorial muchos cambios han operado en él, dependiendo de las inclinaciones filosóficas, políticas, sociales en todo el mundo. Así, al concepto de acción se le han juntado el de omisión y se ha logrado añadir otros adjetivos, como por ejemplo, el de punible, tomando en cuenta que el delito deriva inevitablemente en eso, por aquello de la pena que contiene cada infracción. Por eso, Francisco Muñoz Conde, dice que: “(...) desde el punto de vista jurídico, delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”⁸

Todo esto para explicar que se parte de tres características comunes que todo delito debe contener, como son: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, todas contenidas en nuestra legislación penal en los primeros articulados de la ley sustantiva del ramo; la doctrina ha sido la encargada de ir desarrollando cada una de estas categorías dogmáticas entre las cuales debe existir una suerte de secuencia, pues, se entenderá que “(...) el peso de la imputación va aumentando a medida que se pasa de una categoría a otra.”⁹ Entonces sí la acción “matar” está contenida en la norma penal, ese hecho se adecua a la descripción que el legislador ha previsto en la ley, por lo tanto, ese acto ya es típico. Que el acto sea típico nos permite pasar a la siguiente categoría, como es la antijuridicidad. En esta, lo que se analiza es, si esa conducta ya calificada como típica, es contraria a derecho, como en efecto lo es. Finalmente, siendo la acción típica y antijurídica, corresponde saber si es culpable, es decir, si a la persona se le puede atribuir esa acción. Si se le aumenta la punibilidad entonces observaremos si esa conducta típica, antijurídica, culpable, además, merece una pena impuesta por el Estado.

Ahora bien, cada uno de estos diques contienen elementos que deben ser observados al momento de confirmar si una acción puede y debe ser calificada como delito. La acción, generalmente, coincide con la conducta descrita en el tipo de la figura del delito. Por ejemplo, las acciones de “cantar” y “bailar” a diferencia de las de “matar” y “violar”, es que las últimas están previstas y

⁸Francisco Muñoz Conde, *Teoría General del Delito*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2005, 2ª ed., p. 1

⁹ *Ibíd.*, p. 4.

tipificadas como delitos en nuestro Código Penal. “*La realidad ontológica del comportamiento humano sólo adquiere relevancia jurídico-penal en la medida en que coincida con el correspondiente tipo*”¹⁰ De lo dicho, se puede colegir, que la acción va de la mano con la tipicidad, por lo que se analizará esta última.

Como se dijo líneas anteriores, Feuerbach desarrolló la máxima que luego llegaría a ser un principio básico del derecho penal, cuando dijo *nullum crimen, nullapoena sine legepraevia*. La ley previa, necesaria para establecer qué conductas son delictivas e imponer una pena, ha sido una constante lucha de la humanidad, precisamente, para evitar los excesos del poder punitivo, en palabras del maestro Eugenio Zaffaroni.

Ese principio de legalidad se ha fortalecido a lo largo de la historia hasta instalarse en instrumentos internacionales y constituciones en todo el mundo. Desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,¹¹ pasando por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966,¹² la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969¹³ y llegando hasta nuestra Constitución de la República, que dice, en su artículo 76.3 “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento*” Es decir, que esta garantía es base fundamental del debido proceso, necesaria para configurar la seguridad jurídica como derecho máximo en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia; Estado que se funda sobre la base de la existencia de normas jurídicas, previas, claras y públicas.

Por imperativo del principio de legalidad, en su vertiente de *nullun crimen sine lege*, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales. Ya que este principio constituye “*(...) la expresión de uno de los más importantes fines de garantía individual asumidas por el Derecho Penal moderno.*”¹⁴A este respecto, debemos considerar que el citado principio es un esfuerzo de la política criminal del Estado, por afianzar el mandato

¹⁰Ibíd., p. 8

¹¹ Artículo 11.2.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito

¹² Artículo 15.1.- Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

¹³ Artículo 9.- Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello

¹⁴ Muñoz Conde Francisco, *Introducción al del Derecho Penal*, B de F Ediciones, Montevideo Buenos Aires, 2001, pág. 140

de 'certeza' en el castigo, con la mayor efectividad de la norma correspondiente.¹⁵ El principio en mención, en materia penal significa que la utilización precisa y cierta de la norma penal al caso dado, descarta cualquier tipo de interpretación antojadiza, arbitraria, basada en la costumbre en el derecho de los jueces y en la analogía con otras leyes. Esto implica que la única fuente del derecho penal es la ley dictada por la Asamblea Nacional.¹⁶ La finalidad garantista a que responde el mandato de determinación como emanación del principio de legalidad, tiene un doble aspecto. Por un lado se dirige al legislador, imponiéndole la exigencia de una *lexcerta*. Por otro lado, se dirige al juez, prohibiéndole la aplicación de la analogía de esa *lexcerta* y obligándole, en consecuencia, a ceñirse a la *lexstricta*.¹⁷

Ahora bien, en caso de que procedan estos tres elementos constitutivos del delito, se deberá analizar la culpa como elemento de enlace entre el actuar ya culpable y el hecho típico antijurídico. Corresponderá al Tribunal Penal la ardua labor de imponer una pena y arrancar del ser humano uno de sus derechos más valiosos después de la vida, como es la libertad. Paradójicamente, los dos derechos son connaturales, porque vienen juntos, correspondiéndole al juzgador penal separarlos en caso de encontrar una conducta delictiva. Esto ha dado lugar a que el ser humano luche durante siglos por establecer parámetros que contribuyan a circunscribir ese maltrato psicológico que se inflige con la imposición de la pena. Edgardo Donna, sostiene que “(...) una de las mayores conquistas del liberalismo jurídico frente al poder del Estado fue limitar esa amenaza de pena, en un sistema cerrado, donde se describen algunas acciones que van en contra de la norma, y por lo tanto, que afectan el bien jurídico”¹⁸

6.2. El derecho constitucional a la libertad, debe ser preservado para cualquier persona debido a la gran importancia que este reviste al ser parte esencial de la naturaleza del ser humano y un valor supremo, sin embargo, se ve limitado cuando se perpetua una infracción penal, esa limitación está respaldada por una serie de garantías que señala la

¹⁵ Cfr. Silva Sánchez Jesús María, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, B de F Ediciones, Montevideo Buenos Aires, 2010, pág. 402

¹⁶ Cfr. Donna Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos – Teoría de la ley penal*, Rubinzal – Culzoni, Editores, Pág. 340

¹⁷ Ob. Cit. Pág. 406

¹⁸ Edgardo Alberto Donna, op. cit., p. 361.

Constitución de la República, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, las leyes, y el Código de Procedimiento Penal. Por ende diremos que, sólo se debe privar de la libertad a una persona, después de que un juez competente llegue a la certeza, a través de los medios de prueba legal, de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado a través de una sentencia condenatoria en firme, posterior a un juicio transparente, público, con observancia de las reglas del debido proceso. De allí radica la importancia del principio de inocencia consagrada en algunos tratados internacionales vigentes en el país como son: Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11.1; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 14.2; Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 8; Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales artículo 6 numeral 2; Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que a su vez es entidad autónoma de la Organización de los Estados Americanos, artículo 53 apartado VII; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo XXVI; Comentarios General del Comité de Derechos Humanos sobre algunos Artículos del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14 numeral 7.

Algunos tratadistas nos dan definiciones de lo que debemos entender por presunción de inocencia; por ejemplo “(...) Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, aun cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de éste.”¹⁹

El mencionado principio es aquel conforme el cual la persona sometida a un proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir sino que incumbe hacer caer al acusador. Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía constitucional insoslayable para todos; es la máxima garantía del procesado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio. De acuerdo con el profesor Hassemer, en su obra Fundamentos del Derecho Penal: "*quien no defiende la presunción de inocencia aún en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y*

¹⁹Clariá Olmedo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, p 230

eleva los resultados del procedimiento instructivo provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria". Es necesario para desvirtuar esta presunción aportar con pruebas debidamente actuadas dentro de un proceso que asegure en su totalidad las garantías constitucionales.

El tratadista ecuatoriano Jorge Zavala Baquerizo, señala que: *"La inocencia es general, la culpabilidad es concreta. Se es generalmente inocente y concretamente culpable."*²⁰ De esta manera se entiende, que lo que se presume no es la inocencia, sino la culpabilidad, la inocencia no desaparece sino cuando existe una sentencia de culpabilidad que se encuentre ejecutoriada. Hay que tener siempre presente que cuando se inicia un proceso penal se investiga si una persona cometió o no un delito, si participó o no del ilícito, en calidad de autor, cómplice o encubridor; es decir, si es culpable; más no se investiga si la persona es inocente o no, debiendo indicar que dicha inocencia tiene que mantenerse a lo largo de todo el desarrollo del proceso, y ésta únicamente se destruye con la sentencia ejecutoriada que establece que la persona sí estuvo vinculada en el delito por el cual se inició un proceso penal .

Ecuador, al ser un Estado Constitucional de derechos y justicia, nos somete a gobernantes y gobernados a los mandatos consagrados en la Constitución, toda vez que la misma es la norma jurídica fundamental. El parámetro para limitar el derecho penal en un Estado Constitucional de derechos y justicia, es la dogmática penal. A la luz de todo lo expuesto, este Tribunal de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, procede a realizar las siguientes consideraciones:

6.3. En el marco del cumplimiento del rol de este Tribunal de Casación, como un órgano de control de la legalidad de los fallos emitidos por los jueces de segunda instancia, y de subsanador, en el caso de haber, de los yerros jurídicos de la sentencia; previo a analizar los argumentos de la recurrente, a los cuales nos referiremos en el siguiente punto al hacer el examen de casación; dado que el proceso que nos ocupa, traído ahora a sede casacional, deviene del delito de sabotaje a los servicios públicos y privados por lo que resulta pertinente realizar el análisis del delito en cuestión.

El artículo 158 del Código Penal que se refiere al delito de sabotaje a servicios públicos o privados se encuentra incorporado al capítulo cuarto del mismo Código Penal que corresponde a los delitos de Sabotaje y Terrorismo, entendiéndose al delito de sabotaje como el acto delictual, y deliberado, en que se daña o destruye, bienes públicos o privados, con el objeto de anular su funcionamiento, o ponerlos fuera de servicio.

²⁰ Jorge Zavala Baquerizo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Editorial EDINO, Tomo I, p. 197.

El ilícito por el que se ha iniciado el enjuiciamiento hay que diferenciarlo del delito de terrorismo, el mismo que “(...) toma en consideración la finalidad de aterrorizar a la población u obligar a las autoridades públicas nacionales o gobiernos extranjeros o agentes de una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, aclarando que no se aplicará cuando los hechos a juzgar tuvieren lugar en ocasión del ejercicio de derechos humanos y/o sociales o de cualquier otro derecho constitucional.”²¹

Establecida la distinción entre ambas acciones señaladas en el capítulo cuarto, antes referido, resulta necesario centrarnos, de manera específica, en el artículo 158 del Código Penal, pues este es, exactamente, el delito por el que ha sido procesada la recurrente. Empezamos el análisis por describir los cinco verbos rectores contenidos en la norma penal sujeta análisis esto es: destruir, deteriorar, inutilizar, interrumpir o paralizar. En ese sentido, destrucción: Aniquilamiento, ruina, asolamiento, inutilización, deterioro.²²Deterioro: Menoscabo, detrimento, desperfecto o avería, daño o perjuicio.²³ Inutilización: Consiste en la destrucción total o parcial de un bien inmueble o mueble siempre que tal acto pueda ocasionar perjuicio.²⁴Interrupción: Obstáculo, estorbo o impedimento para seguir una cosa o continuar una situación. Aplazamiento, suspensión, cese temporal de iniciada actividad con el propósito de ulterior prosecución.²⁵Paralización: Detención, impedimento, dificultad que surge en la marcha de algún asunto o en el movimiento de algún cuerpo o aparato.²⁶ Por otro lado, la dogmática penal nos enseña que en los delitos de sabotaje, el bien jurídico protegido,²⁷ es la seguridad pública, a decir de Leonardo Cruz Bolívar, todo delito implica un daño, una desconfianza social: ello se puede sostener desde un punto de vista sociológico, pero cuando se atenta contra esa certeza de que se convive en un ambiente de comunes expectativas de no agresión se entra en la desconfianza colectiva y en la incertidumbre acerca de un eventual atentado a la comunidad. En tal momento, se ingresa en la ruptura de la seguridad pública entendida como orden público, seguridad interior, etc.²⁸

²¹Gustavo Franceschetti, Reflexiones político-criminales en torno a la ley que pune el Terrorismo y Financiación del Terrorismo, Estudio realizado para ser presentado al II Encuentro Inter-Cátedras de Derecho Penal de la UBA (Javier De Luca) y UNR (Daniel Erbetta), 16 de marzo de 2012 en la Facultad de Derecho de la UNR.

²² Cabanellas de Torres, Guillermo “Diccionario de Ciencias Jurídicas” Ed. Eliasta, Buenos Aires, 2006, p. 319.

²³Op cit., p. 320

²⁴Goldstein, Diccionario de Derecho Penal y Criminología. Editorial Astrea, 1998, p. 618

²⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo “Diccionario de Ciencias Jurídicas” Ed. Eliasta, Buenos Aires, 2006, pág. 502

²⁶ Cabanellas de Torres, Guillermo “Diccionario de Ciencias Jurídicas” Ed. Eliasta, Buenos Aires, 2006, pág. 677.

²⁷ El concepto de bien jurídico ha cumplido hasta hoy importantes funciones en la dogmática penal; lo ha hecho como criterio para la clasificación de los delitos, y como elemento de base y límite al orden penal. Así, el bien jurídico ha servido al liberalismo como barrera contenedora del poder punitivo. Sin embargo, esta idea de bien jurídico como noción reductora de la coerción estatal se encuentra actualmente en una de sus más fuertes crisis. Mariano Kierszenbaum, El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas (...), pp. 187-211

²⁸ Leonardo Cruz Bolívar, *El objeto de protección, en los delitos contra la propiedad industrial*, Universidad Externado de Colombia, 2006.

7. DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO Y DE LAS VULNERACIONES LEGALES INVOCADAS POR LA RECURRENTE:

Previo al análisis de los cargos formulados por la defensa de la recurrente, es necesario precisar que: *“La premisa jurídica fundamental para vincular no sólo al Estado sino también a los ciudadanos en el respeto de los intereses y derechos de los demás, es precisamente la Constitución, ya que al contener en su parte dogmática toda una gama de bienes jurídicos relevantes, permite que tanto Estado como ciudadanos se obliguen a respetarlos, eso sí, es el Estado el que se encuentra con una vinculación mucho más directa y fuerte, en especial en los países que han sido influidos por las ideas liberales, que otorgan a los derechos cuya base es la libertad una importancia considerable, digna de ser protegida con mayor énfasis.”*²⁹ Por esta razón, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, como órgano estatal, está obligado a respetar a la recurrente, las garantías básicas del debido proceso contempladas en la Constitución y en los instrumentos internacionales del bloque de constitucionalidad y convencionalidad. El núcleo esencial de la argumentación casacional propuesta por los defensores de la ciudadana Mery Segunda Zamora García, se circunscribe a los siguientes temas específicos:

7.1. Que existe nulidad procesal, de conformidad con el artículo 330.3 y 331 del Código de Procedimiento Penal, por violaciones procesales. Que ya se había desestimado la denuncia, y archivado el proceso, de conformidad con el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, por petición de la Fiscalía, respecto de los hechos objeto de la sentencia. Que en este caso no se había generado un archivo provisional, sino un archivo definitivo y que a pesar de eso se reabrió la investigación.

7.1.1. La defensa de la recurrente, dijo que el proceso está viciado de nulidad de conformidad con el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, debido a que la Fiscalía solicita al Juez Quinto de Garantías Penales del Guayas, y este dictó una resolución desestimando y declarando el archivo de la denuncia, fundamentado en lo que dispone el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, y que posteriormente se reabre la investigación. Por su parte, la Delegada del señor Fiscal General del Estado, en la contestación al recurso de casación, en lo fundamental señaló que para que se cierre

²⁹ M. Paulina Araujo Granja, *La Desobediencia Civil, Análisis Político y Penal: Caso ETA*, Editorial Cevallos, Quito, Ecuador, 2007, p. 165

finalmente una indagación debe pasar el lapso de un año para declarar el archivo provisional en definitivo, según lo señalado en el artículo 39.1 del Código de Procedimiento Penal, entonces cuando existen elementos de convicción que permiten reaperturar un archivo provisional del juez, puede hacérselo, así lo establece la norma, porque caso contrario, estaríamos ante una imposibilidad del órgano titular de la acción penal, de encontrar elementos nuevos de convicción con los que se pueda reabrir las investigaciones. Por lo expuesto, este Tribunal considera que siendo la Fiscalía un ente autónomo de la función judicial, es independiente respecto de su actuación dentro del proceso penal público, es por ello que dirige la investigación pre procesal y procesal penal, ejerciendo la acción pública en base a varios principios con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De haber mérito acusará a los presuntos infractores ante el Juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Cabe resaltar, que un sistema como el nuestro que se sustenta en el principio dispositivo, para la sustanciación de los procesos judiciales y específicamente penal, queda en manos de la Fiscalía la decisión de qué actos deben ser investigados, y qué asuntos deben llegar a juicio, es por ello que no debemos confundir que el Fiscal durante la indagación previa y la instrucción fiscal produce elementos de convicción, que pueden dar paso a una acusación en la etapa intermedia, o para solicitar un sobreseimiento, mas no son la base de una sentencia, que necesariamente declare la culpabilidad. Puede ocurrir, que el Fiscal que actúo en la etapa de juicio e incorporó los medios de prueba y sometió sus actuaciones a los principios *inter alia* de inmediación y contradicción, en lugar de acusar y pedir una pena, se abstenga de hacerlo, con lo que, eliminaría los cargos iniciales de su acusación, planteados en el debate de apertura; por lo que el juez, basándose en los principios dispositivos y de congruencia, debe dictar sentencia ratificando el estado de inocencia, en vista de que “sin acusación fiscal, no hay juicio”, acusación que no solamente se requiere para que el proceso siga su causa para llegar a la etapa de juicio -cuando existen graves presunciones de existencia del delito y sus responsables- sino también para una sentencia que declare la culpabilidad.

De considerar el juez, que la actuación del Fiscal no es acorde con la prueba incorporada al juicio, o que existió negligencia en la investigación, entre otros actos que le corresponde a la Fiscalía, durante el proceso penal, está en la obligación legal de consignar tales hechos en la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 309.6 del Código de Procedimiento Penal.

7.1.2. Respecto a la nulidad alegada el Tribunal hace la siguiente acotación: El artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, establece, taxativamente, las causas de nulidad y señala que: *“Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos: 1. Cuando la Jueza o Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales hubieren actuado sin competencia; 2. Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 de este Código; y, 3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa”*.

El Derecho Procesal Penal responde a los principios del Derecho Público, de tal manera que sólo debe realizarse lo expresamente señalado en la norma procesal, por lo que no puede haber otras causas de nulidad que las determinadas en dicho artículo; de tal manera que, cuando se omite en la sustanciación del proceso penal cualquiera de las tres formalidades indicadas, se provoca la nulidad total o parcial de un proceso penal.

La doctrina señala que la nulidad, es la sanción procesal que prevé el Código de Procedimiento Penal, en su propia defensa o en intereses de sus destinatarios, mediante la cual se invalida, jurídicamente, actos que ella reglamenta, debiendo insistirse que las causales del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal son taxativas, de tal modo que cualquier irregularidad que la ley no conmine su sanción de validez, no produce nulidad, pues son meras formalidades, recordando que sólo la transgresión u omisión de solemnidades sustanciales, producen nulidades, pues una de las características del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es que la ley sustancial está sobre la ley procesal, de tal modo que la nulidad, es una severa sanción frente a las irregularidades procesales, que se traducen en ostensibles violaciones de los derechos del procesado.

En el caso *sub judice*, la recurrente ha invocado la causal tercera del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, al respecto este Tribunal, recalca que, la ley exige que un proceso penal debe estar sustanciado siguiendo un procedimiento previamente establecido, y el

juez está obligado a ajustarse a dicho procedimiento, si no lo hace, provoca la nulidad del proceso; constituye una garantía constitucional que el proceso penal sea sustanciado conforme las normas establecidas en el Código de Procedimiento Penal; la omisión de alguna solemnidad esencial que hace procedente el reclamo de nulidad no influye decisivamente en la resolución definitiva del proceso.

El innumerado primero a continuación del artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, faculta al Fiscal la reapertura de la investigación, quien tiene la potestad de reabrir la investigación y proseguir con el trámite.

Adicional a lo dicho anteriormente, es importante puntualizar que el proceso penal, está conformado por etapas, y es en donde los sujetos procesales ejercen su derecho a la defensa dentro de los términos establecidos en la ley, caso contrario estaríamos frente a la preclusión, que es la situación procesal que se produce cuando alguna de las partes no haya ejercitado oportunamente y en forma legal, alguna facultad o algún derecho procesal o cumplido alguna obligación de la misma naturaleza. La preclusión es una de las características del proceso moderno porque mediante ellas se obtienen: a) Que el proceso se desarrolle en orden determinado, lo que sólo se consigue impidiendo mediante ella, que las partes ejerciten sus facultades procesales sin sujeción a principio temporal alguno; b) Que el proceso esté constituido por diversas secciones o períodos, dedicados cada uno de ellos al desenvolvimiento de determinadas actividades; y c) Que las partes ejerciten en forma legal sus derechos y cargas procesales, es decir no solo dentro del término que para ello fije la ley, sino también con las debidas formalidades y requisitos. Concluido cada período, no es posible retroceder a otro anterior.

Al respecto el artículo 76.3 de la Constitución de la República contempla que *“sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”*, lo que concuerda con el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, los artículos 9.1, 14 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y con ellos se garantiza la seguridad jurídica, derecho que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes como un medio de la

realización de la justicia. En virtud de todo lo expuesto, se desprende que no procede la mencionada nulidad por cuanto no se advierte la existencia de ninguna de las causales contempladas en el artículo 330 de Código de Procedimiento Penal.

7.2. La defensa técnica también señaló que la sentencia recurrida contiene un error *in iudicando* y en consecuencia, se debe hacer una casación *de jure*, debido a que, en toda la sentencia se ha dicho que la conducta de la procesada tiene que ver con el verbo “incitar”, acción que no está contemplada dentro de los verbos rectores del tipo penal de sabotaje y terrorismo, estipulado en el artículo 158 del Código Penal, por el que se la condena; y, que por lo tanto, existe una inconformidad y calificación irregular de su conducta. Que no se puede hablar de la interrupción o paralización de un servicio público, ya que las actividades educativas habían sido suspendidas por disposición de las autoridades de educación con anterioridad a su llegada al colegio Aguirre Abad.

7.2.1. Este Tribunal considera que el error *in iudicando* es de derecho, cuando: “(...) expresa un falso juicio de valor sobre la norma, ese juicio erróneo puede recaer sobre su existencia, su selección o su hermenéutica, se entiende que afecta su existencia el error de tener como vigente, un precepto no promulgado o previamente derogado; que altera su selección el haberse equivocado en la escogencia de la norma para regular una situación dada y, por último, que desvirtúa su hermenéutica, el interpretar incorrectamente su sentido. Pero es claro que dichos errores son idóneos mientras incidan en una norma de carácter sustancial, no importa que la incidencia sea directa o indirecta, esto es, que el error nazca y muera en esa norma, o que mediante la trasgresión inicial de una norma de índole probatoria, se llegue a la violación inequívoca de la norma sustancial. Apoyado en las razones anteriores, el legislador consideró que estos errores van contra *ius*, y que, por consiguiente, la sentencia que los acoge en su parte dispositiva, declara una falsa voluntad de la ley que debe ser enmendada, por tal circunstancia, elevó a la categoría de causales de casación la infracción directa, la aplicación indebida y la interpretación errónea de una norma sustancial o su violación indirecta mediante la valoración falsa de una prueba determinada”³⁰Es decir, el análisis precedente nos plantea, la existencia de una alteración en la interpretación del juez de la norma legal, en este caso concreto, el artículo 158 del Código Penal.

³⁰FabioCalderón Botero, *Casación y Revisión en Materia Penal*, Ediciones Librería del Profesional, Segunda Edición, Bogotá, Colombia, p. 14

Ahora bien, el artículo 158 del Código Penal, señala que: *“Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años y multa de ochenta y siete a ciento setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de Norte América, el que fuera de los casos contemplados en este Código, destruya, deteriore, inutilice, interrumpa o paralice servicios públicos, instalaciones industriales o fabriles, centros comerciales, puertos, canales, embalses, minas, polvorines, vehículos o cualquier otro elemento de transporte, instalaciones públicas o privadas de energía eléctrica, de agua potable, gas u otras semejantes, o instalaciones de radio, teléfono, telégrafo, televisión o cualquier otro sistema de transmisión; depósitos de mercancías, de explosivos, de lubricantes, combustibles, materias primas destinadas a la producción o al consumo nacional, o cualquier otro tipo de abastecimiento semejante, con el propósito de producir alarma colectiva.*

Si, como consecuencia del hecho, se produjere lesiones a personas, la pena será del máximo indicado en el inciso anterior; y si resultare la muerte de una o más personas, la pena será de dieciséis a veinticinco años de reclusión mayor especial, y multa de ciento setenta y cinco a cuatrocientos treinta y siete dólares de los Estados Unidos de Norte América.”

De la revisión de la sentencia impugnada consta, únicamente, en su Considerando QUINTO, a manera de motivación, el análisis de la conducta de la procesada en los siguientes términos: *“En la especie se puede apreciar que los enunciados se refieren a hechos que son calificados como verdaderos o a los hechos de la realidad fáctica; obteniendo así la certeza y llegando a un estado supremo de seguridad aceptando la verdad de las pruebas en la audiencia; logrando superar o contradecir la duda razonable a la que tiene derecho todo procesado y después de realizar la operación racional de la valoración, estos reflejan y resulta considerar que existe el nexo causal entre la infracción y la procesada, la misma que ha pretendido desvirtuar su responsabilidad al indicar que no ha ni incitado o paralizado un servicio público, lo cual es totalmente contradictorio a lo verdad fáctica que reflejan las pruebas como han sido la prueba pericial de audio y video, donde claramente se puede apreciar a la procesada en el lugar en que se desarrollaron los hechos, esto es, en el colegio Aguirre Abad, estuvo dentro de las instalaciones del colegio, caminó por las instalaciones del colegio, se reunió con los estudiantes de colegio Aguirre Abad, se dirigió a los estudiantes, manifestando con claridad y escuchándose, cuando ella le indicaba a los estudiantes, que tenían que reunirse en las calles 9 de Octubre y Santa Elena; considerándose que conminó, estimuló, incitó al alumnado de dicha institución educativa, para que se reúnan y vayan a la dirección dada por ella;*

siendo así el video una prueba determinante, identificando además a la acusada. En virtud de lo anteriormente anotado esta Primera Sala de lo Penal y Transito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, ADMINISTRADO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, niega el recurso de apelación interpuesto por la procesada y se confirma en todas sus partes la sentencia expedida por el Décimo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, declarando a MERY SEGUNDA ZAMORA GARCÍA, de nacionalidad ecuatoriana, nacida en Portoviejo, de 41 años de edad, de estado civil soltera, de profesión profesora, de instrucción superior, y con domicilio en la ciudadela San Gregorio del cantón Manta, en donde se la considera autora del delito tipificado y reprimido en el Art. 158 del Código Penal, y se le impone la pena de OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, y multa de OCHENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA”

En virtud de lo transcrito, este Tribunal procede a realizar el análisis respecto a los elementos constitutivos del delito de sabotaje y paralización de servicios públicos, por el que ha sido condenada la recurrente Mery Segunda Zamora García, para lo que resulta necesario volver sobre la definición que se esbozó en principio, respecto a la tipicidad, que es la primera categoría dogmática del delito y está compuesta de algunos elementos que deberán ser cumplidos, para emitir una sentencia de condena.

La tipicidad está formada por un elemento objetivo y por otro subjetivo. El elemento objetivo a su vez parte de la acción típica, entendida como la conducta descrita en el supuesto de hecho de la norma penal que se constituirá en el eje medular del tipo que es otro elemento de la tipicidad. Las conductas que están enunciadas en la acción típica son los llamados verbos rectores, que para el caso del artículo 158 del Código Penal, son cinco destruir, deteriorar, inutilizar, interrumpir o paralizar. Esos verbos recaen necesariamente sobre un objeto u objetos, que para el caso que nos ocupa sería el servicio público de la educación; pero es menester, volver sobre los verbos, pues aquí es donde el Tribunal de casación, encuentra serias anomalías.

Al respecto, es importante tener en cuenta lo que el tratadista español Muñoz Conde señala: *“Ningún hecho, por antijurídico y culpable que sea, puede llegar a la categoría de delito si, al mismo tiempo, no es típico, es decir, no corresponde a la descripción contenida en la norma penal.”*³¹

A *prima facie* no se observa, de la sentencia y concretamente en el considerando transcrito de la sentencia impugnada, que el Tribunal de instancia haya mencionado alguno de los referidos verbos rectores contenidos en el artículo 158 del Código Penal, esto es: **destruir, deteriorar, inutilizar, interrumpir o paralizar**. Por el contrario, en la escueta y diminuta *ratio decidendi*, (de apenas 16 líneas), sólo describe como conducta de la procesada, que ésta *“conminó, estimuló, incitó al alumnado de dicha institución educativa para que se reúnan y vayan a la dirección dada por ella”*, acciones que no se adecuan a los verbos rectores constitutivos del tipo penal de “Sabotaje a servicios públicos o privados”, por el que ha sido sentenciada, cabe mencionar que al no existir certeza de la materialidad de la infracción, no cabe una sentencia condenatoria, tal como lo establece el artículo 304 del Código de Procedimiento Penal.

El hecho de que en la sentencia del tribunal *adquem* no se han logrado configurar los verbos del delito de sabotaje a servicios públicos o privados, conlleva a dos conclusiones inmediatas: La primera es que, al no existir verbos del tipo penal imputado, no existe acción y por lo tanto, tampoco existe tipicidad, ya que las acciones de “conminar”, “estimular” e “incitar” no han sido previamente tipificadas, pues el legislador no las ha valorado como intolerables o lesivas para la sociedad, por lo tanto, mal podía el Tribunal *ad quem* declarar la culpabilidad de la procesada. La segunda, es que, una vez que el análisis se ha truncado en el elemento del verbo rector, no cabe continuar analizando los demás elementos de la categoría dogmática de la tipicidad, menos revisar las demás categorías como son la antijuridicidad y la culpabilidad, puesto que en la teoría del delito la configuración de cada elemento está condicionada a la existencia del anterior.

En consecuencia, en razón de que los hechos que el Tribunal de apelación considera probados no se subsumen en el tipo penal por el cual se emite sentencia de condena en

³¹ Francisco Muñoz Conde, Teoría General del Delito, tercera reimpresión de la segunda edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 2008, p. 31.

contra de la procesada Mery Segunda Zamora García, es evidente la transgresión al principio de legalidad establecido en el artículo 76.3 de la Constitución de la República.

7.3. Por último, la defensa técnica de la recurrente alegan que no se tomó en cuenta el artículo 15 del Código Penal que establece *“La acción u omisión prevista por la ley como infracción no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor”*.

7.3.1. En cuanto al último cargo alegado por la defensa, que consiste en que se debió tomar en cuenta lo que establece el artículo 15 del Código Penal establece *“La acción u omisión prevista por la ley como infracción no será punible cuando es el resultado de caso fortuito o fuerza mayor.”* Al respecto, es pertinente señalar que el recurrente únicamente enuncia la norma, sin que se haya fundamentado como en estricto rigor corresponde al ser este un recurso extraordinario y formal, aún más, dicho cargo resulta contradictorio con el primero, por lo que este Tribunal considera que no es necesario entrar analizarlo.

8. CONSIDERACIONES FINALES:

Retomando todo lo mencionado, se destaca lo siguiente: Los hechos en la forma en que han sido declarados como probados por el Tribunal de apelación específicamente en el considerando quinto de la sentencia impugnada, en la cual se considera que la procesada *“(...) conminó, estimuló, incitó al alumnado de dicha institución educativa para que se reúnan y vayan a la dirección dada por ella”*, no se adecuan a la conducta descrita en el artículo 158 del Código Penal, en el cual se señala como verbos rectores del tipo penal a quien destruya, deteriores inutilice, interrumpa, o paralice servicios públicos.

En resumen, de la fundamentación realizada por la recurrente, a través de su defensa técnica, se establece que en la sentencia materia de casación, existe una contravención expresa al tipo contemplado en el artículo 158 del Código Sustantivo Penal, esto, porque los hechos en la forma en que han sido declarados como probados por el Tribunal de Apelación, no se subsumen en la conducta típica descrita en la referida norma y por la cual se la condenó a la procesada, tal como ha quedado expuesto; en consecuencia, en la especie no se cumple el primer elemento que forma parte de la estructura del delito, esto es, la tipicidad, por ende, si no existe un acto típico mucho menos pueden existir las restantes categorías del delito, esto es, la antijuricidad y culpabilidad, lo que da

lugar a la no comprobación conforme a derecho de la infracción tipificada en el artículo 158 del Código Penal. En este contexto, es preciso mencionar que la violación a la tipicidad, deviene directamente en una contravención al principio de legalidad, constante en el artículo 2 del Código Penal y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, en virtud del cual sólo se puede declarar la responsabilidad penal de una persona, e imponer una sanción, por hechos, previamente tipificados como infracción; y sobre los cuales se contempla una sanción, de ahí que si los hechos que se le atribuyen a la ciudadana Mery Segunda Zamora García, no forman parte de la conducta típica del delito de sabotaje a servicios públicos o privados, mal puede declarársele autora de este delito, esto como parte del principio de máxima taxatividad de la ley penal y del principio de lesividad que se resume en que si no existe la lesión a un bien jurídico mal puede ser considerada una persona como autora de un delito, ambos principios que son a su vez integrantes del de legalidad, constante en el artículo 2 del Código Penal y 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador, en sus numerales 1 y 3, que prescribe lo siguiente: “(...) *corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes*”.

9. DECISIÓN:

De la fundamentación realizada por la recurrente, a través de su defensa técnica, se establece que en la sentencia materia de casación, existe una contravención expresa al tipo contemplado en el artículo 158 del Código Sustantivo Penal, esto porque los hechos no se subsumen en el tipo penal por el cual se le condenó; lo que atenta contra el principio de legalidad, constante en el artículo 2 del Código Penal y 76 de la Constitución de la República del Ecuador, en sus numerales 1 y 3, que prescribe lo siguiente: “(...) *corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes*” y “*Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará otra sanción no prevista en la Constitución o la ley (...)*” Por lo expresado, este Tribunal de Casación de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, conformado por las doctoras: Ximena Vintimilla Moscoso, Mariana YumbayYallico, y por el Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, Juez ponente, dentro de la presente causa No. 144-2014, por unanimidad, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, casa la sentencia recurrida y enmendando la violación de la ley,

declara procedente el recurso de casación interpuesto por la ciudadana MERY SEGUNDA ZAMORA GARCIA, y por tanto ratifica su estado de inocencia. Se dispone el cese de las medidas personales reales ordenadas en su contra. Devuélvase el proceso al Tribunal inferior para la ejecución de la sentencia. Actúe en la presente causa el Dr. Milton Álvarez Chacón, Secretario Relator Titular.- **Notifíquese y publíquese.-fdo()** Dr. Johnny Ayluardo Salcedo, **JUEZ NACIONAL PONENTE.-** Dra. Ximena Vintimilla Moscoso y Dra. Mariana YumbayYallico.- **JUEZAS NACIONALES.-** Certifico.- fdo() **Dr. Milton Álvarez Chacón.- SECRETARIO RELATOR.-** Lo que comunico a usted para los fines pertinentes de ley.-

Dr. Milton Álvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR