

Cábalmo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 8 / Diciembre 2017



FACULTAD DE
DERECHO

- Interpretación penal creativa. Activismo judicial y garantía de acceso para mujeres víctimas de violencia de género
- El Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador y la oralidad
- Latin America criminology from a postcolonial approach
- La implementación del sistema de justicia penal acusatorio en México. Retos y adversidades frente a la sociedad

cálamo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla.

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

RECTOR

Carlos Larreátegui

VICERRECTOR ACADÉMICO

Gonzalo Mendieta

DECANA

Alexandra Vela

DIRECTORA ACADÉMICA

Lorena Naranjo

DIRECTORA CÁLAMO

Pamela Jijón

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- Juan Carlos Prado, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD Universidad de las Américas
- Pamela Jijón, PhD Universidad de las Américas
- Wladimir Sierra, PhD Universidad de Berlín
- Santiago Zarria, Mg. Universidad de las Américas
- Emilio Cerezo, Mg. Universidad de las Américas
- Juan Manuel Alba, Universidad de las Américas

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”, Italia
- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú
- Mónica Gonzáles Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba

- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba
- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo, Mg.

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho, PhD

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

María Dolores Miño, Mg.

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

V&M Gráficas

Contacto: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canje dirigirse a: Universidad de Las Américas. Facultad de Derecho. Sede Norte, instalaciones José Queri. Bloque 6. Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:
calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los autores. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

ISSN

1390-8863

Cálamo 8: Los artículos que conforman el número 8 de Cálamo han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares previos a su publicación.

Uno de nuestros objetivos principales desde Cálamo es acoger en nuestras páginas reflexiones y propuestas ancladas en el análisis de la actualidad del derecho. En esta ocasión hemos dado una atención particular al presente del derecho penal en la región.

Para ello, el dossier se compone de cuatro artículos todos ellos con enfoques distintos sobre la materia. Así, Marcella da Fonte defiende la importancia de la interpretación creativa en el derecho penal como un mecanismo para que, por medio del activismo judicial, se pueda defender el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género.

Igualmente centrado en el Ecuador, Diego Zalamea realiza un análisis sobre la pertinencia entre lo planteado por el Código Orgánico Integral Penal y el mandato constitucional que implementa un esquema procesal oral. Su contribución alerta además, sobre algunas distorsiones del proceso que se han vivido en la región.

María del Mar Gallegos, por su parte, presenta un artículo en el que exhorta a los interesados en materia penal a incluir en su marco teórico los conceptos acuñados por la teoría post colonial, sobre todo en el análisis de la criminología. En efecto, para la autora existe una correlación entre la violencia presente en la región y el pasado colonial.

Cerramos el dossier con el estudio de caso planteado por Roberto Huerta, acerca de la implementación del sistema penal acusatorio en México. Su escrito se articula alrededor de la exposición y análisis de la percepción social que se ha creado sobre este sistema a un año de su funcionamiento.

En este número, la sección de ensayos cuenta por un lado, con el aporte de Ramio Rivera, quien nos entrega

un estudio sobre el origen de la inviolabilidad parlamentaria, que complementada con la inmunidad parlamentaria, garantizan para el autor el ejercicio pleno de la representación política. Por otro lado, tenemos la contribución de Sebastián López, para quien en la elección democrática de los jueces constitucionales es de fundamental aplicación el deber de motivación. Se trata pues, para el autor de subrayar que en la designación de jueces está en juego una parte fundamental de la constitución democrática de un Estado.

La entrevista que realiza Marcella da Fonte a Graciela Agrimann complementa el dossier desde la exposición de los retos que plantea la lucha contra la violencia de género al sistema judicial.

Por su parte, la sección de comentario de obra, atiende la necesaria reflexión actual sobre el exilio que acoge el texto de Santiago Zarría sobre el libro de Peter Burke *Exiles and expatriates in the history of knowledge 1500-2000*, que nos invita a pensar el concepto de pensador exiliado. Zarría se posiciona de manera crítica insistiendo en la necesidad de marcar una *desprovincialización del conocimiento*.

En fin, para cumplir con nuestro interés en el análisis comparado del derecho la sección de reseña cierra el número con el aporte de María Helena Carbonell que presenta el texto de Jan Schneider *Reparation and enforcement of judgements. A comparative analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems* que estudia la práctica de los órganos jurisdiccionales del sistema europeo e interamericano de protección de derechos.

Alexandra Vega Puga
Decana de la Escuela de Derecho
Universidad de Las Américas

Dossier

- INTERPRETACIÓN PENAL CREATIVA. ACTIVISMO JUDICIAL Y GARANTÍA DE ACCESO PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO 6
Marcella Da Fonte Carvalho
- EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN EL ECUADOR Y LA ORALIDAD 21
Diego Zalamea
- LATIN AMERICA CRIMINOLOGY FROM A POSTCOLONIAL APPROACH 33
María del Mar Gallegos
- LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO. RETOS Y ADVERSIDADES FRENTE A LA SOCIEDAD 44
Roberto Huerta Peruyero

Ensayos

- ORIGEN DE LA INVIOLABILIDAD PARLAMENTARIA 58
Ramiro Rivera
- MOTIVACIÓN Y ELECCIÓN DE JUECES EN LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA 69
Sebastián López Hidalgo

Entrevista

- EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA INTERPRETACIÓN PENAL CREATIVA: LOS RETOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO ENTREVISTA A DRA. GRACIELA JULIA ANGRIMAN 82
Marcella Da Fonte

Resumen comentado de obra

- LA DESPROVINCIALIZACIÓN DEL CONOCIMIENTO COMENTARIO DEL LIBRO: EXILES AND EXPATRIATES IN THE HISTORY OF KNOWLEDGE, 1500-2000. DE BURKE, PETER 88
Santiago M. Zarria

RESEÑA

- REPARATION AND ENFORCEMENT OF JUDGEMENTS A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE EUROPEAN AND INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEMS 96
María Helena Carbonell Yáñez

DOSSIER

ndb.

INTERPRETACIÓN PENAL CREATIVA. ACTIVISMO JUDICIAL Y GARANTÍA DE ACCESO PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

CREATIVE CRIMINAL INTERPRETATION. JUDICIAL ACTIVISM AND GUARANTEE OF ACCESS FOR WOMEN VICTIMS OF GENDER VIOLENCE

INTERPRETAÇÃO CRIMINAL CRIATIVA. ATIVISMO JUDICIAL E GARANTIA DE ACESSO PARA MULHERES VÍTIMAS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO

*Marcella Da Fonte Carvalho**

Recibido: 07/10/2017
Aprobado: 25/11/2017

Resumen:

Este artículo tiene como objetivo discutir cuál es la importancia de la interpretación creativa en materia penal, y cómo ésta puede ser utilizada por medio del activismo judicial en Ecuador, como herramienta útil para ampliar el ejercicio del acceso a la justicia destinado a las mujeres víctimas de violencia de género.

Palabras clave: Género; Violencia; Acceso a la justicia; Interpretación; Activismo Judicial

Abstract:

This article aims to discuss the importance of creative interpretation in criminal matters, and how it can be used through judicial activism in Ecuador, as a useful tool to expand the exercise of access to justice for women victims of gender violence.

Key words: Gender; Violence; Access to justice; Interpretation; Judicial Activism

Resumo:

Este artigo tem como objetivo discutir qual é a importância da interpretação criativa em matéria penal, e como esta pode ser utilizada por meio do ativismo jurídico no Equador, como ferramenta útil para ampliar o exercício do acesso à justiça destinado às mulheres vítimas de violência de gênero.

Palavras chave: Gênero; Violência; Acesso à justiça; Interpretação; Ativismo Jurídico

* Abogada, Facultad de Derecho de Olinda (AESO), Brasil, especialista en Derecho Administrativo, Universidad Federal de Pernambuco (UFPE), Brasil, PhD en Ciencias Jurídicas y sociales por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), Argentina, profesora de Derecho penal en la Universidad de la Américas (UDLA), Ecuador.

INTRODUCCIÓN

El ejercicio del acceso a la justicia, constituye un derecho humano fundamental de las mujeres y es consagrado en el marco jurídico internacional (Convención de Belém do Pará, art. 7) e interno de Ecuador, tanto por la Constitución (Constitución de la República de Ecuador, art. 75) cuanto por la recientemente aprobada Ley orgánica de protección a las mujeres (Ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, art. 5).

Por esa razón, los Estados deben garantizar la satisfacción de este derecho por medio de sus operadores de justicia, que deben vislumbrarlo dentro de una perspectiva de igualdad real y, así, rechazar todas las formas de discriminación contra la mujer socialmente naturalizadas. Desde esta perspectiva se pueden generar algunas inquietudes:

¿En casos de violencia de género, observan los jueces y tribunales las peculiaridades de estos casos, y el contexto social de discriminación contra las mujeres al momento de impartir justicia? ¿Posee el marco normativo internacional e interno aristas útiles que pueden servir de parámetros para que los operadores de justicia comprendan de forma precisa el derecho humano referente al acceso a la justicia? ¿En qué consiste la interpretación penal creativa y como esta herramienta analítica puede ser utilizada por los operadores de justicia para garantizar el ejercicio del acceso a las mujeres víctimas de violencia machista?

A fin de responder a estas inquietudes, el presente artículo tiene el objetivo de demostrar cómo la interpretación penal creativa debe ser utilizada en la administración de justicia para ampliar el ejercicio del acceso a esta, como un derecho humano fundamental de las mujeres. Por esta razón, en este artículo se hacen algunas precisiones conceptuales sobre el género y la violencia de género, para demostrar que, en el actual contexto social, existen varias formas de discriminación contra la mujer, y que estas pueden incidir en el

ámbito jurídico y marcar, así, sus influencias en la operatividad del sistema de justicia penal.

También se analizan las aristas del deber de *debida diligencia* y de *tutela judicial efectiva* como categorías analíticas que puntualizan la dimensión conceptual del acceso a la justicia, y como este derecho debe ser destinado de manera diferenciada a las mujeres víctimas de violencia de género.

Más adelante, por medio del análisis de la jurisprudencia de la CIDH y de la Corte IDH, se observa que existen falencias en los Estados, al momento de garantizar el derecho de acceso de las mujeres a la justicia, una vez que las desigualdades estructurales socialmente establecidas constituyen obstáculos reales para la plena satisfacción de este derecho fundamental.

Por fin, se delimita el concepto de la interpretación creativa, o constructiva de la escuela realista, para que los operadores, al impartir justicia, puedan introducir un novedoso significado analítico que considere aristas conceptuales provenientes de la jurisprudencia internacional, y que tenga como resultado la reducción de los espacios de desigualdad, por la vía de ampliar la dimensión del acceso a la justicia para las mujeres que son víctimas de la violencia de género en Ecuador.

Es evidente que la violencia de género es un problema social que no va ser resuelto por medio de la justicia, sin embargo, el ámbito jurídico constituye un elemento fundamental en la lucha por la erradicación de este fenómeno, un hecho que nos motiva a plantear este tema.

Por fin, para lograr el objetivo perquirido en este artículo, es importante resaltar que las categorías analíticas definidas y discutidas en el marco teórico de este trabajo se basa en una revisión legislativa y bibliográfica actualizada que nos ha permitido llegar a las conclusiones de esta investigación.

EL GÉNERO: UNA CATEGORÍA ANALÍTICA ÚTIL PARA LA COMPRENSIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA MUJER

Para la mejor contextualización del género como una categoría analítica que permita una adecuada

comprensión de la discriminación contra la mujer, es necesario distinguir dos conceptos importantes:

el sexo y el género. El primero es concebido desde el ámbito biológico, mientras el género es un concepto que no parte de una perspectiva unívoca: la transversalidad del tema nos indica que esta categoría surge de una construcción cultural, política y económica que tiene, como centro de su enfoque, postulados antropológicos.

En este sentido, la doctrina que discute la diferencia entre el sexo biológico (hombres y mujeres) y el género permite precisar cómo las diferencias sexuales contornan la dimensión de la desigualdad (Lamas 2013, 17).

Así, la diferencia entre los sexos es estereotipada como producto de la asignación de roles construidos socialmente que legitiman que el sexo masculino goce de determinadas prerrogativas sociales en detrimento del sexo femenino (Facio 1992, 31).

De esta forma, el género sirve como una categoría analítica que resulta útil para identificar las diferencias sexuales que deben ser vislumbradas desde el actual contexto socio cultural que, a su vez, es fruto de un contexto histórico patriarcal determinante de roles sociales atribuidos por el sexo.

Es imprescindible la precisión conceptual del género desde la óptica de una construcción socio cultural, toda vez que la evolución social es la responsable de delimitar las supuestas asimetrías impuestas históricamente entre los sexos.

La adecuada comprensión de esta categoría analítica no parte de una perspectiva jurídica unívoca, pues la transversalidad del tema enmarca la inserción de este concepto que, por lo tanto, debe ser vislumbrado desde la óptica de una construcción cultural, proveniente de un proceso histórico opresor y que cuenta con estructura jerárquica que constituye un óbice real a la efectiva satisfacción de los derechos humanos de las mujeres.

De acuerdo a ese entendimiento, Cobo (2005, 249) aduce que el género corresponde a una categoría político-social determinada por el sexo, y explica que esta construcción deriva del orden social patriarcal, determinante de posiciones y asignación de roles.

Al analizar la perspectiva planteada, se debe incluir la dimensión conceptual del término “género”, por ser útil para facilitar la adecuada comprensión de la violencia sexista y de sus consecuencias sociales.

A fin de delimitar el entendimiento de esta categoría utilizaremos la metodología analítica propuesta por Facio, que propone, como eje central, la toma de conciencia de la desvalorización de las mujeres en todos los espacios sociales (Facio 1992, 12-3).

La autora citada propone algunos indicadores útiles para identificar la existencia real del sexismo en la vida cotidiana de las mujeres y su vinculación con presupuestos que viabilizan este proceso.

Entre estos indicadores, Facio hace hincapié en una serie de creencias socialmente construidas sobre la subordinación de la mujer y, por último, destaca la idea de que el derecho es androcéntrico, es decir hecho por hombres y para hombres (Facio 1992, 25).

Por ende, la adecuada comprensión de la amplitud de elementos que conforman la categoría género es primordial para identificar formas de actos discriminatorios en contra de las mujeres que desatan el fenómeno criminal de la violencia de género.

En ese sentido, la violencia de género no puede ser dissociada del contexto social que reprime y discrimina a la mujer, por la vía de naturalizar la asignación de roles y de sostener los ideales oriundos del orden patriarcal. A partir de tal hilo conductor, pasemos al estudio de este modelo de violencia como un embrión de la discriminación contra la mujer.

VIOLENCIA DE GÉNERO: UN EMBRIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN ESTRUCTURAL

Una vez delimitado el concepto de género, es importante comprender el alcance real de la violencia machista reconocida por Naciones Unidas como una sistémica violación a los derechos humanos de las mu-

jeres, y que, consecuentemente, desencadena una restricción real a los ejercicios de tales derechos. Según el art. 1 de la Convención de Belém do Pará, la violencia de género contra las mujeres consiste en:

“Cualquier acción o conducta que, basada en su género, cause muerte, daño, u sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Así, de esta disposición normativa internacional se puede inferir que todas las formas de violencia contra las mujeres, basadas en contexto de discriminación estructural, representan modalidades de violencia de género, y que, según esta normativa, son consideradas y concretadas en todos los espacios y ámbitos de la sociedad, sean estos públicos o privados¹.

En ese sentido, podemos categorizar la violencia de género como un amplio menú de atentados que menoscaban los derechos humanos de las mujeres, basados en una dicotomía sexista, oriunda de un legado histórico, y retroalimentada por un ideal misógino reflejado en las construcciones socialmente establecidas. Desde esa perspectiva de discriminación contra la mujer, se puede inferir que la naturalización y minimización del reconocimiento de este problema social es legitimada por un alto grado de impunidad que favorece la proyección de la cultura machista (Angriman 2017, 17).

En ese contexto, Larrauri entiende que las relaciones entre los géneros, es un factor determinante para entender la problemática de la violencia contra la mujer, pues ese modelo se basa en la dicotomía sexual que estipula la posición de subordinación femenina (Larrauri 2007, 18-9).

Este llamado de alerta que hace la autora citada resulta bastante acertado, una vez que es común visualizar situaciones en que operadores de justicia como fiscales y jueces, no vislumbran el contexto de discriminación

estructural en el momento de impartir justicia, y por ende, acaban por menoscabar el ejercicio de los derechos de las mujeres, como es el caso del acceso a la justicia.

En un sentido similar, Lorenzo afirma que el tema de la violencia de género contra la mujer, en la práctica se subsume bajo criterios reguladores de una sociedad patriarcal que engendra obstáculos prácticos para la identificación de este modelo (Lorenzo 2008, 286).

En efecto, la violencia de género es un problema que requiere la unión de esfuerzos entre la sociedad civil y el sistema penal; pues, mientras el feminismo pugna por una política de protección de la mujer contra el crimen, los operadores de justicia penal casi nunca dan una respuesta concreta y satisfactoria con perspectiva de género, cuando hay delitos contra las mujeres.

Con dicho objetivo, este artículo invita a los operadores de justicia a ponerse los lentes de género para, primero, identificar casos de violencia contra las mujeres, y en seguida tomar medidas para facilitar y ampliar el acceso a la justicia para las víctimas de violencia machista, por ejemplo mediante la creación de protocolos de investigación y atención judicial, con vista a ampliar el ejercicio del acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género. Para el logro de tal fin, es importante entender la dimensión conceptual del derecho humano de acceso a la justicia.

En ese sentido, es importante analizar dos aristas conceptuales imprescindibles para la precisa comprensión del concepto de acceso como un derecho humano de las mujeres, que son el deber de debida diligencia y la tutela judicial efectiva.

EL DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMO PRECISIONES CONCEPTUALES DE LA CATEGORÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA

El deber de debida diligencia es una de las obligaciones impuestas por los Estados, que derivan tanto de la normativa internacional de protección a la mujer (Convención de Belém do Pará) ratificada

por el Estado ecuatoriano, cuanto de la normativa interna (Constitución de la República y Ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres).

¹ Entre ellas, la *violencia intrafamiliar contra las mujeres*, que consiste en un patrón de conductas abusivas por parte de un miembro del núcleo familiar contra otro considerado más vulnerable dentro de esta relación, en este caso las mujeres. Hay que recalcar que las conductas realizadas por el infractor doméstico abarcan maltratos físicos, sexuales o psicológicos (Labrador, 2004).

Por ende, es necesario relacionar la normativa internacional citada con los matices de la violencia de género que son esenciales para relacionar la extensión y alcance de la discriminación contra las mujeres con las obligaciones de los Estados (Abramovich 2010, 168).

En el caso particular, el Estado ecuatoriano, conforme a disposición legal expresa, debe actuar con debida diligencia por medio de medidas judiciales destinadas a proteger, respetar y garantizar los derechos humanos de las mujeres víctimas de violencia de género (Ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, 2018, art. 5).

En ese sentido, el alcance de la obligación referente al deber de debida diligencia constituye un marco referencial para analizar las acciones u omisiones de las entidades estatales o de sus funcionarios, y para evaluar el cumplimiento de sus obligaciones tanto internacionales cuanto internas (Vogelfanger 2015, 55).

Con esa acotación previa, la debida diligencia constituye la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos de las mujeres (CEJIL 2010, 14).

El *deber de debida diligencia* que tienen los Estados en materia de violencia contra las mujeres alberga comprende 4 categorías destacadas:

1. *Prevención*: que consiste en la protección de derechos sustantivos, como la integridad personal, que es llevada a cabo por mecanismos implementados por medio de estrategias integrales de los Estados, como monitoreo periódico para evitar factores de riesgos en casos o situaciones de violencia intrafamiliar.

Esta categoría puede ser vislumbrada, cuando las autoridades son informadas sobre un riesgo de ocurrencia de posible delito pero no actúan de forma rápida para evitar su cometimiento. Tomamos, como ejemplo, casos en que existen mujeres desaparecidas y la policía debe actuar de manera inmediata, y no esperar por un largo lapso temporal para empezar su búsqueda como sucedió en el caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, sentenciado por la Corte IDH.

2. *Investigación*: es el deber que tiene el Estado de establecer tanto la verdad de los hechos –por medio de una investigación minuciosa, clara y precisa, con la participación activa de las mujeres o sus familiares, con el objetivo de demostrar la responsabilidad penal de los autores, coautores o cómplices del delito–, como el tipo penal correspondiente a la modalidad de violencia de género empleada; y, posteriormente, por medio de la acción penal, el deber de establecer las garantías procesales para la víctima y agresor, previstas en la normativa internacional e interna.

Así, los Estados deben destruir barreras y cumplir con la obligación de esclarecer las graves violaciones a los derechos humanos que derivan del deber de garantía, además de otros derechos fundamentales, como la vida, la integridad personal y sexual de las mujeres.

Referente al deber de investigar asociado a la debida diligencia, tanto la CIDH cuanto la Corte IDH se han pronunciado en el Caso María da Penha vs. Brasil, donde el sistema de justicia brasileño, ante la ausencia de normativa local, fue incapaz de acudir a la normativa internacional para solucionar un gravísimo caso de violencia intrafamiliar, debidamente constatado².

La investigación, que quizá es la categoría más importante del deber de diligencia por parte del Estado, constituye uno de los elementos esenciales para garantizar el derecho a la verdad de las víctimas, la noción de justicia y la reparación (CEJIL 2010, 18).

Además, las autoridades deben considerar la inserción de ciertos principios en las investigaciones, tales como: la oficiosidad (las investigaciones deben ser realizadas de oficio, independientemente de la narración de los hechos por las víctimas o sus familiares), la oportunidad (investigación inmediata, es decir: en un plazo pertinente con presentación de resultados), la competencia (investigación procedida por medio de la autoridad competente y de procedimiento apropiado). La investigación debe cumplir también otros principios como: independencia e imparcialidad (las

2 La agresión a Maria da Penha le causó paraplejia, cuando su esposo le disparó a sus piernas, en un claro intento de femicidio.

autoridades responsables por las investigaciones deben actuar de manera imparcial para buscar pruebas que comprueben la existencia de un delito), exhaustividad (la autoridad deberá perseguir de forma incansable la verdad de los hechos, con la participación de las víctimas (siempre que sea posible) y sus familiares (CEJIL 2010, 22).

Por fin, la investigación se deberá realizar de manera operativa por parte de los Estados; y las autoridades y funcionarios públicos involucrados en esta etapa, deberán crear protocolos específicos de actuación, con contenidos referentes a modelos de investigación que sean apropiados para los variados tipos de violencia de género contra las mujeres.

Una vez desarrollado el análisis de las dos primeras aristas conceptuales (prevención e investigación), es importante seguir con la descripción de las otras aristas que complementan la adecuada noción del deber de debida diligencia por parte de los Estados: la sanción y la reparación.

3. *Sanción*: la efectiva aplicación de medidas de carácter punitivo (no necesariamente penas privativas de libertad), que deberán ser adecuadas y proporcionales al grado de culpabilidad imputable a los autores de los hechos violentos, de manera que resulten reforzadas las ideas de prevención general y especial de la pena.
4. *Reparación integral de los daños*. Se trata de medidas destinadas a las víctimas de la violencia de género y a la sociedad, que sirven para garantizar la debida compensación por los daños causados, tales como rehabilitación, indemnización, y medidas de satisfacción simbólicas, como por ejemplo monumentos de reconocimiento público en pro de la víctimas, entre otras.

Tras el análisis de todas las cuatro aristas que incorporan la noción conceptual del deber de debida diligencia, pasemos a detallar la dimensión y el alcance que tiene el deber de *tutela judicial efectiva*, tan importante para el reconocimiento de las llamadas “garantías sexuales”³ (Angriman, 2012, 4) en el proceso penal, que

deben ser concretadas por todos operadores de justicia por medio de:

1. Garantías de acceso real que permitan a las mujeres víctimas de violencia de género acceder al sistema judicial para denunciar actos violentos, tener derecho a la información sobre el delito, buscar asesoramiento jurídico que identifique posibles casos de violencia de género, tener derecho a intérpretes especializados si es necesario.
2. Además, el Estado deberá implementar instancias especializadas próximas a las comunidades urbanas y rurales con un equipo multidisciplinario de apoyo, que facilite el acceso físico de las mujeres al sistema de justicia.
3. Aplicabilidad de mecanismos idóneos y efectivos de protección judicial, que consisten en medidas aplicadas por los operadores de justicia, destinadas a salvaguardar la dignidad humana de las mujeres, tales como promover su participación activa en los procesos, aplicar mecanismos procesales destinados a frenar casos de violencia tales como: medidas cautelares de protección e intervención articulada con servicios administrativos y sociales de salud, educación, niñez... (Angriman 2012, 5).
4. Adecuada tutela judicial en este ámbito: el Estado deberá garantizar la existencia de instancias especializadas para investigar y concluir los casos de violencia en contra de las mujeres, con servicios brindados por operadores de justicia capacitados y sensibilizados sobre el tema de género; además de creación de protocolos de actuación destinados a los magistrados y funcionarios de los juzgados;
5. Imparcialidad e independencia de los operadores de justicia, para que estos logren visibilizar los casos de violencia contra las mujeres, sobre una doble base: comprender la relación entre estos y la discriminación estructural y desnaturalizar la tendencia natural a la re victimización de las mujeres.
6. Garantía del debido proceso, que debe ser otorgada a las víctimas, sus familiares y al agresor, para

³ Las llamadas “garantías sexuales” establecidas por Angriman “se refieren a técnicas judiciales aplicadas para reducir la brecha entre normatividad y realidad” (Angriman, 2012, 4).

el cabal ejercicio de sus derechos en el marco legal. Los operadores de justicia deben recurrir a técnicas especializadas de litigio con perspectiva de género, siempre vislumbradas y orientadas como medio de combate a la discriminación contra las mujeres.

7. Así, cuando se habla del deber de debida diligencia y tutela judicial efectiva, aristas conceptuales detalladas en líneas anteriores, podemos señalar una inquietud: ¿Por qué el Estado debe intervenir para garantizar el ejercicio del derecho humano de acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género?

La respuesta demanda un análisis minucioso del acceso a la justicia como un derecho humano fundamental presente en el marco normativo internacional e interno que, para su cabal satisfacción, debe ser vislumbrado desde el reconocimiento de su ejercicio por medio de la garantía de igualdad y no discriminación.

En esa línea de pensamiento, Birgin destaca que, en un sistema democrático, el Estado tiene la obligación de garantizar el derecho humano de acceso a la justicia a todas las personas por igual (Birgin 2006, 17).

Para Arroyo, la igualdad debe ser vislumbrada desde el hecho de que los seres humanos presentan diferencias, que deben ser consideradas en el momento en que la administración de justicia es efectivizada, sobre la base de los derechos humanos de las partes, vistos desde el punto de vista de las diferencias (Arroyo, 2011, 41).

Se considera que este estudio de la igualdad desde la perspectiva del reconocimiento de las diferencias naturales y culturales refuerza el entendimiento del origen del pensamiento feminista, y de la lucha por la no-discriminación en contra de las mujeres, pensamiento contrapuesto al ideal androcéntrico impuesto y aceptado por el derecho (Ferrajoli 2010, 311).

Por ende, en un Estado democrático se vislumbra una concepción liberal-igualitaria, que, según Nino, representa un modelo real de Estado de bienestar diseñado para sus ciudadanos (Nino, 1984, 118-24).

La Corte Constitucional brasileña se manifestó de forma acertada acerca de la aplicación del principio de igualdad aplicado desde la perspectiva de no discriminación, cuando el Presidente del Supremo Tribunal Federal concedió, por medio de Habeas Corpus (Hc 126107), el derecho al cumplimiento de prisión preventiva domiciliaria a una mujer embarazada, que había sido privada de la libertad en el Estado de São Paulo (STF)⁴.

Así, el principio de la igualdad desde la perspectiva de la diferencia visto como un derecho humano fundamental debe ser utilizado y vislumbrado por los operadores de justicia como un instrumento útil para garantizar, a las mujeres víctimas de la violencia, el acceso efectivo al sistema de justicia en los Estados.

El problema es que, en la práctica, los Estados se comportan como espectadores pasivos frente a la violación sistemática del principio de igualdad y no discriminación en temas relativos al ejercicio de acceso a la justicia para las mujeres que son víctimas de violencia, según el CEJIL.

Para evitar esa violación sistemática a los derechos de las mujeres en los contextos estatales, es necesario entender la diferencia entre el acceso a la justicia considerado como un derecho humano fundamental, en conformidad la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 8) y el acceso a la justicia comprendido como un derecho humano con perspectiva de género, es decir, como una garantía de igualdad (Facio 2000, 1).

Así, desde el enfoque de género, el acceso a la justicia debe ser considerado como una forma de disminución de espacios de desigualdades estructurales y roles asignados históricamente a las mujeres, criterios que no pueden ser considerados de forma neutra y objetiva (Facio 2000, 2).

En el Informe sobre Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia de Género en las Américas se resalta la necesidad de reflexionar acerca de cómo las dimensiones *deber de debida diligencia* y *tutela judicial efectiva* pueden ser herramientas útiles para que los operadores de justicia subsanen actos de violencia

4 STF (Supremo Tribunal Federal de Brasil).

contra las mujeres y, así, amplíen la garantía de acceso a la justicia (CIDH 2015)⁵.

De tal forma, la Comisión publicó varios informes de fondo sobre casos de violencia de género contra las mujeres, y estableció directrices que refuerzan las aristas que definen el deber de la diligencia y la tutela judicial efectiva, por parte de los Estados, que conforman las directrices de la categoría analítica del acceso a la justicia. Entre estos podemos destacar:

El informe de fondo de la CIDH N°. 54/01, referente al Caso María da Penha vs. Brasil fue el primer dictamen internacional en que se hizo alusión a la Convención de Belém do Pará y sostuvo que el Estado brasileño no actuó conforme a los preceptos establecidos por la normativa internacional respecto a la ineficiencia en el proceso jurisdiccional, por haber limitado el acceso a la justicia en temas de violencia intrafamiliar contra la mujer (CIDH 2015, 20).

Además, el informe mencionado enfatiza también la obligación que tiene el Estado de actuar con diligencia en casos de violencia intrafamiliar contra las mujeres, indica el art. 7 de la Convención de Belém do Pará, en el cual se destaca que el Estado debe adoptar medidas legislativas destinadas a cohibir la violencia contra las mujeres, entre estas la de reforzar y garantizar el acceso a la justicia, y la de efectivizar la reparación de daños y otros medios de compensación para las víctimas de violencia.

En la referida publicación, la CIDH resalta temáticas específicas, entre ellas el acceso a la justicia, y destaca que varios Estados no actúan con la debida diligencia para cohibir la violencia de género contra las mujeres, al analizar las dimensiones de deber de la debida diligencia y tutela judicial efectiva en sus informes de fondo, referentes a los casos: Jessica Lenahan (Gonzales) y otros, vs. Estados Unidos; Claudina Isabel Velásquez Paiz vs. Guatemala, Ana Teresa Yarce (Comuna 13) y otros vs. Colombia, y Gladys Carol Espinosa Gonzáles vs. Perú (CIDH 2015, 74).

Por otra parte, la CIDH reitera que la prestación de servicios de asistencia jurídica gratuita para las víctimas de discriminación y violencia resulta fundamen-

tal para que las mujeres conozcan sus derechos, así como las vías para hacerlos efectivos ante la justicia; de manera que la provisión de estos servicios cumpla un doble objetivo: “garantizar tanto el acceso a la información como el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de discriminación y violencia” (CIDH 2015, 41).

Para una mejor ilustración del problema, es igualmente importante destacar, además de los informes de la CIDH, la jurisprudencia de la Corte IDH, que se refiere igualmente al tema de acceso cuando destaca las dimensiones de la *debida diligencia* y la *tutela judicial efectiva*, ambas destinadas a garantizar los derechos humanos a las mujeres víctimas de violencia.

Como ejemplo, podemos destacar el caso “González y otras vs. México”, en el cual, dentro de los obstáculos identificados, se constató que el Estado mexicano debió cumplir con su deber en conducir eficazmente los procesos penales, con el fin de administrar justicia de manera coherente y efectiva para las mujeres víctimas del delito y sus familiares (CIDH 2015, 24).

De tal forma, al observar los casos citados por los informes de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte IDH, es notorio que existe cierta debilidad por parte de los Estados, específicamente cuando se observa la actuación de los operadores de justicia con respecto al deber de propiciar de forma adecuada el acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia de género, circunstancia que representa un latente menoscabo de los derechos humanos de las mujeres.

Para, el caso específico de Ecuador, en la observaciones finales sobre los informes periódicos 8° y 9.° combinados, presentados al Comité de la Cedaw, este organismo de monitoreo expresó profunda preocupación acerca de la falta de marcos normativos, procedimientos eficaces, limitación de acceso y administración de justicia, destinados a las mujeres víctimas de violencia de género.

Con respecto al marco normativo, el Estado ha subsanado esta ausencia con la reciente publicación, en el Registro Oficial, de la Ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres

5 Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

(Registro Oficial Año I, N°. 175). Resta esperar a que el organismo de monitoreo se pronuncie sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado descritas en este marco normativo.

Para finalizar esta sección referente al desarrollo de la exigencia de *debida diligencia y tutela judicial efectiva*, inserta en el concepto de la categoría *acceso a la justicia*, como derecho humano de las mujeres que son víctimas de violencia, es importante cuestionar de qué forma los órganos judiciales pueden contribuir a la implementación, en la práctica, de las garantías necesarias para la adecuada satisfacción de este derecho.

Una alternativa viable es la utilización de las aristas conceptuales mencionadas en el párrafo anterior, que sirven como termómetro para medir el nivel de cumplimiento de las obligaciones por el Estado, con el objeto de verificar si el derecho acceso destinado a las mujeres víctimas de violencia de género fue debi-

damente respetado. Con este fin, la herramienta de la interpretación creativa, como una categoría analítica, puede ser concretada en la *praxis* por medio del activismo judicial, al momento que el operador de justicia recoge además de la normativa interna, a la normativa internacional y a desarrollos conceptuales oriundos y matizados por la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos de las mujeres, o sea a fuentes secundarias del derecho.

En ese sentido, la interpretación creativa en materia penal constituye una opción válida para ampliar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, que debe ser garantizado por el Estado a las mujeres víctimas de violencia, una vez que, al actuar de forma creativa, el operador de justicia plantea principios garantistas que no se contraponen a la máxima penal de legalidad. Por ende, pasemos al análisis de la interpretación creativa y de cómo esta puede ser utilizada por los operadores de justicia penal, en materia de género.

LA INTERPRETACIÓN PENAL CREATIVA COMO HERRAMIENTA PARA AMPLIAR LA GARANTÍA AL ACCESO DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Antes de conceptualizar la interpretación penal creativa o constructiva, es necesario comprender la distinción entre las teorías analítica y realista como criterios importantes que ayudan a comprender el proceso de interpretación.

La teoría analítica describe la utilización de una metodología de análisis y lógica que debe incidir sobre el lenguaje de los operadores de justicia. Por otro lado, la teoría realista se centra en que el derecho no es determinado, y por ende la interpretación jurídica corresponde a un activismo discrecional (Guastini 2015, 11).

Proveniente de la escuela realista, la interpretación creativa es conceptualizada como aquella en que el jurista busca un nuevo significado que puede ser reducido a un marco de opciones expresas en los contenidos normativos, sino a un proceso previo de construcción analítica.

Además del modelo tradicional literal que se hace conforme el análisis de la letra del texto normativo, el modelo creativo de interpretación difiere tanto de la

interpretación cognitiva, cuanto de la interpretación decisoria.

La interpretación cognitiva consiste en identificar qué puede expresar una disposición normativa dentro de un marco de significados posibles; o, en la interpretación decisoria, la actividad interpretativa se reduce a la elección del significado que más se ajuste a un caso específico, que se obtendrá por un proceso de subsunción.

Así, la finalidad de la interpretación creativa consiste en crear un nuevo escenario en el mundo jurídico, por medio del proceso de construcción analítica que mayormente es desempeñado por los jueces mediante el activismo judicial

Además, este tipo de interpretación atribuye un mayor protagonismo a las decisiones judiciales como herramientas útiles para la construcción de una nueva matiz, que es vista como una alternativa a la clásica interpretación literal, por adaptar el derecho a las nuevas exigencias de la realidad social, y buscar la finalidad valorativa del derecho.

Al analizar las diferentes formas de interpretación, Castanheira Neves reconoce que la actividad decisoria de los juristas es una de las mejores elecciones consideradas para buscar el fin axiológico del derecho (Castanheira 2003, 102).

En sentido similar, Tercio Sampaio recalca que la creatividad utilizada en la interpretación constituye una herramienta muy importante para reprimir la violencia simbólica (constituida por palabras) que pretende enriquecer la aplicación de la norma jurídica (Sampaio 2013, 221).

En resumen, el alcance de la interpretación creativa en el ámbito del derecho puede ser vislumbrado cuando, por medio de este proceso analítico, el operador jurídico asegura garantías estipuladas en la ley, al adaptar el texto normativo al proceso dinámico de aplicación de la justicia, que está en constante construcción.

Pero ¿de qué manera este modelo de actividad interpretativa analítica puede ser utilizado como una herramienta útil en el sistema de justicia penal, específicamente para ampliar la dimensión de las garantías que atañen al acceso a la justicia destinado a las víctimas de violencia de género?

Según Muñoz Conde, las normas penales representan una conducta impuesta y regulada por el Estado que resulta de un proceso dialéctico, por el cual se renuncia a ciertos derechos individuales y se aceptan los derechos de los demás miembros de la sociedad (Muñoz Conde 1985, 133).

Este conjunto de expectativas proyecta el derecho penal como un instrumento de contención de conflictos sociales, sin embargo, su carácter expansionista, ratificado por una excesiva tipificación de nuevas conductas emergentes, contribuye al desarrollo de políticas penales, tendentes a violar garantías individuales, pero en pro de la satisfacción colectiva ideal. En ese hilo conductor, cuando el poder legislativo amplía el menú

de conductas abarcadas por el sistema penal, a su vez, crea tanto un “derecho penal de combate”⁶, por la vía de restringir garantías individuales para neutralizar personas, cuanto un derecho penal simbólico⁷, que prescinde de una respuesta satisfactoria a la sociedad.

Por esa razón, desde su aspecto conceptual, el derecho penal, entendido como un sistema normativo rígido, difiere de la realidad práctica que pretende alcanzar y, por ende, los jueces deben tener un papel fundamental, al matizar su aplicación, mediante la utilización de los principios y garantías que tienen por objetivo frenar su criterio expansionista⁸.

Cualquiera que sea la norma, en el momento de su creación e interpretación, esta no puede ser aislada del contexto axiológico y social, pues una vez que se procede de esta manera, la proposición normativa podría carecer de eficacia real, por contrariar la perspectiva garantista de los derechos.

El problema práctico existente en las leyes penales, como pauta Fernández Cruz, es que la concepción normativa parte de un axioma estático, mientras que la implementación del axioma dinámico, que es social, depende de decisiones de políticas penales (Fernández 2009, 234).

Por ese motivo, aunque, el derecho occidental sigue el sistema tradicional del *Civil Law*, muchos jueces, en la actualidad, por medio de la utilización de la interpretación creativa enfatizan su protagonismo como verdaderos legisladores y esa tendencia no debe ser aislada en el sistema penal (Chiavelli 2014, 37).

Si bien es cierto que el criterio expansionista del poder punitivo tiene como uno de sus frenos el principio de legalidad, el modelo garantista⁹ nos brinda opciones de otros principios que pueden ser compatibilizados entre sí para asegurar la aplicación de los derechos humanos fundamentales de los individuos, como por ejemplo, el principio *pro reo* en materia de interpretación.

6 Cuando hablamos de “derecho penal de combate” nos referimos a una tendencia que restringe garantías individuales y que busca implicar a individuos de forma indiscriminada.

7 El derecho penal simbólico es aquel que no cumple con la función por la cual fue creado, una vez que las nuevas conductas tipificadas penalmente surgen como objeto de presiones sociales. Podemos ejemplificar el tema, si reconocemos la ampliación del catálogo de delitos en el COIP, que no necesariamente se aplican en la práctica jurídica.

8 El criterio expansionista del derecho penal puede ser entendido como la forma en que el sistema se amplía, cuando surgen nuevas conductas sociales que por políticas anticrimen pasan a ser objeto de control penal.

9 La propuesta garantista desarrollada por Ferrajoli es aquella que prioriza las garantías de los derechos humanos de los individuos, en un estado democrático.

Además, el principio de legalidad incluye la prohibición de atribuir a las personas conductas penales que no estén previamente tipificadas en la ley; y, por esa razón, entendemos que este principio no obstaculiza la interpretación penal creativa, siempre y cuando la materia analizada por el operador de justicia busque una forma de ampliar las garantías fundamentales de los seres humanos.

Así, en el ordenamiento ecuatoriano, incluso en el Código orgánico integral penal, no hay ninguna norma que impida el uso de la interpretación penal creativa, por el contrario, se admite esta modalidad de construcción jurídica para ajustar la solución del conflicto penal a las normas constitucionales, tratados internacionales y, por ende, a fin de garantizar el derecho de acceso como garantía de igualdad real¹⁰.

De tal forma, la interpretación penal creativa ejercida por medio del activismo judicial en Ecuador es importante para garantizar, como un derecho fundamental, el acceso a la justicia a las mujeres que son víctimas de violencia de género, toda vez que está reconocido, tanto en el ámbito interno por la Constitución y Ley Orgánica Integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, cuanto en el ámbito internacional por la Convención de Belém do Pará y la jurisprudencia de la CIDH y la Corte IDH.

En ese sentido, el reto de los magistrados en el desarrollo de la jurisdicción penal actual es, precisamente, aplicar la ley penal de modo que preserven las garantías tanto de las víctimas cuanto del acusado, y, para cumplir con tal finalidad, podrá recurrir a otras fuentes secundarias distintas de la ley como es el caso de la jurisprudencia y doctrina (De Ávila, Dreyer, Chiavelli 2016, 111).

De ahí que el papel creativo del operador de justicia puede contribuir de forma innovadora y significativa a disminuir los riesgos que el sistema penal genera, cuando la investigación o aplicación del proceso penal viola los derechos humanos y garantías que tienen las víctimas de la violencia de género.

Es cierto que, en el orden jurídico ecuatoriano, no existe una vasta jurisprudencia en materia penal, ni tampoco fallos de triple reiteración provenientes del

órgano máximo del poder judicial; sin embargo, por medio de la interpretación creativa se podrá proyectar una ampliación del rol garantista de derechos por parte del Estado y, en consecuencia, el fortalecimiento de las bases de la justicia penal, que actualmente está bastante descreditada debido a falencias detectadas tanto en las investigaciones cuanto en las actividades jurisdiccionales. En ese contexto, el activismo judicial juega un papel fundamental, cuando los operadores recorren al proceso de construcción analítica que permite reconocer las aristas de la debida diligencia y la tutela judicial efectiva, como los pilares que sostienen el adecuado significado conceptual del acceso a la justicia.

Con esos lineamientos entendemos que es posible ampliar la garantía de acceso a la justicia para las víctimas de violencia de género cuando, por ejemplo, el magistrado, además de a la normativa interna e internacional, recurre a los aportes jurisprudenciales y doctrinarios internacionales en materia de derechos humanos y, como resultado, amplía su concepción acerca de nociones conceptuales aptas para motivar y precisar sus decisiones.

En ese sentido, cuando el magistrado falla a partir de fuentes aún consideradas secundarias por parte de la doctrina penal, y no de la norma literal, con el fin de garantizar derechos humanos fundamentales, de hecho utiliza una forma de construcción jurídica analítica, o interpretación judicial creativa, poco usual en el sistema penal ecuatoriano, que, sin embargo, es apta para suprimir falencias del sistema de justicia. Cuando, desde un análisis de un caso puntual, el magistrado encuentra elementos conceptuales que son novedosos para el proceso decidible mediante el activismo judicial, este actúa de forma creativa. Un ejemplo, sería cuando un juez autoriza a la víctima a participar activamente en el proceso de reconstrucción de los hechos del caso.

Otro punto relevante es que, para comprender el concepto de acceso a la justicia, el magistrado debe identificar dos aristas conceptuales fundamentales, que son: el deber de debida diligencia y la tutela judicial efectiva, las cuales, aunque reconocidas y desarrolladas por el derecho internacional, no fueron detalladas o dimensionadas por la reciente Ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

¹⁰ Art. 13 N 1 y II COIP.

En ese sentido, es cierto que la referida ley prevé un rol de obligaciones estatales; sin embargo, según nuestro criterio, los elementos analíticos que matizan el alcance de dichas obligaciones, referentes al concepto de debida diligencia y tutela judicial efectiva, fueron desarrollados de manera satisfactoria por la jurisprudencia internacional, con el objetivo de dimensionar el alcance del concepto de acceso a la justicia. Así, el deber de debida diligencia consiste en la obligación que tienen los Estados de prevenir, investigar, sancionar y reparar las lesiones a los derechos humanos de las mujeres; y, de modo particular, la tutela judicial efectiva comprende garantías de acceso real, aplicabilidad de mecanismos de protección, adecuada tutela judicial, así como la imparcialidad/independencia de los operadores de justicia.

Resaltamos que estas aristas arriba mencionadas, fueron bastante desarrolladas, como ya se ha mencionado en este artículo, por la jurisprudencia internacional, específicamente, en el marco de la sentencia referente al caso *Gonzales y otras vs. México*, emitida por la de la Corte IDH.¹¹

Desde esta apreciación, para que el Estado reduzca las falencias existentes en el marco del acceso a la justicia por parte de las mujeres víctimas de violencia de género, es necesario que, en la práctica del activismo judicial ecuatoriano, los magistrados consideren las aristas que dimensionan el concepto de acceso detalladas por la doctrina y la jurisprudencia internacionales.

Además, como parte del activismo, en sus fallos, los jueces deben incorporar la perspectiva de género sobre la base del principio de igualdad y no discriminación y las *garantías sexuadas*, con el objetivo de asegurar su derecho a una vida libre de violencia.

Por fin, la interpretación penal creativa sirve como instrumento útil para que, por medio del activismo judicial, los jueces puedan ampliar el ejercicio del acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género, tanto mediante la incorporación de las aristas que dimensionan este concepto, cuanto por obra de la aplicación de las “garantías sexuadas en el proceso penal”, con la finalidad de garantizar los derechos humanos de las mujeres.

CONCLUSIONES

A partir de las ideas precedentes se pueden inferir las siguientes conclusiones:

1. La naturalización y minimización del reconocimiento del problema real de la violencia machista en contra de las mujeres legitima un alto grado de impunidad social que favorece la cultura de la violencia contra la mujer.
2. La violencia de género, entendida como un amplio menú de atentados que menoscaban los derechos humanos de las mujeres, se basa en una dicotomía sexista, oriunda de un legado histórico patriarcal y retroalimentada por un ideal misógino que impregna las construcciones sociales.
3. El principio de igualdad y no discriminación es muy importante para la adecuada comprensión del enfoque de género en el sistema de justicia penal.
4. Las aristas referentes al deber de debida diligencia y tutela judicial efectiva, desarrolladas por tratados y jurisprudencia internacionales, son dimensiones importantes para precisar el alcance de las obligaciones estatales en temas relacionados con derechos humanos de las mujeres, entre ellos, con la garantía de su acceso a la justicia.
5. La interpretación creativa o constructiva representa un modelo interpretativo analítico que se puede manifestar por medio del activismo judicial, como una opción válida para ampliar la dimensión conceptual de la garantía de acceso a la justicia a las mujeres víctimas de violencia de género.
6. La interpretación penal creativa sirve como instrumento útil para que, por medio del activismo judicial, los jueces consideren parámetros provenientes de otras fuentes del derecho que no limiten exclusivamente a la ley, tales como la jurisprudencia.

¹¹ Ese caso es conocido también como *Campo algodónero vs. México*, toda vez que los cuerpos de las víctimas eran arrojadas en un campo algodónero en ciudad Juárez.

cia y la doctrina internacional, con vistas a garantizar tanto los derechos humanos de las mujeres como su acceso al sistema de justicia penal.

7. El activismo judicial es apenas un mecanismo viable como alternativa a la reducción de espacios de desigualdades socialmente construidos en el sistema jurídico.

Este modelo proveniente de la interpretación judicial creativa debe ser acompañado por políticas públicas preventivas tales como inclusión de una educación con enfoque de género en escuelas y universidades; así como represivas, por medio de la creación de protocolos especiales de atención a las mujeres tanto en el ámbito administrativo, cuanto en el jurídico.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Angriman, Graciela. 2017. *Derechos de las mujeres, género y prisión*. Bs. As.: Cathedra Jurídica.
- _____. 2012. Violencia de género y sistema de justicia penal. *Revista jurídica de la provincia de Bs. As.* V (dic.): 03-05.
- Abramovich, Víctor. 2010. Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*: 167-82. <http://justiciaygenero.org.mx/wp-content/uploads/2015/04/27.pdf> (consultada el 11 de nov. de 2017).
- Arroyo, Roxana. 2011. Acceso a la justicia para las mujeres... El laberinto androcéntrico del derecho. *Revista IIDH* 53: 35-62. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3844518> (consultada el 05 de nov. de 2017).
- Birgin, Haydée, Kohen, Beatriz, comps. 2006. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Bs. As.: Biblos.
- Castanheira Neves. 2001. *O atual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra editora.
- CEJIL. Ver Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. 2010. *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*: 1/129. https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/III.La%20investigaci3n%20judicial%20de%20graves%20violaciones%20de%20derechos%20humanos.pdf (consultada el 07 de nov. de 2017).
- Chiavelli Facenda, Flavigno. 2014. Interpretación penal creativa: análisis teórica e jurisprudencial. *Revista Direito & Inovação* 2: 35-43. <http://fw.uri.br/index.php/direitoeinovacao/article/.../1914> (consultada el 17 de dic. de 2017).
- Cobo Bendia, Rosa. 2005. El género en las ciencias sociales. *Cuadernos de Trabajo Social, Norteamérica* 18: 249-58. <http://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/view/CUTS0505110249A363> (consultada el 11 de dic. de 2017).
- CIDH. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015. *Acceso a la información, violencia contra las mujeres y administración de justicia en las Américas*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ Acceso-informacion.pdf> (consultada el 05 de enero de 2018).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2015. *Estándares jurídicos: igualdad de género y derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación*: 12/155. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ EstandaresJuridicos.pdf> (consultada el 4 de enero de 2018).
- Convención Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer. 1981.
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. 1996.
- Constitución de la República de Ecuador, 2008.
- De Ávila, Pozzebon, Dreyer Fabricio y Facenda, Chiavelli Facenda, Flavigno. 2016. Ativismo Judicial e direito penal do risco: novos desafios. *Arquivo Jurídico* 3 (janeiro a junho): 105-15. <http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/view/5707> (consultada el 04 de enero de 2018).
- Facio Montejó, Alda. 2000. El acceso a la justicia desde la perspectiva de género. Conferencia presentada en Costa Rica, 05 de diciembre. <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/icap/unpan030636.pdf> (consultada el 06 de dic. de 2017).
- _____. 1992. *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José: ILANUD.
- Fernández Cruz, José Ángel. 2009. La legitimación social de las leyes penales: límites y ámbito de su aplicación. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIII* (2do Semestre): 231-59. <http://www.scielo.cl/pdf/rdpucv/n33/a06.pdf> (consultada el 06 de dic. de 2017).

- Ferrajoli, Luigi. 2010. La igualdad y sus garantías. Traducido por Isabel M. Jiménez. *AFDUAM 13*. <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/13/la-igualdad-y-sus-garantias-luigi-ferrajoli.pdf> (consult. el 7-dic.-2017).
- Ferraz Jr., Tercio Sampaio. 2013. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão e dominação*. 7.ª ed. São Paulo: Atlas.
- Guastini, Riccardo. 2015. Interpretación y construcción jurídica. *Revista Isonomía*, 43 (octubre):11-48. <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n43/n43a2.pdf> (consultada el 05 de enero de 2018).
- Lamas, Martha, coord. 2013. *El género: La construcción cultural de la diferencia sexual*. Méx.: UNAM.
- Larrauri, Elena. 2007. *Criminología crítica y violencia de género*. Madrid: Trotta.
- Laurenzo Copello, Patricia, coord. y otros. 2008. *Género, violencia y derecho*. Bs. As.: Tirant lo Blanch.
- Ley orgánica integral para prevenir y erradicar la violencia contra las mujeres, 2018.
- Ministerio de Justicia, derechos humanos y cultos. 2015. Ver Informes del país y recomendaciones del comité de expertas al Estado ecuatoriano. <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2015/09/Publicaci%C3%B3n-CEDAW-2015.pdf> (consultada el 12 de dic. de 2017).
- Maqueda Abreu, María Luisa. 2006. La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social. *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología de Granada*. <https://www.criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>. (consultada el 11 de nov. de 2017).
- Muñoz Conde, Francisco. 1985. *Derecho Penal y Control Social*. España: Fundación Universitaria de Jerez.
- ONU. S/f. Ver *Temas mundiales: Eliminación de la violencia*. <http://www.un.org/es/globalissues/women/violencia.shtml> (consultada el 11 de dic. de 2017).
- Vogelfanger, Alan Diego. 2015. El deber de prevención en casos de violencia de género: Desde “Campo algodónero” hasta “Veliz Franco”. *Revista en cultura de la legalidad* 9 (oct.): 49-66. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2802/1533> (consultada el 4 de enero de 2018).

EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN EL ECUADOR Y LA ORALIDAD

THE ORGANIC INTEGRAL CRIMINAL CODE IN ECUADOR AND ORALITY

O CÓDIGO ORGÂNICO INTEGRAL PENAL NO EQUADOR E A ORALIDADE

*Diego Zalamea**

Recibido: 22/10/2017

Aprobado: 01/12/2017

Resumen:

Esta investigación tiene por *objeto* responder a la siguiente interrogante: ¿el Código Orgánico Integral Penal (COIP) ha regulado un marco legal adecuado para cumplir con el mandato constitucional de que el esquema procesal sea oral? Para responder a esta interrogante, el estudio incluye tres componentes: el primer apartado es de carácter introductorio, aborda la importancia del tema y qué se debe entender por esta metodología procesal. El segundo componente consiste en verificar si el trámite previsto para cada resolución es acorde a la metodología dispuesta por la norma suprema. Por último, el estudio abordará si el texto legal es adecuado para enfrentar ciertas distorsiones que se han constatado en los procesos regionales que en nuestra cultura son frecuentes.

Palabras clave: Código Orgánico Integral Penal; Esquema Procesal Oral; Metodología; Oralidad

Abstract:

The purpose of this article is to answer the following question: does the Ecuadorian Organic Integral Penal Code (COIP) incorporate an adequate legal framework to comply with the constitutional mandate that demands that the procedural scheme must be oral? To answer this question, the study includes three components: the first section addresses the importance of the topic and what should be understood by this procedural methodology. The second component is

to verify if the procedure foreseen for each resolution is in accordance with the methodology established by the supreme norm. Finally, the article will address whether the norms in COIP are adequate to face certain distortions that have been observed in the regional processes that are frequent in our culture.

Key words: Organic Integral Penal Code; Oral Procedural Scheme; Methodology; Orality

Resumo:

Esta pesquisa tem por objeto responder a seguinte pergunta: O Código Orgânico Integral Penal I (COIP) regulou um marco legal adequado para cumprir com o mandato constitucional de que o esquema processual seja oral? Para responder esta pergunta o estudo integra três componentes: o primeiro de caráter introdutório, aborda a importância do tema e o que se deve entender dessa metodologia processual. O segundo componente consiste em verificar o trâmite previsto para cada resolução está de acordo à metodologia prevista na norma suprema. Por último, o estudo abordará se o texto legal é adequado para enfrentar certas distorções que se constata nos processos regionais que em nossa cultura são frequentes.

Palavras chave: Código Orgânico Integral Penal; Metodologia processual; Metodologia; Oralidade

* Abogado, Phd en Derecho y Máster en criminología. Actualmente Docente investigador de la Universidad de las Américas.

INTRODUCCIÓN

1 ¿Por qué es importante el tema de estudio?

La *relevancia* de este estudio va más allá de una mera verificación del nivel de coherencia entre el esquema programado en la Constitución y su realización en la ley. Dado que afecta al esquema procesal penal incide de manera directa en los derechos más relevantes de las personas y la sociedad en su conjunto.

Es cierto que no es posible a priori sostener que existen diseños diseñados para defender el debido proceso y otros que se han forjado para violentarlo, resultan simplistas este tipo de afirmaciones. Sin embargo, sí es justo defender que entre ellos hay diferencias relevantes, si se toma determinados valores los resultados que permite alcanzar cada paradigma permite alcanzar logros diversos. Si por ejemplo se toma como referente el debido proceso y en especial cuatro valores que recoge el COIP y que tienen una relación directa con el diseño procesal, los principios de concentración, inmediación, contradicción y publicidad se puede constatar que conllevan efectos diversos.

En las últimas décadas, el *principio de contradicción* ha tomado gran trascendencia: se ha visto que, por lo regular, nadie defiende mejor sus derechos que el propio interesado. Por tanto, resulta efectivo otorgar atribuciones amplias a las partes para producir y evaluar la evidencia de su contendor. El choque entre las pruebas y argumentos de las partes es el medio para que surja la verdad (Carnelutti 2012, 77-78). Es cierto que, si se presenta una acta que contiene un testimonio, es posible impugnarla, presentar otra que lo contradiga o, incluso, plantear preguntas por escrito para que el deponente las conteste; mas no es lo mismo que si la declaración se practica en una audiencia de juicio y se tiene la posibilidad de conainterrogar (Baylee 1998, 156-157)¹. Un escenario distinto es oír las respuestas y poder plantear de forma directa cuantas preguntas sean necesarias para mostrar otros hechos que el declarante no tocó: debilidades de su testimonio, contradicciones y hasta francas mentiras. En este momento, el potencial del contraexamen para evaluar la información goza de un amplio reconocimiento; incluso los autores más críticos del sistema anglosajón, y de esta

figura en particular, no dejan de reconocer la efectividad de esta institución para evaluar la información y sacar a relucir debilidades (Taruffo 2008, 25-30). No se sostiene que en el sistema escrito no sea posible contradecir, pero sí es justo decir que ofrece un menor grado de realización de este derecho.

Incluso el menor potencial de realización en el valor anotado, influye de forma directa en el nivel de efectividad de otro principio del debido proceso que se halla consagrado a nivel constitucional: el *derecho a la defensa*. Entre estas dos garantías existe una relación directa, si el principio de contradicción limita la capacidad de oponerse a las iniciativas de la contraparte, se afecta la posibilidad de proteger los intereses propios.

Con respecto a la *inmediación* resulta dudoso el sostener que esta exigencia se cumpla con la mera lectura del juez de un acta que contiene una declaración. Una cosa es ver una constancia y otra diversa es asistir a un interrogatorio y conainterrogatorio. En el primer caso se da una interrelación con un registro y en el segundo, con la fuente. Las diferencias prácticas son relevantes a efectos de captar el lenguaje corporal, ver la actitud e, incluso, respecto a la facilidad de pedir cualquier aclaración. Se puede sostener que, en el sistema escrito, el juez debía estar en las declaraciones, de modo que sí podía presenciar la deposición; mas sigue siendo diferente el ver interactuar a todos los involucrados y, en ese momento, producir el testimonio.

En relación al *principio de concentración*, existe una diferencia radical respecto a una acepción que se halla consagrada expresamente en el numeral 12 del artículo 5 del COIP: “cada tema en discusión se resolverá de manera exclusiva con la información producida en la audiencia destinada para el efecto”.

Esta garantía, entendida desde esta perspectiva, marca una distancia abismal. Debido a que influye en la realización de la contradicción, defensa e inmediación, solo se cumple a cabalidad con estas garantías si, en el mismo acto, con la presencia de todos los interesados, se produce toda la información y se resuelve la solicitud planteada. Cuando se decide sobre la base de

¹ Se debe tener en cuenta que existe un problema de traducción en el texto, si bien el título que se utiliza es el interrogatorio, se trata de un análisis referido al contra examen.

la lectura de varios documentos que se han producido en actos distintos no se cumple con esta exigencia, y se disminuye la posibilidad de hacer realidad los restantes valores citados (Fierro-Mendez 2006, 132).

Por último, en la esfera de la *publicidad* hay también diferencias abismales. Una cosa es que las decisiones judiciales sean públicas, y por ejemplo las personas puedan tener acceso a un escrito que contiene el fallo, y otra muy distinta el que pueda asistir a una audiencia, presenciar el debate, acceder a los fundamentos y presenciar cómo se dicta una resolución. De hecho, la diferencia en esta materia repercute en otro valor central que parte de la doctrina, que lo contempla ya como principio del debido proceso pero que el COIP todavía no consagra: la *transparencia* (Consejo de la Judicatura y Centro de Estudios de Justicia de las Américas 2012, 18-19).

La diferencia en materia de compatibilidad y de nivel de realización de los valores procesales nucleares explica el motivo por el cual el Ecuador ha considerado *la oralidad* como principio del debido proceso.

En concreto, el artículo 5 que regula este conjunto de garantías procesales, en su numeral 11 establece: “Oralidad: el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia...”. Y la necesidad de garantizar un juzgamiento justo es una de las razones centrales que ha impulsado la reforma procesal penal en Latinoamérica (Vargas 2008, 34-35).

Mas no existe un acuerdo sobre si esta metodología procesal llega o no a ser uno de los valores centrales de un trámite legítimo, y todavía hay un debate al respecto en la región; pero en las dos últimas décadas ha tomado fuerza esta postura (Solorzano 2005, 53).

2 ¿Qué es la oralidad?

El no realizar una *delimitación* precisa de este término ha generado agrias discusiones doctrinarias, debido a que este vocablo no es unívoco y, entre las diversas acepciones, hay diferencias capaces de llevar a consecuencias distintas al momento de encasillar determinada legislación bajo esta etiqueta o pronunciarse sobre si una regulación es compatible con este paradigma. Para establecer con exactitud el contenido de esta categoría, en este estudio se emplean tres parámetros: fondo, alcance y exclusividad.

2.1 Fondo

Este estudio parte de que la oralidad y la escritura no son más que *metodologías* para transmitir información (Lorenzo 2014, 35). El punto relevante en materia judicial es que los datos que se transfieren sirven para tomar decisiones judiciales y, por tanto, afectan a los derechos de las personas y la sociedad. El *esquema oral* es aquel donde los fundamentos para la resolución se transmiten de manera verbal; en tanto que, en el *sistema escrito*, el juez toma las decisiones sobre la base de la lectura de actas elaboradas con anterioridad. El medio paradigmático del primer diseño es la audiencia, el espacio donde se producen los datos que van a servir para adoptar el fallo; en tanto que, en la segunda tipología de administración de justicia, la herramienta prototípica es el expediente, en el cual se concentran todos los legajos que van a servir de soporte (Zalamea 2017, 3-4).

El adoptar esta acepción implica una *exclusión* de otras formas de interpretación respecto al esquema oral. En concreto se distancia de la creencia, difundida incluso entre prestigiosos tratadistas, de que la existencia de papeles implica que proceso se convierta en mixto (Taruffo 2015, 10-11). Suele argumentarse que el hecho de que la denuncia, las solicitudes por ejemplo para fijar una audiencia, o las actas, todas las cuales se elaboran mediante anotaciones, otorgan al modelo un carácter híbrido (Duce 2014, 26). Pero la existencia de documentos es un aspecto meramente formal: el que existan constancias escritas como las anotadas, al no influir en las decisiones que afectan a los intereses de las partes, no es un elemento que tenga relevancia para marcar la naturaleza de un proceso. Además no constituye un elemento diferenciador válido, ya que, por concepto, para que un elemento pueda servir como parámetro de distinción, debe estar presente en él un esquema, y en el otro sistema no. Es una falacia el sostener que el diseño anglosajón no utiliza manuscritos.

2.2 Alcance

Con relación al *rango de aplicación* de este concepto, el criterio empleado es que toda decisión que incida sobre un derecho de las partes debe resolverse sobre la base de la información producida de forma verbal (Duce 2014, 25). Esta realidad, vista desde el punto de vista práctico, implica que no interesa en qué fase esté el trámite, si hay una resolución que cause una afecta-

ción a uno de los involucrados debe ser fruto de una audiencia.

El baremo anotado implica una *revisión* de un paradigma difundido en la región. Marca una distancia con el criterio tradicional de que el juicio es el elemento que define un esquema procesal. Esta postura tiene una fortaleza, que el tema de fondo se discute durante esta diligencia, motivo por el cual, la controversia como tal se resuelve en el juzgamiento. En este estudio se marcan distancias con el criterio expuesto; ya que, a pesar de que no se discute la centralidad de esta etapa dentro del trámite, ella resulta insuficiente, en razón de que el proceso penal abarca bastante más que la mera discusión sobre la disputa central. La distancia existente entre estas dos concepciones se vuelve evidente cuando se observa la cantidad de decisiones judiciales que afectan derechos distintos al juzgamiento, como: medidas cautelares, de protección, investigativas que limitan libertades, prejudicialidad, competencia, cuestiones de procedibilidad, exclusión de prueba, resolver si el caso va a juicio y los recursos. Visto el trámite de manera global, el juicio es el núcleo; pero no deja de ser solo una sección: todas las restantes decisiones también deberían ser tomadas con respeto a los principios esenciales del debido proceso (González 2000, *Instrucción y preparación del juicio oral en el procedimiento ante el tribunal del jurado*). Además, en el caso ecuatoriano, esta es la única interpretación compatible con el texto constitucional, ya que el numeral 6 del artículo 168 establece: “los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral”.

2.3 Exclusividad

No basta con que en cada decisión exista información producida en el formato verbal, además no puede haber información adicional, proveniente de fuera de la audiencia. Si la legislación no cierra estas formas

adicionales de otorgar sustentos, el modelo se ve afectado. La incorporación de elementos producidos en formato escrito, por ejemplo, lleva al *sistema mixto*.

Este último diseño procesal permite la configuración de dos grandes esquemas. El primero se produce cuando, para adoptar un fallo, se permite tomar en cuenta evidencias introducidas bajo las dos lógicas. Por ejemplo, en el lapso que medió entre el año 2001 y 2009, en el Ecuador, la ley preveía que hubiese una audiencia de juicio; pero, de forma adicional, que el expediente debía llegar al tribunal. El producto era un esquema compuesto por elementos tanto orales como constancias manuscritas, y el juez valoraba la evidencia producida en ambos formatos. La segunda modalidad de mixtura se presenta cuando hay decisiones que se toman bajo un paradigma y otras bajo la otra lógica. Por ejemplo, en el mismo lapso, la prisión preventiva se preveía que fuese tomada exclusivamente por escrito, el fiscal remitía un pedido con las constancias recabadas y el juez resolvía; sin embargo había una audiencia de juzgamiento que, como ya se dijo, era híbrida. Este esquema procesal, dadas las tres distintas modalidades de lógicas procesales aplicables a cada resolución, puede dar lugar a la más variada gama de opciones prácticas.

El aspecto que es delicado es el etiquetado de un sistema dentro de un esquema procesal en uno u otro formato. Los criterios anotados son válidos; pero una aplicación purista lleva a resultados absurdos. La ausencia de pureza en una decisión poco relevante resulta absurdo que lleve a la conclusión de que todo el proceso se vuelve mixto; si se llega a ese nivel de radicalismo, lo único que se conseguiría es otorgar a casi toda legislación la naturaleza híbrida, y se perdería el principal referente para realizar un estudio comparado al respecto. Además, como el procedimiento conlleva componentes distintos, trámite ordinario, procedimientos especiales, salidas alternativas al juicio y recursos, es más justo pronunciarse por secciones.

NIVELES DE ANÁLISIS

La evaluación se centrará en dos *esferas* distintas: la primera, la más básica, consiste en constatar que se haya consagrado la oralidad como método para resolver las distintas resoluciones. La segunda guarda relación con afrontar problemas claves que los procesos de reforma en Latinoamérica han enfrentado.

1 Introducción del sistema oral

Este esquema de estudio se limita a constatar la naturaleza del trámite adoptado para las principales resoluciones judiciales.

1.1 Disposiciones generales

El primer nivel de análisis radica en constatar si efectivamente se ha consagrado la oralidad como un principio rector que guía todo el procedimiento. Hasta el momento se han reproducido ya las partes pertinentes de los mandatos del numeral 6 del artículo 168 de la Constitución, el cual establece que se aplicará esta metodología de manera intensiva, pero se llega a un extremo que es discutible, como el de afirmar, en toda diligencia, el numeral 11 del artículo 5 del COIP, que dispone correctamente que toda resolución que afecte los derechos de las partes se tomará en audiencia; y, por si fuera poco, el numeral 12 del mismo artículo 5, que excluye la posibilidad de que se pueda tomar como fundamento de la resolución toda información extra audiencia. En suma, a estas alturas queda suficientemente demostrado que la normativa recoge de manera adecuada esta matriz legislativa.

El único punto problemático se presenta en la siguiente disposición del COIP:

Art. 563.- Audiencias.- Las audiencias se registrarán por las siguientes reglas:

1. Se celebrarán en los casos previstos en este Código. En caso de que no pueda llevarse a cabo la audiencia, se dejará constancia procesal. Podrán suspenderse previa justificación y por decisión de la o el juzgador.

La filosofía de esta norma parece ir en sentido contrario a la de las anteriores: si bien su texto no es preciso, parece que quiso regular que solo en caso de estar prescrito en la ley se podrán efectuar estas diligencias. La norma, vista desde este ángulo, deja un par de dudas: ¿qué pasa con las que no están regladas de manera expresa?, ¿acaso deberá resolverse por el método escrito?

Es evidente que la redacción es desacertada; pero, dado que esta interpretación entra en confrontación con todas las normas citadas y que una de estas tiene rango constitucional, la única versión válida es entender que se efectuarán cuando estén recogidas en el texto y, también, cuando haya una decisión que afecte los derechos de las partes, tal como manda el restante marco legal y esta disposición no prohíbe. En resumen, en este primer nivel, el marco regulatorio nacional no presenta problemas.

2 La oralidad y su aplicación en cada una de las resoluciones judiciales

Este estudio se realiza sobre la base de dos momentos: en primer lugar, se fijará las resoluciones que se adoptan en un proceso judicial y, en segundo lugar, se constatará, para cada una de ellas, qué trámite dispone la ley para adoptar el fallo judicial correspondiente.

2.1 Resoluciones judiciales

Dada la cantidad de decisiones que se deben adoptar en un trámite común, para sistematizarlas se ha procedido a agruparlas en razón de las distintas etapas del proceso donde se las adopta. Además se agregan las resoluciones de las vías alternativas al juicio oral, los procedimientos especiales, la impugnación y los recursos.

2.1.1 Procedimiento ordinario

a) **Fase de investigación e instrucción.**- En este estudio, con el fin de simplificar el análisis se tratarán de forma conjunta las resoluciones que se adoptan en la fase preprocesal y que fueron mencionadas en la etapa procesal. En concreto, durante estos lapsos se analizan tres tipos de medidas: las investigativas, las de protección y las cautelares.

¿Por qué se tratan de manera conjunta estos dos momentos? Debido a que, en esencia, ambos períodos comparten la misma finalidad central: investigar. Por tal razón, en el derecho comparado hay múltiples legislaciones que no plasman esta división. Además, el tema central para este estudio es compartido: cuando la ley recoge cada una de ellas, establece un procedimiento común. El trámite no varía en razón del lapso donde se presente la solicitud.

Es importante hacer tres precisiones: la primera, las diligencias indagatorias como regla general no demandan de aquiescencia judicial, solo requieren de este permiso si afectan el derecho de una persona. Por ejemplo, la Fiscalía puede recabar de forma autónoma versiones, practicar peritajes y recabar elementos materiales del lugar de los hechos; sin embargo necesita de una orden jurisdiccional para allanar un domicilio, interceptar un teléfono o correspondencia. La segunda particularidad hace

- referencia a las medidas cautelares; estas resoluciones solo pueden adoptarse en la instrucción fiscal². Por último, las providencias para salvaguardar el proceso y proteger a los partícipes en el proceso penal se pueden adoptar con posterioridad³.
- b) **Etapa de evaluación y preparatoria de juicio.**- Dentro de este lapso procesal existen varias decisiones que se adoptan. El primer sector agrupa los problemas validez y trabas para el avance procesal; en concreto, se incluyen los diferendos referidos a cuestiones de: procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento. El segundo segmento hace referencia al anuncio de las pruebas que se van presentar a juicio y la exclusión de pruebas ilegales. El tercer punto se relaciona con el control de mérito, es decir, la valoración de los elementos recabados para determinar si el caso debe ir a juicio o sobreseerse. El cuarto tema es la delimitación de los temas en controversia. Por último, se procede a la aprobación de los acuerdos probatorios.
- c) **Etapa de juicio.**- Durante este momento procesal existen dos tipos de resoluciones, la de fondo y los incidentes que se dan en la audiencia como fruto de las objeciones⁴.
- d) **Procedimientos especiales.**- En esta categoría se incluyen cuatro procesos: abreviado, directo, expedito y ejercicio privado de la acción. En el caso del tercer trámite no se hace una diferenciación entre la vía para contravenciones penales, contra la mujer y otros miembros del núcleo familiar, y la vía de tránsito, debido a que la resolución que se adopta es similar en los tres supuestos⁵. Además en todos los casos, si bien hay varias resoluciones posibles, se tratan de manera conjunta; ya que la ley regula una audiencia única y la extensión se hace inmanejable en un artículo como este, además de traer pocos beneficios prácticos.
- e) **Impugnación y recursos.**- En concreto se analizan los trámites de apelación, casación y revisión. Cada uno de estos procedimientos se divide en admisibilidad y fondo. Se ha dejado de lado el recurso de hecho, debido a que no implica una resolución; pues, en realidad, se trata de un medio para conseguir que el juez de instancia superior conozca una causa, dada la negativa del juzgador ante quien se interpuso la solicitud.
- f) **Salidas alternativas al juicio.**- Dentro de esta categoría se incluyen opciones procesales que permiten otorgar un trámite alternativo al proceso o ponerlo fin. En concreto se hace referencia al archivo, principio de oportunidad y conciliación. A tales resoluciones, esta calidad no la otorga la ley, sino que se la asignamos en este estudio, en razón de su esencia y basados en criterios doctrinarios. De hecho, en estricto sentido debería ser parte de esta clasificación el procedimiento abreviado; mas, como la ley concede a este la naturaleza de un procedimiento especial, se respeta esta categorización.

2.1.2 Metodología aplicable a cada resolución

El cuadro de la página siguiente sistematiza las principales decisiones judiciales que se adoptan en un trámite ordinario y la metodología procesal que se emplea en cada una de ellas. El color gris claro se usa cuando la naturaleza del trámite es claro; en cambio, el tono gris oscuro cuando presenta dudas.

El cuadro nos permite sacar unas cuantas conclusiones:

- a) **Esferas donde no existen problemas.**- El primer nivel de análisis incluye el trámite ordinario y los procedimientos especiales en primera instancia. En principio no existe problema alguno: salvo una excepción, para todas las decisiones se ha consagrado de manera expresa la metodología oral. El

2 Dentro de las medidas cautelares hay un caso anómalo. Es posible dictar la detención en la fase de investigación previa; pero no es un real caso de excepción a la regla anotada, sino que es fruto de un error legislativo respecto a la naturaleza que le otorgó a esta figura procesal. En realidad no se trata de una medida de naturaleza indagatoria, pues la privación de libertad por 24 horas no es de utilidad para garantizar la presencia del procesado a juicio ni la reparación al ofendido, sino de una medida indagatoria. Incluso el propio artículo 530, cuando la regula, reconoce de manera expresa su real finalidad.

3 El numeral 7 del artículo 603 del COIP, dentro de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio regula: "La solicitud de aplicación de medidas cautelares o de protección no dictadas hasta el momento o su ratificación, revocación o sustitución de aquellas dispuestas con antelación".

4 Es posible hacer un análisis más detallado de la oralidad en las distintas etapas del juicio: presentación de apertura, prueba y alegatos. No obstante se ha escogido el tratar de manera conjunta por razones de espacio. (Muñoz 2006, 164-166)

5 En el caso del proceso expedito para tránsito, en esencia es un proceso que responde al procedimiento que, en la doctrina, se conoce como un trámite monitorio: solo se da la audiencia si hay oposición; caso contrario, se entiende aceptada la boleta.

trato diferenciado se presenta en las medidas de investigación que requieren permiso judicial; donde, a pesar de ser reguladas por separado, en ninguna de ellas se ha fijado este trámite. En principio,

la falta de norma expresa no debería ser un problema; porque, como se analizó, existen mandatos generales suficientes para que los actores adopten la metodología reconocida constitucionalmente.

Trámite Ordinario			
Resoluciones judiciales y modelo procesal			
Resoluciones	Oral	Mixto	Escrito
1. Procedimiento ordinario			
Fase de Investigación previa y etapa de instrucción fiscal			
1.1 Medidas investigativas			
1.2 Medidas de protección	Art. 521		
1.3 Medidas cautelares	Art. 521		
2. Etapa de evaluación y preparatoria del juicio			
2.1 Problemas, validez y avance procesal	Art. 604		
2.2 Anuncio de prueba	Art. 604		
2.3 Control de merito	Art. 604		
2.4 Delimitación de la controversia	Art. 604		
2.5 Acuerdos probatorios	Art. 604		
3. Etapa de juicio			
3.1 Resolución de fondo	Arts. 614-620		
3.2 Incidentes			
4. Procedimientos especiales			
4.1 Procedimiento abreviado	Art. 637		
4.2 Procedimiento directo	Art. 640		
4.3 Procedimiento expedito	Art. 641		
4.4 Procedimiento para ejercicio privado	Art. 649		
5. Salidas alternativas al juicio			
5.1 Archivo			Art. 587
5.2 Principio de oportunidad	Art. 413		
5.3 Conciliación	Art. 665		
6. Impugnación y recursos			
6.1 Apelación: admisión	Art. 654 #4		Art. 654 #2
6.2 Apelación: fondo	Art. 654 #4		
6.3 Casación: admisión	Art. 657 #3		Art. 657 #2
6.4 Casación: fondo	Art. 657 #3		
6.5 Revisión: admisión	Art. 660		Art. 659
6.6 Revisión: fondo	Art. 660		
6.7 Recurso de hecho	Art.661		

Queda pendiente una pregunta: ¿por qué un trato de excepción en este caso? Se vuelve dudoso que sea una simple omisión, pues coincide con el único caso donde se da un problema de compatibilidad entre una audiencia contradictoria habitual y el tipo de discusión a entablarse; de hecho, la justicia ecuatoriana ya sufrió este perjuicio cuando intentó entablar una junta con ambas partes. El que el procesado o su abogado participen en un debate sobre medidas investigativas tales como allanamiento, interceptación telefónica o de correspondencia, es incompatible con la finalidad de estas diligencias, debido a que el conocimiento de la parte afectada le permite tomar recaudos para quitarle toda eficacia. En el fondo, esta es la razón por la cual, sin que haya un mandato legal expreso, los actores han optado por tramitarla con el paradigma escriturario. El fiscal remite una petición con los indicios recopilados, y el juzgador adopta la resolución.

La alternativa más adecuada no es la adoptada por los actores, es cierto que existe un problema de coexistencia; pero la dificultad de la resolución no se presenta con la oralidad, sino con la contradicción. En el mundo anglosajón se ha superado esta dificultad mediante audiencias privadas, donde se realiza la diligencia sin la presencia de la defensa. De hecho, es un esquema plenamente adoptable en nuestra ley, que incluso en una de sus modalidades lo establece de manera expresa para casos emergentes. El artículo 583 del COIP, al regular las actuaciones fiscales urgentes establece que es posible realizar la solicitud y otorgar la autorización por teléfono, y, de manera expresa; y, de manera expresa, reconoce la posibilidad de una audiencia privada con uso de un medio tecnológico. ¿Qué ventaja práctica existe?, que el juez puede interpelar al solicitante y confrontarle con ciertas debilidades. Tareas imposibles de realizar frente a un mero documento.

- b) **Salidas alternativas al juicio.**- En esta esfera existe una solución que, en la ley, no contiene un mandato expreso de usar la metodología oral: el archivo. Esta vía permite poner fin a casos que no cuentan con los datos suficientes para proseguir las investigaciones. En el contexto internacional se debate sobre si esta respuesta debería o no ser sometida a control judicial. Por ejemplo en los países anglosajones, donde el principio de oportunidad se impo-

ne, consideran que la Fiscalía tiene plena facultad de escoger qué casos impulsa o no y, por tanto, no hay este filtro. Mientras que en la región, algunos países, entre ellos Ecuador, por la influencia histórica del sistema inquisitivo, donde no se suele reconocer la voluntad de las partes para poner fin al proceso, se considera que todo trámite que inicia tiene que llegar a fin con una decisión judicial. Desde esta perspectiva es discutible que deba haber una audiencia; porque, de no ser necesario un fallo, no se requeriría una junta.

El problema surge en el momento en que el COIP resolvió que esta decisión sea sometida a revisión jurisdiccional: en ese instante se volvió exigible la aplicación de la metodología verbal. Dentro del cuadro analítico se le otorgado el distintivo de naturaleza dudosa a la adopción al sistema escrito, debido a que la ley de manera expresa dispone: “La o el juzgador comunicará a la víctima o denunciante y al denunciado en el domicilio señalado o por cualquier medio tecnológico para que se pronuncien en el plazo de tres días. Vencido este plazo, la o el juzgador, resolverá motivadamente sin necesidad de audiencia”. El texto se limita a dejar constancia de que no es obligatoria una audiencia; pero una lectura de buena fe lleva a la conclusión de que la regla, entonces, debería ser la otra opción posible. En resumen, existe un problema en una controversia límite.

- c) **Impugnación y recursos.**- Como denominador común, todas estas resoluciones contienen el demandar dos pronunciamientos: admisibilidad y fondo. El cuadro analítico revela un problema transversal en la primera decisión. Es llamativo que la ley, en todos ellos haya previsto que el primer filtro se decida por el juez, ante quien se presenta con un trámite escrito y, al mismo tiempo, por el superior en audiencia. La mejor manera de comprender estas regulaciones es pensar que el juzgador impugnado debe solo verificar aspectos formales como el plazo de presentación, en tanto que el superior determinará la existencia de una causal compatible con el recurso que se interpone. Si se entiende de esta manera la norma se comprende; porque el trato de excepción, a pesar de ser un fallo que afecta el derecho de las partes, el hecho de verificar un detalle como este parece que no demanda de una audiencia. Por tanto resulta

discutible el considerar que la opción legislativa adoptada ponga en duda la oralidad. El real problema que existe en esta materia se analiza a continuación.

- d) **Problemas de coherencia.**- El estudio no está completo, debido a que falta verificar que la interrelación entre las distintas esferas no genere roces que afecten al esquema oral. El problema se ubica en la interrelación entre los recursos y los logros alcanzados por el diseño procesal en primera instancia. En este nivel de análisis es donde mayores problemas existen en la legislación ecuatoriana y regional, en concreto las dificultades se centran en los recursos de apelación y revisión.

(i) **Recurso de apelación.**- En la región, uno de los problemas vigentes consiste en diseñar un medio de impugnación acorde al sistema procesal adoptado. ¿Dónde radica la dificultad? La flaqueza se presenta cuando se emplea este recurso para cuestionar la sentencia; debido a que, para adoptar este fallo en primera instancia, el sistema cobija el procedimiento con el mayor nivel de garantías. Por ejemplo, prevé la existencia de interacción del juez con las partes y las fuentes directas: testigos y peritos. Los países que han adoptado un sistema amplio de revisión de la sentencia como el Ecuador, normalmente afectan a este nivel de salvaguarda. Porque este proceso de revisión, a pesar de que se practique con un debate oral, en el fondo se basa en el contenido del acta escrita, pues las fuentes no vuelven a dar su testimonio. La repercusión se puede constatar con un ejemplo: si de manera ilegítima no se permitió practicar una prueba, es claro que el error debe ser enmendado; sin embargo ¿puede la Corte Superior valorar el peso esa prueba, además de aceptarla?, ¿cómo le otorga una repercusión específica en el contexto de otras evidencias cuya práctica no presencié? El adoptar una posición de fondo en este causa implica que va a pronunciarse sobre sustentos con los que este juzgador no tuvo intermediación en su producción y, por tanto, respecto a él no pasó por los filtros de la contradicción, derecho a la defensa y concentración (Consejo de la Judicatura y Centro de Estudios de Justicia de las Américas 2012, 24-25).

La otra versión tradicional, que también estuvo vigente en el mencionado país andino, no deja de ser

problemática, pues consiste en prescindir de este recurso y limitar las oportunidades de impugnación a la casación. La dificultad reside en que los márgenes de la revisión por este medio son acotados, la serie de errores judiciales que son ajenos a un error de derecho en el texto de la sentencia dan cuenta de la esfera que queda sin protección y del nivel de afectación al derecho a la defensa.

¿Existe alguna solución? La mejor respuesta que se ha encontrado es la que propuso el Centro de Estudios de Justicia de las Américas cuando preparó el primer borrador del actual COGEP. En este se propone un recurso totalmente amplio; pero con un diseño que no afecta las garantías alcanzadas. Cuando la Corte Superior encuentre algún error que pueda afectar los hechos en que el juez primigenio fundó su resolución, la respuesta no es simplemente variarla, es un nuevo juicio. En este caso sí; pues, al haber un nuevo juzgamiento, se adopta una decisión que no disminuye el nivel de protección de los derechos que fueron otorgados en primera instancia (Consejo de la Judicatura y Centro de Estudios de Justicia de las Américas 2012, 26-27).

(ii) **Recurso de revisión.**- El problema detectado en el recurso de apelación se repite en el de revisión, si se constata la existencia de nuevos hechos que tuviesen el potencial de variar la decisión, estos deben ser valorados en el contexto de la totalidad de la prueba existente, y las meras actas no son una garantía suficiente para el debido proceso. Por tanto, la repuesta jurídica debería ser un nuevo juicio y, de esta manera, el nivel de protección no mengua.

2.2 Ocuparse de debilidades frecuentes

Respecto a esta esfera hay diferencias de criterio, dentro de los propulsores de la reforma. Hay quienes creen que la ley debería limitarse a establecer un esquema funcional acorde al paradigma oral, que el enfrentar desviaciones que surgen en el proceso es un problema cultural y que es un trabajo que hay que abordar a nivel educativo (Binder 2005, 14-16). Sostienen que no es conveniente que la ley se escriba bajo un formato de manual, debido a que acostumbra a los actores a pensar que cada paso que den debe estar en la ley y, cuando algún paso no está en ella, se arma un

problema. Defienden que es mejor enseñar a los actores la filosofía del asunto y hacerles tomar consciencia de que sus prácticas concretas deben responder a esta lógica. Existe una postura diversa: el pensar que, en un momento de cambio de paradigma tan profundo como el que hoy se da, la ley no debe solo establecer un marco regulatorio que permita instaurar el nuevo modelo procesal, sino que, además, debe promover el cambio de usos.

Entre estos dos polos, este estudio se inclina por una postura intermedia: si bien la ley no puede ser un manual de actuación, no obstante, sí debe ocuparse de algunos puntos claves donde hay especiales riesgos de que se genere una distorsión. Esa es la visión que orienta el análisis que a continuación se realiza.

2.2.1 *Uso del expediente*

Dentro de Latinoamérica, dada su tradición jurídica, el elemento que tal vez presentó más dificultades es el relacionado con el uso de las constancias procesales. A pesar de haber existido reformas con una filosofía clara, durante estos años ha sido complejo evitar que los actores resuelvan sin el uso de las actas elaboradas con anterioridad (Riego 2002, 51).

El punto más delicado se suscita por el uso del expediente para efectos del juicio. Dentro de este archivo constan legajos cuyo contenido coincide, en lo principal, con la declaración que testigos y peritos van a rendir en la audiencia. El permitir que estas constancias sean pruebas equivale a afectar de manera directa el esquema de procedimiento; debido a que, al incluir información oral y escrita, el esquema se vuelve mixto. De hecho genera fuertes incentivos para que, con el tiempo, se imponga el hábito de presentar y leer legajos para adoptar fallos. Pues, si los abogados se dan cuenta de que basta con presentar el acta para que el juez considere los datos aportados en su sentencia ¿por qué llevarían a sus deponentes y les someterían al riesgo del contraexamen?

En esta materia, el COIP adopta la medida necesaria para garantizar que el expediente no distorsione el modelo, al garantizar que el expediente no llegue a manos del tribunal (Baytelman y Duce 2004, 51). Concretamente el numeral 6 del artículo 608 establece: “El acta de la audiencia, conjuntamente con los anticipos probatorios, son los únicos enviados al tribunal y el

expediente será devuelto a la o al fiscal”. El legislador adoptó una medida oportuna para enfrentar la eventual distorsión.

2.2.2 *Cortar la práctica de los alegatos de pasillo*

Un segundo uso problemático está relacionado con otra modalidad de información extra audiencia. El sistema mixto, al no ser un esquema concentrado generalizó el uso de que entre la audiencia del plenario, el juzgamiento y el día de la sentencia exista un período considerable. Esta realidad generalizó el uso de que este lapso sea especialmente propicio para que los abogados que tuviesen “contactos”, aprovecharan para hablar con los jueces y argumentar su caso. De hecho hasta ahora, esta práctica está tan arraigada que entre los factores que se valoran en un estudio jurídico están los puentes que tiene con los jueces.

Para enfrentar este nuevo riesgo el artículo 619 del COIP adopta la medida de que la decisión deba pronunciarse en la propia audiencia de juicio. Es cierto que el juez tiene 10 días para notificar por escrito la sentencia, pero este lapso se le otorga para poner esta por escrito y fundamentar de manera suficiente su fallo; más los aspectos centrales la culpabilidad de la persona y, de ser el caso, el tiempo de la pena y la reparación integral, serán fijados en la propia diligencia.

Esta medida constituye una garantía interesante más no suficiente, debido a que se podría dar este contacto de manera anterior al juicio. En este caso, la respuesta está en el Código Orgánico de la Función Judicial, norma que regula como una falta el proceder de aquel juez que reciba a una parte y fije la sanción sin ponerlo en conocimiento de la otra.

2.2.3 *Uso de declaraciones anteriores*

Un problema muy similar que se analizó en el literal “a” es el que guarda relación con el empleo de ciertos papeles en el juicio. Concretamente hay un conjunto de constancias que son especialmente problemáticas: los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos e informes periciales. Debido a que el contenido de estas constancias recoge en lo sustancial la información que el declarante va a aportar en la audiencia, si se emplean con mucha liberalidad o incluso se las acepta como pruebas, resultan problemáticas. La distorsión se produce porque pueden ser valorados

judicialmente y no han pasado por los filtros que el sistema oral introduce, especialmente la contradicción ejercida a través del contrainterrogatorio.

El riesgo concreto es alto, la cultura tradicional forjó el uso de tratar estos registros como si fuesen prueba documental. En concreto, se suele introducirlos como prueba y, de esta manera, remplazar a los deponentes o, al menos, agregar elementos extra audiencia. Por ejemplo en el Ecuador, en la actualidad es un uso arraigado el hecho de que los abogados introduzcan los informes periciales, cuando el asunto que el tribunal debe valorar es la declaración dada en la audiencia (Riego 2005, 6-7).

¿En un sistema oral, se emplean estas constancias? La respuesta es que no. Como ya se dijo, esta metodología judicial no es sinónimo de excluir el uso de papeles. Estos legajos pueden ser empleados para dos finalidades: primera, refrescar la memoria, y esta opción procesal se debe a que la experiencia demuestra que hay datos puntuales que, en un momento cercano, se pudieron aportar y que el paso del tiempo genera olvidos. Segunda, el uso más relevante consiste en emplear el acta para mostrar que hay discrepancias entre lo que se dijo en ese entonces y lo que se afirma en el juzgamiento (Baytelman 2003, 162).

El COIP enfrenta de manera adecuada el riesgo de que se produzca esta distorsión. Concretamente, en el último inciso del numeral 6 del artículo 454 se establece: “Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba”. Tal estipulación se adecúa de manera precisa a las demandas del sistema oral y constituye una muestra clara de su potencial: pone en claro que el hábito de introducir como evidencia el informe pericial es ilegal. De manera adicional, este artículo enfrenta otra arista del riesgo en que se puede caer al verbalizar los escritos. Por ejemplo, en nuestro país todavía subsiste la práctica de que, bajo el permiso legal de refrescar la memoria, se opte por ciertos usos tan burdos como por ejemplo, cuando se solicita a los policías el leer el parte antes de iniciar su declaración. Claramente este uso es contrario al modelo, porque el reproducir de forma hablada el contenido de un acta no es compatible con el sistema oral. Sin embargo, si se toma en cuenta la sección del inciso que fue reproducido, “siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio”, es fácil percatarse de que la ley ha creado un blindaje adecuado para el esquema procesal.

CONCLUSIONES

Conclusión general

El estudio ha demostrado que el Ecuador cuenta con un marco legal adecuado para permitir y promover la implementación de modelo oral, con una debilidad relevante en la esfera de los recursos.

Conclusiones específicas

Se evidenció que la Constitución y el COIP regulan un conjunto de normas generales adecuadas para la introducción del sistema oral. Se constató que, en materia de establecer un trámite oral para

cada resolución relevante, la ley ha llegado a un nivel extremo de prolijidad y coherencia. Se reveló que el marco legal ha adoptado un conjunto de medidas concretas para enfrentar los principales riesgos de distorsión presentados en los procesos regionales de reforma procesal penal. Realidad que revela un proceso de aprendizaje importante durante las dos últimas décadas. Se sacó a relucir un par de problemas concretos en materia de la decisión del archivo del proceso y en la esfera de la impugnación. En este último punto, las deficiencias en la lógica del recurso de apelación y revisión ocasionan problemas realmente serios para la oralidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baytelman, Andrés. 2003. *Diagnóstico del Código Penal ecuatoriano. En la evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador*. Quito: Fondo justicia y Sociedad. Fundación Esquel.
- Baytelman, Andrés y Mauricio Duce. 2004. *Litigación penal. Juicio oral y prueba*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- Binder, Alberto. 2005. Prólogo. En Cristian Riego. *Reformas procesales en América Latina: Resultados del proyecto de seguimiento*. Santiago: CEJA.
- Carnelutti, Francesco. 2012. *Cómo se hace un proceso*. En *Monografías Jurídicas*, N° 5. Bogotá: Temis.
- Consejo de la Judicatura y Centro de Estudios de Justicia de las Américas. 2012. *Proyecto de Código Procesal Unificado en Materias no Penales*. Quito: Consejo de la Judicatura.
- Duce, Mauricio. 2014. *La prueba pericial*. En *Colección litigación y enjuiciamiento criminal*. Buenos Aires: Didot.
- González, Esther. 2000. *Instrucción y preparación del juicio en el procedimiento ante el tribunal del jurado*. Granada: Comares.
- Heliodoro Fierro – Mendez. 2006. *Sistema procesal penal de EE.UU*. Bogotá: Ibáñez.
- Lorenzo, Leticia. 2014. *Manual de litigación*. En *Colección litigación y enjuiciamiento criminal*. Buenos Aires: Didot.
- Muñoz, Orlando. 2006. *Sistema penal acusatorio de Estados Unidos*. Bogotá: Legis.
- Riego, Cristian. 2002. Informe comparativo. Proyecto “Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina”. En *Sistemas Judiciales*, N° 3. Santiago: CEJA.
- Riego, Cristián. 2002. Informe comparativo. Seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina. En *Sistemas Judiciales*, N° 8. Santiago: CEJA.
- Solórzano, Carlos. 2005. *Sistema acusatorio y técnicas del juicio oral*. Bogotá: Nueva Jurídica.
- Taruffo, Michele. 2015. *El proceso civil adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis.
- Taruffo, Michele. 2015. Valoración de la prueba y nuevos contextos normativos. En *Corte Nacional de Justicia. Boletín Institucional*, N° 15.
- Vargas, Juan. 2008. La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica. En *Urvio. Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. N° 3.
- Zalamea, Diego. 2017. *Audiencias penales previas al juicio*. En *Colección de Litigación Oral, Tomo I*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

LATIN AMERICA CRIMINOLOGY FROM A POSTCOLONIAL APPROACH
CRIMINOLOGÍA LATINOAMERICANA A PARTIR DE UN ENFOQUE POSTCOLONIAL
A CRIMINOLOGIA DA AMÉRICA LATINA: UMA ABORDAGEM PÓS-COLONIAL

*María del Mar Gallegos**

Recibido: 15/10/2017
 Aprobado: 10/12/2017

Abstract:

This article aims to encourage all those interested, to develop theories adjusted to the reality of the Latin American context regarding criminology. Principally, it advocates on the analysis of criminology from a post-colonial perspective, in order to understand the consequences of colonialism on both the colonized and colonizer. Post-Colonialism maintains that the process and structures of colonization continues to have consequences for the dynamics of our time. This article considers the law and in particular the violence that Latin America experiences as examples of these colonial consequences. Subsequently, if the intention is to prevent and reduce crime, postcolonial criminological theory – one that is also removed from Eurocentrism- must be incorporated within our approaches.

Key words: Criminology; Postcolonial; LatinAmerica; Crime; Colonialism; Decolonization

Resumen:

El presente artículo, intenta exhortar a todos aquellos interesados en la materia, a desarrollar teorías ajustadas a la realidad que nos atañe. Principalmente incita a analizar la criminología desde una perspectiva postcolonial, esto es entender las consecuencias del colonialismo tanto en el colonizado como en el colonizador. El post colonialismo sostiene que los procesos de colonización siguen teniendo consecuencias en las dinámicas de nuestros días, dos de ellos

según la posición del presente artículo, es en el derecho y especialmente en la violencia que se vive en Latino América. Por ello, si lo que se pretende es prevenir y aminorar la delincuencia, se debe incorporar teoría criminológica post-colonial, además que con ello se estaría descolonizando el pensamiento eurocéntrico.

Palabras clave: Criminología; Postcolonial; América Latina; Crimen; Colonialismo; Descolonización

Resumo:

Esse artigo, tenta animar a todos aqueles interessados na matéria, a desenvolver teorias ajustadas à realidade que nos pertence. Principalmente incita a analisar a criminologia desde uma perspectiva pós-colonial, isto é entender as consequências do colonialismo tanto no colonizado como no colonizador. O pós-colonialismo sustenta que os processos de colonização continuam tendo consequências nas dinâmicas de nossos dias, dos deles segundo a posição do presente artigo, é no direito e especialmente na violência que se vive na América Latina. Por isso, se o que se pretende é prevenir e diminuir a delinquência se deve incorporar teoria criminológica pós-colonial, uma vez que com essa ideia, se estaria descolonizando o pensamento eurocêntrico.

Palavras chave: Criminologia; Pós-colonial; América Latina; Crime; Colonialismo; Descolonização

* Abogada, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UDLA, cursa actualmente un Master en Criminología en la Universidad de Melbourne.

INTRODUCTION

The region of Latin America has long been considered an area with high levels of violence and crime with particularly high rates of theft, robbery as well as homicide. Throughout Latin America, criminological studies have often been undermined. Furthermore, even less attention has been given to postcolonial theory as a perspective to understand crime and violence within the wider region.

As Frantz Fanon said, “colonialism is neither a thinking machine nor a body endowed with reasoning faculties. It is violence in its natural state and it will only yield when confronted with greater violence” (Fanon, *The Wretched of the Earth*, 1963, p. 61). Undoubtedly, colonialism had powerful effects on people and society and has created social systems based on racism. It also had impacts on the agenda of different disciplines, such as law and criminology, which were and still are tools of knowledge and power.

Criminology is a discipline of enormous dimensions, which employs a variety of prisms through. It examines structures, narratives and images of power. Therefore, it is essential to broaden the scope of this discipline by incorporating other approaches, such as *Postcolonial Theory*, which offers an understanding of the direct and indirect influences of colonisation on both colonized and colonizer. From the aftermath of colonialism,

postcolonial theory emerges as a mean to give voice to the oppressed colonized people. This approach has been used in a variety of the disciplines among humanities; however, criminology has tended to overlook it.

The aim of this essay is to highlight the importance of linking criminology studies with postcolonial theory so that crime and violence in the Latin American region can be better understood and analysed. It puts forward many of the arguments by post-colonial scholars that colonisation should not be viewed exclusively as an historical event but a process with has ramifications still today, particularly in relation to Latin Americas social make up, crime and violence.

Firstly, it sets the context for the current crime and violence in Latin America. Secondly, it locates post-colonial theory analyses, the continued impact of colonialism within colonised countries, namely in Latin America. Third, it explores some of the biases found within criminology as a result of colonialism. This includes rights and law based approaches that have historically justified colonialism. Finally, it recognises the importance of being able to actively challenge and advance criminology and in particular the dominant criminology within Latin America and how a different perspectives can be useful as a tool for further inquiry into crime and violence within the Latin American region.

VIOLENCE IN LATIN AMERICA

“Latin America is the world’s most violent place”, this is how the World Bank as well as the United Nations Development Programme (UNDP) has classified the region. For example, in 2012 according to the World Bank’s statistics one in three inhabitants in the region were victims of theft. Common crime and violence is the main threat in the majority of countries of the region. The Regional Human Development Report, developed by the UNDP in 2013-2014, has shown that one in five people have been victim of some type of robbery in the last year; indeed, six out of ten robberies in the region are violent. Unsurprisingly, this has diminished Latin American’s quality of life as well as compromising the public’s right to live a life with dignity and freedom of movement. In fact, between 16.8 % and 51.5 % of people had been forced to limit the public places they

visit due to fear. More surprisingly, seven out of ten countries with the highest homicide rates in the world are in Latin America as well as 46 out of the 50 cities with the highest rates of homicide in the world are in the region, including the top 16 (World Bank Group). Also, the World Health Organization estimates that violence is the leading cause of deaths in the region within people between the age of 15 and 44 (United nations Development Programme 2013).

As a matter of fact, there are approximately about 73,000 to 90,000 firearms deaths annually in Latin America, which is three times the world average (Cohen and Rubio 2007, 1-45). In comparison with Africa, which mistakenly has been considered the most violent continent, Latin America has a rate of homicide per

capita of 23 per 100 000 whereas in Africa it is 12.5 per 100 000 people (The Wall Street Journal 2014). To sum up, while in the rest of the world homicide rates have been decreasing, in the region it has increased 12 % between 2000 and 2010 (United Nations Development Programme 2013-2014). In this context it becomes a pertinent question to ask: What makes Latin America different from other world's regions? Answering this question does not have an easy response. Paraphrasing

Professor Mariana Valverde, trying to explain why crime exists is comparable to trying to explain why disease exists (John Barry Memorial Lecture 2014). However, there are some factors and causes that might serve as an attempt to understand why crime is high in Latin American. Perhaps, looking back to history could be one of the means to get a better insight of this issue, in other words, it is moment to widen the knowledge of criminology by introducing postcolonial theory.

COLONIALISM AND POST-COLONIAL THEORY

Postcolonial theory explores the means that colonialism has used in order to manifest itself within a particular society and maintain its hegemonic power in different aspects of people's daily lives, namely law. Postcolonial theory can be located as part of a wider critical theory and is historically revisionist in its approach, looking to take on new perspectives from 'the ground up' to more adequately explain colonisation. Under the wide reaching umbrella of Postcolonialism, there are a number of terms that should be taken into consideration when studying and engaging with the theory which are as follows: Colonialism, which was the process of conquest and settlement by European cultures in the Third World; Imperialism which is the ideology that enforces colonialism's dominance; Neo-colonialism, which is the continued pressure exercised by the former colonial power over the colonized countries. Moreover, the concepts of postcolonialism and decolonisation emphasize a resistance against oppression in any of its forms, but especially both of them "seek freedom from colonial ways of thinking" (Nayar 2010, 3). Whilst nations can be seen to be liberated by colonial rule and have established republics, often the ideas and ways of thinking through a colonial lens can still be seen to permeate former colonial societies.

For many scholars Postcolonialism itself has become an ambiguous approach because it is particularly difficult to describe is definition with precision. The origins and scope of Postcolonialism however are an indispensable starting point to deepen the understandings surrounding both old and new colonialism (Coronil, 2013). Colonialism in the Americas dates back to 1492 when Christopher Columbus, in an attempt to reach the East Indies, discovered what was for Europeans new land and arrived in what today is known as the Caribbean islands. The two major developed societies

in the Americas at that time in history were: the Incas and the Aztecs. The Incas were located in the southern region while the Aztecs occupied Central America and Mexico.

Although these native societies outnumbered the Europeans and were very strong in resisting European domination, they were defeated; mainly because of the violence, diseases and societal structures established by the colonizers. The conquest by the Spaniards in the Americas was marked by its violence. Both the Spaniards and Portuguese had an ideology shaped by religious beliefs that justified not only territorial conquest over the new lands, but also for conquering the native people themselves. The ideology of the Spaniards and Portuguese was based in a long tradition of forced conversion to Catholicism and the religious justification of Christian over non-Christians (Trevor R. Getz 2011, 51,52). The colonial model used in the Americas was centred on acquiring wealth from the new world and was predominately based on the extraction of resources, agriculture and especially forced labour. They imposed an oppressive labour system named the *Encomienda*, which allowed the labour exploitation of the indigenous people to take place. The colonists also established an urban pattern of settlement, which was characterized by the Spanish urbanized lifestyles; as a result, indigenous people, both the Incas and Aztec were removed to the peripheries. The initial plunder of land in the Americas did not seem to satisfy the infinite whims of the Spaniards; hence, the exploitation of the native people and land persisted over many centuries through its patterns of control.

'The Americas, indeed, had become a vast laboratory for new forms of long-distance imperial expansion and colonial settlement

under the Iberians: in the centuries ahead, the experiment would continue under the aegis of new imperial powers' (Trevor R. Getz 2011, 7).

In order to maintain their dominance, the colonizers developed a sustained coercive system of laws and social control structures that gave shape to human behaviour. First of all, they intentionally failed to identify traditional ways of social control by the creating and imposing their categorization of what would be considered as crime. However, this categorization was not precisely developed in high universal principles of criminal law, on the contrary it was based on race and gender. As a result, the colonial social control system served to legitimate the colonisers' false position as a superior race, whereby the colonized people were categorized as an inferior race. Furthermore, because of this categorization the colonized people were penalized and criminalized. Using Fanon's notion of the colonial situation, this was a "contact of races in which the numerically inferior alien race was actually the sociologically superior race" (Jinadu 1986, 416).

It seems that neither the famous theories of moral philosophers, such as Rousseau, influenced the work of criminologists whereas Beccaria had echo in the New World. Neither the social contract nor the principles of criminal law were applied in the Americas. On the contrary, on the one hand the colonized were victims of such social contract. They were forced to get into the ideological assumption of a pact between the state and its society, which had its foundations in a Eurocentric perspective. On the other hand, the punishments applied to the colonized people were arbitrary, unjustified as well as disproportional. Entire groups of people were

punished and repressed for been considered moral and physical inferior, the Spaniards developed policies that set the boundaries between the rulers and ruled based on the notion of difference within races focused in their attributes and abilities. Hence, colonizers shaped policies, religion and laws in the colonies, with preconceived ideas of what was to be a developed and advanced culture. These practices were used as a mean to maintain false conceptions of rightness and superiority. Noteworthy to consider is that colonizers took ideas from Charles' Darwin biological evolution theory; where species and human beings competed for survival, in which those who were superior governed by rules like natural selection and survival of the fittest will triumph in the evolutionary process (Schmallegger 2012, 1). In lights of this, they codified social control systems which underlie the idea that the less intellectual races [are] exterminate (Trevor R. Getz 2011, 12).

Obviously, the colonized had fewer possibilities to survive in the struggle of the colonization process because of the conditions in which they were forced to live. They were deprived of proper food, housing and to their traditional ways of living. Also, important to consider is that colonization was also an exchange of microbes, some examples of the diseases they were exposed to were influenza, smallpox and among others, which placed the colonized civilization under threat and made them be in a vulnerable position. As a result, they were in fact physical inferior, but because of the violations inflicted by the colonizers. Nevertheless, these situations were used as evidence to support the colonizer discriminatory practices, which reinforced binaries, such as superiority/inferiority and civilized/savage.

COLONIALISM RIGHTS AND LAW

Although, the twentieth century is said to be the century of the rise and the triumph of human rights, this is nothing less than a paradox (Douzinas 2000, 19) due to the fact that this era has been witness to the very worst of human rights' violations. Even though the 1948 Universal Declaration of Human Rights proclaimed dignity, human equality and freedom as the core principles for the international community, there remain significant doubts about the extent to which these rights are truly universal. Globalization has arisen in the aftermath of colonialism and indeed

postcolonial theory would allude to the ongoing effect of neo-colonialism in perpetuating inequality and exploitation. In many ways Globalization has served to further widen the gap between rich and poor, East and West and North and South. Not all groups of people enjoy the protections of international human rights law, as Jaques Derrida claims: "no degree of progress allows one to ignore that never before in absolute figures, have so many men, women, and children been subjugated, starved, or exterminated on earth" (Douzinas 2000, 316).

Without surprise, Post colonialism is critical due to the dominant conceptualisation of rights. Human rights and international law can be seen as a “historical continuum of the Eurocentric colonial project” (Mutua M 2001, 42). It is important to critically examine who determines what is considered universal, and which ideologies; moralities and interests are behind the narratives of legal positivism. The European ethos (Eslava L & Pahuja S 2012, 281) is embedded in international law; as a result, it has created false positions of superiority and subordination as well as binaries that materialised during colonisation, such as civilised/barbarian, developed/developing and among others, which still have echoes in today’s world (Eslava L & Pahuja S 2012, 281).

It is crucial to remember that colonialism was not only an exploitative process over land; it was also a ‘cultural conquest’ of indigenous beliefs, religion, art and conceptions of order. Postcolonial studies allows people to rethink how international law has been framed and understood, but also to question the way in which its’ Eurocentric positioning continues to shape the world.

The colonized people in the Americas were bound to laws and social system that they first of all did not consent to and furthermore would not protect them. Anghie (2005) notes that conceptualisations of international law and European sovereignty were not just confined to Europe. Whilst ideas and happenings in Europe had a strong influence on the discourse on sovereignty, European colonialism also presented challenges. In his ‘Sovereignty Doctrine’, Anghie maintains that the famous Spanish theologian Vittoria’s formulation of sovereignty based upon a universal law had to be reformulated in the attempt to address the problem that the Spaniards had in dealing with the native populations. Here we can

see how the claim to universal laws can in many cases offer more benefits to powerful groups and in effect this reformulation of sovereignty helped the colonisers to justify their own claims over the native lands and resources. Furthermore, it demonstrates some of the complexities to colonial claims over foreign territory and the ability of justifications for colonialism to evolve over time.

Criminal law is one of the most ancient realms of law. It is also one of the most powerful tools of *legem* in all times. It has been used to control society by coercive measures, but at the same time the people over whom the power is exercised have legitimized it. Critical criminology claims that the ‘hegemony-building and the articulation of state power implies an intimate interrelation between coercion and consent’. Thus, crime is a meaningful construction defined according to particular circumstances and under specific social processes. Furthermore, it has long been known that criminal justice contributes to the social construction of racial identities. Perhaps, one of the causes of racial crime could be colonialism. Indeed, it might be said that as a consequence of the “bloody legacy of colonialist criminology” (Agozino, *The Criminology of Madiba Mandela: A Tribute* 2013) as well as a biased international law, exclusion and marginalization has occurred in a systematic way. It has led to racial and ethnic over-representation of minorities within the criminal justice system. In the words of Sumner, an “historical perspective on criminal law must inevitably turn us towards colonialism...crime is not a behaviour universally given in human nature and history, but a moral-political concept with culturally and historically varying form and content” (Chris 2011, 10). It is therefore necessary to adopt a critical position about assumptions of crime that have been historically created.

COLONIALISM AS AN ONGOING PROCESS

From a postcolonial perspective, colonialism should not be viewed simply as a historical event but as a structure and an ongoing process that still has ramifications for the present as well as the future. Indeed whilst of European colonialism within the Americas first occurred in fifteenth century its influence today still permeates. As Chris Cunneen has strongly argued, colonialism not only has a past dimension, but also is part of the present and it is a continuing process.

Nowadays, what is known as the new Imperialism and/or neo-colonialism has created a powerful-shared worldview that may be more exclusive than former models of colonialism. A shared legal-criminological language has turned society blind to different practices; as a consequence, other conceptions of social control just do not exist in this world. As Antonio Gramsci has termed this is what is known as intellectual hegemony, which is the political leadership based on the consent of

the led, a consent which is secured by the diffusion and popularization of the world view of the ruling class, this coupled with the unquestioned criminal justice, which governs the world, has created a dysfunctional criminal system. Thus, even now in the twenty first century, it might be accurate to suggest the society in general is constrained by the structures of colonialism that sought to segregate, classify and control. Thus, it is not far-fetched from Biko Agozino's stand that criminology has been a tool in the exercise of power and control towards the 'other' that has demonstrated to be in complicity in the imperialist project (Agozino, *Counter-Colonial Criminology: A Critique of imperialist Reason* 2003, 105-131) because it has overlooked the impacts of colonialism in its epistemological construction.

Therefore, it is clear that there is a need to include postcolonial theory into criminology as a mean to provide an opportunity to listen to the voices silenced by colonialism, neo-colonialism and imperialism. In the criminological field, this is to challenge preconceptions of crime and criminality. In other words, is to confront the categorization of crime by understanding that is no more than a product of a political and historical tension between the colonial states and the resistance of the colonized people (Chris 2011, 10). Regarding Latin America process of colonization as it has been mentioned, the forcefully implementation of universality of knowledge and practice has deployed violence and racism. It had two main impacts, firstly it created cultural identities and secondly it was a weapon used for political means. Regarding the implication is that the vast majority of colonized people were forced to be part of determined social parameters due to outside

factors namely, ethnicity, color and gender. It is believed in moral psychology that if there is a negative stereotype of one group in a certain domain, being reminded of it; for instance, being criminalized for being a member of certain group, affects their performance in that domain; hence, being exposed to negative stereotypes have pernicious effects. Therefore, individuals' as well as group identities were crucial for shaping and reinforcing the colonial practices.

On the other hand, the desire of countries from Latin America to modernize them and emerge from the status of underdeveloped countries has made them adopt, as Cohen mentions, bits and pieces of post-war criminology policy (Ronnie Lippens 2004, 8). The transfer of criminological practices in Latin America fail to be implemented successfully because authoritarian leaders that were governing in that time were supporting neocolonialism projects of the hegemonic powers. In order to maintain their dominance they import criminology models and polices in a very selective way. They gave priority to highly authoritarian policies that were justified under the name of social defense; however, from this doctrine only the defense part was adopted while the social part was intentionally neglected. Both conditions the internalization of cultural imperialism and the implementation of Western social programs in a region in which the sociological conditions were not in pace for it (Ronnie Lippens 2004, 12) led to the over-representation of marginalized people within the criminal justice system. This is, how the implementation of certain policies serves to elites to keep their dominance, which in the long term creates racialization.

PROBLEMS WITH CRIMINOLOGY'S EUROCENTRISM

It is generally known that the role of criminology is to explore the consequences, the causes and the possible solutions of 'crime', but what happens when the theories that have been developed have overlooked colonialism and its effects? To repeat, it should be noted that criminological theory has been created from Western-European perspectives, and has ignored the Third World or 'treated it in an most theoretically primitive fashion, and the general literature on development and colonialism is remarkably silent about crime' (Agozino, *The Criminology of Madiba Mandela: A Tribute* 2013). Hence, it can be said that criminology has been an

accomplice to the imperialism project, because when defining what constitutes crime and when exploring the ways to ameliorate the harms produced by this phenomena; traditional criminology has tended to marginalise both the ideals of justice and the different procedures of dealing with 'crime', which were and still are present in other cultures.

Nowadays, Western understandings of crime and the mechanisms used for social control are so embedded in the system that it can often escape public scrutiny even when it undermines human rights. Unfortunately, the

consequences of colonialism still persist. Likewise, the Spanish colonizers killed the last Inca Atahualpa in the XVI century based in the criminal law and practices they created and imposed. In the XX century the Chilean president Salvador Allende was assassinated as a consequence of neocolonialism practices. Indeed, this is one of the most infamous cases of western dominance over Latin America, which produced the torture and death of thousands of innocent people. Again, this is just an example of the continuing consequences of colonialism. Nowadays, crime is one of the major concerns of Latin American governments. Not only is it within their main duty to preserve citizens' security, but also there is a trend of states governing through crime. It can be argued that authorities justify their actions, policies and practices as means to set their political models and desired dimensions of governance (Simon J 2001, 250). Hence, many politicians have used the term 'war on crime' as a marketing slogan for their political campaigns, which has been translated into what is known as penal populism.

For instance, the very well known 'war on drugs' as part of the generic 'war on crime' have had many negative impacts on Latin America, namely in Nicaragua, Guatemala with the 'Operation Cleanup', Colombia with the 'Plan Colombia' and in Ecuador with the plot with the right-wing party and its 'war on drugs'. For example, it is interesting to observe in the Ecuadorian case that due to the influence and pressure from the United States, there is an inadequate application of laws regarding drugs. For example, Law 108 in Ecuador led to the unnecessary imprisonment of marginalized people in the Ecuadorian criminal system. As a matter of fact, between 1993 and 2007, over 40 percent of all prisoners in Ecuador had been incarcerated for offenses related to drugs (Southwick 2013). These are a few examples of how the continuing process of colonization has exploitative consequences in crime control, which creates over-representation, racialization and victimization. Moreover, as Summer claims, crime is a 'moral-political concept with culturally and historically varying form and content' (Chris 2011, 11) taking these practices for granted is one of the major mistakes of criminology and as a consequence in criminal law.

Nevertheless, not all is pessimistic in the field. In fact, there are some countries in Latin America region that are turning back their gaze to history in order to understand and adopt indigenous practices for social

control. Indeed, in 2008 in Ecuador, the Constitution was amended and among many other changes it introduced indigenous criminal justice. It recognized Indigenous Judicial as a government branch, which has the same power for administrating justice as the ordinary judicial branch. It underpins the connection of indigenous practices and rituals with the nature, which seeks to reestablish order with the *Pachamama* (mother nature). This is a key starting point to decolonize some of the concepts of law and order. As Erin Fitz argues 'this new legislation would significantly challenge Western conceptions of Nature as property and bring indigenous understandings of the Pachamama into law' (Fitz-Henry 2012, 266). However, even though this represents a big step in the justice and criminal arena, there still remains little research developed about criminology theory per se. Perhaps this new approach of criminal justice can be an opportunity to go beyond the traditional colonialist scope of criminology and to better understand about how crime and violence can be viewed within Latin America.

However, it is important to mention that criminology in Latin America has also had its own development, in 1878 the Argentinean Jose María Ramos Mejía, was the first one to write about criminology, in 1898 Luis María Drago wrote "*Las neurosis de los hombres célebres en la historia Argentina*", which was very famous and recognized in the criminology arena, to the extent that Lombroso was the person who wrote the preface of the book. Also in 1888, the Criminal Anthropology Society was founded in Buenos Aires. The academia surrounding criminology, as it can be noted, had an impact from biological and psychological positivism; it is only after Second World War, that in Latin America, it starts to appear ideas of critical criminology, as a consequence of the social inequality that the continent was going through (Social 2011).

It is necessary to say that critical criminology "employs a dialectical method of thought, in which contradictions continually appear and disappear into new synthesis" (John 2014, 90). The central figures in Latin America were the Brazilian Roberto Lyra Filho "*Criminología*" in 1964; the Venezuelan Elio Gómez Grillo "*Introducción a la Criminología*" (1966); the Colombian Alfonso Reyes Echandía "*Criminología*" (1968); the Mexican Luis Rodríguez Manzanera "*Criminología*" (1982) and the Argentineans Osvaldo N. Tieghi, Roberto Victor Ferrari and Eugenio Raúl Zaffaroni, one of the most

critical theorists of the region (Social 2011). All of the authors mentioned, have seen critical criminology as a point of debate, as a theory that searches internal contradictions and specially gaps in a system, it is a point where something different can emerge.

In the last years, many authors have dedicated entire works to critical criminology, for instance Elena Larrauri with “*La herencia de la criminología crítica*” and Gabriel Ignacio Anitua “*Historia de los pesamientos criminológicos*”; however, none of them has introduced postcolonial theory as part of their postulates. As Jaumes Peris Blanes says: “The emergency of postcolonial issue in the Latin America studies in the 90’s showed the limits of the debate on postcolonial interest” (Blanes 2010) this statement it is not far from true, as it has been said little interest from the criminology perspective has been put into postcolonial theory in the region. Latin America criminological knowledge cannot overlook that although colonizers are seen to be long gone, their legacy of the colonial structures lives on (Wolfe 2000).

Needless to say, all this amnesia regarding colonialism and its consequences might be one of the reasons of the high rates of criminality in Latin America. It is important to consider that the struggle for survival by non-Spaniards people in their own land raised feelings of anxiety and hatred. The oppression of people in their own territory and the profound changes to their social structures brought resentment. Also, it becomes essential to take into account the systematically violent intervention by neocolonial power forces in the region occurred in the twentieth century. It is not that Latin America’s homicide and crime rates are accidental, they are product of history, which has to be critically revised and reassessed. Furthermore, it is necessary to find the differences between the two genres of colonialism, which Ashis Nandy’s draws on. One type was more violent and it was focused in territorial occupation whereas the second was committed to the conquest not only of land, but also of minds and bodies (Ghandi 1999). Thus, it leads us to ask if it is possible to suggest that in colonized places in which more confrontation and struggle of classes between the colonizers and colonized occurred, is that where nowadays more crime is seen? Is it just a matter of coincidence that in places in Latin America, such as in Argentina, Uruguay and Chile in which colonization could be seen as a type of settler colonialism (which will be explained further) are places of less violence in the region? Both these

questions go beyond the scope of this essay; however, it is not only interesting to look comparatively over the Latin America to establish explore how different types of colonialism are potential factors to violence and crime, but it also an important area that needs more criminological investigation.

Although there is an urge of a corpus of postcolonial work in Latin America, there is no deep research of postcolonial studies in the region. Thus, as Fernando Coronil has exposed the aim for postcolonial studies should be to expand its geographical scope and also its temporal depth by opting for a “tactical postcolonialism”, which perceives the discipline ‘not as a fenced territory but as an expanding field for struggles against colonial and other forms of subjection’ (Coronil, 2013, p. 3). Moreover, one of the roles of university academics and intellectuals should be to reverse the colonial order with the aim of achieving further alternatives for social justice and democracy.

Therefore, borrowing Fanon’s words in such situation, there is a claim of native intellectuals to go beyond the domains of Western culture. More simply, this epistemological stand should not be perceived as a luxury, but as an obligation with their own people (Brydon 2000). Concerning criminology, it should not only aim to incorporate postcolonial theory, but also to create a ‘tricontinentalism’ criminology -using Robert Young’s term, to include anticolonial thoughts of Africa, Asia and Latin America in the discipline.

Furthermore, it is important to take into account the type of criminological knowledge that has been thought in Latin America, particularly in the South. Criminology studies have a limited development in the region and to even lesser extent in South America. In fact, the only criminological centers that are dedicated to teaching criminology have been constrained to neoclassical and positivist repressive criminological theories, which are mainly focused in policing, medical forensic investigation, and prison administration. Indeed this can largely be seen as a product of the hybridization of culture-knowledge of the encounter between colonized and colonizer.

The colonial process is embedded in ideological constructions of colonial laws that have exploitative consequences even today. Despite the comparatively high levels of violence in Latin America, criminology’s

contribution to analysing the harmful effects of colonisation and neo-colonisation in this part of the world has been minimal.

One of the key roles for criminology should be to examine how different types of colonialism intersect and have continuing influence today. Here it should be important to note Wolfe's important distinction between settler colonialism and other types of colonialism based on economic and labour exploitation. Settler colonialism could be seen to take place in states such as Australia and The United States. Here the main consideration for colonisation was the control and the use of the land where there is no cessation of settler colonialization, because the colonists never leave, with the colonial structure remaining. Here the 'logic of elimination' takes place whereby the settler population with the native population being removed from the land and assimilated into the colonial structure replaces the native population. However, in Latin America there was a different type of colonialism, it was centred on the economic and labour exploitation where wealth from foreign lands were brought back to mainland Europe.

Criminology should then canvass the repercussions that each type of colonialism has had in the colonised countries. It is possible that the way in which colonisation manifested in the region might be one of the reasons for the high rates of crime. In places where huge massacres of indigenous took place and then those who survive were confined to reservations there is less rates of crime. Whereas in places in which there were a constant labour exploitation and more class

stratification, crime rates are high. It is important to be clear, that one way of colonisation is not better than the other, but it is crucial to do further research about the topic in order to determine what makes one region very different from the other when it comes to violence and crime issues.

Unfortunately, data show that while in the rest of the world the rates of homicide have decreased from 0 % to -50%, in Latin America, the rates have increased to 12%. Indeed, in the last decade more than one million people have died in the region as a consequence of violence and criminal acts (United Nations Development Programme 2013). Some questions arise in relation to these statistics: what has criminology developed in order to find solutions to these problems? What makes Eurocentric-Western criminology theorists believe that programmes that are 'off-the-shelf' (Chris 2011, 15) will be effective and affective in the postcolonial world? There is something that criminology has (un)intentionally forgotten to embrace. In the words of Biko Agozino:

[There is a] need to compare criminological theories and methods according to whether they are pro-imperialist or anti-imperialist in orientation in order to show what criminology has been missing by ignoring marginalised voices of the other in its institutional development or what criminology could learn from anti colonial struggles (Agozino, *Counter-Colonial Criminology: A Critique of imperialist Reason* 2003, 350)

CONCLUSION

In conclusion, criminology has to embrace postcolonial theory as a call for opening the dialogue with other conceptions of crime and criminality. Western criminology cannot escape its liability of complicity with the imperialism project. Therefore, it should introduce postcolonial theory in order to have better insights of the colonial past and its impacts on the development of the discipline. Moreover, it might incorporate experiences of crime and control that are used in postcolonial countries in order to construct a more reflexive and inclusive knowledge. Perhaps these practices would be important tools towards the decolonization of the discipline. However, the aim of this

essay is not to stay in the nostalgic terrain of colonialism and its consequences, it is to exhort to Latin American criminology intellectuals to develop and improve their own criminology theories. The aspiration has to be that western academics can incorporate to their criminology teachings former colonized practices and visions of crime and social control. At the end this will enrich criminology. It would make it more pluralistic, real and practical, especially for its application in places, such as Latin America in which crime is a day-to-day issue. It is a theoretical urge to dig into the archives of criminal justice in Latin America in order to explore new paths for developing the discipline of criminology. If it is the

region will to become a safer place and step away from the astonishing crime rates which are darkening Latin America territory and communities, then it is necessary to produce and not to only re-produce criminological knowledge. It has to create their own theories according

to the regions' own reality and necessities. Getting to know the intersections between the 'colonial past' and the 'postcolonial present' will aid to find better counter-measures to this social problem that affects every person in the region.

BIBLIOGRAPHIC REFERENCES

- Fanon, Frantz. 1963. *The Wretched of the Earth*. New York : Grove Press.
- Biko, Abozino. 2013. "The Criminology of Madiba Mandela: A Tribute." *African Journal of Criminology and Justice Studies* 7. November .
- _____.2003. *Counter-Colonial Criminology: A Critique of imperialist Reason*. London: Pluto Press.
- Blanes, Juame Peris. 2010. "La aparición del debate postcolonial en américa latina: posiciones, contradicciones y problemas." *EPOS*.
- Brydon, Diana. 2000. *Postcolonialism Critical concepts in literary and cultural studies*. London & New York: Routledge.
- Coronil Fernando.2013. "Semantic Scholar." *Semantic Scholar*. SPRING 1. https://globalstudies.trinity.duke.edu/wp-content/themes/cgsh/materials/WKO/v3d3_Coronil%20.pdf (accessed November 1, 2014).
- Cunneen, Chris. 2011. "Postcolonial Perspective for Criminology." In *What is Criminology?*, by Mary Bosworth and Carolyn Hoyle, 13. Oxford: University Press Scholarship.
- Douzinas, Costas. 2000. *The End of Human Rights*. Oxford: Hart Publishing.
- Fitz-Henry, Erin.2012. "The Natural Contract: From Lévi-Strauss to the Ecuadorian Constitutional Court". *Oceania* . November
- Ghandi, Leela. 1999. *Postcolonial Theory: A Critical Introduction* . Oxford: Oxford Press University.
- Getz Trevor R., Streets, Heather. 2011. *Modern Imperialism and Colonialism: A Global Perspective*. United States of America : Pearson Education.
- Jinadu, Adele.1986. *Fanon: In Search of the African Revolution*. London : Routledge & Kegan Paul.
- Lippens, Ronnie. 2004. *Centre-periphery dynamics, global transition and criminological transfers Introductory notes inspired by V.S. Naipaul*. Vol. 41. London : Law and Social Chang.
- Schmallegger, Frank. 2012. *Criminology Today an Integrative Introduction*. Pearson: Pearson Sixth Edition.
- Scott, John.2014. "Dictionary of Sociology." *Dictionary of Sociology*. Oxford: Oxford.
- Southwick, Natalie. 2013. *Insight Crime*. November 13. <https://www.insightcrime.org/news/brief/latin-america-only-region-with-rising-homicide-rates-un-report/> (accessed October 28, 2014).
- Wolfe, Patrick. 2000. *Logics of elimination : Colonial policies on indigenous peoples in Australia and the United States*. Nebraska: Lincoln, Neb.: University of Nebraska-Lincoln.
- Social, Criminologia. 2011. *Orígenes de la Criminología en Latinoamérica*. NA.
- United nations Development Programme. 2013. *Citizen Security with a Human Face: Evidence and proposals for Latin America*. Geneva: Human Development Report for Latin America 2013-2014.

LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO. RETOS Y ADVERSIDADES FRENTE A LA SOCIEDAD

THE ACCUSATORY CRIMINAL SYSTEM IN MEXICO. CHALLENGES AND ADVERSITIES

A IMPLEMENTAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL ACUSATÓRIO NO MÉXICO. DESAFIOS E ADVERSIDADES FRENTE À SOCIEDADE

*Roberto Huerta Peruyero**

Recibido: 15/10/2017

Aprobado: 24/11/2017

Resumen:

La entrada del sistema penal acusatorio ha supuesto un parteaguas en la administración de justicia para México. Se han escrito numerosos documentos sobre las implicaciones de la reforma que le da origen en términos técnico-jurídicos; sin embargo, hay un tema que se ha mantenido relegado de la discusión y este es el reto que debe enfrentar el sistema penal acusatorio: ganar credibilidad frente al enorme descontento y desconfianza que tiene la ciudadanía sobre la aplicación de justicia en México. El presente trabajo pretende exhibir un diagnóstico general sobre la percepción social respecto al sistema penal mexicano, en contraste con las principales propuestas del legislador manifestadas en la reforma para revertir esta situación y, por último, un primer balance a poco más de un año de su implementación en todo el país.

Palabras clave: Percepción ciudadana; Corrupción; Desconfianza; Juicios Orales; Sistema Adversarial

Abstract:

The accusatory criminal system has represented a major change in the administration of justice for Mexico. Many documents have been written about the implications of the reform in technical-legal terms, however, there is one issue that has remained relegated from the discussion and this is the challenge that the accusatory criminal system must face: gain credibility in the face of enormous discontent and distrust that citizens have about the application of justice in

Mexico. The present work intends show a general diagnosis about the social perception regarding the Mexican penal system, in contrast to the main proposals of the legislator manifested in the reform to reverse this situation and, finally, a first balance to little more than a year of its implementation throughout the country.

Key words: Citizen Perception; Corruption; Distrust; Oral Trials; Adversarial System

Resumo:

A entrada do sistema penal acusatório constituiu um divisor de águas na administração da justiça do México. Se escreverem numerosos documentos sobre as implicações da reforma que lhe dá origem em termos técnicos jurídicos, mas, existe um ponto que se manteve afastado da discussão, e este é o desafio que deve enfrentar o sistema penal acusatório: ganhar credibilidade frente ao enorme descontento e desconfiança da cidadania sobre a aplicação da justiça no México. O presente trabalho pretende exhibir um diagnóstico geral sobre a percepção social referente ao sistema penal mexicano, em contraste com as principais propostas do legislador manifestadas na reforma para reverter esta situação e, por último, um primeiro balanço a pouco mais de um ano de sua implementação em todo o país.

Palavras chave: Percepção Cidadã; Corrupção; Desconfiança; Juízos Oraís; Sistema Adversarial

* Jurista, politólogo y latinoamericanista. Profesor investigador del Depto. de Política y Cultura de la Universidad Autónoma Metropolitana. Correo electrónico: rperuyero@correo.xoc.uam.mx

INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2016 concluyó el plazo establecido para que el sistema procesal acusatorio quedara implementado en todo el país. Este sistema es producto de una serie de modificaciones a la Constitución Mexicana, discutidas y aprobadas durante el año 2008, y que en su conjunto fueron denominadas *Reforma constitucional de seguridad y justicia*.

Esta reforma marca un parteaguas en términos de justicia penal, pues plantea la transición de un sistema de corte eminentemente inquisitivo a uno adversarial acusatorio. Además, se establecieron principios como la presunción de inocencia, criterios para el combate a la delincuencia organizada, así como bases para regular figuras como el arraigo y la extinción de dominio, por mencionar solo algunas de las disposiciones introducidas con esta reforma.

Para que todos estos fueran plenamente operativos, se fijó un plazo de ocho años a partir de la publicación de la reforma en el Diario Oficial de la Federación, en el que esta, estados y municipios debían realizar los cambios necesarios para garantizar el funcionamiento de los mandatos la Carta Magna, en particular los refe-

rentes al sistema procesal acusatorio. Para lograr este objetivo era necesaria la creación de mecanismos que permitieran la capacitación de todos los involucrados con la justicia penal, sean estos abogados, policías, ministerios públicos o jueces, así como la adecuación de los espacios físicos necesarios para la realización de juicios orales.

El objetivo de este texto es presentar cuáles son los cambios más sustantivos en la Constitución para la transición entre ambos sistemas de justicia penal, y analizar el contexto y las implicaciones de que aquellos tienen de cara a la sociedad civil. Para lograr este propósito, la metodología parte de un análisis exegético, que consiste en una revisión racional del contenido de leyes y normas que tiene en cuenta el tiempo y las características con las cuales se produjeron, con el fin de entender los motivos de su creación y, del mismo modo, contar con mayores elementos para su interpretación. También se hace uso del método comparativo, con el objetivo principal de contrastar las diferencias entre el marco jurídico que daba sustento al sistema inquisitivo y el reformado, en el que se soporta el procedimiento adversarial o acusatorio.

PRELUDIO DE LA REFORMA

Antes de entrar propiamente en el contenido de la reforma, valdría la pena contextualizar la situación en la que ella surge. En medio de una grave crisis de legitimidad, debido a diversas acusaciones sobre fraude en la elección en la que fue reconocido como ganador, asume la titularidad del Poder Ejecutivo Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, el 1º de diciembre del año 2006.

Tan solo diez días después, pondría en marcha una arriesgada estrategia de seguridad que sería denominada *Guerra contra la delincuencia organizada*. Dicha estrategia consistía en enfrentar a grupos principalmente relacionados con el narcotráfico. Para conseguir este propósito se hizo uso del ejército, la marina, y de los cuerpos de seguridad federales, estatales y municipales. Tan solo un año después, en 2007, datos del gobierno señalaban que habían muerto 2.673 personas

(Mejía 2008, 5) relacionadas con la delincuencia organizada, cifra que no dejaría de aumentar durante los años siguientes del sexenio de Felipe Calderón¹. Dentro de este número de personas muertas, se contaban por igual presuntos delincuentes, militares, policías, periodistas, defensores de derechos humanos, e incluso civiles inocentes que perdieron la vida al quedar en medio del fuego cruzado.

Los saldos de la Guerra contra la delincuencia organizada serían repetidamente minimizados en el discurso oficial. Este hecho señala que se trataba en su mayoría de muertes relacionadas con enfrentamientos entre cárteles rivales y pone en serias dudas la existencia de un Estado de Derecho, en el que quien posee el monopolio legítimo de la fuerza es el gobierno, responsable de perseguir y sancionar los delitos de acuerdo a los

¹ Para diciembre 2012 se habían documentado 116.100 muertes relacionadas con la delincuencia organizada y 20'000 con delitos del fuero común, en el periodo 2005-2012. Para más información consultar en Méndez, 2012.

marcos normativos aplicables; pero, en los hechos, se demostraba la incapacidad gubernamental para mantener el orden en diversas zonas del país. Las víctimas inocentes de este periodo, serían posteriormente tratadas como *daños colaterales* (Ballinas 2010, 5), presentes en toda guerra.

En 2008, con *La Guerra* apenas comenzada y aún sin llegar a sus momentos más escalofrantes -en los años siguientes no solo aumentaría el número de muertes, también se verían formas cada vez más crueles de violencia-, ya eran numerosas las voces provenientes de la sociedad civil que se alzaban para pedir que se replantea la estrategia de seguridad del Ejecutivo Federal y que se revisaran los marcos operativos de las fuerzas de seguridad, a quienes se acusaba de numerosos abusos de autoridad.

A la presión social y a la carencia de resultados concretos de la estrategia de seguridad, deben añadirse las observaciones y recomendaciones de asociaciones no gubernamentales y de organismos internacionales al país, relacionadas particularmente con la falta de observancia de tratados ratificados por México tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra de México, las cuales tenían como punto medular el señalar que no se respetaba el principio de presunción de

inocencia, que había un uso indiscriminado de la prisión preventiva y falta de legalidad en las detenciones.

Para tratar de contrarrestar estas malas prácticas, el Ejecutivo Federal presentó una iniciativa de reforma constitucional que planteaba, por una parte, cumplir con las exigencias manifestadas por la ciudadanía respecto al respeto de los derechos humanos, pero también ampliar las facultades de jueces, ministerios públicos y policías, con el fin de dotarlos de nuevas herramientas para el combate a la delincuencia organizada, todas estas medidas, enmarcadas en un nuevo sistema de justicia penal: el oral y acusatorio.

México fue uno de los países de América Latina que más tardó en iniciar e implementar la reforma al sistema de justicia penal. Países de la región como Chile, Colombia y Perú, fueron pioneros al iniciar la transición durante los primeros años del siglo XXI y apostarle a un sistema con mecanismos más ágiles, expeditos, independientes y transparentes. El sistema penal adversarial o acusatorio presenta sin duda múltiples ventajas frente al inquisitivo, tales como una menor burocracia en los procedimientos, atribuciones y responsabilidades más claras para el actuar de policías, ministerios públicos y jueces, la prisión preventiva oficiosa reservada para delitos graves y mecanismos para vigilar el respeto a los derechos humanos del inculcado desde el momento de la detención, que serán abordados en el siguiente apartado.

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD Y DE JUSTICIA

El 18 de junio de 2008 fue promulgada la Reforma de seguridad y de justicia con la cual se modifican 10 artículos constitucionales² y se otorgó como plazo final el 18 de junio de 2016 para su funcionamiento integral a nivel nacional. A continuación, se mencionará de manera breve, el contenido de esta reforma.

El artículo 16 conserva la garantía de seguridad jurídica del gobernado, sin embargo, se agregan nuevos elementos a este precepto constitucional. En primer

lugar, respecto a la formulación de la orden de aprehensión, desaparecen las figuras de cuerpo de delito y probable responsabilidad, para sustituirlas con la expresión “obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión” (CPEUM, art.16), un procedimiento con el cual se tratan de eliminar las figuras como el *sospechosismo*³ y exigir elementos contundentes para formular este tipo de orden. Además, se establece el control judicial de la

2 Siete en materia penal (16 a 22), uno sobre facultades del Congreso de la Unión (73), uno sobre desarrollo municipal (115) y uno relacionado en materia laboral (123).

3 Si bien, no existe ninguna legislación en el país que reconozca la existencia del *sospechosismo* como tal, diversos autores coinciden en denominar de esta forma a la práctica de iniciar un procedimiento penal en contra de una persona por simple hecho de que se sospeche de su participación, aun cuando no existan elementos sólidos para acreditarla.

detención, a cargo del Juez Control, quien revisará que no se hayan vulnerado los derechos fundamentales del acusado durante la detención.

A pesar de que la *Guerra contra la delincuencia organizada* ya tenía más de un año de haber comenzado, recién en este momento se señala la definición de *delincuencia organizada*, la cual se enuncia como “una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada”⁴. También, en este artículo, se incluyen dos recursos que serían utilizados indiscriminadamente durante el sexenio de Felipe Calderón, que son el arraigo y el cateo. El *arraigo* es entendido como el periodo⁵ en el que podrá ser retenida una persona mientras se reúnen los elementos suficientes para solicitar formalmente una orden de aprehensión en su contra, y que se presume, de no hacerlo, podría extraerse de la acción de la justicia o poner en riesgo bienes, personas o el éxito de la propia investigación. Este modus operandi procederá en casos de delincuencia organizada y deberá ser aprobado por autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público. Si bien esta práctica ya se registraba con anterioridad a la reforma, era sumamente combatida al considerarse inconstitucional. Aun después de elevarlo a nivel constitucional, el arraigo sigue protagonizando debates sobre si su práctica viola o no los derechos humanos.

El cateo, que ya estaba presente antes de la reforma, es flexibilizado, ya que se elimina el requisito de que la orden debe ser expedida por una autoridad judicial de manera escrita, y se quita esta última parte, de modo que puede ser expedida por cualquier medio, sin especificar si incluso la transmisión oral de la orden es suficiente para considerarla legal, situación que genera aún más opacidad en este recurso.

En el art. 17, además del derecho de toda persona a que se le proporcione justicia de manera gratuita, pronta, imparcial y expedita, se expresa uno de los pilares para el funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal: los mecanismos alternativos de solución de controversias, cuyo principal objeto será la reparación del daño y, como consecuencia, la solución anticipada del proceso. Se evita, además, la sobrepoblación penitenciaria, si se tiene en cuenta que muchas

de las personas que se encuentran en la cárcel están ahí de manera preventiva; es decir, se presume su culpabilidad, pero están en medio del proceso en el que son juzgados para determinar si existe o no su responsabilidad respecto al por el que se les acusa. A fin de ejemplificar la gravedad de esta situación, se considera que, en 2009, a nivel nacional se encontraban 90.000 personas en prisión preventiva, de las cuales 74.000 estaban por delitos patrimoniales por cantidades menores a los \$5.000 pesos⁶ (Camacho 2010, 23). Estas cifras, además de demostrar otro tema que daría para un amplio debate, que es el de la criminalización de la pobreza, demuestran la imposición desmedida de la prisión como medida preventiva. Los mecanismos alternativos para la solución de conflictos, aplicados de manera eficaz, permitirían reducir la carga del sistema penal y garantizar que el daño de la víctima de la parte ofendida sea reparado. Por último, se establece el servicio de defensoría pública, que deberá ser de calidad. Sobre este tema se ahondará más adelante.

El art. 18 señala las bases de la prisión preventiva, tema que se ha abordado previamente. Además, se señalan los lineamientos del sistema penitenciario, que se deberá organizar sobre los principios del trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte, y cuya finalidad esencial es la reinserción social del sentenciado.

El art. 19 añade la figura del *auto de vinculación a proceso*, la cual, entre otros cosas objetivos, busca que el proceso de investigación que inicie el Ministerio Público en contra del acusado y se encuentre bajo control judicial en todo momento, a fin de evitar vulneraciones a sus garantías fundamentales.

En el art. 20 se encuentra la columna vertebral del sistema de justicia penal acusatorio, pues en él se establecen los lineamientos del debido proceso. Como se ha mencionado, el sistema penal previo a la reforma era considerado eminentemente inquisitivo y, entre sus principales características, se hallaba la preponderancia del procedimiento escrito, que generaba secretismo, opacidad y un exceso de burocracia. Es una deficiencia de límites claros para las facultades de los operadores del sistema. Debido a ella, era común presenciar la invasión de atribuciones entre policías,

4 Ibid.

5 Hasta 40 días, plazo que podrá duplicarse si el Ministerio Público acredita que subsisten las causas que dieron origen a la orden de cateo.

6 De acuerdo al tipo de cambio de ese momento, 5.000 pesos mexicanos equivalían a 416 dólares estadounidenses.

ministerios públicos y jueces; el Ministerio Público integraba la llamada *Averiguación Previa*, que es el registro de las actividades de investigación realizadas por este órgano y que, en los hechos, era utilizado por el órgano jurisdiccional como prueba para argumentar su sentencia; el órgano judicial tenía un papel activo en la controversia y actuaba, además, como parte acusadora: se partía de la presunción de culpabilidad del indiciado, de forma que este es quien debe reunir los recursos necesarios para defenderse; además, las pruebas también se debían presentar por escrito, y muchas veces eran desahogadas en audiencias sin la presencia de un Juez, un proceder que colocaba en una situación de vulnerabilidad al acusado. Todos estos elementos, sumados a la ausencia de servicios periciales de calidad, así como a la desorganización y falta de capacitación de los cuerpos policíacos, son los que permiten encuadrar a este sistema como un modelo claramente autoritario, incompatible con derechos humanos esenciales.

Por tales motivos, en su diseño normativo, el sistema acusatorio pugna por una reestructuración total del sistema de justicia penal. El propio artículo 20 constitucional, en su apartado A señala que el proceso penal deberá ser oral y acusatorio, de modo que las audiencias y los elementos tratados en estas sean desarrollados de manera oral, donde la parte acusadora y el acusado actuarán como adversarios que se enfrentan en igualdad de condiciones. Además, se regirá bajo los principios de publicidad –las audiencias serán públicas-, contradicción –las partes podrán contravenir los medios de prueba y alegatos de la otra parte-, concentración –las audiencias se realizarán en un solo día o en días consecutivos-, continuidad – las audiencias se desarrollarán de manera continua, sucesiva y secuencial-, e inmediatez –participación directa del juez en la audiencia, sin que este pueda delegar sus funciones en alguien más-. En el apartado B se señalan los derechos del imputado y, sin duda, lo más destacable es que se eleva a rango constitucional la presunción de inocencia, elemento básico de todo Estado de Derecho, tal y como afirma Aguilar López:

El Estado no puede exigir un marco de respeto si el mismo incumple y atropella las garantías individuales, pues es el primero que está obligado a forjar y garantizar a sus ciudadanos el estatus de personas. Por lo tanto, se debe defender y retomar la doctrina de los derechos del hombre

ante un llamado en contra de la utilidad y la eficiencia del Estado y se requiere lograr el respeto de los derechos existentes, para lo cual la presunción de inocencia es un baluarte fundamental (Aguilar López 2011, 94).

Además, se establece el derecho a que el imputado cuente con un defensor capacitado y a que sean protegidos sus derechos humanos durante el proceso. El apartado C establece no solo las garantías de la víctima, sino también herramientas que le permitan exigir la reparación del daño sufrido, así como convertirse en una parte activa y participativa en el proceso.

El artículo 21 señala que la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, cuyo papel será abordado en un apartado posterior de este trabajo. Se define a la *seguridad pública* como una función a cargo de Federación, Estados y Municipios que comprende la prevención, investigación y persecución de delitos; además se señala que las instituciones a cargo de esta tarea deberán regirse por los principios de “legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos” (CPEUM, art 15) y se establece la coordinación que deberán tener los cuerpos policíacos federales y locales.

En el art. 22 se señala la proporcionalidad de las penas y se mantiene la prohibición de la pena de muerte y cualquier otro tipo de pena inusitada y trascendente. Además, se establecen las reglas para otra figura que sería ampliamente explotada: la extinción de dominio. A través de esta pasarán a ser propiedad del Estado aquellos bienes que sean instrumento, objeto o producto de un delito o hayan sido utilizados para ocultar bienes que sean resultado de este o incluso, aunque estén a nombre de un tercero, se presume que provienen de la delincuencia organizada, particularmente de delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas.

Para concluir con este apartado, solo faltan mencionar las reformas al artículo 73, según la cual se le da al Congreso de la Unión facultad para legislar en materia de delincuencia organizada, para coordinar las fuerzas policíacas en todo el país y establecer instituciones federales de seguridad pública; en el art. 115 constitucional se establece que la policía municipal quedará a cargo del presidente municipal en los términos de la

Ley de Seguridad Pública del Estado; y, por último, la reforma a la fracción XII del apartado B del artículo

123, que señala un régimen especial para ministerios públicos, peritos y policías.

LA REFORMA EN DERECHOS HUMANOS DE 2011 Y EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

También hay que señalar la reforma en materia de derechos humanos de 2011, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de aquel año. Para los efectos de este trabajo solo se cita una fracción del artículo 1° de la Carta Magna reformado:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia de manera que se favorezca en todo tiempo una protección más amplia a las personas.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (CPEUM, art.8).

Además de la importancia de poder hacer exigibles los derechos humanos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales de los que México sea parte, es necesario subrayar este último párrafo, pues señala el papel de las autoridades respecto a la protección de los derechos humanos y la persecución de aquellas que los vulneren.

Como último gran paso previo a la implementación del sistema de justicia penal acusatorio en todo el país, y para evitar que el espíritu de la reforma se perdiera entre innumerables legislaciones locales, el 5 de marzo de 2014 se promulga el Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual tiene por objeto establecer normas uniformes que deberán observarse en todo el país respecto a “la investigación, procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito” (CNPP, art.2).

Ahora que se han enunciado todos los elementos presentes en la legislación mexicana respecto a la *reforma de seguridad y justicia* y el sistema de justicia penal acusatorio, se analizará la correspondencia del papel, con la realidad que enfrenta la sociedad mexicana.

EL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DESDE LA PERSPECTIVA CIUDADANA

La *Guerra contra la delincuencia organizada* iniciada en 2006, cambió sin duda la percepción social respecto a las instituciones encargadas de la administración de justicia en el país. Además de la barbarie ocasionada por la violencia desmedida en diversos puntos del país, la situación hizo aún más evidentes los enormes vicios del sistema penal que, si bien no eran nada nuevos, nunca habían sido tan visibles y reiterados. En términos integrales, la inseguridad es el tema que más preocupa a los mexicanos, de acuerdo con encuestas elaboradas por el *think thank* Pew Re-

search Center (2015), el 79% de la población se siente agraviado por esta problemática. Las estimaciones más recientes realizadas por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI por sus siglas) señalan que, solo en 2016, el costo nacional estimado a consecuencia de la inseguridad y el delito fue de 229.1 mil millones de pesos (INEGI 2017, 21), un monto que equivale al 1.1% del Producto Interno Bruto.

Para complementar este dato, vale la pena mencionar el Índice de Progreso Social (IPS por sus siglas), el cual

mide el nivel en que los países cubren las necesidades sociales y ambientales de sus ciudadanos, tales como son el acceso a la educación, salud, vivienda, a una nutrición adecuada, a la información, la sustentabilidad de su ecosistema, los derechos personales y, por supuesto, la seguridad personal de sus ciudadanos. Si se toman en cuenta todos estos elementos, México se encuentra en el lugar número 53 de 133 países que incluye esta mediación, sin embargo, si se considera solo el índice de seguridad personal, el lugar de México desciende hasta el 124 de 133. En este dato se considera la tasa de homicidios, el nivel de crímenes violentos, la criminalidad percibida, el terror político (violaciones de los derechos civiles y políticos) y las muertes en carreteras (Índice de Progreso Social, 2017).

Datos arrojados por la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública 2016 (ENVIPE), realizada por el INEGI, señalan que, durante 2016, el 34.2% de los hogares en el país tuvo al menos una víctima del delito, de los cuales el 93.6% no fue denunciado; y del porcentaje restante, es decir, del 6.4% de los delitos que sí fueron denunciados ante el Ministerio Público, el 49% de las víctimas señalan que no se resolvió nada (INEGI 2017, 10-11). Es importante remarcar esta última parte, pues el principal problema relacionado con la inseguridad tiene que ver con los altos índices de *impunidad*, entendido este término como la falta de sanción a una conducta que la ley prevé como merecedora de tal. En otras palabras, delitos que se cometieron, pero cuyos responsables no fueron castigados.

El *Índice Global de Impunidad 2017* ubica a México como el cuarto país con mayor impunidad, solo después de Filipinas, India y Camerún, y apenas por encima de Venezuela, Perú y Brasil. Este índice reúne información de 69 estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en materia de seguridad, justicia y derechos humanos (Le Clercq 2017, 44).

Otro de los elementos que se debe tener en cuenta para tratar de explicar el lastre en el que se convirtió el sistema de justicia penal en México, es la corrupción que impera en el país. Dicho fenómeno, presente en prácticamente todos los ámbitos, sean económicos, políticos o sociales, ha contribuido al detrimento de las instituciones encargadas de administrar justicia. De acuerdo al Índice de Percepción de la Corrupción, elaborado por Transparencia Internacional durante 2016, Méxi-

co es percibido como el país más corrupto entre los miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), y se calcula que, de mantenerse esta tendencia, se necesitarían 40 años para dejar de ocupar ese último sitio (CASAR 2015, 12).

A estas alarmantes cifras se debe agregar la percepción que tiene la ciudadanía sobre las autoridades responsables de la seguridad y justicia en el país. Como se mencionó al señalar la reforma al artículo 20 constitucional, la manera en la que se plantea el sistema oral y acusatorio incluye fortalezas tales como los principios de publicidad, concentración, contradicción, continuidad e inmediación, así como la creación de mecanismos cuya finalidad es la protección de los derechos humanos. Sin embargo y más allá de la transición de un sistema preponderantemente inquisitivo a uno acusatorio y de las ventajas que ella puede ofrecer, la principal debilidad de la reforma está en que sus operadores, es decir, los encargados de llevarla a la realidad, serán exactamente los mismos involucrados con el sistema anterior, aquellos que causaron en primer lugar el desencanto ciudadano con el sistema penal.

El sistema de justicia penal acusatorio estará a cargo de ministerios públicos, jueces y policías que la población asocia inmediatamente con corrupción. La Tercera Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental, a cargo del INEGI, revela la percepción ciudadana sobre la corrupción en ciertos sectores del gobierno. Destacan los cuerpos policíacos, a los cuales el 89.8% de la población percibe como corruptos, el Ministerio Público alcanza el 78.8% en esta medición, mientras que los jueces y magistrados son asociados con corrupción por el 69.2% de los mexicanos (INEGI 2016, 44).

Mención aparte merece la frecuente violación a derechos humanos, realizada principalmente por ministerios públicos y policías. En el sistema inquisitivo, la llamada *prueba reina* -por utilizarse como pilar en la mayor parte de las sentencias- era la confesión, es decir, el reconocimiento del inculpado de los hechos por los que fue acusado. En el nuevo sistema, este tipo de prueba desaparecerá, al dejar de tener validez dentro del proceso; sin embargo, los estragos que dejó y los métodos utilizados en obtenerla tardarán mucho tiempo en desaparecer, tal y como lo señala Amnistía Internacional (2014, 7):

La tortura se usa a menudo para obtener “confesiones” y testimonios que sirven de prueba para enjuiciar a personas que podrían estar o no implicadas en un delito. Esto se traduce en juicios injustos y condenas dudosas, lo cual deja a muchas personas inocentes en prisión y a muchos delincuentes en las calles.

De acuerdo con datos de esta organización, el 64% de los mexicanos temen ser torturados si son detenidos (Amnistía Internacional 2014, 63). Esta cifra no parece tan alejada de la realidad al revisar las cifras de quejas por tortura y malos tratos recibidos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, las cuales pasaron de 219 quejas en 2003, a 1524 en el año 2010, número que ha fluctuado regularmente hacia arriba en los años posteriores, de modo que se tienen 1505 casos en 2013. A nivel federal, del año 2006 al 2013 se denunciaron ante la Procuraduría General de la República 1219 casos de tortura, de los cuales solo tuvieron como resultado 12 consignaciones. Con estas cifras se puede sostener que la tortura no solo está presente en México, sino que además queda completamente impune. No es casualidad que al determinar las obligaciones del Ministerio Público y de la Policía, el Código Nacional de Procedimientos Penales comience refiriéndose a los derechos humanos:

Art. 131. Obligaciones del Ministerio Público
Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones:
I. Vigilar que en toda investigación de los delitos se cumpla estrictamente con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados;

Art. 132. Obligaciones del Policía
El Policía actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos en estricto apego a los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución (CNPP).

No basta con establecer como una obligación para las autoridades el respeto a los derechos humanos. También se deben tomar medidas para que se sancione de manera ejemplar a aquellas autoridades que comentan violaciones contra ellos.

Además, contra lo que pareciera, no solo los derechos de los acusados son vulnerados durante su paso por el sistema penal, sino que también hay incontables quejas de víctimas que son tratadas de manera indigna por parte de las autoridades cuando tratan de presentar una denuncia. Entre otras cosas señalan que perciben que, en la atención que reciben se les menosprecia, no se da credibilidad a sus palabras y se les somete a trámites tediosos y prolongados. De esta manera se produce una revictimización que deja a la persona en una situación completamente vulnerable al ser nuevamente vejada, ahora por las autoridades. Por tal motivo, estudiosos del tema como Jorge Guillén (2015, 80) se manifiestan enfáticamente a favor de crear mecanismos que garanticen los derechos de las víctimas:

Entonces, en la actualidad, ¿quién está obligado a respetar los Derechos Humanos, y en especial, los derechos de las Víctimas? Pues todos los integrantes de la sociedad y en especial los sujetos del nuevo proceso penal. Por lo tanto, la sociedad no debe permitir más violaciones, no más víctimas, no más abuso de poder.

Por otra parte, la depuración de aquellos elementos deshonestos debería ser la máxima prioridad para la implementación del sistema penal acusatorio, si se espera que este opere con la eficacia y transparencia con la cual fue presentado. En la esfera judicial, es responsabilidad del Consejo de la Judicatura Federal⁷ y de los organismos análogos a nivel estatal, el establecer estrictos controles sobre el ingreso y la permanencia de los encargados de administrar justicia, pero también será obligación de las autoridades correspondientes garantizar que el espacio donde se desempeñen los juzgadores sea seguro, totalmente libre de amenazas, intimidaciones o de cualquier otro recurso que pueda ser utilizado para influir en sus decisiones.

El tema se vuelve más complicado cuando se trata de la depuración de cuerpos policíacos, sea a nivel federal, estatal o municipal, pues, aunque en todos los casos existen órganos internos de control encargados de vigilar la disciplina dentro de las corporaciones, los avances en esta materia han sido realmente escasos. Esta situación es atribuible en parte a que los citados órganos internos son parte de la estructura de la propia institución, un hecho que genera parcialidad y opacidad en las investigaciones de sus elementos, razón por

⁷ El Consejo de la Judicatura Federal es el encargado de la administración, vigilancia, disciplina y desarrollo de la carrera judicial en México.

la cual es necesaria la presencia de mecanismos externos de evaluación que permitan realizar valoraciones objetivas e imparciales sobre la honestidad y capacidad de los cuerpos policíacos.

Como se ha mencionado durante el presente texto, el 18 de junio de 2016 fue la fecha límite para que el sistema penal acusatorio, el Código Nacional de Procedimientos Penales y todos los principios asociados con ellos entraran en vigor en todo el país. La idea de que se dieran ocho años para la implementación del sistema era que todos los estados del país lo adoptaran de manera gradual y, de esta forma, garantizar su pleno funcionamiento para la fecha prevista. Sin embargo, para junio de 2015, es decir, exactamente doce meses antes de su entrada en vigor, solo cuatro estados del país lo habían implementado completamente,⁸ mientras que, en el otro extremo, se encontraban dos entidades federativas que presentaron los mayores retrasos, es decir, que ni siquiera habían empezado la transición hacia dicho modelo⁹. El resto del país lo efectuó de manera paulatina y, en algunos casos, alarmantemente lenta, y solo operaba en los municipios con menor población o respecto a delitos no graves¹⁰.

Sobre los avances particulares del sistema de justicia penal acusatorio en los estados en los que ya fue implementado, concretamente en relación con la impresión social que puede haber causado, vale la pena destacar el estudio cualitativo realizado por la Secretaría Técnica¹¹ (SETEC por sus siglas) a través de grupos focales con víctimas o familiares de víctimas, en estados en los cuales ya estuviera vigente el sistema penal acusatorio y en otros donde se siguiera aplicando el sistema inquisitivo. El estudio se aplicó en los estados de Morelos, Chihuahua y en el Estado de México (después de ser reformados) y en la Ciudad de México, Tabasco y Tamaulipas (antes de ser reformados), y pretendía demostrar la percepción ciudadana respecto a los principales operadores del sistema penal.

A pesar de tratarse de sistemas distintos e incluso de lugares diferentes, los entrevistados coincidieron, en la mayoría de casos en los argumentos utilizados para referirse a jueces, ministerios públicos, defensores y po-

licías. Sobre los jueces, señalaron la falta de contacto, sensación de lejanía y sentencias no fundamentadas; a los ministerios públicos se los tilda de falta de preparación y de sensibilidad; a la policía la identifican como corrupta, prepotente, indisciplinada, e incluso la asocian directamente con delincuencia; y a los defensores públicos se los señala como carentes de interés y experiencia, con trato inhumano y ofensivo; y, lo más grave, que tienden a persuadir al imputado con el fin de que reconozca su culpabilidad: así olvidan totalmente la presunción de inocencia (SETEC 2015, 230 y 239).

Hay que señalar que los resultados son similares independientemente de si los entrevistados estaban bajo el sistema inquisitivo o acusatorio, debido a que, como se ha mencionado reiteradamente, no se puede esperar grandes cambios si los operadores son los mismos. El sistema penal acusatorio apenas se halla en sus inicios, si se quiere que su destino sea distinto al de su predecesor, se necesita tomar medidas enérgicas para cambiar las prácticas denunciadas por los entrevistados desde el inicio, y no permitir que contaminen las instituciones que se están formando.

Como se observó en apartados anteriores, el marco normativo y el diseño institucional del sistema penal acusatorio, contemplan diversos mecanismos para la protección de los derechos humanos y a favor de procesos más imparciales y expeditos. Sin embargo, la transición, hasta el momento se ha quedado en la forma y no ha permeado al fondo, debido a que el sistema acusatorio o adversarial ha heredado prácticamente intacta la estructura del sistema inquisitivo, con todos sus vicios y defectos incluidos.

A este hecho se debe añadir la suspicacia de los propios gobernantes, los cuales han mostrado incredulidad respecto al funcionamiento del sistema, así como descontento por su aplicación. A un año de haber comenzado formalmente la aplicación del sistema penal acusatorio en todo el país, numerosas han sido las voces de gobernadores de distintas entidades federativas que se han pronunciado en su contra e, incluso, aducen que hay aumentos en los índices de criminalidad debido a su aplicación. Tal es el caso del Jefe de Go-

8 Chihuahua, Estado de México, Morelos y Yucatán.

9 Baja California Sur y Sonora.

10 Como fue el caso de la Ciudad de México.

11 Para llevar a cabo el funcionamiento del sistema penal acusatorio en el país, particularmente sobre la capacitación necesaria, se asignó la responsabilidad a la Secretaría Técnica, que la cual es un Órgano Administrativo Desconcentrado de la Secretaría de Gobernación.

bierno de la Ciudad de México, Miguel Ángel Manceira, quien ha señalado que, con la aplicación de disposiciones previstas con el nuevo sistema, hasta 11 mil reos podrían quedar en libertad, y de manera que se dejan a la ciudad en una situación vulnerable (Páramo, 2017). En el mismo sentido, pueden citarse las declaraciones de Alejandro Tello, Gobernador de Zacatecas, quien ha afirmado que el sistema simplemente no funciona, al no responder a la inseguridad que enfrenta el país (Ponce, 2017). Es más, el alcalde de la ciudad de San Luis Potosí, Ricardo Gallardo Juárez, directamente ha señalado que, con el sistema penal acusatorio, “el delincuente entra y sale como si nada para seguir delinquiendo” (Torres, 2017).

Estas son únicamente algunas muestras que, como puede constatarse, tienen eco en gobernantes de todo el país, una situación que dificulta aún más la percepción ciudadana sobre el sistema penal acusatorio, pues declaraciones como las citadas solo abonan al desprestigio del sistema y hacen más difícil que la sociedad no lo vea sino como un intento más condenado al fracaso.

Se debe subrayar, nuevamente, que el problema no está en el diseño del sistema penal acusatorio. El marco jurídico que lo sustenta es en términos generales sólido, pues señala de manera clara y concisa las atribuciones de cada uno de los actores que intervienen, así como los procedimientos de cada etapa del proceso. Sin em-

bargo, la forma tan abrupta en la que se da la transformación en la mayor parte de los estados del país, la poca o nula capacitación recibida por los operadores del sistema y el propio desconocimiento de los medios de comunicación, traducido como su incapacidad para transmitir con certeza el funcionamiento del nuevo esquema de justicia penal, han originado mayores dificultades para que el sistema cumpla con uno de sus principales objetivos: recuperar la confianza ciudadana en las instituciones de seguridad y justicia. Los últimos resultados del Latinobarómetro (2017) dan muestra de tal realidad al exponer, en cifras de los últimos tres años, la disminución de la confianza ciudadana en materias de seguridad pública y de administración de justicia. Este hecho implica que el cambio de sistema no ha tenido repercusiones positivas reales y, hasta el momento, tampoco en la percepción ciudadana sobre el progreso en el combate a la corrupción.

Si bien, evidentemente es muy pronto para evaluar los resultados de la implementación del sistema penal acusatorio en el país, con estos datos sí es posible observar de dónde parte y los retos que tendrá que sortear antes de consolidarse. Entre ellos el más grande será sin duda dejar atrás por completo el sistema inquisitivo, que ha estado vigente durante prácticamente toda la existencia del México contemporáneo, y sus secuelas, entendidas estas últimas como las formas de operar de policías, ministerios públicos y jueces principalmente.

CONCLUSIONES

Como puede apreciarse en el desarrollo del presente texto, el problema de fondo, es que a pesar de que puedan ser capacitados, los encargados del nuevo sistema penal son prácticamente los mismos del viejo sistema, de ese asociado con opacidad, corrupción, tortura, burocracia e inseguridad.

El sistema penal acusatorio tiene un gran reto frente a la sociedad civil: recuperar la confianza ciudadana hacia las instituciones de seguridad y justicia del país. La tarea no es nada sencilla; pues, como se ha señalado, se trata de cimentar un nuevo edificio sobre los restos de otro, uno que ya de por sí era insostenible. Si realmente se pretende cumplir con la encomienda de la reforma constitucional, se deben crear mecanismos que no permitan que se desarrollen prácticas plenamente identificables con el anterior sistema inquisiti-

vo, tales como la mercantilización de la justicia a través de sobornos o la vulneración de derechos humanos de imputados y víctimas.

Además, el descontento social sobre la aplicación de justicia en México lleva presente décadas y, en los últimos años, no ha hecho más que aumentar. Por esta causa no se puede esperar que el cambio en la percepción ciudadana sea instantáneo con solo modificar algunos preceptos constitucionales. Se requerirán años para que las instituciones relacionadas con proporcionar seguridad y justicia ganen la confianza de la sociedad, y esta nueva percepción solo ocurrirá a través de un trabajo eficaz y transparente, que no deje lugar a sospechas acerca de la actuación de los involucrados. Sobre estos últimos, se requiere una depuración de todos aquellos elementos que incurran en prácticas

deshonestas para dar paso a defensores, ministerios públicos, jueces y policías verdaderamente comprometidos, con una actitud de servicio y profesionalismo.

Es necesario reforzar de manera auténtica aspectos como la capacitación de los operadores del sistema y, sobre todo, la realización de evaluaciones eficientes y permanentes que permitan detectar a tiempo y sancionar a los elementos que no actúen conforme a los principios del sistema, particularmente de los de legalidad y honradez. En el mismo sentido, se debe de priorizar la implementación de técnicas y mecanismos para fortalecer en todo momento la investigación, encabezada por ministerios públicos en coordinación con los cuerpos de policía, y sustentada en bases científicas respaldadas por forenses y peritos.

Los datos presentados en este trabajo permiten exponer la severa crisis de legitimidad que no solo se limita a las instituciones encargadas de administrar justicia, sino que además pone en duda la existencia de un Estado de Derecho funcional.

El sistema de justicia penal acusatorio y el resto de elementos introducidos en la *reforma de seguridad y justicia* deben traducirse en hechos, ya que la percepción de inseguridad y la desconfianza ciudadana en el sistema penal no desaparecerán a través de discursos o campañas mediáticas, se deben dar resultados concretos respecto a la persecución de delitos y transparencia en la aplicación de las sanciones correspondientes, para que la sociedad vuelva a creer que la palabra justicia puede utilizarse en México.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar López, Miguel Ángel. 2011. "Presunción de inocencia" en *El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la Perspectiva Constitucional*. México: Consejo de la Judicatura Federal.
- Ballinas, Víctor. 2010. "Muertes de civiles en el combate al crimen, daños colaterales: Galván" en *La Jornada*, México, 13-IV-2010. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2010/04/13/politica/005n1pol> Consult. el 8-VI-2017.
- Camacho Quiróz, César. 2010. "Propósitos trascendentales de la reforma" en García Ramírez Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, *La reforma constitucional en materia penal*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Casar, María Amparo. 2015. *México: Anatomía de la corrupción*. México: CIDE e IMCO. Disponible en http://imco.org.mx/wpcontent/uploads/2015/05/2015_Libro_completo_Anatomia_corrupcion.pdf Consult. el 9-VII-2015. 12
- Guillén Ángel, Jorge. 2015. "La participación ciudadana, elemento decisivo en la consolidación de la prevención y atención a víctimas en el NSJP" en *Nuevo Sistema de Justicia Penal*, Año VI, No. 8. México: Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal
- Índice de Progreso Social*; 2017. Disponible en: <http://www.socialprogressimperative.org/es/data/spi/countries/MEX> Consult. el 5-X-2017.
- Le Clercq Ortega, Juan Antonio y Rodríguez Sánchez Lara, Gerardo (Coordinadores). 2017. *Índice Global de Impunidad 2017*, Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia. México: Universidad de las Américas, Puebla. Disponible en: <http://www.udlap.mx/cesij/files/IGI-2017.pdf>. Consult. el 17-X-2017.
- Mejía, Irma et al. 2008. "Nuevo récord de asesinatos por crimen organizado; uno cada 85 minutos", en *El Universal*. México. 3-IX-2008. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/primera/31573.html> Consult. el 8-VI-2017.
- Méndez, Alfredo. 2012. "Documentan 136 mil muertos por lucha al narco; más que en un país en guerra" en *La Jornada*, México, 11-XII-2012. En: <http://www.jornada.unam.mx/2012/12/11/politica/015n1pol> Consult. el 8-VI-2017.
- Páramo, Arturo. 2017. "Alerta Mancera por liberación de 11 mil reos, tras reformas legales" en *Excelsior*. México. Consultado el 22-XI-2017. Disponible en: <http://www.excelsior.com.mx/comunidad/2017/11/11/1200608>.
- Ponce Delgado, Alan. 2017. "Nuevo sistema de justicia penal no funciona: Tello" en *Noticias Zacatecas Meganoticias*. Méx. Consultado el 22-XI-2017. Disponible en <https://www.meganoticias.mx/zacatecas/ultimo-minuto-zacatecas/64102-nuevo-sistema-de-justicia-penal-no-funciona-tello.html>.
- Torres, Aimee. 2017. "Gallardo culpa al sistema penal del aumento delictivo" en *Pulso Diario de San Luis*, Méx. Consult. 22-XI-2017, en: <http://pulsoslp.com.mx/2017/11/23/gallardo-culpa-al-sistema-penal-del-aumento-delictivo/>
- Amnistía Internacional; 2014. *Fuera de control. Tortura y otros malos tratos en México*, Centro de lenguas de Amnistía Internacional, Madrid.
- CNPP Ver Código nacional procedimientos penales
- CPEUM Ver Constitución Política Estados Unidos Mexicanos
- INEGI. 2016. *Tercera encuesta nacional de calidad e impacto gubernamental*. México. Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/regulares/encig/2015/> Consult. el 7-X-2017.
- INEGI. 2017. "Presentación ejecutiva nacional" de la *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública*. En: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/envipe/envipe2017_09.pdf Consult. el 26-X-2017.
- Corporación LATINOBARÓMETRO. 2017. *Latino-barómetro*. Santiago de Chile

Pew Research Center. 2015. *Mexican President Peña Nieto's Ratings Slip with Economic Reform*. En <http://www.pewglobal.org/2014/08/26/mexican-president-pena-nietos-ratings-slip-with-economic-reform/> Consult. el 6-VI-2017.

SETEC. 2015. Encuesta Nacional sobre el Sistema de Justicia Penal, Secretaría de Gobernación, México. En: http://www.setec.gob.mx/es/SETEC/Encuesta_Nacional_sobre_el_Sistema_de_Justicia_Penal. Consult. 5-VI-2017.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. 2016. *Corruption perceptions index 2016*. Disponible en https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016 Consultado el 24-X-2017.

ENSAYOS

Handwritten signature or stylized text in a cursive script.

ORIGEN DE LA INVIOABILIDAD PARLAMENTARIA

THE ORIGINS OF PARLAMENTARY IMMUNITY

ORIGEM DA INVIOABILIDADE PARLAMENTAR

*Ramiro Rivera**

Recibido: 27/06/2017

Aprobado: 01/08/2017

Resumen:

Un tema clave del derecho constitucional y parlamentario, es el origen de la garantía o prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria. Su origen nos remite a las asambleas medievales y a sus declaraciones de derechos: en Inglaterra y, luego, en la Asamblea francesa de la Revolución de 1789. La distinción entre la inviolabilidad, entendida como la libertad de palabra del parlamentario en el ejercicio de sus funciones representativas; y la inmunidad, erigida como un obstáculo procesal o requisito de procedibilidad por delitos ajenos a la naturaleza del cargo representativo, al principio es difusa. El origen se configura en el Parlamento inglés y en el contexto del conflicto con la monarquía. Inviolabilidad no equivale a inmunidad. Pero los dos principios tienen sentido y se complementan como requisitos esenciales para la independencia del Parlamento, y para el ejercicio pleno y libre de la representación política.

Palabras clave: Parlamento; Monarquía; Asambleas; Inmunidad; Prerrogativa

Abstract:

A key subject of the constitutional and parliamentary rights is the origin of the guarantee or prerogative of parliamentary inviolability. Its origin brings us back to medieval assemblies and their Declaration of Rights, in England (Bill of Rights?) and then in the French Assembly of the 1789 Revolution. The distinction between inviolability –understood as the freedom of speech of the parliamentarian in the exercise of his representative functions– and immunity, erected as a procedural obstacle or process requirement for offenses

unrelated to the nature of the representative position, is unclear at first, since inviolability is not the same as immunity. However, both principles make sense and complement each other as essential requirements for the independence of the Parliament and the full and free exercise of political representation.

Key words: Parliament; Monarchy; Assemblies; Immunity; Prerogative

Resumo:

Um, tema chave do direito constitucional e parlamentar, é a origem da garantia ou prerrogativa da inviolabilidade parlamentar. Sua origem nos remite às assembleias medievais e suas declarações de direitos: na Inglaterra e, logo, na Assembleia francesa da revolução de 1789. A distinção entre a inviolabilidade, –entendida como a liberdade da palavra do parlamentar no exercício de suas funções– representativas; e a imunidade, elevada como um obstáculo processual ou requisito de procedibilidade por delitos alheios à natureza do cargo representativo, a princípio é difusa. A origem se configura no Parlamento inglês e no contexto do conflito com a monarquia. Inviolabilidade não equivale a imunidade. Mas os dois princípios têm sentido e se complementam como requisitos essenciais para a independência do Parlamento, e para o exercício pleno e livre da representação política.

Palavras chave: Parlamento; Monarquia; Assembleias; Imunidade; Prerrogativa

* Abogado y doctor en jurisprudencia. Diplomado en derecho constitucional, Universidad Central del Ecuador. Máster en derecho parlamentario de la Universidad Complutense de Madrid. Se ha desempeñado en tres ocasiones como diputado provincial y nacional. Ejerció la Vicepresidencia del Congreso en Ecuador. rivera.ec@gmail.com

INTRODUCCIÓN

Se conoce que tanto la inmunidad, así como la inviolabilidad y el fuero, forman parte del estatuto de los parlamentarios. Si bien en el caso de la inmunidad encontramos varios precedentes medievales, no es infrecuente, en los estudiosos del derecho constitucional, el incurrir en la grave confusión de asimilar la protección medieval de las asambleas consultivas de los monarcas, a la inmunidad parlamentaria moderna. A su vez, no solo en la doctrina sino también en la nomenclatura y en los estudios, el vocablo *inmunidad* se utiliza como expresión genérica; a veces sin distinguir, en el plano conceptual, la especificidad tanto de la inviolabilidad como de la inmunidad (Borja 1950, 322-323; Salgado 2004, 119; Oyarte 2005, 40). El propósito del presente trabajo es recorrer, desde la historia y la doctrina, los equívocos del origen de la inviolabilidad, cuando se pretende explicar, por un lado, la inmunidad como derivación de la concesión que hacía el rey a los procuradores de sus cortes, mientras se trasladan a ellas, permanecen en la sesión y regresan a sus moradas (*coming, remaining and return*). Se trata

de distinguir la especificidad conceptual de la libertad de arresto o molestia (*Freedom from Arrest or molestation*) propio de la inmunidad, de la denominada libertad de expresión o de palabra (*freedom of speech*), que se adecua al significado de la inviolabilidad. Sin duda, hay confusiones en torno a las instituciones mencionadas, que no distinguen con claridad sus diferencias respecto a la inviolabilidad (De Dios 1996, 668).

Por cierto, a pesar del contraste, y ya que existen similitudes o semejanzas, hay cierta conexión, al tratarse de garantías que la doctrina destina a la institución parlamentaria y su funcionalidad. Al mismo tiempo, se delinea la génesis de la inviolabilidad; en este caso, tiene un inequívoco origen en la *Freedom of Speech* (Midon 2007, 169-17; Catalá 2006, 23) en un comienzo y, luego, en el *Bill of Rights* (Díaz 1994, 1134; Verdugo, Pfeffer y Nogueira 2003, 144), para finalmente adquirir las características de una prerrogativa que garantiza la irresponsabilidad jurídica (absoluta y perpetua) de los legisladores en el desempeño de sus funciones.

LOS EQUÍVOCOS EN RELACIÓN CON LA INMUNIDAD MEDIEVAL

Por un malentendido en la doctrina constitucional, hay discrepancias acerca de la génesis de la inmunidad parlamentaria, sobre todo cuando se quiere encontrar su origen medular en los precedentes medievales inglés y español. Así, un apreciable número de entendidos en la materia atribuyen, a la institución inglesa *freedom from arrest or molestation*, el principio substancial de la inmunidad parlamentaria, a una garantía que fue concedida por el Rey y también conquistada por el parlamento inglés. No obstante, la inmunidad, tal como la conocemos desde finales del siglo XVIII, se inspira en la doctrina francesa (Alonso de Antonio, 2000, 86).

Por otro lado, hay quienes atribuyen su origen a la protección que existía en las Cortes del medioevo de España y otros reinos de Europa, para que los representantes medievales, clérigos y aristócratas nobles, puedan desplazarse desde sus domicilios a la asamblea, asistir a las sesiones de las Asambleas o Cortes,

que eran de consulta y peticiones, y regresar a sus lugares de origen. Esta prerrogativa, conocida con la denominación inglesa de «*coming, remaining and return*», solo fue una dispensa a la persona y bienes, otorgada por el rey, más no una prerrogativa que excluyera el poder del monarca y garantizase la independencia del representante (Fernández-Miranda 1986; Alzaga, Gutiérrez y Rodríguez 2002, 386)¹.

En consecuencia, la *Freedom from Arrest or Molestation* carece de notabilidad y es irrelevante como origen de la inmunidad (Fernández-Miranda 1986, 199). Sin embargo, la equivocidad se advierte en abundantes textos (López 2013, 179).

No podemos, entonces, asimilar esta protección, típica de las asambleas medievales a la moderna concepción de la inmunidad establecida por el pensamiento democrático, la cual tiene una partida de nacimiento en la doctrina francesa, originada en los decretos de 1789

¹ Tanto estos autores como otros tratadistas españoles, con frecuencia recurren, como fuente, a las afirmaciones del autor inglés: Sir Thomas Erskine May (1815-1886) en su libro: *A Treatise upon the law, privileges, proceeding and usage of Parliament* (1883).

y 1790 (Juanes 2001, 537)². Doctrina que se traslada o extiende a España y a Hispanoamérica. Por cierto, el instituto de la inmunidad en los ordenamientos constitucionales de América Latina, arrastran, hasta hace poco, características que mezclan precedentes ingleses, franceses y una difusa comprensión teleológica de la protección.

Al no ser equiparables a la inmunidad moderna, los precedentes medievales, que, en expresión del profesor Fernández-Miranda Campoamor, sólo tienen por objeto “la seguridad patrimonial por un viaje obligatorio, difícil y oneroso, [y] no la libertad física de los representantes ni la autonomía funcional del parlamento” (1989, 331), no significaban la independencia del delegado o procurador frente al monarca (Núñez 1983, 153). Esta concesión, que fue también practicada en las Cortes medievales de Aragón, Castilla, Navarra, Cataluña, etc., y de los Reinos de España en los siglos XIV en adelante, donde los procuradores eran convocados y se les otorgaba las garantías para la seguridad personal y de sus bienes (Fernández Martín 1992 [1885])³, a fin de que pudieran llegar al llamado del rey, estar presente en las reuniones y regresar a sus moradas⁴. Esta institución es conocida en expresión latina como, «*Eundo morando et redeundo*», y también mencionado como una inmunidad «*de tránsito*» (Senén 1986, 330). La garantía adquiere una fuerza normativa imprecisa; en los textos constitucionales del siglo XIX de Europa y América Latina. Lo interesante es que el alcance de esta protección, en la Inglaterra medieval, se otorgó para que el representante mandatario en las Cortes no sea molestado, como afirma Pérez Serrano, al acudir a sus funciones, durante ellas y al regresar; y cuyo alcance tuvo lugar, como sabemos, en la esfera civil, se trata, ahora, de cuestiones inconciliables con la rea-

lidad de la vida moderna (Pérez 1984, 782). Pero, en su tiempo, los viajes eran difíciles y peligrosos (López Sánchez 1996, 235), por caminos a veces infestados de asaltantes y bandidos, o acreedores que estaban prevalecidos por las leyes de retener y avasallar, en sus propias prisiones, a los deudores (Morales 1869, 22)⁵, en virtud de normas contenidas en las XII Tablas, por las cuales se otorga, a la ferocidad de los acreedores y a la voracidad de su codicia ilimitada, la capacidad de encarcelar al deudor, someterlo con grilletes, torturarlo, exhibirle en las plazas públicas y hasta disponer de su vida o desquitarse aún, con el cadáver del deudor muerto. Hay seguridad en afirmar que esta protección personal y patrimonial, reducida al ámbito civil, fue alegada, precisamente en el caso de la vigencia de la prisión por deudas (Zorro 1965, 43).

Si el origen de la *Freedom from Arrest* fue la protección contra las demandas civiles y contra la ejecución por deudas, se supone que fue la base que justificó la inmunidad contra tales causas; mas, una vez abolida dicha prisión de los ordenamientos constitucionales, no se explica por qué tal inmunidad permaneció a lo largo del tiempo. Este hecho es uno de los argumentos que esgrimen los críticos de la inmunidad, al decir que tal protección está en desuso, o que al menos ha perdido una de sus fundamentaciones. A su vez, explica el porqué de la inexistencia de la inmunidad parlamentaria, tanto en Inglaterra como en el Reino Unido y los EE.UU., es decir, en aquellos países regidos por la corriente doctrinaria anglosajona.

La prisión por deudas, abolida en el siglo XIX en los ordenamientos jurídicos de Europa y, durante las primeras décadas del siglo XX, en varios países latinoamericanos⁶, resta fundamento y explicación, que

2 La conceptualización de la inmunidad, en principio fue difusa y luego específica, como se advierte en los decretos de la Asamblea de 20 de junio de 1789 al de 26 de junio de 1790. La inmunidad moldeada en la doctrina francesa se concreta en la sesión de 22 de marzo de 1791 y su texto se incorpora en la Constitución del 3 de septiembre de 1791 en los artículos 7 y 8, Sección V del Capítulo I Título III. Solo ahí es posible advertir con precisión la distinción conceptual entre inmunidad e inviolabilidad. Por cierto, cabe recordar: en la nomenclatura francesa, la inmunidad se la conoce como «*inviolabilité*», y la inviolabilidad, propiamente dicha, es la «*irresponsabilité*».

3 Manuel Fernández Martín escribió su obra en 1885. En ese entonces, se desempeñaba como oficial de la Secretaría del Congreso de los Diputados de España.

4 Puede verse, Alfonso X El Sabio. 2004. [1254.1256] *Las Siete Partidas (EL Libro del Fuero de las Leyes)*. Introducción y edición dirigida por José Sánchez-Arcilla Bernal, en particular la Segunda Partida, Ley IV *Cómo deben ser guardados todos los que fueren a la Corte del Rey, o viniesen a ella*. Madrid, España, pp. 255-257.

5 El autor relata lo sucedido con el caso de Sheridan: “El poeta célebre, el glorioso compañero de Fox, en los debates parlamentarios, quizá más famoso de los tiempos modernos, después de muerto fue objeto de la sañuda venganza de su acreedor. Reclamando la ejecución de la ley sobre el cadáver de aquella celeridad política, le hubiera privado de los honores de la sepultura, al no haber acudido por medio de una suscripción de los amigos del finado, a reembolsar al implacable acreedor.” Véase, también, Francisco Tomás y Valiente. 1992. *Derecho penal de la Monarquía absoluta*. Madrid: Ed. Tecnos.

6 En Francia se abolió en 1793, se la restablece en ciertos casos y, luego, en 1848 se la suprime de manera definitiva; Inglaterra, en 1838; Chile en 1868; Costa Rica en 1871; México en 1875; República Dominicana en 1875; el Imperio Alemán en 1888; Ecuador en las constituciones de 1906 (art. 26) y 1929 (art. 151); Nicaragua y Bolivia en 1905.

justifique por qué, en la mayor parte de los textos constitucionales latinoamericanos, se haya extendido la protección de la inmunidad, un tiempo antes de la sesión, en la misma y después de ella, para que los parlamentarios gocen de tal cobijo.

No es menos cierto, afirmar que la doctrina de la inmunidad parlamentaria que se desarrolla durante la Revolución francesa con el nombre de «*inviolabilité*», en su momento constituirá el escudo necesario para los miembros de los *Estados Generales* y, en particular del *Tercer Estado*, para protegerse de las potenciales represalias provenientes de la monarquía y de los tribunales reales. Los jueces están demasiado cerca de la monarquía absoluta, en una sociedad que ha llegado al punto de su agonía y escisión.

En este contexto, la inmunidad servirá para impedir que los miembros del parlamento puedan ser detenidos, por la vía de acusarles de delitos tipificados en el ordenamiento normativo penal, razón por la cual prohíbe su procesamiento durante el tiempo de las sesiones, excepto, por cierto, en el caso de ser sorprendidos en delito *infraganti*. El temor a los jueces y tribunales que estaban al servicio de la monarquía absoluta incide en la voluntad de los constituyentes de impedir que los flamantes representantes de la *nación*, sean juzgados por tales tribunales. Hasta tanto, serán sometidos al juzgamiento de sus pares.

Una vez derrotado el *Antiguo Régimen*, la prerrogativa de la inmunidad pretende garantizar la independencia funcional del parlamento, mediante el expediente de beneficiar a los miembros de las Cámaras para que no sean objeto de presiones o diligencias judiciales que les impidan acudir a las sesiones (Manzanares 1970, 72). Se parte de la convicción que la libertad del parlamentario y la autonomía de las Cámaras, son condiciones indispensables para la libre discusión y la formación de la voluntad política.

En el caso de España, pese que enfrentaba una guerra de independencia ante los franceses, en medio del conflicto debatió el alcance de las prerrogativas parlamentarias, y recibió de la misma Francia una clara influencia, en materia de las prerrogativas de la inviolabilidad y de la inmunidad parlamentaria.

No está por demás leer, (en castellano antiguo) un primer párrafo de la Segunda Partida, Ley IV de las Siete

Partidas del Rey Alfonso X «El Sabio», en lo relativo al alcance de la inmunidad medieval, en el que se dice:

«*Como deuen ser guardados, los que vienen á la Corte del Rey, o viniesen á della.*»: “*Vienen los omes a la Corte del Rey, o se van della, por algunas de las razones que dize en la ley ante desta. Pero algunos dellos vienen de su grado, e otros por premia. E los que vienen por premia son aquellos que llama el Rey por sus cartas, ó por sus mandaderos, en razón de emplazamiento, o de otra cosa de aquellas que de suso auemos dicho, a que deuen venir por mandato del Rey. Onde dezimos, que todos estos deuen venir seguros, ellos, e sus cosas; e ninguno non se deue atreuer a matarlos, nin á ferirlos, nin á prenderlos, nin a dehonrarlos, nin a tomarles ninguna cosa de lo suyo por fuerza*” (Fernández Martín 1992 [1885], 51-52).

No olvidemos que las Asambleas o Cortes medievales, cuyo antecedente es el *Concilium* o *Curia Regis*, eran una extensión del poder monárquico, e instancias de consulta no deliberantes, con miembros designados ya sea por el Rey o por los estamentos de la sociedad como el clero, la nobleza y la aristocracia, o los “estados” del Reino sean militares, eclesiásticos o plebeyos. Son también delegados de los Condados, Burgos, Ciudades, Villas y Señoríos, en los que el cuerpo electoral es reducido, y en los ayuntamientos regidos por fueros, privilegios y ordenanzas especiales, como afirma Manuel Fernández Martín.

En tal circunstancia histórica, no se conoce la dimensión de la representación, sino del mandato imperativo medieval. Tales Cortes serán convocadas cada vez que se le ocurra al Monarca, sobre todo cuando debía pedirles su consentimiento respecto a los impuestos, aprobar tributos para la Corona, su ejército o sus campañas guerreras. Los delegados, a su vez y a cambio de su anuencia, formulaban determinadas *peticiones*.

La inmunidad, como se la concibe en la actualidad, no tiene entonces un origen directo en el parlamento medieval inglés o en las Cortes de los reinos de España. Es más, reiteramos que la inmunidad, como prerrogativa, no existe en Inglaterra ni en el constitucionalismo anglosajón. La inmunidad moderna tiene un inequívoco origen francés. Pues es evidente que tanto la Revolución inglesa como la francesa tienen diferencias sustantivas, como diferentes han sido sus monarquías,

la estructura de clases, los conflictos y sus desenlaces. El alcance de la monarquía inglesa no se equipara al poder omnímodo del absolutismo francés. En la Edad Media, la estructura de dominio y los estamentos de la sociedad son diferentes, pues “mientras en Inglaterra las clases se funden unas con otras, en Francia se levantó una barrera entre la nobleza y el resto del país.” (Maurois 2007, 147), esta divergencia constitutiva explica que la Revolución inglesa se diferencie de la francesa por un fin glorioso y feliz (*Glorius and Happy End*), como la califico, en su momento, Edmund Burke; o, al menos, no se equipare con la violencia y el *terror* francés. Aunque, un reciente investigador de la Revolución inglesa, ha concluido que esta no fue ni aristocrática ni incruenta ni consensual, sino violenta, popular y disgregadora (Pincus 2013, 55).

La Revolución francesa implicó una sangrienta ruptura con el antiguo régimen, la inglesa reafirma el papel del Rey, pero, respecto al parlamento, reivindica su soberanía y preeminencia. Mientras en Inglaterra la tradición del *common law* influye en una justicia que tiene sus propias raíces de independencia y respeto, los magistrados de la justicia francesa están al servicio incondicional del Monarca. La singularidad de la Revolución Gloriosa inglesa del siglo XVII no alteró los elementos esenciales de su estructura política, social y religiosa (Leibholz 1964, 180)⁷.

La inmunidad, entonces, bajo tales circunstancias, responde a la desconfianza del parlamento respecto de los jueces como un brazo del poder establecido y cuestionado. En tal contexto se justificó el discurso de Maximilian de Roberpierre, del 25 de junio de 1791, en la Asamblea francesa, en defensa del inculpado Diputado Lautrec, al afirmar que se arruinaría el edificio de la libertad pública, si se permitiese que un tribunal, pueda, sin previo consentimiento de la Nación (léase el Cuerpo Legislativo), incriminar y juzgar a un Diputado. Y, al preguntarse ¿qué es la inviolabilidad?, responde que ningún centro de poder está por encima del Cuerpo representativo, que no está subordinado a un *poder inferior* –el judicial– (García 1989, 101). Este alegato en defensa por la “*inviolabilité*” no es sino,

tal como se ha advertido, manifestar la esencia de la inmunidad en tal circunstancia. En el naciente Estado Legislativo francés resulta comprensible que sea el cuerpo representativo quien se reserve la facultad de juzgar a sus miembros, aspecto éste que se proyectará al constitucionalismo ibero americano.

El contenido de la prerrogativa de la inmunidad es asumido por el ordenamiento constitucional europeo en las primeras décadas del siglo XIX. Mientras que, en América Latina, la inmunidad como concepto doctrinario ambiguo, alberga a la inviolabilidad propiamente dicha, y representa una mezcla tanto de la vieja doctrina inglesa como de la francesa, así como ciertos rasgos de la norteamericana.

Este desarreglo conceptual, al parecer proviene de una recepción confusa acerca de su significado y alcance. La especificidad conceptual entre inviolabilidad e inmunidad es borrosa en un primer momento. Tal imprecisión persistirá en América Latina por largo tiempo. Si bien hay semejanzas entre los dos institutos, no es menos cierto que es evidente la ajena distancia entre ellos en su ámbito conceptual y específico.

La inmunidad moderna, que emerge de la doctrina francesa, asimilada en España y recibida a lo largo de América Latina, se instituye como una garantía de las asambleas, para evitar que se pretenda alterar su composición y funcionamiento (Martínez 2000, 45).

Desde la perspectiva latinoamericana y, en especial ecuatoriana, el sentido de la inmunidad es útil. En efecto, cuando la persecución política se disfraza de penal (*fumus persecutionis*), la inmunidad sirve para proteger a la minoría en el parlamento frente a la arremetida hegemónica de la mayoría, que desconoce la legitimidad de la minoría e irrespete el principio del pluralismo y la tolerancia como valores sustantivos e insustituibles de la democracia. La inmunidad se impone cuando se pretende imponer como única la regla de la mayoría, que excluye y desconoce la necesaria protección de las minorías en la representación política.

⁷ El jurista alemán dice que “La uniformidad tradicional de la vida política inglesa y la continuidad del pensamiento político inglés no han sido interrumpidas por esta Revolución. Solo por esto ha sido posible que instituciones como, por ejemplo, la Corona, el Parlamento, los Law Courts a pesar de todos los cambios de los tiempos, se hayan mantenido en sus formas externas hasta nuestros días y posea Inglaterra hasta el día de hoy una Constitución en lo esencial todavía no escrita”.

LOS EQUÍVOCOS EN RELACIÓN CON LA INMUNIDAD MEDIEVAL

Ahora bien, en lo relativo al origen de la inviolabilidad, todos los estudios coinciden en asignar al *Bill of Rights* la raíz histórica unívoca y respecto a su contenido, en considerarle una prueba fehaciente de la consagración de la inviolabilidad parlamentaria (Fernández Segado 2011, 13; Gaviria 2002, 243). En la cláusula novena del documento emitido el 13 de febrero de 1689, se reclama libertad de expresión a favor de los parlamentarios al decir, «Que la libertad de expresión, discusión y actuación de los parlamentarios no pueden ser juzgados o cuestionados ante tribunal alguno, y en ningún lugar que no sea el parlamento mismo» (Varela 1998, 20-21). Se trata de un resultado y consecuencia de la lucha entre el Parlamento y la Corona (González 2001, 357-359; Silva 2000, 342).

No obstante, en tal momento, todavía no hay referencia a una irresponsabilidad jurídica perpetua (Fernández-Miranda 1976, 42), pues los miembros del parlamento, libres del riesgo de ser cuestionados o juzgados por los tribunales del Rey, bien pueden ser juzgados por sus *pares*, razón por la cual, la dimensión de la inviolabilidad no es absoluta. El *Bill of Rights* se constituye en un contrato entre el Parlamento, intérprete de la *nación*, y la monarquía (Mateucci 1998, 144). Es un histórico instrumento que determina la nueva relación del parlamento con la sociedad, al convertir la antigua discusión encerrada intramuros, “en un asunto plenamente público” (Habermas 1994, 99). Consiste en que no solo se demanda la libertad de expresión para los miembros del parlamento, sino que, además, tales expresiones y actuaciones de los parlamentarios están eximidas de cuestionamiento o de ser juzgadas por cualquier tribunal ajeno a la Cámara.

Como precedente, determina y consagra que, el hecho de no ser juzgados por los tribunales externos implica, todavía, la existencia de responsabilidad jurídica, juzgada por los tribunales internos del parlamento. De esta manera, la libertad de palabra, es quizá, la mayor conquista de la Revolución Gloriosa.

Esta característica se traslada a las Cortes de Cádiz y, finalmente, a una porción de las Cartas constitucionales de América Latina. De todas maneras, el parlamento británico se impone formalmente como órgano de control político (Ferrer 1999, 83-84), y los parlamentarios ejercerán la libertad de expresión en sus pronunciamientos y votos sin que deban ser juzgados y condenados por el monarca. De ahí hacia el futuro, Inglaterra se caracterizará por un modelo constitucional fuerte y cada vez más irreversible la primacía del parlamento (Fioravanti 1997, 90; Biscaretti 1982, 294). Así, el origen de la inviolabilidad, “es la historia de la lucha por la supremacía entre el parlamento y el rey” (Fernández-Miranda 1976, 43), disputa con la que el parlamento conquista mayores espacios de competencia, tanto en materia legislativa como en el ámbito del control del gobierno y de otros poderes del Estado. Largos y tensos serán los forcejeos entre el Parlamento y la Corona. Luego de un prolongado conflicto, aquel sale airoso como triunfador, y el *Ancien Régime* agoniza en un proceso que será irreversible (Guillén 2001, 191).

En adelante, la naturaleza funcional de la inviolabilidad se precisa en el artículo 1 sección 6 y de la Constitución de los EE.UU. de 1787, al señalar que los miembros del parlamento “no deberán responder en ningún otro lugar por cualquier discurso o debate que tuviera lugar en cualquiera de las cámaras”, garantía conocida como “*The speech or debate clause*”, protección ligada a la libertad de expresión y la independencia de la Cámara. Este alcance de la inviolabilidad, en el ámbito histórico, está precedido por el contenido doctrinario de la *Virginia Declaration Bill of Rights* (Dipel 2009),⁸ del 12 de junio de 1776 y la Constitución norteamericana, que asimila el *Bill of Rights* inglés. Este último, a su vez, que tiene como antecedente, las ideas de la *Petition of Rights* (Sutherland 1972, 93-94)⁹. En la base de tales Cartas de derechos, está presente la idea de la independencia del parlamento y la libertad de sus miembros.

8 Para Horst Dippel, la Declaración de Derechos de Virginia, de 1774 da cobijo a los diez elementos esenciales del constitucionalismo moderno: soberanía popular, principios universales, declaración de derechos, gobierno limitado, Constitución como ley suprema, gobierno representativo, separación de poderes, rendición de cuentas y responsabilidad gubernamental (accountability and responsible government), independencia judicial y proceso ordenado para enmendar la Constitución. En *Constitucionalismo Moderno*, Marcial Pons, Madrid, España, 2009, pp. 41-55, 148-149.

9 En lo sustancial, los Lores Espirituales y Temporales y los Comunes, proclaman que a ningún hombre se le obligue a hacer ceder ningún obsequio préstamo, benevolencia, impuesto o gravamen de parecida clase, sin el común consentimiento por Ley del Parlamento. Es oportuno anotar que, en la elaboración de la *Petition of Rights*, tendrá un rol preponderante el juez Edward Coke

La Revolución Francesa, el Decreto del 20 de junio de 1789¹⁰, a pesar de la utilización del vocablo *inviolable*, su contenido se refiere a la inmunidad. La propia doctrina francesa alcanzará una claridad conceptual con el precepto de la Constitución del 3 de septiembre de 1791, que incorpora dos artículos en los que fija el principio de la inviolabilidad y define la inmunidad. En efecto, en el Título III, Capítulo Primero, Sección 5ª., que trata sobre la reunión de los parlamentarios en la Asamblea Nacional Legislativa, se lee: “Art. 7. Los Representantes de la Nación son inviolables: no podrán ser investigados, acusados ni juzgados en ningún momento por lo que hubieren dicho, escrito o hecho en el ejercicio de sus funciones de representantes. Art. 8. Podrán ser detenidos por hechos criminales en caso de flagrante delito o en virtud de un auto de detención, pero se dará aviso, sin dilación, al Cuerpo Legislativo y la persecución no podrá continuarse más que después de que el Cuerpo Legislativo haya decidido si a lugar a la acusación” (Varela 1998, 110; García 1989, 28-29). En estos dos artículos, Francia define la perpetuidad del principio de la inviolabilidad, a fin de proteger a los parlamentarios no solo en las sesiones sino, en general, en el ejercicio de las funciones de representación, aspecto éste que será debatido con intensidad a lo largo del siglo XX. No obstante, cabe recordar que, en el auge del *terror* jacobinista, el denominado *Comité de Salud Pública*, en sesión del 12 de diciembre de 1793, derogó la vigencia de la inviolabilidad, bajo el argumento que no puede permitirse que, en la investigación de la culpabilidad y el castigo de los delitos, se produzca «una injusta distinción entre los representantes del pueblo y cualesquiera otros ciudadanos» (Morales, 2005, 13-14). Pronto, la Constitución de 1795 restablece la plena vigencia de la inviolabilidad. En cuanto a la inmunidad, la doctrina francesa, si bien admite la detención por delitos flagrantes, pero a condición de que de manera inmediata se informe a la Cámara, exige que el proceso se congele mientras no cuente con la autorización expresa del Cuerpo legislativo, siempre que haya méritos y lugar a la causa judicial. El texto sella el

alcance tanto material como funcional de la garantía de la inviolabilidad, como irresponsabilidad jurídica externa. Tanto los rasgos de la inviolabilidad como los de la inmunidad serán asimilados por la mayoría de las constituciones del siglo XIX y XX, en Europa y América Latina.

Luego vendrán el Decreto I de las Cortes de Cádiz de 24 de septiembre de 1810, que en lo esencial dice: “Las Cortes generales y extraordinarias declaran que las personas de los diputados son inviolables, y que no se podrá intentar por ninguna autoridad ni persona particular cosa alguna contra los diputados, sino en los términos que se establezcan en el reglamento general que va a formarse, y a cuyo efecto se nombrará una comisión” (Roca 1999, 149)¹¹. El Capítulo IV del Reglamento de noviembre de las Cortes de Cádiz¹² del mismo año desarrolla la protección de la inviolabilidad, por las opiniones y dictámenes; e igualmente el artículo 128 de la Constitución de 1812.

No es inadvertido el debate en torno a las influencias doctrinarias en los constituyentes de Cádiz. Se sostiene que se adoptó un contenido semejante al derecho francés (Colautti 1989, 68). Mientras que, Martínez Sospedra afirma lo contrario, al decir que la atracción de la corriente francesa fue baja, tanto por las circunstancias políticas de tal momento como por su escaso éxito en su contexto histórico. De ahí deduce que “El modelo más atrayente era el británico: constituye un ejemplo de eficacia probada, se hallaba dotado de respetabilidad, podía invocar el prestigio de la tradición, era políticamente inatacable” (Martínez 2004, 68).

En todo caso, hay coincidencia cuando se sostiene que, en el caso español, la Constitución de 1837 tiene una clara influencia del constitucionalismo francés (Núñez 1983, 153). Es evidente e irrefutable que los primeros rasgos en torno a las prerrogativas constituyen una respuesta de defensa y resistencia ante los embates monárquicos y también, como hemos dicho, la deri-

10 «La asamblea proclama que la persona de cada diputado es inviolable. Cualquier individuo, organización, tribunal, magistratura o comisión que durante o después de las sesiones parlamentarias osara perseguir, investigar, arrestar o hacer arrestar, detener o hacer detener a causa de alguna propuesta, parecer o discurso manifestado o pronunciado en los Estados Generales, e igualmente quienes prestaren su colaboración a los anteriores atentados, fuere quien fuere la autoridad que los hubiere ordenado, serán considerados infames y traidores a la Nación y culpables de crimen capital. La Asamblea Nacional establece que en los casos precedentes tomara todas las medidas necesarias para investigar, perseguir y castigar a los responsables, instigadores y ejecutores».

11 El contenido del Decreto XIII de 28 de noviembre de 1810, se puede leer en esta publicación, pp. 157-158.

12 El contenido, según nos dice Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, tenía influencia francesa y fue aprobado sin debate alguno, por lo incontrovertible, con el siguiente texto: 4) “Las personas de los diputados son inviolables, no podrán intentarse contra ellos acción, demanda ni procedimiento alguno en ningún tiempo, de cualquier clase que sea, por sus opiniones y dictámenes”. Véase la Tesis del profesor Fernández Miranda Campoamor, (*La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias en el derecho español*) escrita en 1976, en la Universidad Complutense de Madrid, pág. 65.

vación del principio de la soberanía que se asocia al parlamento, en el que está presente la representación de la nación. En el artículo 128 de la Constitución de Cádiz, subyace la afirmación de la independencia del parlamento y su blindaje ante eventuales persecuciones de la corona y de una justicia todavía subordinada al rey. En su lugar, para juzgar a sus *pares*, se establece el *Tribunal de Cortes*, que se replica en varias constituciones de América Latina a lo largo del siglo XIX.

La inviolabilidad parlamentaria, en todos los textos referidos, determinará de manera inequívoca no sólo su origen, sino la su perspectiva funcional. Con suficiente razón se sostiene que “La inviolabilidad parlamentaria nace de la mano de la ideología liberal y de la organización política liberal, y supone para su nacimiento la superación de la conciencia medieval y el nacimiento de la mentalidad moderna” (Fernández-Miranda 1989, 317). La doctrina de la inviolabilidad entendida como irresponsabilidad absoluta externa, sólo es posible en

el constitucionalismo liberal. Su contenido normativo en las Cartas Políticas referidas, y a futuro, coloca, bajo su dispensa, a los dichos, los votos y las opiniones de los representantes en el ejercicio de sus funciones. En un primer momento, el instituto mezcla la exclusión del control externo de las cámaras y el juzgamiento en manos de los *pares*, cuestión que se deriva de la conocida desconfianza respecto a los jueces dependientes del absolutismo. Este carácter distingue a la inmunidad en su etapa medieval y de la Revolución Francesa. Luego de ella, y con el establecimiento de la moderna democracia liberal y el Estado constitucional, la prerrogativa de la inviolabilidad, que genera menos resistencia que la inmunidad, se erige como la esencia que hace posible la discusión y el debate libre en el seno del parlamento, en la búsqueda de manifestar su voluntad política como órgano esencial de la institucionalidad democrática. Sin la inviolabilidad, no sería posible la independencia del parlamento ni la libertad de sus miembros.

CONCLUSIONES

Al menos para los que entienden el derecho constitucional y el derecho parlamentario, resulta indispensable distinguir con claridad el origen de la inviolabilidad, en relación con la inmunidad parlamentaria. Identificar la especificidad conceptual de la inviolabilidad, permitirá su valoración y respeto.

La inviolabilidad, a diferencia de la inmunidad, no requiere de interpretación, y menos aún de manipulación motivada por controversias políticas o animosidades.

A su vez, en aras de respetar la terminología que está conforme con la tradición doctrinaria de los países latinoamericanos, donde se utiliza en sentido genérico y ambiguo la expresión de la *inmunidad*, –que es el caso de Ecuador–, se considera necesario, conforme el origen de la libertad de palabra de los legisladores, identificar el específico alcance de la inviolabilidad que protege a los portadores de la representación política, y a la misma Cámara.

Sin la vigencia plena de la inviolabilidad parlamentaria, el parlamento no podría actuar de manera independiente y libre. La representación política quedaría mutilada ante los apremios y amenazas.

La democracia devendría en una autocracia. La inviolabilidad está también destinada a proteger a las minorías, para que éstas puedan actuar como tales y no sean perseguidas mediante la judicialización de sus opiniones y votos en el ejercicio de sus funciones.

Constituye un imperativo desde la esfera académica, y por cierto, desde el terreno de la práctica parlamentaria, al margen de las diferencias y controversias políticas que se derivan del pluralismo, admitir que la vigencia plena del principio de la inviolabilidad protege al parlamentario por sus expresiones, hacia el interior y exterior de la Cámara, para que no sea eventualmente perseguido.

Esta exigencia se impone con urgente necesidad, en escenarios donde la intolerancia y el autoritarismo instrumentan, desde el poder, cualquier dispositivo, o el mismo derecho penal del *enemigo*, para amedrentar y acallar a los legisladores.

Varios ejemplos pueden citarse, al menos en el caso ecuatoriano: la persecución abusiva durante el régimen de Rafael Correa al asambleísta Klever Jiménez, o las sanciones a dos parlamentarias de la oposición, con la manifiesta intención de amedrentarlas y callarlas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso de Antonio, José Antonio. Alonso de Antonio, Ángel Luis. 2000 *Derecho Parlamentario*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.
- Alfonso X El Sabio. 2004. *Las Siete Partidas (EL Libro del Fuero de las Leyes)*. Introducción y edición dirigida por José Sánchez-Arcilla Bernal, en particular la Segunda Partida, Ley IV *Cómo deben ser guardados todos los que fueren a la Corte del Rey, o viniesen a ella*. Zaragoza: Ed. Reus.
- Alzaga Villaamil, Óscar. Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. Rodríguez Zapata, Jorge. 2002. *Derecho político español según la Constitución de 1978, Tomo II Derechos Fundamentales y Órganos del Estado*. 3.^a ed., Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.
- Biscaretti di Ruffia, Pablo. 1982. *Derecho constitucional*. 2.^a ed., Madrid: Tecnos.
- Borja y Borja, Ramiro. 1950. *Derecho constitucional ecuatoriano*. Tomo I. Madrid: Ediciones de Cultura Hispánica.
- Catalá I Bas, Alexandre H. 2006. *El futuro ¿incierto? de las prerrogativas parlamentarias*. Temas de las Cortes Valencianas, No 14. Valencia: Corts Valencianes.
- Colautti, Carlos E. 1989. “La inmunidad de expresión de los miembros del Congreso”, 1989-A. *Revista Jurídica Argentina*. Bs. As.: La Ley.
- De Dios, Salustiano. 1996. “Notas sobre la inviolabilidad e inmunidad de los Diputados en las Cortes de Cádiz.” En: Aguilino Iglesia Ferreirós (Ed.) *Estat, Dret i Societat Al Segle XVIII. Homenatge al Prof. Josép M. Cay i Escoda*. No 1, (pp. 667-689) Barcelona: Asociación Catalana d’Historia del Dret “Jaume de Montjuïc” *Initium*, Revista Catalana D’Història del Dret.
- Díaz, Silvia Adriana. 1994. “Cuestiones de privilegio: la inmunidad de opinión del legislador”. *Revista Jurídica Argentina*, (pp. 1134-1138) Bs. As.: La Ley.
- Dippel, Horst. 2009. *Constitucionalismo Moderno*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Fernández Martín, Manuel. 1992 [1885]. *Derecho parlamentario español 1*. Textos Parlamentarios Clásicos. Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.
- Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. 1976. *La inviolabilidad y la inmunidad parlamentarias en el derecho español*. Tesis doctoral. Madrid: Universidad Complutense.
- _____ 1986. “Origen histórico de la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias” en *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*, No. 10 Extraordinario. Estudios de Derecho Parlamentario (pp.175-206). Madrid.
- _____ 1989. “Inviolabilidad e inmunidad parlamentarias”. En Oscar Alzaga Villaamil, *Comentarios a las leyes políticas*, (pp. 305-385) Madrid: Ed. Edersa.
- Fernández Segado, Francisco. 2011. “La doctrina constitucional sobre las prerrogativas parlamentarias” *Foro, Nueva Época*. N.º. 14. (pp. 13-72). Madrid: Universidad Complutense.
- Ferrer-Vidal, Pablo de Bufalá. 1999. *Derecho parlamentario*. México DF: Oxford University.
- Fioravanti, Maurizio. 1997. *Constitución de los antiguos a nuestros días*. Madrid: Ed. Trotta.
- García López, Eloy. 1989. *Inmunidad parlamentaria y Estado de Partidos*. Madrid: Ed. Tecnos.
- Gaviria Díaz, Carlos. 2002. *Sentencias herejías constitucionales*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Guillén López, Enrique. 2001. “Los parlamentos y el tiempo. El ejemplo inglés hasta la Revolución Gloriosa.” *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N.º. 36/37. (pp. 161-194) Valencia.

- González, Joaquín V. 2001. *Manual de la Constitución argentina (1835-1860)*. Bs. As.: La Ley.
- Habermas, J. 1994. *Historia y crítica de la opinión pública*. 4ª. ed. Barcelona: Ediciones G. GILI. (Gustavo Gili.).
- Juanes Peces, Ángel. 2001. “Enjuiciamiento de Diputados y Senadores”, en Luis Martínez-Calcerrada y Gómez (Dirección y coordinación) *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, tomo I, (537-552) Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramón Peces.
- Leibholz, Gerhardt. 1964. *Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la Constitución*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- López, Roberto. 2013. La inmunidad parlamentaria y las garantías del debido proceso” en *La quiebra del Estado Constitucional*. Varios autores, (103-117) Quito.
- López Sánchez, Sara Inés. 1996. “Las prerrogativas parlamentarias” *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Curso 1994-1995*. (pp. 247-288) Madrid.
- Núñez Rivero, José María Cayetano. 1983. “Inviolabilidad e inmunidad en la Constitución de 1837” (pp. 151-159) Madrid: *Revista de Derecho Político, núm. 20, invierno 1983-1984*.
- Manzanares, Henry. 1970. “El régimen parlamentario en Europa Occidental” Madrid: *Revista de Estudios Políticos, N.º 171-172*. (pp. 51-77).
- Martínez Sospedra, Manuel. 2004. *Privilegio discutido la inmunidad parlamentaria en derecho español*. Madrid: Cuadernos del Senado, Serie Minor.
- Martínez Elipe, León. 2000. “Prerrogativas parlamentarias” *UNED Teoría y Realidad Constitucional*, N.º. 5, 1er. semestre (pp. 43-72) Madrid.
- Mateucci, Nicolás. 1998. *Organización del poder y libertad*. Madrid: Ed. Trotta.
- Maurois, André. 2007. *Historia de Inglaterra*. Barcelona: Ed. ARIEL.
- Midon, Mario. A. R. 2007. *Prerrogativas del Congreso*. Colección Derecho Constitucional. Bs. As.: Lexis Nexis.
- Morales Lozano, Laura. 2005. *Expediente Parlamentario*. “Las prerrogativas parlamentarias”. Cámara de Diputados. LIX Legislatura. México. Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias.
- Morales Vaamonde, Florencio. 1869. *Ensayo sobre la prisión por deudas*. Madrid: Imprenta del Colegio Nacional de sordo-mudos y ciegos.
- Oyarte Martínez, Rafael. 2005. *Curso de derecho constitucional*. Tomo II: La Función Legislativa. Quito: Andrade & Asociados Fondo Editorial.
- Pérez Serrano, Nicolás. 1984. *Tratado de derecho político*. 2ª. ed. Madrid: Ed. Civitas.
- Pincus, Steve. 2013. *La Primera Revolución Moderna*. Barcelona: Acantilado.
- Roca Roca, Eduardo. 1999. *América en el ordenamiento jurídico de las Cortes de Cádiz*. 2ª. ed. Santafé de Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Salgado Pesantes, Hernán. 2004. *Lecciones de derecho constitucional*. 3ª. ed. Quito: Ediciones legales.
- Senén Hernández, Mercedes. 1986. “Inviolabilidad e inmunidad en el parlamento europeo” Madrid: *Revista de las Cortes Generales*, N.º. 9, Tercer Trimestre. (pp. 319-333)
- Silva Bascuñán, Alejandro. 2000. *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo VI: Congreso Nacional, Santiago: Ed. Jurídica de Chile.
- Sutherland, Arthur E. *De la Carta Magna a la Constitución norteamericana*. 1972. Bs. As.: Tipografía Editora Argentina,
- Tomás y Valiente, Francisco. 1992. *Derecho penal de la Monarquía absoluta*. Madrid: Tecnos.

Zorro Sánchez, Carlos. 1965. El parlamento sus orígenes y posterior evolución. Tesis para optar el título de Doctor en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá.

Varela Suanzes, Joaquín. 1998. *Textos básicos de la historia constitucional comparada*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Verdugo Marinkovic, Mario. Pfeffer Urquiaga, Emilio. Nogueira Alcalá, Humberto. 2003. *Derecho Constitucional*. Tomo II. 2.^a ed. actualizada. Santiago: Ed. Jurídica de Chile.

MOTIVACIÓN Y ELECCIÓN DE JUECES EN LA CORTE CONSTITUCIONAL ECUATORIANA COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

MOTIVATION AND ELECTION OF JUDGES IN THE ECUADORIAN CONSTITUTIONAL COURT AS A SOURCE OF DEMOCRATIC LEGITIMACY

MOTIVAÇÃO E ELEIÇÃO DE JUÍZES NA CORTE CONSTITUCIONAL EQUATORIANA COMO FONTE DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

*Sebastián López Hidalgo**

Recibido: 24/05/2017

Aprobado: 24/10/2017

Resumen:

El presente artículo pretende, por un lado, resaltar cómo el deber de motivación influye de forma directa en el contexto de justificación del discurso jurídico, de modo que fortalece los vínculos de legitimidad democrática; y, por otro lado, evidenciar cómo algunos mecanismos de elección democrática de los jueces constitucionales ayudan a atenuar los rasgos contra mayoritarios de la revisión judicial.

En efecto, un sistema que sea capaz de asegurar el máximo de independencia y autonomía judicial es el que ostentará mejores credenciales democráticas. Sin embargo, en el caso ecuatoriano, –conforme se evidenciará en este artículo–, con un diseño normativo marcado por un presidencialismo exacerbado, y una fuerte incidencia del ejecutivo en la designación de los jueces constitucionales, la independencia judicial parece estar comprometida.

Palabras clave: Independencia Judicial; Legitimidad; Motivación; Justificación; Democracia

Abstract:

This article aims, on the one hand, to highlight how the duty of the Judiciary to state reasons for sentencing, impacts directly on the context of justification of legal discourse, strengthening the links of democratic legitimacy. On the other hand, it aims to show how some mechanisms of democratic choice of the constitutional judges help attenuate some counter-majority features of judicial review.

In fact, a system which is capable of securing a maximum of independence and autonomy of the judiciary, is the one

that holds better democratic credentials. However, in the Ecuadorian case, with a normative design marked by an exacerbated presidentialism, and a strong incidence of the executive in the designation of constitutional judges, judiciary independence appears to be in jeopardy.

Key words: Independence of the Judiciary; Legitimacy; Duty to State Reasons; Justification; Democracy

Resumo:

O presente artigo pretende, por um lado, ressaltar como o dever de motivação influi de forma direta no contexto de justificação do discurso jurídico, fortalecendo os vínculos de legitimidade democrática; e, por outro lado, deixar evidenciado como alguns mecanismos de eleição democrática dos juízes constitucionais ajudam a atenuar os traços contra majoritários da revisão judicial.

Em efeito, um sistema que seja capaz de assegurar o máximo de independência e autonomia judicial é o que ostentará melhores credenciais democráticas. Não obstante, no caso equatoriano, –como se verificará neste artigo–, com um desenho normativo marcado por um presidencialismo exagerado, e uma forte incidência do executivo na designação dos juízes constitucionais, a independência judicial parece estar comprometida.

Palavras chave: Independência Judicial; Legitimidade; Motivacional; Justificação; Democracia

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad del Azuay. Profesor de la Universidad de Cuenca y, profesor invitado por Universidad Andina Simón Bolívar-Quito.

EL DEBER DE MOTIVACIÓN COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA REVISIÓN JUDICIAL

En este apartado, interesa destacar, fundamentalmente, el carácter de la motivación como instrumento de justificación de las decisiones judiciales en las cortes o tribunales constitucionales, más allá de su vertiente subjetiva, como auténtico derecho fundamental¹.

De otra manera, todas las inquietudes que ha suscitado la crítica contra mayoritaria² reaparecen con especial contundencia en contra de los órganos jurisdiccionales, pero, aún más, vuelven injustificables las prácticas judiciales de deferencia en favor de los poderes públicos, cuando no se alcanza a evidenciar una argumentación racional y controlable³.

En efecto, resulta obvio que el deber de motivación que deben aportar los jueces constitucionales al resolver los casos puestos a su conocimiento, constituye un instrumento indispensable para evaluar el ejercicio de

una praxis jurisdiccional razonada, al mismo tiempo que contribuye a justificar –o no– una desviación de la “función natural” de la justicia constitucional como un “legislador negativo” que se ve enfrentado a disposiciones que encierran un contenido valorativo importante⁴.

Así, y aunque en la historia del Derecho la necesidad de motivación de las decisiones judiciales no ha sido una constante,⁵ se trata de una exigencia que en la actualidad no puede ser desatendida,⁶ con miras a alcanzar la ansiada legitimidad de ejercicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas a las cortes.

Ciertamente, la motivación no es una característica exclusiva de la actuación de los tribunales. No obstante, la propia evolución histórica de la cuestión es significativa para entender la importancia de la motiva-

- 1 Como derecho fundamental, la motivación se encuentra consagrada en el art. 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República de 2008.-CRE-.
- 2 Es frecuente, desde la referencia de Alexander Bickel en su obra *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª. ed., Yale University Press, 1986, insistir en el problema de la denominada dificultad u objeción contramayoritaria atribuida a los jueces. Se trata de una idea recurrente que cuestiona, desde una teoría democrática, la existencia de Cortes, Tribunales Supremos o Constitucionales encargados de configurar y definir, con el carácter de última palabra, los contornos constitucionales, en detrimento de los órganos que tienen mayor legitimidad democrática dentro del sistema político. Es extensa la literatura que ha abordado el tema sobre la revisión judicial –defensores y críticos–; sin embargo, es fundamental la referencia a algunos autores. En el ámbito anglosajón marcaron un punto importante Jeremy Waldron, *Derecho y Desacuerdos, (Law and Disagreement)* Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005; John Hart Ely, *Democracia y Desconfianza Una teoría del control constitucional (Democracy and Distrust)*, Colombia, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 1997; Ronald Dworkin, *Freedom’s Law. The moral Reading of the American Constitution*, Cambridge: Harvard University Press, 1996; Bruce Ackerman, *We the People. Foundations*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1991; Larry Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, New York, 2004, por citar algunos de los más destacados, entre otros. Aun cuando las referencias son inabarcables, para el ámbito hispanoamericano es indispensable la consulta a obras y artículos importantes como, Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª. ed., Madrid, Civitas, 2006; Víctor Ferreres Comella, *Justicia Constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997; Carlos Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997; Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, 1996; Juan Carlos Bayón, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2010; Víctor Ferreres, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática” en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, *Neoconstitucionalismos*, Madrid, Trotta, 2010; José Juan Moreso, “Derechos y justicia procesal imperfecta” en F. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003; Pablo de Lora, “Justicia constitucional y deferencia al legislador” en F. Laporta (ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003; Claudia Orunesu, *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2012; Sebastián Linares, *La (i)legitimidad del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008; Roberto Gargarella, “Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia”, *Los derechos fundamentales*, Marcelo Alegre, ed. al., Bs. As., Editores del Puerto, 2003; Francisco Laporta, “Norma básica, constitución y decisión por mayorías” en F. Laporta (Ed.), *Constitución: Problemas filosóficos*, Madrid, CEPC, 2003, entre otros.
- 3 Decimos prácticas judiciales de deferencia, por cuanto, aunque es posible y deseable un grado de deferencia hacia los órganos democráticos del sistema encargados de emitir normas sujetas a control –el legislador–, ella no puede estar ausente de una justificación o motivación racional, y controlable con base en la norma fundamental, que sustente las correspondientes decisiones.
- 4 Aún más, se ha llegado a considerar que las Cortes o Tribunales son “comisionados del poder constituyente” o “constituyentes permanentes” en la medida en la que dichos órganos actualizan constantemente el sentido constitucional fijado por el constituyente. Argumento que, según Manuel Aragón, resulta poco plausible a la luz del principio democrático. Según Aragón, si bien la expresión comisionado del poder constituyente puede ser empleada en un sentido reducido, en la medida en que dichos órganos estarían únicamente “comisionados” para preservar la Constitución, la utilización del término no es de lo más afortunada. Primero, porque ese papel ya no sería el de un genuino comisionado; segundo, porque el Tribunal es también poder constituido, al igual que los demás; y, tercero, porque el término se presta a reconocer un exorbitado ámbito de funciones del Tribunal que no es ni conveniente ni correcta. Véase, Manuel Aragón. 1989. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos, pp. 119-120.
- 5 Sobre el origen de la motivación puede verse Ortells Ramos, “Origen histórico del deber de motivar las sentencias”, *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1997, 899 y ss. Un excursus sobre la coyuntura histórica de la motivación puede verse en Alejandro Nieto. 2000. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ed. Ariel, 140 y ss.
- 6 En relación con algunas posiciones que se refieren al alcance de la motivación y su objetivo, puede verse Alejandro Nieto, “2000. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ed. Ariel, 169.

ción, en contextos en que los órganos que administran justicia, despliegan una actividad interpretativa que se encuentra más allá de una simple concepción mecanicista, para asumir un papel más activo.

Y es que la práctica de la motivación en el Derecho europeo de tipo continental es un fenómeno reciente. Comienza en la segunda mitad del siglo XVIII y sufre una aceleración importante después de la Segunda Guerra Mundial a medida que se afianzaba y consolidaba el modelo del Estado Constitucional (Atienza 2001,255).

En un primer momento, el sentido de la motivación se caracterizaría por la concepción “endoprocesal”, tal como la denomina Taruffo, la cual hace posible que las partes de un proceso puedan tomar partido sobre la decisión emitida, para impugnarla o cuestionarla ante los órganos superiores⁷.

En un segundo momento, a la función endoprocesal se añadiría otra de carácter “extraprocesal” o política, que apunta a la necesidad de controlar democráticamente el ejercicio del poder en manos de unos órganos jurisdiccionales que no cuentan con una legitimidad de carácter directa⁸.

Ciertamente, en los sistemas del *common law* no ha existido nunca una obligación explícita de motivación, pero esta carencia no significa que la motivación judicial no haya estado presente. La práctica de la motivación en dichos sistemas “comienza ya en el siglo XII y se consolida en el XVI, no como consecuencia de una concepción democrática de la justicia, sino por exigencias del funcionamiento de ese sistema: el precedente sólo puede funcionar si la razón en la que se basa la decisión (la *ratio decidendi* del caso) se formula de manera explícita”⁹.

En todo caso, la idea misma del Estado de Derecho parece implicar que las diferentes decisiones de los poderes públicos deben encontrarse debidamente motivadas. Es decir, no pueden depender de la sola autoridad o del capricho; al contrario, deben estar basadas en un razonamiento controlable y justificable en un marco jurídico predeterminado.

De ahí que resulte importante lo afirmado por Atienza, en el sentido de que justificar una decisión dentro de un ordenamiento democrático no es lo mismo que explicarla, y de que el razonamiento jurídico es esencialmente justificativo¹⁰.

Explicar una decisión, significa, en efecto, mostrar cuáles son las causas que la originan o los fines que se pretenden alcanzar al adoptarla. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable y racional de una decisión¹¹.

Existen muchas decisiones de los poderes públicos que pueden ser explicadas aunque no parezcan justificadas. No obstante, el razonamiento jurídico es de tipo práctico; es decir, no está dirigido a explicar, sino a justificar decisiones; y, aunque ambas son operaciones que pueden relacionarse, no son coincidentes. Así, según Cristina Redondo, “toda explicación tiene un propósito descriptivo, mientras que toda justificación tiene un propósito evaluativo o normativo” (Redondo 1996,79).

Si se pasa por alto la llamada “motivación psicológica” de las decisiones jurídicas, aunque el juez ni deba ni pueda explicar los motivos psicológicos de su decisión,¹² la motivación, a diferencia de la simple explicación, deja ver su perfil propio si se lleva a cabo a partir de una correlativa distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación¹³.

7 Ibid.

8 Ibid.

9 Ibid., pp. 255-256.

10 Ibid., p. 254.

11 Ibid.

12 Debido a que entre la ley y el caso se interpone de forma decisiva la persona del juez, los estudios psicológicos de comportamiento judicial son cada día más frecuentes. Una referencia a este tema puede verse en Alejandro Nieto, “*El arbitrio judicial...*”, pp. 434 y ss. Puede consultarse también, el artículo de Jorge Sobral y Ángel Prieto, “Racionalidad, formaciones ideológicas y disparidad en las decisiones judiciales” (Manuel García Ramírez (coord.).1993. *Psicología legal aplicada en los procesos jurídicos y políticos*. Madrid: Eudema, 115-132).

13 Con un ejemplo esclarecedor, Nieto indica: “El científico natural realiza de ordinario sus descubrimientos gracias a una intuición afortunada cuando no al azar o incluso a un error experimental: pero a continuación llega el momento de racionalizar el nuevo fenómeno dentro del contexto de las reglas y conocimientos científicos de que se dispone. Siguiendo la conocida leyenda de la manzana de Newton, al contexto del descubrimiento (que, en cuanto intuitivo, poca explicación puede tener) siguió, en el contexto de la justificación, la formulación científica de la ley de la gravedad.” Véase, Ibid., pp. 157 y ss.

De manera que lo importante y legalmente exigible en el Derecho es la motivación, en el contexto de justificación. Y motivar una decisión judicial significa, entonces, proporcionar argumentos que la sostengan en Derecho.

Cuando un ordenamiento jurídico establece que el juez que dicta una decisión debe motivarla, la exigencia es que indique las razones o argumentos por los que considera que su decisión es conforme a Derecho. La conformidad con el Derecho determina su corrección y se constituye, a la vez, en fuente de legitimidad democrática de la actuación judicial.

Si la argumentación es la “forma de expresar o manifestar –y, por supuesto, defender– el discurso justificativo”,¹⁴ para dar buenas razones en favor o en contra de una determinada tesis, el hecho de que se atribuya una especial importancia a la argumentación judicial o motivación de la decisión jurídica, se debe “básicamente a que los jueces (a diferencia de los legisladores e, indirectamente, de los órganos superiores de la administración) no son elegidos democráticamente...” (Atienza 2001, 264).

La legitimidad del ejercicio de las funciones jurisdiccionales de los jueces descansa en su capacidad argumentativa, que se expresa a través del deber de motivación que deben contener sus decisiones. Frente a la autonomía del legislador y a la concepción clásica de un juez sumiso de la legislación, la exigencia de que los jueces hayan de motivar sus decisiones implica reconocer que los órganos jurisdiccionales ostentan un poder delegado y no soberano (Sanchís 1993, 117).

Ciertamente, no es del todo exacto “que la vida de la justicia discurra por completo al margen de los principios democráticos”¹⁵, porque las propias Constituciones, de forma general, contemplan que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial¹⁶. A esta premisa se añadiría, también, la introducción de ciertos principios que regulan el funcionamiento de la función judicial, tales como: la independencia interna y externa –muy cuestionada en algunos momentos–, la responsabilidad, el sometimiento único a la Constitu-

ción y a la ley, la autonomía administrativa, económica y financiera, la publicidad de las causas, así como, las garantías a los mecanismos de designación.

No obstante, aun cuando las exigencias enunciadas compensan, en cierto grado, “el reclutamiento no democrático de la judicatura” (Sanchís 1993, 119), no cancelan la discusión sobre la problemática central, más aún en sistemas robustos de revisión judicial, en donde las cortes constitucionales tienen la última palabra. Con todo, es preciso reconocer, desde una perspectiva democrática del poder, que la potestad de administrar justicia asumida por las cortes y tribunales constitucionales se enfrenta a un cuestionamiento sobre su legitimidad. Una legitimidad, por cierto, indirecta, mediatizada y, en definitiva, de segundo grado, de modo que se hace necesaria una justificación en el ámbito de su ejercicio.

Como lo dice Prieto Sanchís, el requisito de la motivación, “que supone hacer explícitas las opciones interpretativas y de política jurídica, permite mostrar el carácter de los Tribunales en un sistema jurídico moderno como órganos de producción de Derecho principalmente heterónomos” (Sanchís 1993, 117).

De ahí que el juez, encuentre, ante todo, en el cumplimiento de la Constitución y de la ley, su fuente de legitimidad, a diferencia del legislador, quien, como miembro de un órgano autónomo de creación del Derecho, si bien debe ajustar su conducta a los mandatos constitucionales con miras a poder justificar políticamente sus decisiones, tiene una legitimidad directa (Sanchís 1993, 124-125).

En este sentido, a los órganos jurisdiccionales se les exige, como parámetro de legitimidad, emitir un discurso justificativo que permita responder a la pregunta central de por qué estos órganos han debido tomar tal o cual decisión a efectos de poder vincular el ejercicio de la función jurídica a un concepto funcional de legitimidad.

Por esa causa, la obligación de motivación es el elemento que limita el margen de discrecionalidad de toda actividad judicial, sin llegar a eliminarlo. Y es que,

¹⁴ *Ibid.*, p. 155.

¹⁵ *Ibid.* p. 118.

¹⁶ Véase, por ej., el art. 167 de la CRE.

motivar sobre la base de la Constitución o de la ley significa crear un vínculo de la decisión judicial con la disposición jurídica que la sustenta (Storini 2001).

Efectivamente, la necesidad de encontrar un vínculo de justificación racional¹⁷ y suficiente de la decisión judicial con una disposición normativa, no supone abandonar el estímulo que, para el “derecho judicial”, involucran las constituciones actuales, ricas en valores y principios de contenido genérico. Por el contrario, implica poner a prueba el ejercicio argumentativo de los jueces mediante prácticas deliberativas a la hora de aplicar una Constitución que cuenta con variedad

de disposiciones normativas. Tal proceder conduce, aunque resulte paradójico, a un cercenamiento de la arbitrariedad judicial, puesto que los estándares de conducta de los jueces no pueden provenir del arbitrio personal, sino que, deben ser inferidos o deducidos de la propia normatividad (Sanchís 1993,122).

Una deficiente motivación no solo pone en duda que exista una actuación diligente en el ejercicio de su función jurisdiccional, sino, además, profundiza una crisis de legitimidad en el órgano llamado a constituirse en el guardián de la Constitución y de los derechos fundamentales.

EL DEBER DE MOTIVACIÓN COMO FUENTE DE LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA DE LA REVISIÓN JUDICIAL

Una forma razonable de admitir el ejercicio de la revisión judicial constitucional, con su tendencia a la expansión cada vez mayor en los sistemas jurídicos contemporáneos, pasa por atenuar los rasgos mayormente contramayoritarios y elitistas de tal actividad.

A llegar a esta finalidad contribuye un ejercicio riguroso y exigente del deber de motivación; la inclusión de prácticas deliberativas al interior de las cortes; el diseño normativo a nivel de las cartas constitucionales con normas relativamente abstractas y generales; determinados mecanismos de litigio estratégico como los *amicus curiae*; o, la inclusión en el diseño normativo de mayores posibilidades de acceso a los procesos de revisión judicial¹⁸.

En el mismo sentido, la forma de elección de los jueces puede constituir un elemento o factor importante para

atenuar la crítica contra mayoritaria y afianzar la legitimidad de las cortes ante la voluntad popular¹⁹.

Desde una perspectiva podría considerarse como irrelevante la discusión sobre la composición o forma de elección de los miembros de la corte, dado el carácter jurisdiccional del órgano de revisión²⁰. Sin embargo, el tratamiento respecto de los mecanismos de designación de los jueces de la Corte Constitucional permite arrojar algunas luces sobre la materia e invita a plantearse algunas interrogantes que pueden ser robustecidas desde otros estudios y con diferente perspectiva.

Así, la intensidad de la objeción democrática respecto de la revisión judicial podría depender “de cómo se equilibren dos valores: la rendición de cuentas y la independencia judicial” (Linares 2008, 253).

17 David Ordóñez Solís hace una distinción importante entre racionalidad y razonabilidad respecto de las decisiones jurídicas. La racionalidad consistiría en que toda decisión debe estar fundada en Derecho, a fin de responder a unos criterios de lógica jurídica que impiden considerar decisiones jurídicas mercedoras de tal nombre a las que sean irracionales, arbitrarias o impliquen un error patente. En cambio, la razonabilidad suele reservarse para caracterizar determinadas decisiones judiciales, en las que es posible optar por varias soluciones racionales, de modo que, si se atiende a la razonabilidad, sólo se justificaría la elección de una de ellas. Por lo demás, la razonabilidad está vinculada a la argumentación empleada por el juez para motivar sus decisiones. Ciertamente –como indica el autor– toda decisión razonable es racional, aunque, desde luego, no toda decisión racional es por sí misma razonable. Véase, David Ordóñez Solís, *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*, Navarra, Ed. Aranzadi, pp. 99-100.

18 Véase, los arts. 86, numeral 1, 439 de la CRE o, los arts. 9 y 77, entre otros, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. –LOGJCC–.

19 Si bien el grado de intensidad de la dificultad contra mayoritaria varía considerablemente según intervengan los factores indicados (motivación, prácticas deliberativas, designación de los jueces), el problema de fondo, desde la óptica clásica de la dificultad contra mayoritaria, no se extingue por completo, a menos que se incorpore dentro del sistema una constitución flexible (v. gr. Israel), o bien si, bajo una constitución rígida, se prohíbe el control judicial de las leyes (v. gr. Holanda) o, finalmente, si se implanta un modelo de revisión judicial débil, es decir, un sistema que concede la última palabra institucional al parlamento. (v. gr. Canadá). Sin embargo, esta opción genera importantes problemas también, en relación con la garantía del carácter supremo de la Constitución en el ordenamiento jurídico.

20 Sobre ésta consideración, puede verse el planteamiento sugerido por Claudia Storini. 2007. “Hermenéutica y Tribunal Constitucional”, en *Revista de Derecho FORO*, Quito, N°. 7, p. 75.

El tema de la rendición de cuentas implica que, si bien los jueces tienen la última palabra institucional dentro del sistema democrático, aquellos deben ser responsables de algún modo ante la sociedad y deben ser sensibles a sus demandas. Por su parte, la independencia judicial o autonomía judicial reclama que los jueces puedan tomar decisiones razonadas a partir de un número variado de opciones –de ahí la conexión íntima con el deber de motivación y las posibilidades interpretativas– (Linares 2008, 253). De manera que “la independencia judicial es un ideal que pretende sentar las condiciones para que las decisiones judiciales tengan un valor epistémico, para que la judicatura ostente el centro de la razón” (Linares 2008, 253).

En efecto, aquel mecanismo de selección que sea capaz de lograr una óptima rendición de cuentas a la ciudadanía, así como el máximo de independencia y autonomía judicial, es el que ostentará mejores credenciales de legitimidad.

Muy probablemente, “en la medida en que los jueces estimen que está justificada cierta deferencia en favor del legislador por razones democráticas, estarán menos preocupados por la deferencia si son seleccionados a través de procedimientos relativamente democráticos que sí lo son por otros medios” (Ferrerres 2005, 323).

En ese camino, son varias las posibilidades que exploran como se podría seleccionar a los jueces de la más alta magistratura. A grandes rasgos, tres criterios aparecen como necesarios a tener presentes: a) una selección por concurso, b) una selección por elección popular; y, c) una selección política (Linares 2008, 254).

En relación con el primer criterio, la selección de jueces por concurso, si bien a primera vista parece que propicia la independencia judicial, dado que el magistrado seleccionado no sentirá, en principio, ningún deber de lealtad con su elector, que en teoría no existe, puesto que su designación es fruto de su mérito personal, no obstante, este sistema o criterio no tiene buenos argumentos para responder a una objeción que se centra en un proceso de rendición de cuentas adecuado, debido al carácter de su origen (Linares 2008, 255).

Por otro lado, los procesos de selección por concurso de jueces no siempre son claros en determinar cuáles son los mejores argumentos o criterios que deben prevalecer en la designación. Desde ciertas virtudes como la honestidad y la transparencia, a criterios objetivos como el mérito o los indicadores de productividad en el despacho, o, inclusive, espacios de representatividad como la pertenencia a un grupo étnico, cultural o de género, la pregunta de quién selecciona a los seleccionadores y bajo qué criterios, sigue latente (Linares 2008, 255-256); más aún en contextos de un pluralismo razonable, donde cobra fuerza el principio democrático, ya que “si todos estuviésemos de acuerdo en la clase de jueces constitucionales que queremos, probablemente delegaríamos la decisión a una comisión de expertos, como pretenden los defensores de los concursos para magistrados constitucionales” (Linares 2008, 256).

Adicionalmente, entender que las cortes y tribunales constitucionales tienen una “función constitucional” específica, como es la de controlar la validez de las leyes bajo el prisma de la Constitución, con un acento político más pronunciado, permite aceptar procedimientos más burocráticos o profesionales de designación de los jueces ordinarios, diferentes a una forma específica de designación de los jueces constitucionales (Ferrerres 2005, 323).

En definitiva, como existen visiones diferentes sobre el tema, muchas de ellas razonables, se necesita recurrir a un proceso democrático más amplio que la sola participación y la elección por concurso.

Respecto al criterio de la elección popular de los jueces, quienes son partícipes de esta tesis sostienen que, en circunstancias de desacuerdo razonable, éste es el único mecanismo que asegura un proceso de rendición de cuentas directo, así como la legitimidad democrática de la actuación de los jueces²¹.

Si bien con esta posición se refuerzan los vínculos de representatividad de los jueces, de modo que se minimiza notablemente la objeción democrática, la opción de la elección popular no resulta la más deseable, debido a los efectos nocivos que puede despertar para la es-

21 En la región, Bolivia puede significar un ejemplo de esta posición Buenos Aires; dado que, a nivel constitucional, en su art. 198, la Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009 establece que las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal. Por el contrario, el modelo norteamericano puede representar la opción contraria con alguna variante, ya que el Presidente nombra a los jueces y luego son ratificados por el Senado con mayoría absoluta.

tabilidad del sistema político en su conjunto. Y es que conviene preguntarse si, en sistemas con un marcado presidencialismo que ha generado históricamente algunos roces con el resto de funciones del Estado, es pertinente multiplicar la legitimidad democrática de las ramas estatales (Linares 2008, 257). ¿Por qué debería una institución tener precedencia sobre otra elegida democráticamente? (Bellamy 2010, 268) ¿Cómo afectaría al sistema institucional del Estado otro órgano con legitimidad democrática directa?

La idea de “democratizar” la elección de los jueces hasta el punto de permitir su elección directa por la ciudadanía no resulta atractiva, entre otras razones, porque parte de la errada e ilusoria “magia electoral”. Es decir, pensar que por el sólo hecho de haber sido elegido un juez vía voto directo, este se convierten en un auténtico representantes de sus electores (Gargarella 1996, 119):

Adicionalmente, a diferencia del *modus operandi* dentro de algunos procesos políticos ordinarios de elección en el que los ciudadanos cuentan con la posibilidad de la revocatoria del mandato²² como institución democrática abierta, en el caso de una elección de los jueces, la ciudadanía no contaría con medios aptos para dejar sin efecto una designación judicial durante el período en que los jueces ejercen sus cargos y toman sus decisiones²³.

Finalmente, la selección política de magistrados o jueces constitucionales parece ser el método más extendido²⁴. En éste sistema, la pregunta central reside en cómo lograr que las altas cortes alcancen el grado deseable de autonomía respecto de sus nominadores.

La hipótesis sería que, a medida que los lazos que unen a los jueces con los órganos nominadores son más difusos, la autonomía tendería a aumentar. Contrariamente, el grado de autonomía de sus decisiones irá en

descenso, cuando los vínculos de selección entre los elegidos y los actores políticos que intervienen en su designación se vuelven más directos y visibles.

Así, “a medida que exista mayor concentración de poder en el proceso de selección de cargos judiciales, las posibilidades de que los elegidos voten de forma autónoma irá en decrecimiento” (Basabe Serrano 2011, 45) y, viceversa, cuando en la designación intervenga un mayor número de actores, es probable que los jueces ejerzan su función con una mayor autonomía.

Ahora bien, como ha sido destacado acertadamente por Sebastián Linares, cabría distinguir al menos dos mecanismos de selección política: los mecanismos de selección políticos *cooperativos* y los mecanismos de selección políticos *representativos*.

La principal diferencia de los mecanismos cooperativos²⁵ en relación con los representativos reside en que los primeros intentan instalar una idea de diálogo y cooperación en el proceso de selección a cargo de los órganos políticos, de forma que los jueces sean aceptados por sus virtudes y cualidades, más que por sus lealtades políticas.

Habría que tener presente, sin embargo, la lógica de las mayorías que se exigen en cada designación, dado que, en efecto, si solo se precisa de una mayoría legislativa absoluta, el carácter cooperativo dependerá de la distribución de fuerzas políticas en el seno del órgano seleccionador. Algo distinto ocurre cuando se exige una mayoría calificada o reforzada como, por ej., tres quintos o dos tercios, de manera que se refuerza el llamado a cooperar a la hora de llevar a cabo la designación²⁶.

Los segundos, los representativos, son mecanismos que típicamente eludirían el diálogo y la búsqueda de consensos. Se procuraría, más bien, asegurar “la repre-

22 Por ej., puede verse la CRE en su art. 105, que permite a las personas que están en goce de los derechos políticos revocar el mandado, es decir, dejar sin efecto el mandato (encargo) conferido por los electores a las autoridades de elección popular.

23 Habría que anotar que, el período de ejercicio de los órganos jurisdiccionales, por lo general, es mucho más extenso que el que suelen tener los órganos democráticos, como el Parlamento, precisamente con el fin de desvincular el uno del otro.

24 Se entenderá que la selección es política cuando intervienen órganos representativos como el ejecutivo, el legislativo u otros en la designación de los jueces.

25 El autor realiza una subclasificación detallada con todas las implicaciones que supone adoptar un mecanismo cooperativo de representación. Así, considera que, dentro de esta categoría, cabría distinguir entre los mecanismos de instancia única y los mecanismos de doble instancia (Linares 2008, 258 y ss).

26 *Ibíd.* Ahora bien, puede suceder, sin embargo, que, dada la mayoría calificada exigida, se produzca una parálisis o *impase* cuando no existe un acuerdo y no es posible nombrar a ningún juez. Por otro lado, según advierte el mismo autor, las mayorías calificadas solo funcionan eficientemente en aquellos países en los que la selección de jueces se realiza escalonada e individualmente, debido a que la renovación grupal puede llevar a un reparto de cuotas, y generar Cortes fuertemente partidistas.

sentación” en el seno de la Corte de todos los órganos institucionales llamados a integrar el órgano jurisdiccional en una suerte de ejercicio corporativo (Linares 2008, 258).

A pesar de que el propósito que inspira a esta última fórmula de selección es asegurar una suerte de control recíproco entre las diversas funciones del Estado, para garantizar “una cuota” de representación en el órgano controlador y evitar el dominio o superposición de unos sobre otros en un marco de “reclutamiento cruzado”, dicho modelo ha despertado algunas críticas que conviene tener presentes.

Los jueces, entendidos como “representantes” del órgano encargado de proponer su postulación, generan la idea de unos jueces “leales” o “ideológicamente afines” al órgano que los ha propuesto. Una situación que puede agravarse de acuerdo al grado de influencia de la fuerza política dominante en el interior de cada institución seleccionadora. Además, puede suceder que varias ramas o funciones del Estado estén controladas por una misma fuerza política. En tales circunstancias, el “reclutamiento cruzado” se convierte en un reclutamiento en una sola línea. Los jueces serían, así, “agentes” de una sola fuerza: una situación que tiende a agravar los problemas de justificación democrática si un sistema, otorga, en el proceso de designación, órganos sin legitimidad democrática. Con estos antecedentes, conviene repasar brevemente el caso ecuatoriano. La primera pauta la marcó el Régimen de Transición de la Constitución de la República de 2008, el cual contempló que los jueces de la primera Corte Constitucional debían provenir de *candidatos* –expresión textual del texto fundamental– de las funciones Ejecutiva, Legislativa y de Transparencia y Control Social, (art. 25 del Régimen de Transición). Situación que se repite en el art. 434 de la Constitución, que habla de “...candidaturas presentadas por las funciones...”.

A futuro, tal como lo indica la Constitución en el mismo art. 434, la designación se realizará a través de una

comisión calificadora (Oyarte y Salgado 2012, 438) que estará integrada por dos personas nombradas por cada una de las funciones Legislativa, Ejecutiva y de Transparencia y Control Social.

Ahora bien, la intervención de dichas funciones del Estado, no se restringe a nombrar a los seis integrantes de la comisión calificadora, sino que, además, ellas deben presentar las candidaturas para que se realice el respectivo concurso público. “Es decir, los ciudadanos que reúnen los requisitos para ser miembro de la Corte Constitucional no pueden participar en el concurso si no son propuestos por los mismos órganos que designaron a la comisión calificadora”.

Más allá de lo cuestionable que pueda resultar en términos democráticos contar con una función del Estado (Función de Transparencia y Control Social) cuyo órgano principal, Consejo de Participación Ciudadana y Control Social se encuentra integrado por consejeras y consejeros provenientes de un concurso público de méritos y oposición,²⁷ con una serie de atribuciones igualmente cuestionables,²⁸ la idea de integrar la corte constitucional, de acuerdo a un modelo que se estima como “representativo de selección” genera la distorsión de una corte con unos jueces leales a la función a la que deben su nominación, más cercana al corporativismo representativo que a un ejercicio de verdadera voluntad popular.

Bien es verdad que en este sistema previsto son tres las funciones del Estado que proponen sus candidatos a la corte, procedimiento que, en apariencia, estaría relacionado con un claro principio de separación de poderes capaz de generar un control recíproco entre los órganos del Estado que evite el dominio de uno sobre el otro. Sin embargo, en un sistema en el que el Presidente nombra a sus candidatos, el parlamento de mayoría oficialista –con escasa fragmentación partidista que propicie una deliberación en el interior del órgano–²⁹ nombra a los preferidos por la fuerza política mayoritaria, y una tercera función del Estado, cuestionable en

27 Véase, el art. 207 de la CRE. Conviene recalcar que el presente estudio se realizó antes de que el actual Presidente de la República, Lenin Moreno, haya decidido convocar a una consulta popular para enmendar la Constitución en el tema relativo a la integración y designación de los miembros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social.

28 Al respecto, puede consultarse Aguilar Juan Pablo. 2009. “La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción” en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito: Corporación Editora Nacional.

29 En efecto, cuando un cargo judicial es el resultado de la agregación de diversas preferencias ideológicas, los vínculos entre cortes y parlamento se tornan más difusos, de modo que permiten un grado de autonomía judicial en el momento de tomar las decisiones. Dicho en otras palabras, cuando muchos son los que participan en el proceso de designación, los jueces elegidos tendrán un reducido “deber de gratitud” hacia sus seleccionadores, dado que la responsabilidad última de designación la comparten varias personas (Linares 2008, 258).

su integración, nomina a los suyos, el tema de la independencia judicial parece resentirse de forma severa³⁰.

También es verdad que la previsión de un concurso, la imposición de filtros institucionales,³¹ el establecimiento de períodos razonablemente largos de la función sin reelección inmediata³² para evitar la llamada *defección estratégica*³³ y la imposibilidad de someter a juicio político a sus miembros, son factores que atenuan “un deber de lealtad” de los jueces bajo el sobreentendido de que el cargo adquirido es fruto del mérito personal de los candidatos, y de manera que, a su vez, pierdan intensidad los posibles “vínculos iniciales”. En todo caso, se trata de *candidatos* donde el Ejecutivo parece llevar una ventaja considerable, debido al diseño constitucional implementado, donde la mencionada comisión calificadora, compuesta por dos representantes de las mismas funciones del Estado, será la que designe definitivamente a los jueces de la corte³⁴. Como destacara en su momento Hernán Salgado, “el hiperpresidencialismo ecuatoriano fue muy diligente al establecer la forma de elegir a los jueces de la Corte Constitucional; en este punto como en otros...se afianza la hegemonía presidencial...” (Salgado Pesantes 2015,406).

Aunque no exista un mecanismo de designación perfecto, y dado que “el mejor sistema es aquel en que quienes nombran asuman responsablemente esta función y no le tomen como un mecanismo de manipulación política” (Grijalva 2008, 134), se debe tener presente que, cuando el diseño institucional es proclive a un Ejecutivo poderoso, como sucede en el caso ecuatoriano, la posibilidad de que el sistema derive en una corte subordinada a los intereses de aquél, constituye un riesgo con muchos visos de realidad.

Si, como dijera en su momento Francisco Tomás y Valiente, “las instituciones ganan o pierden prestigio por lo que hacen, pero también por lo que con ellas se hace” (Tomás y Valiente 1997, 2284), tratar de evitar cortes sumisas a determinada función del Estado, requiere, como punto de partida, un replanteamiento de su propia ordenación constitucional.

Pero también, muchas veces, “lo determinante para avanzar será el efectivo y firme compromiso concreto con la institucionalidad democrática y la vigencia de los derechos humanos, como rasgos que definan la actuación de dichos tribunales constitucionales y sus magistrados...” (Eguiguren Praeli 2000, 92).

CONCLUSIONES

Existen varias críticas en contra del ejercicio de la revisión judicial por su carácter contra mayoritario, no obstante, una de las formas que limita el grado de discrecionalidad judicial, sin eliminarlo, consiste en el debido deber de motivación que deben asumir los órganos de justicia, en especial las cortes constitucionales, como un instrumento indispensable de justificación democrática. Por otra parte, la forma de selección de los jueces puede contribuir notablemente a un ejercicio de legitimidad democrática de la revisión

judicial. Así, de los diferentes criterios de elección, los mecanismos cooperativos de selección política de los jueces de la más alta magistratura pueden ayudar a atenuar de alguna manera la objeción contra mayoritaria desde su origen, a fin de propiciar una idea de dialogo en los órganos seleccionadores.

No obstante, la evidencia para el caso ecuatoriano en la selección de los jueces constitucionales parece ser alarmante. Y es que, el diseño normativo a nivel consti-

30 En referencia al modelo adoptado, ya advirtió Agustín Grijalva que: “...si el Presidente tiene mayoría en la Asamblea Nacional y desarrolla un control directo sobre la Función de Transparencia y Control Social, el sistema de designación propuesto por la nueva Constitución no es el más equilibrado”. Véase, Grijalva Agustín. 2008. “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías” en *Análisis nueva Constitución*. Quito: ILDIS. p. 134.

31 Experiencia profesional previa, antecedentes personales, requisitos de edad, tiempo en la docencia, la profesión de abogado o la judicatura constituyen algunos filtros institucionales que generalmente son considerados en la elección de los jueces.

32 Sobre el tema de la reelección de los miembros de la Corte, puede consultarse el artículo de Rafael Oyarte y Hernán Salgado, “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador...”, pp. 448-449. Los autores sostienen como una posibilidad que, al no existir restricción expresa respecto del período que debe transcurrir para una eventual reelección, se debería interpretar la norma en el sentido de que basta con dejar transcurrir un concurso para presentarse en el siguiente.

33 Según un estudio de Helmke, referido por Sebastián Linares, en relación con la Corte Suprema Argentina, los magistrados, pese a tener un mandato vitalicio, están expuestos a una amenaza constante de ser depuestos por las instituciones políticas. En esa línea, argumenta que la inseguridad en el cargo hace que los magistrados tiendan a votar contra el gobierno de turno cuando observan que este tiene pocas posibilidades de ser reelecto (Linares 2008,260).

34 Véase, al respecto, el art. 434 de la CRE.

tucional, con la influencia de un presidencialismo marcado, puede degenerar en una corte subordinada a los intereses de quienes está llamada a controlar. De ahí la necesidad de una revisión del diseño constitucional

capaz de asegurar, en la medida de lo posible, la mayor independencia y autonomía del órgano de revisión constitucional, de modo que se afiance una legitimidad no sólo en su ejercicio, sino, además, en su origen.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, Juan Pablo. 2009. “La cuarta función del Estado. Análisis de una ficción” en *La nueva Constitución del Ecuador: Estado, derechos e instituciones*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Aragón, Manuel. 1989. *Constitución y democracia*. Madrid: Tecnos
- Atienza, Manuel. 2001. *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel
- Basabe Serrano, Santiago. 2011. *Jueces sin toga. Políticas judiciales y toma de decisiones en el Tribunal Constitucional del Ecuador (1999-2007)*. Quito: Flacso
- Bellamy Richard. 2010. *Constitucionalismo político. Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Bickel, Alexander. 1986. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press
- Eguiguren Praeli, Francisco. 2000. “Los Tribunales Constitucionales en la región andina: una visión comparativa” en *Anuario Iberoamericano de justicia constitucional*. N°. 4.
- Ferreres Comella, Víctor. 2005. “Las consecuencias de centralizar el control de constitucionalidad de la ley en un tribunal especial. Algunas reflexiones del activismo judicial”, en Roberto Saba (ed.). *Los límites de la democracia*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto
- Gargarella Roberto. 1996. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel
- Grijalva, Agustín. 2008. “La Corte Constitucional y el fortalecimiento de las garantías” en *Análisis nueva Constitución*. Quito: ILDIS
- Linares, Sebastián. 2008. *La (i) legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons
- Nieto, Alejandro. 2000. *El arbitrio judicial*, Barcelona: Ed. Ariel
- Ordóñez Solís, David. 2004. *Jueces, derecho y política. Los poderes del juez en una sociedad democrática*. Navarra: Ed. Aranzadi
- Oyarte Rafael y Salgado Hernán. 2012. “El estatuto jurídico del juez constitucional en Ecuador” en Héctor Fix-Zamudio, César Astudillo (coords.) *Estatuto jurídico del Juez Constitucional, Homenaje al Doctor Jorge Carpizo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
- Ramos, Ortells. 1997. “Origen histórico del deber de motivar las sentencias” en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*.
- Redondo, María Cristina. 1996. *La noción de la razón para la acción en el análisis jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Salgado Pesantes, Hernán. 2015. “Estado de Derecho e hiperpresidencialismo en el caso ecuatoriano” en *Derecho Constitucional contemporáneo. Homenaje al profesor Rubén Hernández Valle*. San José: Ed. Investigaciones Jurídicas
- Sanchís Luis Prieto. 1993. *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos
- Sobral, Jorge y Prieto, Ángel. 1993. “Racionalidad, formaciones ideológicas y disparidad en las decisiones judiciales”, en Manuel García Ramírez (coord.), *Psicología legal aplicada en los procesos jurídicos y políticos*. Madrid: Eudema
- Storini, Claudia. 2007. Hermenéutica y Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho FORO* núm. 7
- _____. 2001. *Criterios hermenéuticos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la interpretación de las normas de reparto competencial entre Estado y comunidades autónomas*, Valencia.
- Tomás y Valiente Francisco. 1997. *Obras completas*. vol. III. Madrid: CEPC
- Constitución de la República de 2008.
Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

ENTREVISTA

no/da.

**EL ACTIVISMO JUDICIAL Y LA INTERPRETACIÓN PENAL CREATIVA: LOS RETOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA FRENTE A LA VIOLENCIA DE GÉNERO
ENTREVISTA A DRA. GRACIELA JULIA ANGRIMAN***

**JUDICIAL ACTIVISM AND CREATIVE CRIMINAL INTERPRETATION: THE CHALLENGES OF THE SYSTEM OF JUSTICE AGAINST GENDER VIOLENCE
INTERVIEW WITH DR. GRACIELA JULIA ANGRIMAN**

**ATIVISMO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO CRIMINAL CRIATIVA: OS DESAFIOS DO SISTEMA DE JUSTIÇA CONTRA A VIOLENCIA DE GÊNERO
ENTREVISTA COM A DRA. GRACIELA JULIA ANGRIMAN**

*PhD Marcella da Fonte***
UDLA

**Entrevista realizada el 28 de noviembre de 2017
Quito, Ecuador**

* Jueza penal de la Provincia de Buenos Aires, con un posdoctorado en Derecho por la Universidad Nacional de la Matanza, y Profesora de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Abogada, Facultad de Derecho de Olinda (AESO), Brasil, especialista en Derecho Administrativo, Universidad Federal de Pernambuco (UFPE), Brasil, PhD en Ciencias Jurídicas y sociales por la Universidad del Mueso Social Argentino (UMSA), Argentina, profesora de Derecho penal en la Universidad de las Américas (UDLA), Ecuador.

MARCELLA DA FONTE: ¿Qué espacio ocupa el sistema de justicia penal frente a la problemática de la violencia de género?

GRACIELA JULIA ANGRIMAN: Debemos ser extremadamente prudentes a la hora de confiar la gestión de un *problema social* estrechamente relacionado con la discriminación de las mujeres, a un sistema penal que siempre ha sido un aparato reproductor de desigualdades. Especialmente cuando las investigaciones empíricas demuestran que la dinámica de actuación de la justicia penal en la región está configurada por la ausencia de la diferencia entre los géneros en su horizonte conceptual, y por una lógica meramente punitiva, incapaz de dar respuesta a las demandas de las víctimas.

Tal situación se traduce en prácticas judiciales impregnadas de una falsa neutralidad jurídica –una ficticia igualdad para iguales– que, al recortar el acceso a la justicia a las mujeres víctimas, las revictimiza a lo largo del proceso penal. Más aún, se manifiesta en respuestas netamente represivas, restringidas a la búsqueda de eficacia, y que retroalimentan la violencia contra las mujeres. La utilización del castigo sólo debe reservarse a los casos más graves, y hay que revisar profundamente el contenido del trato carcelario dispensado a quienes cometen actos de violencia masculina. Un uso del poder penal reducido a una función meramente *inocuizante* –eliminadora– que lo expande desmesuradamente y elude, así, que la cárcel es una institución constitutivamente violenta que fija y potencia comportamientos violentos, solo promete agravar severamente el problema.

Insistir en la centralidad del castigo punitivo como herramienta casi *excluyente* para abordar un problema *social* que remite al desequilibrio de poder entre los sexos, no es inocuo para las mujeres, porque supone el peligro real de que, si la “víctima” escapa a los atributos estereotipados de género acuñados por el patriarcado, es decir, si no se muestra “honesta”, “dócil”, “sumisa”, “débil”, y si, además, simplemente se arrepintió de denunciar porque sólo buscaba una orden de resguardo para “estar tranquila”; se instalará en el imaginario de las/os operadoras/es judiciales la difundida imagen de la “mujer vengativa”; e inmediatamente la mujer perderá su estatus de víctima y pasará a convertirse en “imputada” por falso testimonio u otro delito, cuanto menos.

Las dificultades de las mujeres en situación de violencia masculina para mantener sus denuncias es un fenómeno muy extendido en el mundo occidental, que se explica ante la ausencia de dispositivos de protección frente a represalias de los maltratadores, las cuales suelen incrementarse en proporción al avance del proceso penal. A veces, la (*sobre*) *protección* es sinónimo de *inhabilitación* y expresa un paternalismo que ahoga la autodeterminación de las mujeres. Acusar falsamente a un hombre es un pecado irredimible en el campo judicial, aunque tenga como telón de fondo un contexto de violencias sexistas; y posiblemente abrirá el campo a una segura revictimización.

MDF: Desde su experiencia como magistrada, e investigadora, ¿cuáles son los cursos de acción más apropiados para revertir esta situación?

GJA: En un primer paso encaminado a implementar cualquier estrategia, los programas de capacitación en estudios de género y derecho, sin dudas están llamados a ocupar un lugar decisivo, en la medida en que sean diversificados, serios, y multidisciplinarios, y siempre que se complementen con otros dispositivos que incluyan revisar los condicionantes internos institucionales de los poderes judiciales. Si los sistemas judiciales alojan en su interior prácticas discriminatorias, es previsible que estas se repliquen en la respuesta a las usuarias del sistema, y no sólo me refiero a las mujeres víctimas de violencia masculina, sino a otras identidades que sean objeto de múltiples tratos discriminatorios, como aquellas personas provenientes de los estamentos de mayor exclusión social: de otras etnias, nacionalidades, identidades sexuales y demás. De ahí que sea imprescindible la revisión de las estructuras judiciales, e incluir mecanismos diversificados de prevención de toda forma de discriminación en su seno.

MDF: ¿Por qué motivo usted ha elegido como eje temático de su tesis doctoral (recientemente publicada) el trato carcelario femenino desde la perspectiva de género y, así, plantea una problemática que sólo abarca a una pequeña fracción de las mujeres?

GJA: La cárcel moderna es un laboratorio que expone, agigantadamente y sin escaramuzas, las facetas más oscuras de la sociedad y, muy efusivamente y en forma naturalizada, la prepotencia del mundo masculino enmarcado en un orden patriarcal. Por este motivo, poner el foco en el encierro carcelario femenino ha

sido un buen ejercicio para reconocer los límites de un sistema penal que, no sólo no es inocuo ni inocente para las mujeres sino que, en esa intersección con el poder patriarcal, encarna el ejercicio de un auténtico poder de género.

Descubrir la cárcel femenina es imprescindible para comenzar a correr el velo que esconde otra cara de violencia machista que no tiene prensa y permanece oculta e impune: la violencia de género institucional –física, psíquica, sexual– aquella que está encarnada en las condiciones de encierro de las mujeres, ejecutada o *tolerada* por agentes estatales y que es un atributo estable de la prisión bajo el dominio de un esquema androcéntrico. Además permite poner en cuestión el abordaje de esta problemática que hacen los poderes judiciales y explorar otras formas de actuación tendientes a respetar las garantías de las mujeres.

Si discriminación y violencia machista son un binomio inescindible, y la cárcel moderna evidencia ese maridaje sin tapujos.

Hombres y mujeres privados/as de libertad provienen de las capas poblacionales ubicadas por fuera del mapa social, pero las mujeres arrancan de un peldaño más bajo; porque, a su ingreso a prisión, ya cargan con otros *grilletes* más pesados, de factura patriarcal, desconocidos para los hombres. Son las mujeres que expresan el fenómeno del tránsito de la feminización de la *pobreza* de los 90, a la feminización de la *subsistencia*. Son mujeres muy jóvenes, de una temprana maternidad, rostros del embarazo adolescente, jefas de hogares monoparentales, con historias de deserción escolar, violencias machistas, con nulo o muy precario contacto con el mundo laboral.

Al igual que en las viejas cárceles-galera que acogían mujeres por ofender al orden patriarcal con el pretexto de su *debilidad moral*, en la prisión moderna se perpetúa el lema según el cual: *“el niño, con quien debe estar es con su madre”*. Y esta visión pasará a ser la marca indeleble de la ideología que se halla a la base del fin resocializador y lleva a un modelo de *“rehabilitación”* para la domesticación de estirpe patriarcal.

La investigación permitió identificar nítidos vasos comunicantes asociados a la vulneración de muchas mujeres, y fue un buen pretexto para desmadejar un derecho androcéntrico y para la reformulación del

uso del derecho a favor de las mujeres, de manera que rompamos los moldes propios del *modelo uniforme de mujer* que los instrumentos internacionales suelen incluir con frecuencia.

MDF: ¿Cómo se puede empoderar a las mujeres que son víctimas de violencias machistas, para que puedan acceder a la justicia?

GJA: Años atrás, en España se recurrió a la propaganda para estimular a las mujeres víctimas de la violencia masculina que denunciaran todo hecho bajo el lema *“mujer denuncia”*, y fue un auténtico fracaso; porque el poder judicial penal no es el ámbito idóneo para dar respuesta a un problema *social*, especialmente con los condicionantes que antes he descrito, y porque, además, muchas mujeres tienen limitaciones materiales para denunciar y sostener la denuncia. Este es buen ejemplo de lo que no debemos hacer.

Yo creo que hay que elaborar estrategias más abarcadoras, dirigidas al empoderamiento de las mujeres que afrontan violencias machistas, mediante la intervención de *agentes de prevención altamente capacitadas*. Con tal fin deben incorporarse mecanismos que permitan a las mujeres, ante todo desnaturalizar toda expresión de sexismo, porque el punto de partida es visibilizar esta fenomenología. En segundo lugar hay que generar condiciones materiales para que estas mujeres puedan disponer de *capacidad de elegir*, pues es difícil tomar decisiones de ruptura con historias de violencias cuando se carece de independencia económica, cuando no se cuenta con redes de cuidado para las/os hijas/os, o con un empleo estable, cuando la mujeres no tiene ámbitos de contención personal, social, psíquica y demás. En Argentina hay un programa perfectible pero útil, llamado *“Ellas Hacen”* dirigido a mujeres en situación de precariedad social que han sufrido violencia de género, que incluye: formación laboral, cooperación en micro-emprendimientos, asistencia psicológica, y que, además, tiene la singularidad de que cuenta con dispositivos orientados a que las mujeres reviertan su autopercepción inferiorizada, que es la imagen que les han introyectado las instituciones del patriarcado. Estos suplementos son indispensables, porque buscan achicar la brecha existente entre hombres y mujeres respecto a la posición social. Bourdieu decía que el reconocimiento de la dominación es un acto de conocimiento. Desde esa dimensión, hay que generar intervenciones comunitarias y trabajar en red

con las mujeres, y convertirlas en actoras dentro de sus barrios. Nosotras hemos trabajado en esa clase de experiencias, en el territorio, con organizaciones no gubernamentales, y los resultados han sido altamente satisfactorios. Cuando las mujeres ponen sobre la mesa el malestar causado por la violencia masculina, se abre un espacio interactivo muy fructífero, porque se comienza a incorporar plantear que no es un problema individual, sino de la sociedad en su conjunto y, de ese modo, comienzan a dispararse iniciativas valiosas.

MDF: ¿Cómo las/os operadoras/es judiciales pueden apelar a la creatividad para garantizar el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia familiar y de género?

GJA: La clave es generar espacios de *escucha* para las mujeres, pero atención, debe ser una escucha especializada con perspectiva de género. Entre las diversas alternativas, nosotras, en el juzgado hemos creado e implementado, desde 2011, el “*Protocolo de Gestión de Casos de Violencia de Género en el ámbito del sistema de justicia penal*”, que fue homologado por la Suprema Corte de Justicia bonaerense como “*Buena Práctica Judicial*” y nos hizo acreedoras/es de una distinción. También ha sido premiado por la Universidad Nacional de La Plata.

La novedad de esta iniciativa es que ha logrado “*dar voz*” a las mujeres sometidas a violencia-para que sus necesidades y pretensiones tengan repercusiones reales en la resolución del caso; y, así, ha abierto canales de acceso a la justicia ágiles, rápidos, desformalizados y a libre demanda, -como si fueran a un hospital y necesitaran atención urgente. Tal iniciativa nos ayuda a conjurar todo riesgo de revictimización, a adoptar acciones de protección tempranas y eficaces para evitar represalias; y, como además intervenimos en forma coordinada-con otras agencias estatales y organizaciones no gubernamentales abocadas a la temática (centros de salud, trabajo, niñez, etc.), ya no nos limitamos a dictar una sentencia, sino que brindamos respuestas mucho más integrales, porque tendemos puentes para que las mujeres tengan una asistencia más completa. Es un esquema fácilmente replicable -y mejorable-, que ha contribuido a empoderar a las mujeres y ha registrado un 100% de evaluación satisfactoria por parte de las mujeres y niñas usuarias del servicio.

Por otra parte, fue un paso útil para revitalizar la idea estructurante del conflicto como eje de orientación del proceso penal. Por último, requirió desarrollar ámbitos formativos para revertir la prevalente perspectiva masculina en el uso del derecho penal al interior de los sistemas judiciales.

RESUMEN COMENTADO DE OBRA

Udela

LA DESPROVINCIALIZACIÓN DEL CONOCIMIENTO
COMENTARIO DEL LIBRO: EXILES AND EXPATRIATES IN THE HISTORY
OF KNOWLEDGE, 1500-2000. De BURKE, PETER

THE DEPROVINCIALIZATION OF KNOWLEDGE
COMMENT OF THE BOOK EXILES AND EXPATRIATES IN THE HISTORY
OF KNOWLEDGE FROM BURKE, PETER

A DESPROVINCIALIZAÇÃO DO CONHECIMENTO
COMENTÁRIO DO LIVRO: EXÍLIOS E EXPATRIADOS NA HISTÓRIA
DO CONHECIMENTO, 1500-2000. DE BURKE, PETER

*Santiago M. Zarria**

Recibido: 18/11/2017
Aprobado: 13/12/2017

Resumen:

El libro de Burke se sitúa entre «la historia de las diásporas y la historia del conocimiento».

El exiliado académico del que habla Burke es el portador de un conocimiento que ha debido desplazar, trasplantar y traducir en otro lugar y en este proceso de *transsterramiento*, algunos han fracasado y otros han sido exitosos. La creación y la contribución del conocimiento surgen así de intelectuales que se ubicaron entre la asimilación y la auto-marginación

Este comentario subraya, que, el autor, pese a que su abordaje pretende ser global, deja de lado un análisis apropiado al caso latinoamericano que permite dar cuenta de la desprovincialización e hibridación del conocimiento.

Palabras clave: Conocimiento; Exilio, Expatriado, Hibridación; Des-globalización

Abstract:

Burke's book is situated between "the history of diasporas and the history of knowledge".

The academic exile Burke speaks of is the bearer of knowledge that has had to displace, transplant and translate in another place and in this process of transshipment, some have failed and others have been successful. The creation and contribution of knowledge thus arise from intellectuals who were located between assimilation and self-marginalization

This comment emphasizes that the author, although his approach intends to be global, leaves aside an analysis appropriate to the Latin American case that allows to account for the *deprovincialization* and hybridization of knowledge.

Key words: Knowledge; Exile; Expatriate; Hybridization; Deglobalisation

Resumo:

O livro de Burke situa-se entre "a história das diásporas e a história do conhecimento".

O exilado acadêmico de que fala Burke é o portador de conhecimento que teve que deslocar, transplantar e traduzir em outro lugar e nesse processo de transbordo, alguns falharam e outros tiveram sucesso. A criação e a contribuição do conhecimento surgem, assim, dos intelectuais localizados entre a assimilação e a auto-marginalização.

Este comentário enfatiza que o autor, embora sua abordagem pretenda ser global, deixa de lado uma análise adequada ao caso latino-americano que permite explicar a desprovincianização e a hibridização do conhecimento.

Palavras chave: Conhecimento; Exílio; Expatriado; Hibridização; Des-Globalização

* Filósofo. Profesor de la Universidad de las Américas (UDLA), sede Ecuador. Actualmente candidato a PhD por la Johann Wolfgang Goethe-Universität de Frankfurt am Main.

«...hasta que empecé a trabajar en este libro, no sabía cuánto habían contribuido los exiliados, no solo en Gran Bretaña (e incluso más en los Estados Unidos, tierra de inmigrantes), sino en otras partes del mundo».

Peter Burke, 2017

En la Europa Occidental actual, dice Žižek en *La Nueva lucha de clases-Los refugiados y el terror*, la reacción de las autoridades y de la opinión pública es diversa. Encontramos una mezcla de negación y apatía: «No es tan grave, lo mejor es no hacer caso». Encontramos ira: «Los refugiados son una amenaza para nuestro modo de vida y, además, entre ellos se ocultan fundamentalistas musulmanes: ¡hay que detenerlos a cualquier precio!» Encontramos negociación: «Muy bien, ¡establezcamos cuotas y apoyemos los campos de refugiados en sus países!». Finalmente, encontramos depresión: «¡Estamos perdidos, Europa se está convirtiendo en Europastán!»

En este ambiente surge *Exiliados y Expatriados*, en una época en que el racismo y la xenofobia están en crecimiento. Y la prueba más contundente es el apoyo que han recibido partidos políticos de ultraderecha en Francia, Bélgica, Austria, Alemania, etc. A esta situación se suman las drásticas políticas de asilo y reforzamientos fronterizos. Los exiliados se encuentran en el limbo geográfico, en la isla de Lesbos, en la zona cero, es decir, entre el «no queremos regresar a donde salimos» y el «no quieren recibirnos a donde queremos llegar».

Hay tres cosas que debemos tomar en cuenta antes de abordar *Exiliados y Expatriados*:

- a) Burke centra su estudio en la parte positiva del exilio y se arriesga a que tilden a su texto de “trionfalista”, por concentrarse solamente en el éxito y no en los fracasos de los exiliados y expatriados. Sin embargo, a Burke le interesa no la etiqueta, sino la creación y contribución que los eruditos exiliados y expatriados han dado a la «república del conocimiento», así como la difusión de éste;
- b) excluye de su campo de investigación a estudiantes, viajeros y diplomáticos, porque viven en el extranjero un periodo relativamente corto. Además, quedan fuera poetas y novelistas, así como también los *exiliados internos*, o sea, aquellas personas que viven en determinados países pero que se oponen a su respectivo sistema político, cultural o religioso, y viven como si estuvieran en otro lado, por ejemplo, «judíos y musulmanes viviendo en países cristianos o católicos viviendo en países protestantes y viceversa» y;
- c) el rango de estudio que cubre este texto va desde la toma de Constantinopla en 1453 por los otomanos, hasta el ascenso de la dictadura militar argentina en 1976. Un período de quinientos años que ha sido analizado con el método prosopográfico y el método regresivo de Bloch.

I

De entrada, Burke plantea una encrucijada. Dos debates en uno, pero al mismo tiempo bien definidos. Por un lado, se encuentra el debate sobre las «diásporas intelectuales» en donde *habitan* los «exiliados y expatriados», que a su vez se enmarcan dentro del amplio campo de los temas «migratorios»; por otro lado, se encuentran los debates sobre la «historia del conoci-

miento», que caben dentro de las extensas discusiones sobre la «sociedad de conocimiento». De acuerdo a Burke, estos debates se han incrementado, sobre todo desde principios del siglo XXI y, precisamente ahí, entre ellos, es donde se ubica este libro: entre «la historia de las diásporas y la historia del conocimiento».

II

En *Confesiones de transterrado*, Gaos confiesa que, desde el momento en que llegó a México, no se

sintió desterrado sino transterrado: «...tuve la impresión de no haber dejado la tierra patria por una tierra

extranjera, sino más bien de haberme trasladado de una tierra de la patria a otra». Ese *transterramiento* no es otra que el significado más puro de vivir «*empatriado*» y esa es precisamente la idea que a Burke le interesa transmitir de los eruditos exiliados y expatriados.

El exiliado académico del que habla Burke es el portador de un conocimiento que ha debido desplazar, trasplantar y traducir en otro lugar. En este proceso de *transterramiento*, algunos han fracasado y otros han sido exitosos; porque no lograron asimilar su condición de exiliado y cuanto esta conlleva, es decir, la adopción de una nueva lengua y formas culturales diferentes, así como la apertura a todo el proceso de integración; porque se mostraron reacios y se *auto-segregaron*; construyeron islotes: pequeñas alemanias, italianas, francias, rusias, etc., que les permitieron evadir la inmersión en la patria anfitriona; o porque consiguieron sistematizar las dos culturas. Obviamente, este último logro fue crucial, porque así pudieron asimilar el proceso de aculturación con mayor facilidad y en consecuencia, la producción de conocimiento también se incrementó.

Para Burke, la creación y la contribución del conocimiento vino de intelectuales que se ubicaron en algún lugar de esos dos polos: entre la asimilación y la auto-marginación. La producción de conocimiento, sin embargo, varió con las siguientes generaciones de exiliados.

Para la primera, el proceso de adaptación y asimilación cultural fue más complicado. La segunda no tuvo mayor dificultad y, en cuanto a la tercera, la de los nietos, estos casi no se veían a sí mismos como exiliados. Entonces, de manera general, «la contribución de los primeros exiliados no fue tanto la información que traían consigo sino la forma de pensar, una nueva mentalidad, un *habitus* diferente del país al que llegaban». Los resultados del nuevo *habitus*, de esas nuevas ideas, marcaría la diferencia en el campo científico y humanista a largo plazo. A corto plazo, fueron incomprendidos, mal interpretados e incluso despreciados, porque a nadie le gusta que le mueven las columnas ideológicas que han sostenido las creencias de toda su existencia, a nivel intelectual, social y cultural.

III

Para abordar las olas de exiliados que ocurrieron entre el siglo XV y el XVIII, Burke se acoge a la descripción de Schilling (1983). Entre el siglo XVI y principios del siglo XVII, el conflicto religioso entre católicos y protestantes, luteranos y calvinistas, especialmente en Alemania, se agudizó de tal manera, que dio paso un proceso migratorio que Schilling denominó: “migración confesional”. Aproximadamente unos 100.000 mil calvinistas fueron expulsados de los Países Bajos y se establecieron en Europa occidental. Burke no solo se suma a la descripción de Schilling, sino que además considera la época en que «el refugiado religioso se convirtió en un fenómeno de masas» (Terps-tra, 2015; Burke, 2015; Kaplan, 2017). Pero el trabajo de Burke es más amplio que el de Schilling, porque abarca cinco grupos religiosos: judíos, musulmanes, cristianos ortodoxos, católicos y protestantes.

Veamos algunos ejemplos de cómo se produjeron estos exilios y la producción académica de algunos exiliados.

La primera ola de exiliados comenzó con la caída de Constantinopla en 1453. Este evento provocó la parti-

da de eruditos griegos a Italia. A este año se lo conoce como “el mito de 1453”, «porque se lo toma como el inicio del Renacimiento o al menos del humanismo renacentista». Lo cierto es que los griegos llegaron cuando el humanismo ya había empezado y se requería mayores conocimientos del idioma y la filosofía. Entre los exiliados se encontraban: Chrysoloras, Gaza y Chalcondyles. Ellos pudieron enseñar el idioma y expandir la filosofía griega sin contratiempos. Los que se beneficiaron fueron un gran número de italianos, que aprendieron a leer en su lengua original a Platón y Aristóteles. Además, Theodoro Gaza tradujo a Aristóteles del griego al latín y Chalcondyles ayudó a Ficino con la traducción de Platón. Sin este “exilio positivo”, el *ad fontes* hubiera sido tan solo un slogan humanista.

La segunda ola de exiliados fue considerada como el “nuevo éxodo” y se produjo en dos momentos: El primero ocurrió después de que Granada fuera conquistada por los Reyes Católicos, Fernando II de Aragón e Isabel I de Castilla en 1492. Numerosos judíos tuvieron que salir de España para escapar de la conversión forzada. Se calcula que «unos 200.000 judíos se exiliaron, de los cuales más de la mitad se desplazaron a

Portugal, otros a Italia, Estambul, Tesalónica y Safed». Sus aportes se concentraron en la traducción de libros del hebreo al latín, así como, en el área jurídica, en la enseñanza del talmud y la cábala. El segundo momento se produjo no solo desde España, sino desde Portugal y los Países Bajos españoles del siglo XVII hacia la “Jerusalén del Norte”, Amsterdam. Uno de las familias exiliadas más famosas fue Spinoza: de España fueron a Portugal, de ahí a Francia, y finalmente se establecieron en Amsterdam, donde nació Baruch Spinoza.

El mismo destino tuvo la diáspora musulmana, que fue forzada a exiliarse en dos ocasiones. La primera entre 1492 y 1520, cuando «más de 100.000 musulmanes abandonaron España para establecerse en África del Norte. La segunda sucedió entre 1609 y 1614, cuando el gobierno español expulsó a los “moriscos”. Se calcula que unos 300.000 “moriscos” abandonaron España rumbo a Túnez, Marruecos, Argelia y Estambul». La diáspora católica corrió la misma suerte que los musulmanes y judíos, cuando se volvieron protestantes países como Inglaterra, Suecia, Países Bajos, etc., tuvieron que trasladarse a países católicos como Italia y España. La diáspora protestante, con la inquisición en marcha, tuvo que trasladarse a Suiza, Inglaterra, Alemania, entre otros destinos. Por ejemplo, Francisco de Enzinas publicó la traducción del Nuevo Testamento,

del griego al español, en Amberes y Cipriano de Valera tradujo la Biblia completa (basado principalmente en la versión de Casiodoro de Reina), John Florio tradujo los *Ensayos* de Michel de Montaigne a inglés, Francesco Negri y Silvestro Tegli tradujeron *El Príncipe* de Maquiavelo y Ortensio Lando, que tradujo *La Utopía* de Tomás Moro al italiano.

Otro exilio masivo ocurrió en 1680, con la revocatoria del Edicto de Nantes por Luis XIV. Unos 150.000 mil calvinistas, conocidos como “hugonotes”, tuvieron que decidir entre la conversión y la expulsión. Optaron por la segunda como una especie de imitación del martirio. «Esta migración se conoce como “Refugio” y, por primera vez, se llamó “refugiados” a los exiliados. Algunos fueron a Suiza, Irlanda, Suecia, Rusia, Inglaterra, América del Norte (desde Massachusetts a Carolina del Sur)». Los hugonotes tienen especial atención a lo largo de *Early modern exiles*. Burke dice que «los exilados hugonotes, especialmente Bayle, Bernard y Picart, contribuyeron a la internacionalización del aprendizaje y al fortalecimiento de la República de las letras». Una vez que lograron establecerse en Alemania, Austria y EE. UU, muchos de ellos llegaron a ser profesores, tutores, bibliotecarios, periodistas y otros, incluso cambiaron sus profesiones por la filosofía, la historia, la teología, la ciencia política y las relaciones internacionales.

IV

Burke también dedica especial atención a los expatriados y los divide en tres tipos: el comercial, el religioso y el académico. Se entiende por expatriados a las personas que no están obligadas a salir de sus hogares, pero que han elegido mudarse por diferentes razones. Actualmente se conoce como “fuga de cerebros”, y se dio especialmente en el área de las Humanidades y las ciencias naturales.

Uno de los expatriados académicos más conocidos es Erasmo de Rotterdam, el humanista más famoso del siglo XVI, que anduvo por universidades de Inglaterra, Italia, España, Polonia y murió en Basilea. Otro es Descartes que, tras acudir al llamado de la Reina Cristina de Suecia, encontró la muerte el mismo año que publicó el *Tratado de las pasiones* en 1649. Desde 1700 hasta 1826 se da un suceso particular en la Academia de Ciencias de San Petersburgo, a la una gran cantidad de eruditos alemanes llegaron para establecerse.

La Academia se había convertido en un lugar atractivo para ampliar los horizontes del conocimiento. Estos eruditos recibían el apoyo para realizar sus investigaciones, traducían publicaciones extranjeras y tenían la posibilidad de dar conferencias, enseñar en la universidad y, sobre todo, publicar el resultado de sus trabajos de acuerdo a las reglas de la Academia, pero también en latín. En total, unos ochenta expatriados entre químicos, doctores, matemáticos, geógrafos, astrónomos, etc., contribuyeron al desarrollo del conocimiento ruso durante esos años. El caso ruso, japonés y turco son ejemplos de cómo los gobiernos invitan a eruditos extranjeros para actualizar sus conocimientos y, en algunos casos, para modernizar sus países de acuerdo al modelo occidental. Entre 1933-34, cuarenta y dos profesores de Alemania y Austria fueron acogidos por la Universidad de Estambul. Uno de los más conocidos fue Auerbach, que escribió *Mimesis* en Turquía.

V

Después de la Revolución Francesa, 1793-94, unos 180.000 opositores al régimen se exiliaron. Entre ellos figuraban intelectuales como Bonald, Chateaubriand, Madame de Staël y Joseph de Maistre. En este período se utilizó por primera vez la palabra emigrante (*émigré*).

En Polonia sucedió algo parecido, después del infructuoso levantamiento contra el dominio ruso, se produjo la “Gran Emigración”. Unas 70 mil personas abandonaron Polonia para establecerse en París. Entre ellos se encontraba Chopin, Mickiewicz y Lelewel. A partir de 1848, tras el fracaso de las revoluciones francesas y alemanas, se produce otra ola de exiliados. En esa época, Marx se trasladó a la “Pequeña Alemania”, como se conocía a Londres, donde publicó el *Manifiesto del Partido Comunista*.

Con la llegada de Hitler al poder, se produjo el “gran éxodo” del siglo XX. «Una ola de judíos abandonó Alemania después de 1933, Austria después de 1938 y Checoslovaquia después de 1939. 1700 eruditos alemanes se exiliaron, de los cuales el 75% eran judíos». Por ejemplo, Hans Jonas se trasladó a Palestina, Norbert Elias a Gran Bretaña, Cassirer a Suecia, Mannheim a Londres, Löwith a Japón, Schrödinger fue a Irlanda; Einstein, Fermi, Szilárd, Gödel, Neumann, Adorno, Arendt, Horkheimer, etc., a EE.UU. La *Kulturwissenschaftliche Bibliothek Warburg*, anteriormente la biblioteca privada del judío Aby Warburg, se trasladó a Londres en 1933, junto con sus 60,000 libros, mientras que *Das Institut für Sozialforschung* de Frankfurt se trasladó a EE. UU. Después de 1933, y cambió su nombre por *Institute for Social Research*.

El impacto que tuvieron estas escuelas en las humanidades y las ciencias sociales con sus estudios sobre Historia del arte dentro del campo de la *Kulturwissenschaft*, así como con la teoría crítica, no solo en EE. UU. Sino a nivel mundial, fue extraordinario e insospechado.

Después de 1945 se produjeron tres olas de exiliados y refugiados: a) cuando se establecieron los regímenes comunistas en Europa Central y del Este después de la II Guerra Mundial. Mircea Eliade se trasladó a París, luego a Chicago y de ahí a Glasgow, Sussex y Brasilia;

b) tras la supresión del levantamiento húngaro de 1956, aproximadamente unos 200.000 se exiliaron. Intelectuales como Lakatos, Lukács, Pronay, Laszlo, Peter y Bak se cuentan entre ellos; c) con la invasión soviética de Checoslovaquia en 1968, más de 250.000 personas pasaron al exilio, entre ellos: Kundera, Goldstuecker y Teich. Por esa misma época, luego del incremento antisemita en Polonia, el filósofo Leszek Kolakowski y el sociólogo Zygmunt Baumann tuvieron que exiliarse, el uno en Canadá y el otro en Gran Bretaña.

Con Mussolini no fue distinto, y con Franco igual. Se calcula que, durante y después de la guerra civil, entre 160.000 y 500.000, incluidas unas 5.000 personas con títulos académicos, salieron de España. Algunos viajaron a Francia, otros a Inglaterra, EE.UU., México y Sudamérica. Los exiliados más conocidos fueron: José Ortega y Gasset, Ferrater Mora, García Bacca, Adolfo Sánchez Vázquez, Gaos, Xirau, etc. México, dice Burke, fue el país que más exiliado recibió. Por ejemplo, Eugenio Ímaz tradujo las obras de Wilhelm Dilthey; José Gaos tradujo a Husserl, Scheler, Heidegger y Jaspers; mientras que José Medina Echevarría tradujo a Weber.

Sin duda, una de las contribuciones más importantes al desarrollo del conocimiento en Latinoamérica fue la fundación de El Fondo de Cultura Económica. Aquí, Burke se equivoca al afirmar que fue fundado por españoles exiliados. No fue así: fue fundado por Daniel Cosío Villegas (Díaz Arciniega, 1994).

Finalmente, para cerrar el libro, Burke añade el nombre de cien mujeres eruditas en el campo de las Humanidades. Menciono algunas.

- «1. Hannah Arendt, 1906-75, de Königsberg, filósofa, estudió con Heidegger, Husserl y Jaspers en Freiburg y Heidelberg. Huyó a París en 1933 y de ahí a los Estados Unidos en 1941 [...]»
- 21. Anna Freud, 1895-1982, psicoanalista austriaca, huyó a Inglaterra en 1938 con su padre. [...]
- 100. María Zambrano, 1904-91, filósofa, estudiante de Ortega, se mudó a Cuba, Puerto Rico, Italia, Francia, Suiza, y en 1984 regresó a España».

COMENTARIOS DEL TEXTO

La bibliografía que Burke presenta sobre los exiliados y expatriados europeos abarca prácticamente el 99%. Sobre México y Latinoamérica es, por decirlo sutilmente, pobre. Burke aborda a los exiliados y expatriados producto de conflictos políticos, religiosos, sociales o revoluciones; pero, en el “caso latinoamericano”, no toma en cuenta los exiliados y expatriados que han resultado específicamente de conflictos entre la guerrilla y el estado. Otra debilidad del texto tiene que ver con los “casos”. La mayoría pertenece al campo de las ciencias sociales, y casi pasan desapercibidos los exiliados y expatriados de las ciencias naturales. Se le puede reprochar un sesgo en la selección de casos, pero Burke apela a la «ignorancia invencible» como acto de justificación.

Burke presenta de forma fugaz el exilio de los intelectuales sudamericanos cuando se dieron los golpes militares de 1964 en Brasil y Bolivia, 1973 en Chile y 1976 en Argentina y Ecuador, 1968 en Perú. Les dedica cerca de dos páginas (pp.184-185), dentro las cuales incluye a Cuba. No es imperativo conocer el lugar ni la realidad *in situ* y Kant es el mejor ejemplo de este proceder, pero sí los debates y las cifras (véase: Andújar, 2016; Ortega, 1973; Safran, 1991; Sznajder&Roniger, 2007). Además, cuando Burke se refiere a Latinoamérica se enfoca en la etiqueta de países “receptores”, pero no presta especial atención a los exiliados y expatriados que salieron de estos países.

Burke no menciona, por ejemplo, a los argentinos que se trasladaron a Ecuador durante la dictadura, filósofos como: Rodolfo Agoglia, Arturo Roig, Horacio Cerutti, Ricardo Gómez o los profesores bolivianos que se ubicaron en la UNAM: Oscar Prudencio Cosío, Mario Miranda Pacheco, Jorge Calvimontes, Carlos Carvajal Nava, Marcos Domic, Willy Sandoval. Mucho menos, se refiere a los chilenos Pablo Neruda, Gabriela Mistral, Isabel Allende, Antonio Skármeta. A los peruanos: Vargas Losa, Víctor Raúl Haya, José María Arguedas o a los uruguayos: Benedetti, Onetti, Galeano, Cristina Peri Rossi, etc.

En la delimitación del tema, Burke sí dejó claro que poetas y novelistas no formaban parte de este texto, pero su justificación no es clara. Esa nubosidad conceptual se va transformando a lo largo del libro en una frontera. Como ese granito de arena que se introduce

en un ojo y termina opacando la visión de las cosas. El eurocentrismo conceptual continúa siendo una barrera que debe superarse. Contra esa globalización conceptual-eurocéntrica hay que conservar los conceptos locales y trabajar con ellos de forma crítica. La descolonización de la subjetividad (Guerra, 2009), así como la *desglobalización* conceptual, son aún una tarea pendiente.

Tampoco define con exactitud el concepto de *académico* o *erudito*, aunque sí ubica a los exiliados y expatriados de acuerdo a su construcción eurocéntrica del concepto, al menos en este texto. Y ese proceder representa una debilidad estructural. Para él, en su costal eurocéntrico-conceptual caben todos, casi sin distinción. El trabajo intelectual, así como la figura del intelectual, al menos en Sudamérica, no se ha limitado a la categoría del *erudito* burquiano, precisamente porque la historia social y cultural latinoamericana responde a otra realidad. Actuar así es dar continuidad con lo *The West and the rest*, esa falsa dicotomía que ha predominado en nuestra sociedad por más de quinientos años y que se ha extendido al campo de las ciencias sociales como una maleza. Si los exiliados que mencioné no calzan en el concepto de *eruditos*, quedan relegados, de acuerdo a la concepción burquiana, al grupo de los “no académicos” o al de “eruditos de segunda categoría” tales como traductores, impresores, bibliotecarios, pintores, periodistas, editores y ellos. La literatura sobre el exilio y los exiliados en Latinoamérica y el caribe es lo suficientemente amplia como para no tomarla en cuenta y en serio.

De acuerdo a Burke, la historia de los exiliados y expatriados en la historia del conocimiento estaría ligada a la de sus anfitriones, así como también a la contribución que han otorgado a la vida intelectual de cada país. Y, dado que ambos asuntos son inseparables, ¿cuál ha sido el aporte, más allá del conocimiento, que los *Exiliados y Expatriados* han dado a sus países huéspedes? La desprovincialización. Un concepto que no resulta novedoso en las ciencias humanas, porque ya ha sido tratado, por ejemplo, por: Panayi, 2002; Negrí, 1998; Neubauer, 2009; Tillich, 1959; Geertz, 1983; Gurr, 1981.

Cuando los nazis llegaron al poder y Tillich fue removido de su cátedra de filosofía en la Universidad de

Frankfurt, cuestionó inconscientemente la posibilidad de continuar su trabajo teológico y filosófico en otra parte que no fuera Alemania. Pensar que no existe otro lugar más allá de su comunidad donde pueda *situarse* y creer que su reducto es el centro del mundo es provincialismo. Después de haber vivido, compartido y trabajado durante algunos años en los Estados Unidos, Tillich se dio cuenta de que ese provincianismo inconsciente comenzó a ceder. Por lo tanto, la contribución de los exiliados y expatriados al conocimiento es importante por el efecto de la doble desprovincialización e hibridación del conocimiento (Burke, 2000; 2010).

En Gran Bretaña, según Burke, si comparamos la producción de conocimiento entre nativos y extranjeros, el resultado es claro: «En filosofía, Bertrand Russell fue igualado por el austriaco Ludwig Wittgenstein, al igual que Michael Oakeshott por Isaiah Berlin. En historia, Edward Thompson por Eric Hobsbawm y Richard Sur por Lewis Namier. En antropología, Jack Goody por Ernest Gellner y en economía, John Maynard Keynes por Nicholas Kaldor. En historia del arte, no había ningún nativo que le igualara a Ernst Gombrich, y en sociología, definitivamente nadie con Norbert Elias».

Esta doble desprovincialización se dio cuando los exiliados y expatriados llegaron con nuevas formas de pensar a sus países anfitriones y, al mismo tiempo, fueron recibidos por otras novedosas formas de pensar y por un oleaje cultural diferente. Como dice Burke: «el exilio, y en menor medida, la expatriación, fue una educación para ambos lados de este encuentro». De este encuentro cultural surgió la desprovincialización del sujeto y, como consecuencia, una nueva personalidad, la del sujeto-híbrido-cultural capaz desplazarse entre la esfera del conocimiento y la cultura de dos pueblos completamente diferentes.

Este proceso de hibridación es más claro en las humanidades y las ciencias sociales. Por ejemplo, la consecuencia intelectual más importante del “gran éxodo” fue la desprovincialización tanto de los intelectuales como de las instituciones (*Kulturwissenschaftliche Bibliothek Warburg* y *The Institut für Sozialforschung* de Frankfurt). Después de ese encuentro, es decir, cuando volvieron a sus países, ni las escuelas ni los individuos retornaron igual.

Quizás la clave para la desprovincialización se encuentra en el planteamiento de Hugo de San Victor, monje del siglo XII:

“El hombre al que su tierra natal le parece dulce es todavía un tierno principiante; aquel para quien toda tierra es su tierra natal es ya fuerte; pero el hombre perfecto es aquel para quien el mundo entero es una tierra extraña. El alma joven ha fijado su amor en un lugar del mundo; el hombre fuerte ha extendido su amor a todos los lugares; el hombre perfecto ha apagado su amor”

(Edward Said, *Reflexiones sobre el exilio*, 2000)

Gaos tiene conciencia de las dificultades de ser-exiliado, y también de las carencias, porque no sabe lo que significa “perder” la lengua. Sin embargo, tiene razón cuando dice que, en algún punto de la existencia-filosófica de los filósofos exiliados y expatriados, es probable que hayan encontrado algún concepto parecido al de *em-patriado* en un país que para muchos se convirtió en su destino.

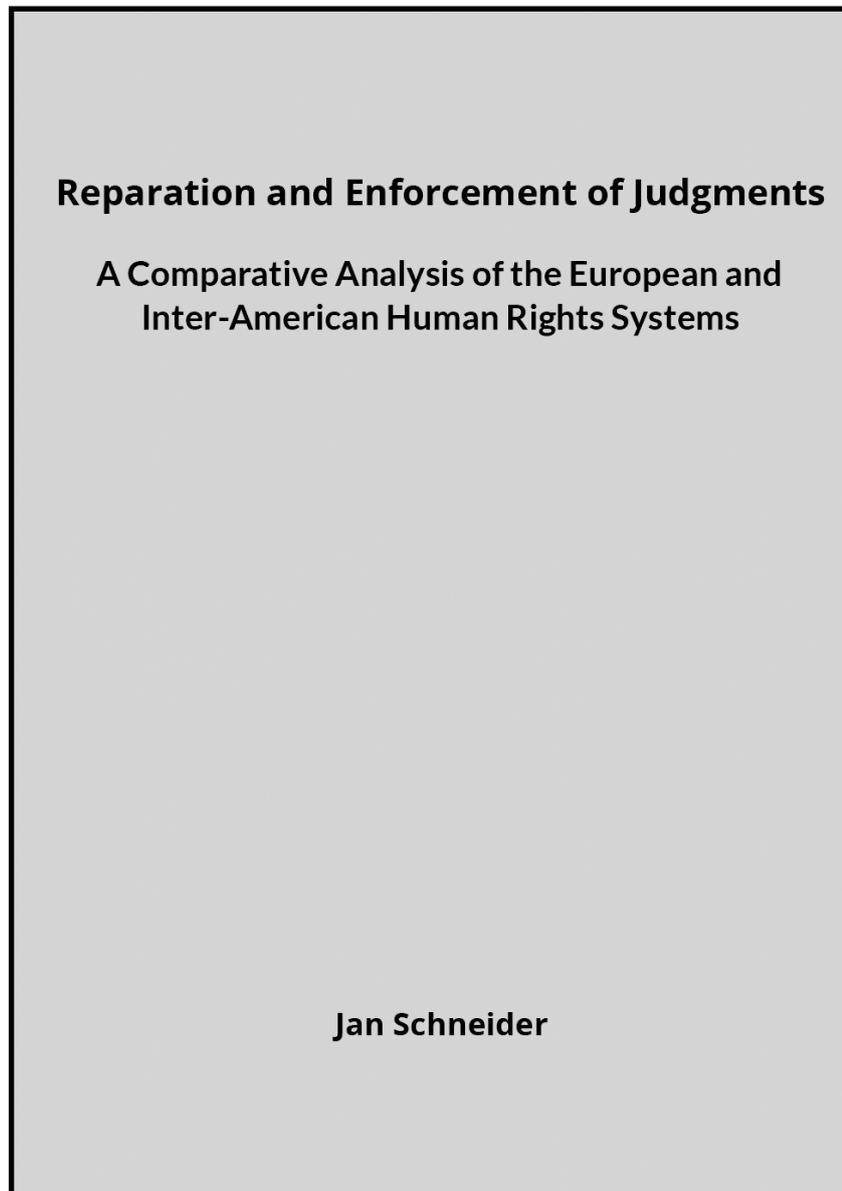
Burke, Peter. 2017. *Exiles and expatriates in the history of knowledge, 1500-2000*. Boston: Brandeis University Press

RESEÑA

Handwritten signature or stylized text in light gray.

REPARATION AND ENFORCEMENT OF JUDGEMENTS
A comparative analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems

Jan Schneider



*María Helena Carbonell Yáñez**

* Abogada. Máster en Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos de la Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. PhD(c) en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente contratada de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Consultora en temas de Derecho Internacional Público, derechos humanos y género.

Jan Schneider en el libro *Reparation and enforcement of judgements. A comparative analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems* nos entrega un estudio comparativo de la práctica de los órganos jurisdiccionales del sistema europeo e interamericano de protección de derechos. El autor se embarca en la tarea, poco sencilla, de analizar la eficacia de dichos sistemas al comparar las soluciones que han adoptado cada uno de ellos frente a problemas similares, en concreto, el bajo nivel de cumplimiento de sus sentencias. Siguiendo su línea de trabajo en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el autor presentó esta tesis doctoral en la Facultad de Derecho de Johannes-Gutenberg-Universität Mainz (Alemania); la misma que, posteriormente, fue publicada por GmbH.

El libro está compuesto de cuatro partes. La primera, brinda un acercamiento a la historia y estructura de los dos sistemas de protección de derechos humanos. Para el autor, a pesar de sus orígenes, estructuras y procedimientos similares, ambos tienen una concepción fundamental diferente. Así, el Sistema Europeo estaría basado en la presunción de que los Estados estarían dispuestos (de buena fe) a cumplir con lo ordenado por la Corte. Por su parte, los creadores del Sistema Interamericano habrían puesto menos fe en esa voluntad de los Estados americanos. Esta diferencia hace que los mecanismos de cumplimiento sean diferentes y tengan mayor o menor fuerza.

El segundo capítulo es una revisión de la reparación internacional bajo los preceptos convencionales y la práctica de los órganos de supervisión de cumplimiento. Un abordaje de Derecho Internacional es seguido por uno centrado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a través de una bibliografía balanceada entre doctrina y jurisprudencia internacional. Esto le permite aterrizar de lo abstracto a la práctica concreta de las cortes. La bibliografía está compuesta por un importante número de sentencias emitidas por la Corte Europea de Derechos Humanos y su contraparte americana que no sólo sirven para estudiar su cumplimiento, sino que brindan conceptos esenciales para el estudio de la estructura y funcionamiento de cada sistema.

El tercer capítulo analiza la ejecución de las sentencias partiendo del abordaje de la noción de “obligatorie-

dad” de las mismas a través de un estudio comparativo. Concluye, el autor, que el cumplimiento de las sentencias es bajo en Europa como en América. Reconociendo que no existen mecanismos de monitoreo perfectos, propone reformas en tres niveles: político, estructural y procedimental.

Es necesario recalcar la importancia del libro *Reparation and enforcement of judgements. A comparative analysis of the European and Inter-American Human Rights Systems* para el estudio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la región.

El análisis del cumplimiento de las sentencias no está en el foco de interés de la mayoría de tratadistas que trabaja sobre esta rama del Derecho. Si bien, las categorías de comparación no están siempre claras, los hallazgos permiten identificar algunos nudos problemáticos en el funcionamiento de cada uno de los sistemas. Desde un abordaje fundamentado, los aportes del autor serían de utilidad en los procesos de reforma en los que se hayan inmersos los dos tribunales.

Adicionalmente, Schneider presenta un diálogo fluido entre autores/as latinoamericanos y europeos que, aunque otorga mayor protagonismo a estos últimos, brinda una mirada global del problema planteado. Este trabajo brinda acercamientos desde el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Ciencias Políticas y las relaciones internacionales. Este permite entregar un trabajo con una mirada multidisciplinaria, yendo más allá del formalismo del Derecho.

Actualmente existen tres sistemas regionales de protección de derechos humanos con un órgano de carácter jurisdiccional con la facultad de declarar la violación de uno o más derechos, la responsabilidad del Estado y las medidas de reparación adecuadas. Al momento en que se publicó este libro, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos no había emitido un fallo en el que constasen medidas de reparación que el Estado debiera cumplir. En vista de esto, admite el autor, un posterior estudio necesario será aquel que incluya los fallos de la Corte Africana.

El libro de Jan Schneider está disponible en formato digital y físico.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos es la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas. *Cálamo* es una revista especializada en Estudios Jurídicos pensada para la comunidad científica y en general interesada por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten al conocimiento y análisis del Derecho, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

Política por secciones

Todas las contribuciones recibidas, una vez validadas por el Comité editorial de *Cálamo*, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares.

Dossier: Es la sección principal de revista. Los artículos que se publican bajo este rubro giran en torno a la temática principal que es el hilo conductor del número en cuestión. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los artículos deberán ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Ensayos: En esta sección se publican ensayos de diversas temáticas, independientes al tema central del Dossier. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los ensayos deberán ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho o figuras públicas vinculadas al escenario jurídico y político del país. Se recibirán entrevistas realizadas por académicos internos y externos a la institución. Las mismas deberán ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Serán privilegiadas aquellas entrevistas relacionadas con el tema central del *Dossier*.

Reseña: Es una breve evaluación crítica o análisis reflexivo de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Las reseñas deberán ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Resumen comentado de Obras: Es una evaluación crítica o análisis reflexivo de un texto o del conjunto de la obra de un autor reconocido. No se requiere respetar un criterio de actualidad de dichas obras. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los resúmenes deberán ser originales, inéditos y no estar postulados para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Normas de publicación

Requisitos para las secciones de Dossier, Ensayos y Resúmenes comentados de obras

- El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios, en español y en inglés.
- Los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título del mismo; en español y en inglés.

- El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Sin embargo, si el editor sugiere cambios serán aplicados en mutuo acuerdo.
- El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- La extensión de los artículos para *Dossier y Ensayo*, será de 30 a 45.000 *cce* (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros). Los *resúmenes de obras* tendrán una extensión de 25 a 30.000 mil *cce* (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).
- El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- El Departamento de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como “recibidos” y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus autores.

Requisitos para las secciones de Reseñas

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier, en el caso de las Reseñas:

- No deben contar con resumen.
- Deben presentar los siguientes datos técnicos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, páginas de que consta. Luego puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. Portada escaneada de la publicación.
- Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.
- Por último deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.
- Tendrán una extensión entre 3 y 5.000 mil caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros.

Orientaciones para los autores

Los artículos deben ser originales e inéditos, lo cual implica que, al momento de la recepción del artículo por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho no habrán sido entregados a otra revista para su evaluación y publicación.

El autor deberá remitir junto al artículo un FORMULARIO DE AUTOR que será facilitado por la coordinación editorial de la revista, donde especifique su grado académico/ institución a la que se encuentran vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o email). Además, debe indicar si desea que se publique su correo electrónico en el artículo.



P.V.P. US \$10,00

udla.