

Uso de la Fuerza y la Justicia: Desafíos Jurídicos ante la Violencia y los Derechos Humanos

Mauricio Enrique Pacheco
Brenda Viviana Guerrero Vela
Jaime Giovanni Rivadeneira Guijarro
Merck Benavides Benalcázar

F
EIECYT
EDICIONES

ISBN 978-9942-7233-7-6

| Ciencias Jurídicas |

**Uso de la Fuerza y la Justicia: Desafíos Jurídicos ante
la Violencia y los Derechos Humanos**

**Mauricio Enrique Pacheco
Brenda Viviana Guerrero Vela
Jaime Giovanni Rivadeneira Guijarro
Merck Benavides Benalcázar**

FIECYT EDICIONES | Quito - Ecuador | 2024

Equipo Editorial

Marcelo Remigio Castillo Bustos | Director Editorial | Responsable Científico
Luis Alberto Castillo Sánchez | Coordinador Editorial
Alba Guadalupe Yépez Moreno | Directora de Comunicaciones
Carlos Marcelo Castillo Sánchez | Asistente Editorial

Consejeros Editoriales

Martha Elena Báez Martínez | Camille Vilcacundo Yépez | Freddy Vinicio
Chancusig Ruiz |
Brenda Viviana Guerrero Vela | Julia Cecilia Amores Veloz | Edwin Orlando
Cando Villarreal | Carlos Wladimir Vilcacundo Yépez



La Biblioteca Digital de Acceso Abierto “FIECYT” es de propiedad de la
Fundación Internacional para la Educación la Ciencia y la Tecnología,
“FIECYT” [ACUERDO Nro. SENESCYT-SENESCYT-2023-0023-AC]

EDITORIAL FIECYT
Nº Radicación: 157059

Quito, Ecuador. América del Sur.
De Los Olivos y Pasaje E17C Urbanización Logroño
Correo electrónico: editorial.fiecyt@gmail.com

www.editorialfiecyt.org
www.fiecyt.org

Uso de la Fuerza y la Justicia: Desafíos Jurídicos ante la Violencia y los Derechos Humanos [Use of Force and Justice: Legal Challenges in the Face of Violence and Human Rights]

ISBN | 978-9942-7233-7-6

DOI | <https://doi.org/10.53877/fiecyt.LB.24.5>

Primera edición: | octubre 2024

Mauricio Enrique Pacheco
Brenda Viviana Guerrero Vela
Jaime Giovanni Rivadeneira Guijarro
Merck Benavides Benalcázar

Edición | FIECYT EDICIONES, 2024

Biblioteca Digital FIECYT, no 1

Impreso en Ecuador

DIRECCIÓN GENERAL DE LA OBRA | Marcelo Remigio Castillo Bustos

EDICIÓN GENERAL | Luis Alberto Castillo Sánchez

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN | Alba Guadalupe Yépez Moreno

PORTADA | Carlos Marcelo Castillo Sánchez

FIECYT EDICIONES, 2024

Fundación Internacional para la Educación la Ciencia y la Tecnología, "FIECYT"

De los Olivos y Pasaje E17C. Urbanización Logroño

Quito-Ecuador

+593 (02) 4510163

editorial.fiecyt@gmail.com

www.editorialfiecyt.com

www.fiecyt.org



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

Uso de la Fuerza y la Justicia: Desafíos Jurídicos ante la Violencia y los Derechos Humanos [Use of Force and Justice: Legal Challenges in the Face of Violence and Human Rights]

Primera Edición: 2024 Mauricio Enrique Pacheco©, Brenda Viviana Guerrero Vela©, Jaime Giovanni Rivadeneira Guijarro©, Merck Benavides Benalcázar©

Editorial: FIECYT EDICIONES
Materia Dewey: 345 - Derecho penal
Clasificación Thema: Derecho penal: penas adicionales
Público objetivo: General
Colección: Ciencias Jurídicas
Serie: Derecho penal
Soporte: Digital / Físico
Formato: PDF (.pdf)
Publicado: 2024-10-21
ISBN: 978-9942-7233-7-6

Disponible para su descarga gratuita en <https://n9.cl/6k9qq>
Este título se publica bajo una licencia de Atribución 4.0 Internacional (CC BY 4.0)

Forma sugerida para citar (APA 7)

Pacheco, M. E., Guerrero-Vela, B. V., Rivadeneira-Guijarro, J. G. y Benavides-Benalcázar, M. (2024). *El Uso de la Fuerza y la Justicia: Desafíos Jurídicos ante la Violencia y los Derechos Humanos*. Ed. FIECYT. Ecuador.
<https://doi.org/10.53877/fiecyt.LB.24.5>

ISBN: 978-9942-7233-7-6



<https://doi.org/10.53877/fiecyt.LB.24.5>

Constancia de revisión por pares

Se deja expresa constancia que, este libro fue sometido a un riguroso proceso de revisión en la modalidad de Revisión por Dobles Pares Ciegos [double-blind peer review]. Es decir, el manuscrito fue evaluado por expertos independientes en el campo, quienes no conocían la identidad de los autores, y a su vez, los autores no conocían la identidad de los revisores. Este proceso asegura la imparcialidad y la calidad académica del contenido presentado.

Responsable científico

Proof of peer review

It is expressly stated that this book was submitted to a rigorous review process in the Double-Blind Peer Review modality. That is, the manuscript was evaluated by independent experts in the field, who did not know the identity of the authors, and in turn, the authors did not know the identity of the reviewers. This process ensures the impartiality and academic quality of the expressed content.

Scientific Director

Contenido

CAPÍTULO I

TERRORISMO Y DELINCUENCIA COMÚN: UN FRAUDE DE ETIQUETAS	1
1.1 Generalidades sobre el terrorismo y la delincuencia común.....	2
1.2 Definición de terrorismo y la normativa internacional.....	4
1.3 La delincuencia común, delincuencia organizada y el terrorismo....	6
1.4 Diferenciación entre crimen organizado, delincuencia común y terrorismo.....	8
1.5 Relaciones entre crimen organizado y el terrorismo.....	9
1.6 Defensa nacional y seguridad pública.....	10
1.6.1 La militarización de las fuerzas policiales en el combate a la delincuencia.....	12
1.7 ¿Quién define lo que es terrorismo y terrorista?.....	14
1.8 La política criminal del estado frente al terrorismo.....	17
1.9 ¿Qué es la violencia política?.....	21
1.10 Estado de beligerancia interna.....	21
1.10.1 Elementos constitutivos de un conflicto armado interno.....	23
1.10.2 El Decreto N.111.....	27
1.10.3 ¿Por qué el Estado ecuatoriano declara la existencia de un conflicto armado interno?.....	30
1.11 El conflicto armado interno: condición previa de inmunidad jurisdiccional penal.....	32
1. 12 A manera de conclusiones.....	35

CAPÍTULO II

MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	39
2.1 La materialización de los derechos de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.....	40
2.2 Respecto del Código Orgánico Integral Penal.....	41
2.3 Principios en materia penal que se aplican a las personas de atención prioritaria.....	43
2.4 Principios generales.....	44
2.4.1 Carácter estatal del orden penal.....	44
2.4.2 Principio de mínima intervención.....	45

2.5 Principios procesales.....	46
2.5.1 Principio de dignidad humana y titularidad de derechos.....	46
2.6 Principio de legalidad.....	47
2.7 Principio de igualdad.....	48
2.8 Principio de imparcialidad.....	49
2.9 Principio de objetividad.....	50
2.10 Principio de garantías en caso de privación de libertad.....	52
2.11 Del tratamiento en la legislación penal de las personas con discapacidad.....	52
2.12 La responsabilidad penal de las personas con discapacidad.....	55
2.13 La inimputabilidad o inculpabilidad.....	58
2.14 Análisis de la administración de justicia en jueces ordinarios y de la Corte Nacional de Justicia respecto con personas con discapacidad	60
2.15 Evaluación de los jueces y la motivación en el acceso a la justicia	61
2.16 La formación y capacitación en sus funciones de operarios y administradores de justicia.....	64
2.17 Manual de Atención de Derechos de Personas con Discapacidad en Fiscalía, peritos y oficinas técnicas.....	67
2.18 Protocolos de acceso a la justicia para abogados: El acceso a la justicia de personas con discapacidad.....	69
2.19 Protocolo de uso de la fuerza pública de la Policía Nacional.....	72
2.20 El tiempo de vigencia de las normas relacionadas al acceso de justicia de las personas con discapacidad.....	80
2.21 Protocolo para Abogados en Atención a Personas con Discapacidad Intelectual o Mental (Psicosocial) en el Derecho Civil y Derecho Penal.....	81
2.21.1 Objeto.....	81

CAPÍTULO III

EL USO PROGRESIVO DE LA FUERZA POR LOS AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL Y LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO EXCLUYENTE DE LA ANTIJURICIDAD.....	96
3.1 El uso progresivo de la fuerza.....	97
3.2 La legítima defensa en el Derecho Penal.....	100
3.3 La legítima defensa como excluyente de la antijuricidad.....	104
3.4 El uso progresivo de la fuerza por los agentes policiales.....	107
3.5 El uso progresivo de la fuerza y la legítima defensa.....	117
3.6 El uso progresivo de la fuerza y el exceso de la legítima defensa...	122
3.7 A manera de conclusiones.....	131

CAPÍTULO IV

EL SICARIATO.....	133
4.1 El sicariato.....	134
4.2 Concepciones.....	135
4.3 El sicariato en el Ecuador.....	136

4.3.1 Concepto de delito.....	136
4.3.2 Concepto de tipo penal.....	136
4.3.3 La clasificación de los tipos penales.....	137
4.4 Los elementos del tipo penal sicariato.....	139
4.5 En el segundo aparato del Art.-143.Coip.....	139
4.6 Autoría y participación.....	140
4.6.1 Art.41.- Participación.....	140
4.6.2 Autoría directa.....	141
4.6.3 Autoría mediata.....	141
4.7 La utilización de menores de edad en los niveles de participación...	142
4.8 La inimputabilidad por minoría de edad frente a la responsabilidad penal.....	142
4.9 Quienes ejerzan poder un poder de mando en la organización delictiva.....	143
4.10 Circunstancias de la infracción penal.....	144
4.11 Definición de agravante en materia penal.....	145
4.12 La alevosía y fraude.....	145
4.13 Cometer la infracción por promesa o precio.....	146
4.14 Aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo, calamidad pública, fenómeno de la naturaleza para ejecutar la infracción.....	146
4.15 Cometer la infracción con la participación de 2 o más personas...	146
4.16 Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima...	147
4.17 Cometer la infracción total o parcialmente desde un centro de privación de libertad.....	147
4.18 Concepto de organización criminal.....	148
4.19 ¿Cuáles son las causas que inciden en la población de los niveles de violencia en el ecuador?.....	149
4.20 El sicariato y los estado de excepción.....	152
4.21 A manera de conclusiones.....	152
4.22 Recomendaciones.....	155
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	158

Prólogo

Este libro surge como respuesta a un contexto social y jurídico complejo, en el cual, los debates con respecto a la justicia, la seguridad y los derechos humanos se desarrollan cada vez con más fuerza. Como se sabe, la sociedad actual está marcada por cambios y transformaciones profundas, pero, efímeras; lo cual, tiene significativa influencia en el ámbito legal, así como también en las percepciones sociales respecto de dignidad, seguridad y responsabilidad social y estatal en los procesos inherentes a garantizar los derechos individuales y colectivos.

Hablar de seguridad y justicia en el mundo moderno, no es una tarea sencilla, dado que, los retos, tentaciones y contradicciones cambian y se transforman permanentemente. La presencia de terrorismo, delincuencia común y violencia, entre otras conductas antijurídicas entrelazadas con la defensa de los derechos humanos, se ha intensificado en la última década, a nivel mundial y particularmente en Ecuador. De ahí que, en esta obra se profundiza en los referidos aspectos, a través de un análisis crítico – propositivo con énfasis en aquellas situaciones que limitan el acceso a la justicia y confunden los límites del poder del Estado en su función primordial de garantizar el orden.

Al abordar la temática relacionada con el terrorismo y la delincuencia común, se insta a los lectores a reflexionar sobre el etiquetamiento y categorización de los medios de comunicación y del gobierno a los actos violentos. Es de considerar que, en innumerables ocasiones las bandas delictivas se ubican dentro de los estratos sociales más empobrecidos a vista y paciencia de gobiernos, que poco o nada hacen para mejorar la calidad de vida de sus ciudadanos. Delitos como: robos, asesinatos y secuestros, entre otros;

afectan directamente a la ciudadanía, a tal punto que, por temor se reducen significativamente las actividades sociales, turísticas e incluso laborales.

Por otra parte, considerando que la materialización de los derechos de acceso a la justicia de las personas con discapacidad constituye un reto fundamental de los sistemas judiciales en la contemporaneidad, los autores profundizan en la temática. Si bien, reconocen que los marcos legales han evidenciado importantes avances en reconocer los derechos de las personas con discapacidad, no es menos cierto que revela la existencia de marcada brecha entre el ideal y la praxis. Desde su perspectiva, es notoria la existencia de barreras físicas, comunicacionales y actitudinales, que, entre otras, debilitan su participación en los procesos judiciales, lo cual, no deja de ser un proceso de sistemática vulneración de derechos. Por consiguiente, resulta esencialmente necesario continuar reflexionando con respecto a la responsabilidad de los Estados en lo que respecta a educar y mejorar la inclusión en el ámbito judicial. Téngase en cuenta que, las personas con discapacidad tienen derecho a la justicia en igualdad de condiciones, respetando su dignidad y autonomía.

Con respecto al uso de la fuerza por parte de las instituciones del orden, se reflexiona también con la máxima minuciosidad, dado que, constituye un tema indispensable para el equilibrio entre la seguridad y los derechos. De ahí que, el uso progresivo de la fuerza por los agentes de la Policía Nacional, es analizado desde los principios de proporcionalidad y necesidad como guías fundamentales de la intervención policial. Si bien, la policía nacional tiene la responsabilidad de proteger a la ciudadanía, no es menos cierto que para esto, debe actuar dentro de los límites de la ley, lo cual, involucra el estricto respeto a los derechos humanos en todo momento y espacio. Considerando que hay situaciones sociales que escalan más allá de lo esperado y junto ello, se ha evidenciado abusos y excesos en el uso de la fuerza; los autores analizan los marcos legales nacionales e internacionales que regulan la actuación policial.

En este mismo orden de ideas, la obra analiza la legítima defensa como excluyente de la antijuridicidad, un principio que establece que no toda acción aparentemente, ilícita debe ser castigada, si está debidamente justificada en

función de las circunstancias. En este contexto, la legítima defensa emerge como un derecho fundamental en el sistema jurídico, pero, ha sido objeto de innumerables interpretaciones, a tal punto que, en ocasiones la víctima ha sido llevada a juicio por herir o asesinar a un agresor. Por tanto, los planteamientos con respecto a la legítima defensa, deben ser revisados cuidadosamente, de tal manera que, sirvan de base para ayudar a los afectados en el marco de la juridicidad de los hechos.

Se destaca que, los autores hacen un importantísimo recorrido reflexivo y crítico sobre las problemáticas planteadas, más todavía considerando la ágil dinámica de una sociedad que cambia y se transforma permanentemente. Su persistente búsqueda de planteamientos que coadyuven al equilibrio entre seguridad, justicia y derechos humanos es notoria a lo largo de todo el trabajo. Como se sabe, los retos sociales actuales son innumerables, pero, la reflexión y la propuesta constituyen génesis en la búsqueda de una sociedad más justa y equitativa.

Asimismo, dado que el sicariato está emergiendo como un fenómeno creciente, estrechamente relacionado con el crimen organizado y el narcotráfico; los autores marcan su posición y desde sus profundos análisis jurídicos abordan esta situación en la obra. Reconocen que, este método recurrente para resolver disputas entre bandas delictivas, intimidar a rivales y ejercer control en ciertos territorios, afecta seriamente a la dinámica social, incluso, en zonas donde los delitos actos delictivos eran mínimos. El referido tipo de homicidios por encargo, a más de evidenciar una creciente ola de violencia en Ecuador, revela la profunda vulnerabilidad de las instituciones encargadas de la seguridad y la justicia. Asimismo, se trata de una problemática delictiva estrechamente entrelazada con el terrorismo, la pobreza y la falta de oportunidades en el país.

Desde lo descrito en párrafos anteriores, se puede colegir que esta importantísima obra surge como un significativo aporte a los debates y reflexiones respecto de las problemáticas referidas. Téngase en cuenta, que no se trata de un trabajo superficial, sino de profundos análisis en contexto, lo cual, es característico de la academia y su mundo investigativo como

mecanismos para contribuir en la solución de problemas reales que están afectando a la sociedad; de ahí, su valor teórico, metodológico y práctico.

Los autores

Introducción

La implementación de los mecanismos más idóneos para garantizar seguridad y justicia para todos los ciudadanos, es una de las grandes responsabilidades de los Estados. Se trata con esto, de promover el desarrollo de una sociedad justa y equitativa, donde se pueda transitar, expresar y en su sentido amplio, vivir en un marco de pleno ejercicio de derechos. De ahí que, los debates en torno el terrorismo, la delincuencia, el acceso equitativo a la justicia y el uso legítimo de la fuerza, se han convertido en cuestiones centrales de las ciencias jurídicas en los últimos años. Las referidas problemáticas son analizadas en esta obra, desde una perspectiva integral, conectando conceptos y realidades que a menudo se abordan de manera fragmentada, pero que, en conjunto, reflejan las tensiones de los sistemas jurídicos y sociales contemporáneos.

En los actuales momentos, analizar el terrorismo y la delincuencia común desde sus concepciones esenciales y sobre la manera que han sido manipuladas en innumerables ocasiones para cumplir con objetos políticos o justificar medidas de control y represión, resulta de suma importancia. Asimismo, reconocer que los límites entre delincuencia común y terrorismo son difusos es necesario para evitar la estigmatización y administrar justicia de manera pertinente y con la máxima objetividad posible. Debe de tenerse en cuenta que, la expansión desmedida del término “terrorismo”, no solo genera distorsiones en las percepciones públicas, sino que, además, tiene consecuencias graves en la aplicación de la ley.

En cuanto a la materialización de los derechos de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, ha sido notoria la evaluación de los distintos marcos legales a nivel nacional e internacional en los últimos años, a partir de

la adopción de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. A pesar de esta evolución en materia de derechos, la presencia de barreras estructurales, sociales y actitudinales sigue limitando el acceso de estos ciudadanos a los sistemas judiciales. Desde esta perspectiva resulta indiscutible la necesidad de reflexionar que la igualdad ante la ley debe trascender desde el ideal hacia la praxis, lo cual, exige de profundas transformaciones en culturas y prácticas inclusivas en el ámbito judicial.

Con respecto al uso de la fuerza por parte de los agentes del Estado, constituye una temática de interés cuando de analizar la seguridad y justicia, se trata. De ahí que, los autores analizan minuciosamente los principios de legalidad, proporcionalidad y necesidad que deben guiar cada una de las intervenciones policiales. A pesar de que estos principios están legalmente establecidos, su aplicación en la práctica ha sido altamente cuestionada en Ecuador. Asimismo, se destaca que las situaciones que en ciertas ocasiones enfrentan los agentes policiales para salvaguardar la seguridad pública, son extremas, y esto ha derivado en una serie de complicaciones de orden jurídico.

Más allá, del análisis exhaustivo con respecto al marco legal existente sobre el uso progresivo de la fuerza en el contexto ecuatoriano, en la obra se reflexiona respecto de la importancia de una adecuada formación de los agentes policiales, así como también, sobre la supervisión necesaria para la correcta aplicación de este recurso, sin caer en prácticas de abuso de poder.

Dada la recurrencia en delitos de sicariato en Ecuador, analizar esta problemática emerge como una necesidad relevante. Sin duda, este tipo de violencia ha crecido a niveles alarmantes en determinadas regiones del país. El sicariato como un tipo de criminalidad compleja, impone desafíos a los sistemas de justicia, pero, principalmente a las fuerzas del orden, considerando también que, para el cometimiento de este delito, están recurriendo a menores de edad, dado que estos, no pueden ser imputados por el delito. Como se sabe, esta última problemática pone en evidencia la necesidad de formar fuerzas policiales especializadas para garantizar una adecuada aplicación de la fuerza.

Hay que destacar que el sicariato debería ubicarse dentro de un marco más amplio y complejo que el terrorismo y la delincuencia organizada, por su

naturaleza y modos de ejecución. En la actualidad, está siendo abordado de manera superficial, sin considerar sus verdaderas causas que no son de orden fenoménico, sino estructural; y está dinamizado por distintos factores, como: la pobreza, la corrupción, la falta de oportunidades para niños y jóvenes, entre otros, situaciones relacionadas con la marcada brecha social.

Desde lo anterior, se puede afirmar que los lectores encontrarán análisis críticos y reflexivos sobre los temas abordados en los diferentes capítulos de esta obra, dado que los autores, brindan una amplia mirada respecto de las problemáticas, así como, sobre sus relaciones que elevan el nivel de complejidad y ponen a Ecuador, en una situación compleja considerando que el estado es el responsable de garantizar seguridad y justicia para todos los ciudadanos en el marco de los derechos humanos.

Desde un enfoque interdisciplinario, los autores profundizan en las diferentes temáticas planteadas, y ofrecen una mirada completa sobre las relaciones e interrelaciones de la justicia penal, los derechos humanos y la actuación de estado, ofreciendo herramientas suficientes para un abordaje objetivo, pertinente y equilibrada de la justicia, el poder y los derechos humanos.

Los autores

CAPÍTULO I
TERRORISMO Y DELINCUENCIA COMÚN: UN
FRAUDE DE ETIQUETAS

1.1 Generalidades sobre el terrorismo y la delincuencia común

Una sociedad en riesgos, desde las definiciones originarias de los funcionalistas, son entendidas como sociedades en constante peligro sea por las nuevas amenazas o sea porque se actualizan las existentes, en un contexto complicado y complejo de globalización constante y reafirmativa que abarca el libre flujo de capitales, tecnología, bienes y servicios, información, también del delito y de la industria del terror concretizadas en el flujo de armas y sustancias e instrumentos letales capaces de causar grandes estragos en sociedades no solo de primer mundo sino de otras que se cree están mejor blindadas, daños particularmente impredecibles y muy difíciles de contener.

Es menos frecuente la participación en solitario de individuos concretos o grupos minúsculos de agentes delictivos en actos delincuenciales graves con efectos en la seguridad ciudadana o en la soberanía estatal. Hoy los grupos de riesgo se activan en organizaciones de mucha complejidad y relacionadas con niveles de interacción que sobrepasan las capacidades del Estado en las tareas de control social. Los niveles de violencia, como en el caso del Ecuador, denotan disciplina y control de mando sin precedentes en la historia delictiva nacional lo que deriva en una elevada percepción de inseguridad que disminuye la confianza en el poder estatal y en la utilidad de las políticas de represión y prevención desplegadas¹. La negativa percepción de los riesgos generados por el accionar de las agrupaciones delictivas violentas en nuestro escenario social demandan la implementación, entre otras medidas, de una reestructuración legal y de política criminal que entienda la complejidad del proceso de producción del delito y de la violencia.

Es notoria la tendencia progresiva de ausentismo estatal en su papel de regulador, controlador y administrador de riesgos sociales y responsable del despliegue de políticas neutralizadoras de conductas criminales en áreas de mayor peligro que deberían ser objeto de atención prioritaria del estado. El espacio de control dejado por el Estado es asumido por los que deberían ser

¹Voz de América. Ecuador es el país más inseguro de Latinoamérica, según Gallup:

“Un porcentaje abrumador del 64 % de ecuatorianos dicen sentirse inseguros en su país, ante un 35 % que no ve problema en la seguridad pública, según un reporte presentado este viernes por la encuestadora Gallup que ubica a Ecuador como el más inseguro de Latinoamérica. La encuesta realizada a finales de 2022 indica que a la par del clima de inseguridad, los ecuatorianos también pierden confianza en la policía y el sistema de justicia. La baja es considerable al comparar que en 2022 sólo el 41 % tiene confianza plena en las fuerzas de orden, y un 24 % confía en el sistema judicial” Recuperado de: <https://n9.cl/i3myz9>

controlados y a los que, hasta hace poco, el Estado supervisaba directamente, como es el caso de las actividades agroexportadoras, por ejemplo, agravadas por las políticas de privatización de ciertas áreas en los principales puertos de exportación del país².

Podríamos afirmar que el narcotráfico como riesgo tiende a concentrarse principalmente en las actividades del sector productivo formal pero las políticas de neutralización y control han demostrado la nula o mínima incidencia (al menos no existe evidencia empírica en contrario) sobre la efectividad en el espectro de la prevención de delitos. Sin embargo, no son estos riesgos los que generan en la población la sensación de peligro e inseguridad sino la cada vez más visible y sofisticada tecnología digital y electrónica, las prácticas comerciales y financieras dominadas por los estados industrializados cuya tecnología y los materiales que emplean en la producción de muchos de sus productos se encuentra fuera del alcance controlador estatal³.

En esta línea, la delincuencia organizada y el terrorismo, cuyos efectos violentos de su presencia son registrados y amplificados por los medios de comunicación, se ubica como la principal fuente de preocupación nacional e internacional. Ambos fenómenos, potencializados por líneas de frontera muy porosas, tienen el libre tránsito y permanencia para el desarrollo de actividades de organización de bandas, creación de rutas de acceso, lavado de activos, extorsiones y otras actividades ilícitas. Con la palabra terrorismo no nos vamos a referir a la clásica definición o denominación que utilizan los instrumentos internacionales o la misma legislación nacional, verbigracia, terrorismo como fenómeno nacionalista, o como expresión de un proyecto político de extrema izquierda o extrema derecha. Más bien el enfoque cuadra en lo que se conoce como terrorismo de delincuencia común, no muy regulado por la norma internacional, pero que, de las evidencias observadas en los operativos de seguridad, existe la utilización de tecnologías de avanzada en la realización de sus operaciones delictivas, así como la utilización de armamento bélico con niveles de sofisticación igual o superior los que tienen las fuerzas policiales y de seguridad del Estado.

²PRIMICIAS. Diario. Septiembre 4 del 2024. Aumenta en 41% la incautación de cocaína en puertos marítimos. “La mayor parte de la cocaína que llega a territorio europeo procede del puerto de Guayaquil, sostuvo Johansson. En 2022, la mayoría de la cocaína incautada en los puertos marítimos ecuatorianos (42,7 toneladas) se encontró en el Puerto Marítimo de Guayaquil, sostiene la Dirección Nacional de Investigación Antidrogas de la Policía Nacional. La mayor parte de la cocaína incautada, el 61%, se encontró en cargamentos de banano. Le siguen los de cacao, piñas, silicato de calcio, camarón y alimento de camarón.” Recuperado de: <https://n9.cl/i6sifm>

³LA HORA. Diario. Septiembre 27 del 2023. Puertos marítimos de Ecuador son considerados “centros logísticos” del tráfico de droga. “. En lo que va de 2023, en Ecuador se han decomisado 154 toneladas de droga. 48 toneladas fueron incautadas en los puertos del país. La ruta de la droga se afianza en los puertos marítimos de Ecuador, que ha dejado de ser de tránsito y ya es considerado productor de drogas. El país tiene 10 puertos marítimos, pero solo en dos hay escáneres (ver recuadro) para detectar droga.” Recuperado de: <https://n9.cl/ujda6m>

El objetivo de este trabajo busca describir los hechos desatados desde el Estado ecuatoriano que llevaron a la declaratoria de guerra contra el terrorismo y las consecuencias que en el ámbito del Derecho penal conllevan estas medidas en el contexto del estado constitucional de derechos y justicia. Pretendemos aportar la idea de que la utilización de políticas propias de un estado guerra tiene más finalidades políticas que militares, que no prioriza el combate al terrorismo y que la necesidad de contar con un estatuto de inmunidad para las fuerzas armadas ha sido el cambio motivacional en la intervención de las fuerzas armadas. Pretendemos no anticipar o calificar la efectividad de esta política, sino analizar el encuadre con la normativa jurídico-constitucional⁴.

1.2 Definición de terrorismo y la normativa internacional

El terrorismo se ha convertido en un fenómeno global que ha desbordado los límites territoriales de los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas y que, por ende, siendo una amenaza para la paz mundial, la ONU adopta regulaciones orientadas al diseño de estrategias nacionales de enfrentamiento con este fenómeno dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales. La Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el Terrorismo, adoptada por la Asamblea General el 8 de septiembre de 2006 es una muestra de esa preocupación.

La Asamblea General de las Naciones Unidas utiliza frecuentemente el siguiente concepto de terrorismo:

Actos delictivos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas que son injustificables en todas las circunstancias, cualesquiera que sean las consideraciones políticas, filosóficas, ideológicas, raciales, étnicas, religiosas o de cualquier otra índole que se hagan valer para justificarlos⁵.

Una recomendación adoptada en la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (RES/2178 (2014) conmina que “[...] en relación a los combatientes terroristas extranjeros, los Estados Miembros

⁴Human Rights Human. Carta al presidente Noboa sobre el “conflicto armado interno” y las violaciones de derechos humanos en Ecuador. “El 9 de enero de 2024, usted aprobó un decreto que anunciaba un “conflicto armado interno” contra 22 grupos criminales que operan en Ecuador, a los que su gobierno calificó de “terroristas”. [4] Ordenó a las Fuerzas Armadas realizar “operaciones militares, bajo derecho internacional humanitario y respetar los derechos humanos para neutralizar” a estos grupos. [5]” Recuperado de: <https://n9.cl/6ealc>

⁵Declaración de las Naciones Unidas de 1994 sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional. Anexo de resolución de la Asamblea General de la ONU 49/60, “Medidas para eliminar el terrorismo internacional”, 9 de diciembre de 1994.

deben prevenir la radicalización que conduce al terrorismo, frenar el reclutamiento, dificultar los viajes de combatientes terroristas extranjeros, obstaculizar el apoyo financiero a los combatientes terroristas extranjeros.”⁶

De manera similar, la Resolución 1373 (2001) Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4385^a sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001 exhorta a los estados miembros a la prevención y combate al terrorismo, a que persigan sus fuentes de financiamiento nacional e internacional; que sus legislaciones tipifiquen y repriman los actos considerados terroristas y su financiamiento, que vigilen que los estatutos de refugiados no impliquen un mecanismo de encubrimiento de actividades terroristas y que, según el numeral 3,4, y 5, se:

[...] 4. Observa con preocupación la conexión estrecha que existe entre el terrorismo internacional y la delincuencia transnacional organizada, las drogas ilícitas, el blanqueo de dinero, el tráfico ilícito de armas y la circulación ilícita de materiales nucleares, químicos, biológicos y otros materiales potencialmente letales, y a ese respecto pone de relieve la necesidad de promover la coordinación de las iniciativas en los planos nacional, subregional, regional e internacional, para reforzar la respuesta internacional a este reto y amenaza graves a la seguridad internacional;

5. Declara que los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que financiar intencionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a dichos propósitos y principios de las Naciones Unidas [...]”⁷

De esta forma, podemos anticipar que existe una demarcación que diferencia a la delincuencia común y a los actos terroristas. El tráfico de drogas, de armas, sustancias químicas, materiales nucleares considerados peligrosos tanto en su uso como en su enajenación sin que medie la autorización del Estado, son consideradas formas de terrorismo si para su realización utilizan el miedo, el uso de la violencia y del terror, descartando la posibilidad de que se usen motivaciones y justificación de carácter político, ideológico o religioso, lo que fue ratificado por la Resolución 1566 de 8 de octubre de 2004, del Consejo de

⁶S/RES/2178 (2014). Consejo De Seguridad de la ONU. Recuperado de: <https://n9.cl/8zwutz>

⁷Organización de las Naciones unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1373 (2001). Numerales 3,4,5. Recuperado de: <https://n9.cl/avrds>

Seguridad de ONU Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas⁸ de la que el Ecuador es parte.

En este sentido, la Comunidad Europea en la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo se decide igualmente en relación a los combatientes terroristas extranjeros frenar el reclutamiento, los viajes de combatientes terroristas extranjeros y eliminar el apoyo financiero a los mismos. Además, extiende la responsabilidad penal de los entes corporativos como sujeto activo del delito de terrorismo y de financiación del terrorismo. Cabe mencionar que el modelo europeo adoptado como sistema de imputación penal a las personas físicas y jurídicas difiere del modelo norteamericano en relación con el mismo tema. En Estados Unidos prima el tratamiento de terrorismo como un conflicto bélico, como una guerra en términos de seguridad nacional mientras que en Europa el terrorismo tiene un tratamiento delictivo, de delincuencia común que debe tener como respuesta la aplicación de la normativa penal común. (Torres, 2019)⁹

En la actualidad prevalece el criterio de la inexistencia de una definición exacta y consensuada de lo que puede considerarse como terrorismo. Es un debate que pervive hasta nuestros días por las dificultades a la hora de ser precisado conceptualmente. Ni las Naciones Unidas han podido determinar el contenido del término terrorismo, pese a trabajar más de sesenta años produciendo normas internacionales que abordan los delitos relacionados con el mismo, creando una multiplicidad de alternativas de justicia penal para que los autores de delitos de terrorismo, o los que planifiquen y preparen sean sometidos a la justicia de cada estado parte.

1.3 La delincuencia común, delincuencia organizada y el terrorismo

El proceso de militarización de la seguridad pública policial es un fenómeno agudizado por la emergencia de “nuevas amenazas” sociales y económicas, y por la disminución de la capacidad operativa de las fuerzas policiales, percepción constituida en argumento recurrente en el discurso político de

⁸Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1566 de 8 de octubre de 2004. “3. Recuerda que los actos criminales, inclusive contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto, o a abstenerse de realizarlo, que constituyen delitos definidos en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos al terrorismo y comprendidos en su ámbito, no admiten justificación en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar e insta a todos los Estados a prevenirlos y, si ocurren, a cerciorarse de que sean sancionados con penas compatibles con su grave naturaleza»”

⁹Torres, (2019). La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de terrorismo: El terrorismo, ¿riesgo en el tráfico jurídico y empresarial? Universidad de Almería. Recuperado de: <https://acortar.link/CEecte>

grupos de presión social para quienes la intervención castrense, o de las fuerzas armadas, es la solución final del fenómeno de seguridad generado por el crimen organizado y el terrorismo. Exigencias que, por cierto, no enfatizan una multitud de aspectos colaterales que deben tomarse en cuenta como, por ejemplo, el proceso de preparación y especialización a corto y mediano plazo al deben someterse las fuerzas de seguridad militar.

El crimen organizado abarca una infinidad de manifestaciones criminológicas que son casi imposibles de definir por el extenso abanico de delitos derivados de esta denominación y porque el despliegue de esta actividad incluye sujetos activos cambiantes, individuales y asociados, que adiciona elementos de complejidad mayor que contaminan el funcionamiento y ejercicio de las atribuciones del Estado como garante de la paz, estabilidad económica, democrática e institucional y la vigencia de los derechos fundamentales.

Característica evidenciable del crimen organizado es el carácter transnacional del mismo en razón de que la materialización de su actividad delictiva se verifica a través actividades como el tráfico de drogas, lavado de activos, trata de personas, migración ilegal, contrabando, tráfico de armas y explosivos, entre otros. El crimen organizado opera a través de las redes de abastecimiento, circulación de capitales, personas y productos, tienen una compleja infraestructura nacional e internacional que les permiten las operaciones logísticas y financieras, modos pacíficos o violentos de aseguramiento y protección de redes de tráfico y lavado de activos. Despliegan mecanismos de cooptación de miembros de la fuerza pública, de jueces y fiscales de la administración de justicia, de los profesionales del derecho, de políticos que pagan sus campañas electorales con dineros del narcotráfico en el marco de una compleja red de corrupción en la contratación pública¹⁰.

El crimen organizado funciona desde dos estructuras complementarias: desde los grupos estructurados que controlan la producción ilícita y la delincuencia organizada que funciona en los mercados ilegales cuyos componentes son personas con calidad de operadores de segundo plano, intermediarios, vendedores, distribuidores o dependientes de las grandes cúpulas de los grupos criminales. La lucha contra el crimen organizado se ha concentrado casi exclusivamente en la anulación y represión a los componentes secundarios de los negocios ilícitos.

¹⁰Basabe, S. PRIMICIAS. Diario de septiembre 4 de 2014. Artículo. ¿Opera una mafia en Ecuador? PRIMICIAS. Diario. “Con lo dicho, en Ecuador lo que aparentemente opera es una oferta ilegal de servicios judiciales, tanto para delincuentes contumaces como para “ciudadanos de bien” que están dispuestos a pagar a los abogados del momento. No importan los nombres de los “juristas” que actúan como intermediarios. Eso es secundario. Lo que sí se mantiene estable es la maquinaria en la que se procesan los hechos delictivos y allí están, indudablemente, jueces y fiscales” Recuperado de: <https://n9.cl/4v5eap>

Las cúpulas criminales, siempre resbaladizas a la justicia penal, desplazan hacia otros mercados nacionales o entrenan nuevas estrategias de comercialización en la exportación de drogas que vuelven ineficaces las políticas de combate al narcotráfico. Dice la UNODC¹¹ “[...] Si esos particulares son detenidos y encarcelados, las actividades continúan, porque el mercado ilícito y los incentivos que genera se mantienen. Para resolver los problemas de la delincuencia organizada transnacional, es necesario comprender la escala en que operan estos mercados [...]”. Es decir, el mercado y las rutas de aprovisionamiento son mucho más importantes que las propias agrupaciones que operan porque la delincuencia organizada transnacional no es creada por las personas sino por el mercado que la controla. Mientras exista demanda en los mercados de los países más desarrollados no dejará de existir la oferta desde los países de economías más pequeñas con sistemas de supervisión y control mínimo en fronteras y puertos de embarque.

Al mismo tiempo que los grupos delincuenciales configuran o reestructuran el mercado en el que operan, la delincuencia organizada reparte violencia e impone terror como formas de consolidación de las rutas de comercialización y lavado de ingresos. El costo en vidas humanas es muy alto principalmente en los países identificados como exportadores de droga, como el Ecuador, aunque las ganancias del ilícito irónicamente se quedan en un gran porcentaje en los países consumidores donde existen poderosos engranajes convertibles del dinero sucio.

1.4 Diferenciación entre crimen organizado, delincuencia común y terrorismo

En términos por demás generales, la diferenciación es importante a efectos de precisar y particularizar las políticas criminales de combate y prevención que deben tomar particular nota de las características funcionales de estas organizaciones.

Según Daniel Darío Rodríguez¹², Investigador en la Universidad Del Salvador, Argentina, las variables a utilizarse para resaltar las diferentes características que tienen estos fenómenos delictivos las podemos resumir en las siguientes:

¹¹Rodríguez, (2019). El involucramiento militar en materia de seguridad pública: una cuestión inconclusa que se reinstala en Latinoamérica ante el desafío del crimen organizado transnacional. Investigador en la Universidad Del Salvador, Argentina. Recuperado de: <https://n9.cl/g6hj6q>

¹²Rodríguez, D (2019). El involucramiento militar en materia de seguridad pública: una cuestión inconclusa que se reinstala en Latinoamérica ante el desafío del crimen organizado transnacional. Revista Cielo. Estado y comunes, revista de políticas y problemas públicos versión On-line ISSN 2477-9245versión impresa ISSN 1390-8081. Recuperado de: <https://n9.cl/1vd00v>

1. Respecto de la naturaleza de la actividad que realizan. El delito común es depredatorio. Ataca a su víctima, la consume, le arrebatada o se apropia de sus productos. El crimen organizado tiene visión más empresarial porque produce nuevos productos y procedimientos de comercialización para satisfacer un mercado.
2. En relación al modo de intercambio que opera, vemos que en el delito común existe una relación de violencia involuntaria en la relación entre víctima y victimario. En el crimen organizado la relación es consensual y existe coparticipación voluntaria entre las partes por medio del intercambio de productos ilegales con beneficio mutuo.
3. En función de la relación entre los participantes, en el delito común es ineludiblemente unilateral. Debe haber una víctima y un victimario. En el crimen organizado, en cambio, es bilateral en la una de las partes recibe un producto y la otra recibe un pago por el producto ilegal.
4. Con relación a la identificación de la víctima, en el delito común la diferenciación entre quien es víctima y victimario es de fácil reconocimiento; en el crimen organizado no existen diferenciaciones claras. Existen cómplices o encubridores, alguien quien demanda y otro quien oferta. Incluso en mercancías humanas comercializadas entre ofertantes y demandantes, como en el caso de trata de personas.
5. Respecto a cuál es el objeto de la sanción, en el delito común la pena recae en el victimario; en la delincuencia organizada no tiene lineamientos fijos. Se cae en la corresponsabilidad o coautoría, con más claridad en delitos como la trata de personas y tráfico de migrantes.
6. En relación con la promoción de los productos ilícitos, el crimen organizado instrumentaliza mecanismos de promoción y defensa de sus actividades y de redes de cooptación de agencias estatales que se encargan de la represión de estos delitos. La delincuencia común tiene la característica de ser muy improvisada y muy coyuntural.

1.5 Relaciones entre crimen organizado y el terrorismo

Lo importante es diferenciarlos y subrayar sus semejanzas.

1. Muchas legislaciones latinoamericanas no tienen un tratamiento diferenciado para estos dos fenómenos delictivos. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional incluyó al terrorismo como una de las manifestaciones del crimen organizado transnacional.
2. La delincuencia organizada tiene una estricta finalidad económica y ganancial, mientras que el terrorismo tiene fines políticos de desestabilización de las estructuras estatales mediante la utilización de la violencia y el terror.

3. En relación con los fines, el terrorismo no tiene otra alternativa que recurrir al empleo de la violencia y el terror como premisa fundamental de su estrategia. Para el crimen organizado el empleo de la violencia es un recurso de última instancia.
4. El terrorismo tiene como finalidad destruir las estructuras del Estado o alterarlas de acuerdo a su conveniencia; la delincuencia organizada utiliza al estado para la realización de sus fines de beneficio económico, a través de la cooptación de sus funcionarios vía corrupción.
5. El terrorismo busca aterrorizar a la sociedad y paralizarla, si es del caso; el crimen organizado la utiliza como un mercado en donde oferta sus productos ilícitos.
6. El terrorismo busca propaganda y ser visible por toda la sociedad nacional e internacional, con la ayuda de los medios de comunicación; el crimen organizado adopta una estrategia de invisibilidad. Hacer negocios, ganar dinero en silencio.

1.6 Defensa nacional y seguridad pública

En nuestro país, como advertimos en otro lugar del artículo, múltiple y persistente fue el llamado a la intervención de las fuerzas armadas en las tareas de represión a organizaciones delictivas. Tampoco han sido pocas las advertencias realizadas por diversos sectores tanto de la ciudadanía, partidos políticos, académicos sobre la conveniencia de dotar de capacidades a la fuerza militar para intervenir en actividades propias de las fuerzas policiales.

Recordemos que la fuerza pública, compuesta principalmente por policías y militares, tiene asignaciones constitucionales y legales muy específicas. Las Fuerzas Armadas se encargarán de la defensa nacional y las fuerzas policiales se destinarán para garantizar la seguridad pública, y solo en determinados casos puntuales y de excepción, fijados por la Constitución, pueden constituirse en fuerzas de apoyo recíproco¹³.

Esta diferenciación muy general de las fuerzas armadas y las fuerzas policiales obedecen a la naturaleza distinta de sus misiones institucionales lo que permiten concluir provisionalmente que para el cumplimiento de sus objetivos se requiere de dos políticas públicas radicalmente diferentes igualmente fundamentadas en la naturaleza de los fenómenos sociales que deben atender en el ejercicio del legítimo monopolio del uso de la fuerza que tiene el Estado para mantener el orden público y combatir sus amenazas. Desde esta perspectiva, la seguridad pública protegerá las libertades,

¹³Constitución de la República del Ecuador. Artículos 158 y Artículo 163.

Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público Ley 0 Registro Oficial Suplemento 19 de 21-jun.-2017. Art. 60, 61, numeral 11.

garantías y derechos fundamentales de todos los habitantes del país: la defensa nacional se orientará al despliegue de actividades encaminadas a garantizar la existencia institucional y física del Estado, su soberanía e independencia frente a las amenazas externas e internas en el marco de la Constitución y de los convenios internacionales, especialmente de derecho humanitario.

Estas dos realidades que afronta un Estado de derechos y que responden a fenómenos sociales distintos, deben igualmente organizarse y responder con mecanismos, objetivos, medios y estrategias diferentes porque defensa nacional y seguridad pública tienen escenarios de actuación con muy pocos elementos en común y por tanto, con capacitación, formación, desarrollo de habilidades, de observancia de la leyes, apegos doctrinarios, de programas de entrenamientos y políticas estatales diametralmente opuestas y especializadas.

Las esferas de estas dos realidades están perfectamente marcadas: la una es entrar y hacer la guerra al enemigo y la otra es proteger a los habitantes y combatir el delito; las fuerzas armadas para la defensa nacional y la policía se encarga de la seguridad pública. Cada una de estos ámbitos de actividades requiere procesos de formación, operación y logística, tipo de armas, equipamiento técnico, alianzas estratégicas, experiencia institucional acumulada, etc., que tienen muy poco en común, aunque pueden en determinados casos excepcionales coordinar tareas conjuntas.

La misión institucional determina la configuración estructural de cualquier fuerza de intervención estatal de tal forma que, si una institución determinada es la encargada de asegurar el goce de los derechos ciudadanos y de combatir a la delincuencia, entonces las fuerzas policiales son las llamadas a desplegar toda su infraestructura y sus recursos para el cumplimiento de este objetivo. La capacitación del personal policial cae dentro de esta lógica de especialización profesional y debe asegurar los recursos humanos, estructuras de investigación, inteligencia, doctrinas y orientaciones legales, predisposición psicológica, competencias en el marco de la ley y la constitución, para actuar bajo criterios de proporcionalidad, legalidad, mínima intervención, uso progresivo de la fuerza y de las armas letales. La policía tiene memoria institucional que se va reproduciendo y consolidando para reprimir y combatir dentro del intrincado y complejo marco de la normatividad penal y constitucional, en escenarios predominantemente urbanos en los que se

requiere el apego irrestricto a protocolos y procedimientos ya institucionalizados¹⁴.

Por el contrario, las fuerzas armadas han sido desde tiempos inmemoriales creadas y diseñadas para la defensa de la integridad territorial, de la independencia y la soberanía. Su formación tiene como lineamiento fundamental el combate al enemigo en un marco de estado de guerra. Busca la destrucción y aniquilamiento del mismo sin más limitaciones que las impuestas por el derecho humanitario. El uso de la fuerza, en este sentido, no tiene límites. Esta delicada misión difiere de la encargada a las fuerzas policiales porque no requiere de preparación legal y física que el combate a la delincuencia exige, especialmente porque la actuación policial está limitada por un marco de exigencias cuyos excesos o imprecisiones pueden ser constitutivos de delitos.

Es mucho más frecuente ver a cientos de policías inmersos en procesos penales a consecuencia de procedimientos inobservantes de la ley y de principios básicos como el de proporcionalidad, de legalidad, derecho a la vida, a la libertad e integridad física. Sin embargo, a los militares se los procesa con muchísima menos frecuencia por actos propios de su misión institucional, aunque policías y militares tienen fueron común¹⁵. En conclusión, existen dos naturalezas incompatibles con la realidad de sus misiones institucionales que requieren formación, capacitación, armas e investidura doctrinaria e ideológica completamente diferentes. Pero cabe preguntarnos ¿cuál es el punto de inflexión para que el Estado requiera de las fuerzas armadas su participación en el combate a la delincuencia organizada?

1.6.1 La militarización de las fuerzas policiales en el combate a la delincuencia

Existen ciertos principios que deben tenerse en cuenta a la hora de invocar la participación de las fuerzas armadas en el combate a la delincuencia:

¹⁴Hernández Alvear, González Garzón, Sandoval Vallejo. «¿Pueden las fuerzas armadas intervenir en el crimen organizado transnacional?». USFQ Law Review, Vol 9, no 2, octubre de 2022. pp. 19 - 39, DOI:10.18272/ulr.v9i2.2753 “Además, en virtud de la racionalidad del medio empleado en el uso de la fuerza, cada una de las entidades cuenta con un armamento acorde a sus funciones empleadas. Esto se puede evidenciar en el artículo 16 del Reglamento sobre Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios; en el que se prescribe que las armas de fuego restringidas a la Policía Nacional son las carabinas de repetición, revólveres hasta el calibre 38, gases de empleo de la Policía Nacional, subametralladoras y pistolas semiautomáticas de hasta calibre 9mm33. En cambio, en el mismo cuerpo normativo, en el artículo 15 se especifica que las armas apropiadas para las F.F.A.A, son los cañones, tanques de guerra, granadas de mano, lanzagranadas, bombas de aviación³⁴, entre otras más que puedan ser de uso para la guerra y proteger la integridad territorial. <https://acortar.link/yDe0pa>

¹⁵Constitución de la República del Ecuador. Art. 160: “Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional serán juzgados por los órganos de la Función Judicial; en el caso de delitos cometidos dentro de su misión específica, serán juzgados por salas especializadas en materia militar y policial, pertenecientes a la misma Función Judicial. Las infracciones disciplinarias serán juzgadas por los órganos competentes establecidos en la ley”

1. Cuando la complejidad y la intensidad de las actividades de la delincuencia organizada ha desbordado las capacidades de las fuerzas policiales para su combate. Esta ayuda militar tiene el carácter de subsidiaria o complementaria limitada por el tiempo.

2. En varios países latinoamericanos la intervención militar no fue una solución al problema del crimen organizado, ni disminuyó efectivamente los índices de delincuencia en los niveles que se esperaban. Esto porque, entre otras causas, hubo excesos que cayeron en el campo de las violaciones de derechos humanos, uso ilegítimo y desproporcionado de la fuerza, desconocimiento de la ley penal material y procedimental, cooptación de miembros de las fuerzas armadas como integrantes de los grupos delincuenciales.

3. En materia de combate al narcotráfico, en muchos países latinoamericanos la intervención militar migró del carácter transitorio a una de carácter permanente con resultados que no han sido significativos. Algunos los califican como el mayor fracaso que ha tenido una intervención militar. Rodríguez, D (2019), citando a varios autores norteamericanos que escriben sobre el mismo problema en Estados Unidos y Latinoamérica, dice:

[...] Pero, al enfocar el “fundamento” más importante del involucramiento castrense en seguridad pública —el combate al narcotráfico— es donde aparecen los mayores fracasos y riesgos del involucramiento militar: “la evidencia indica claramente que estas políticas [...] no han producido impactos significativos [...] En suma, existe una brecha enorme entre los objetivos declarados y los resultados concretos que se han logrado desde que se lanzó las ‘guerras contra las drogas’ al inicio de los 70” (Youngers y Rosin, 2005, p. 13)”¹⁶

4. Igualmente Rodríguez, D (2019)¹⁷ advierte que doctrinariamente a los Estados Unidos les ha convenido militarizar las fuerzas policiales para el combate de la delincuencia interna generando desigualdades presupuestarias entre ambas instituciones, siendo las fuerzas policiales las perjudicadas al ser absorbidas jerárquicamente por los militares. Estos puntos calientes han generado conflictos que lejos de solucionar el problema del crimen organizado han terminado desestabilizando a las dos instituciones por los problemas de violación a los derechos humanos incrementando una fuente más de inestabilidad social y política.

5. El proceso de militarización de la fuerza policial también tiene su origen en los intereses promocionales que tienen los gobiernos extranjeros, como los

¹⁶Rodríguez, D (2019), Ob. Cit.

¹⁷Rodríguez, D (2019), Ob. Cit.

Estados Unidos¹⁸, porque pretender pasar desapercibidos y por lo menos no volverse tan visibles en el grado de corresponsabilidad que tienen en relación con el problema del narcotráfico, es un mecanismo de promoción política interna de esa nación. La militarización tiene el efecto de adelantar las barreras fronterizas de los EE.UU. para el combate al narcotráfico. Prefieren eliminar los riesgos teniendo como escenario directo de la guerra el territorio de los países exportadores de droga antes que diseñar operativos de control de las rutas de ingreso en su territorio porque le significaría ingentes gastos, por ejemplo, con la paralización del transporte de mercancías en las carretas, puertos y aeropuertos, sin contar con los servicios de transporte aéreo de pasajeros y carga.

Los Estados Unidos recomiendan para Latinoamérica la unificación de las fuerzas armadas y la policía en el control del crimen organizado, pero es una política que ellos no la implementan por expresas prohibiciones legales y constitucionales que evitan mixtificar el rol de las fuerzas armadas. Ellos sí distinguen claramente los roles de seguridad interna y seguridad nacional que cada institución tiene como vocación. Lastimosamente el asistencialismo militar y policial para nuestros países no tiene por objetivo el combatir el crimen, que no lo han conseguido en ninguna parte del mundo, sino el construir relaciones hegemónicas de poder e influencia con los gobiernos de la región en función de sus propios intereses de seguridad nacional¹⁹.

1.7 ¿Quién define lo que es terrorismo y terrorista?

Los términos "terrorista" y "terrorismo" son de uso frecuente y sostenido por los medios de comunicación; está presente en el discurso oficial y en el lenguaje cotidiano de los políticos. Aunque en nuestro país apenas entramos en debate el tema de la discriminación en el uso de este término, a diferencia de otros países. En efecto otras legislaciones sí tienen claro la diferencia entre actos de

¹⁸Aldás. (2019). "Fuerzas Armadas entrenadas para la defensa exterior, apoyando la lucha contra el crimen organizado. ¿Qué cambios se requieren? ¿Adaptación, modernización o transformación?" en Alda y Sampo. La transformación de las Fuerzas Armadas en América Latina, ante el crimen organizado. Lima: Real Instituto Elcano y Centro de Estudios Estratégicos del Ejército del Perú (Capítulo Quinto, págs. 198 a 232). "En esta región, al igual que en México o Centroamérica, también la financiación de planes de seguridad por Estados Unidos ha sido muy importante, así como su influencia en la manera de combatir el narcotráfico. Se considera que es Estados Unidos quien introduce en la región la militarización de la lucha contra el narcotráfico como principal forma de combatirlo. El caso más paradigmático sin duda es Colombia, donde los norteamericanos han canalizado su ayuda a través del Plan Colombia desde 1999. Desde mediados de siglo pasado se inicia en este país un proceso inexorable de policialización de las FAS y de militarización de la Policía"

¹⁹Rodríguez, D (2019), Ob. Cit. "El modelo Posse Comitatus ha funcionado bien para los Estados Unidos. Tanto las FF. AA. como las instituciones policiales estadounidenses se han beneficiado de la clara separación entre sus roles y misiones. Es, pues, lamentable y alarmante que Washington haya impulsado el camino opuesto en América Latina y el Caribe. A lo largo del último siglo, y hasta el día de hoy, los programas de ayuda de EE. UU. han incentivado a los militares del hemisferio a asumir roles internos que serían inadecuados, o incluso ilegales, en los EE. UU" (Withers, Santos y Isacson, 2010, p. 15).

delincuencia común y actos terroristas porque para ser calificado como tal, depende de quién sea el ejecutante, la víctima y el país en el que se lo comete. Al decir de Lisa Stampnitzky, profesora del Departamento de Política de la Universidad de Sheffield, en Reino Unido²⁰, el terrorismo es una construcción social y depende de la moralidad de quien lo califica. Si la definición depende de la moral y de la política entonces no podemos tener una definición objetiva que sea aplicable por igual en todos los casos, como el homicidio, por ejemplo.

Hasta la definición objetiva de terrorismo que frecuentemente utilizamos ha experimentado constantes cambios en el tiempo considerando que el terrorismo tiene sus orígenes en la revolución francesa, empleado como un calificativo al terror impuesto por el estado revolucionario. El terrorismo es fenómeno que nace con el Estado, quien lo emplea para efectos de control social y que poco a poco fue migrando hasta fijarse como un descalificativo de ciertas actividades de actores no estatales²¹. De tal forma que, la definición de un acto como terrorista no se construye por la calidad de las víctimas. Por ejemplo, si las víctimas son de la población civil, la muerte de GLBTI o el femicidio difícilmente se podría calificar como actos terroristas porque son acciones propias de la delincuencia común.

Pero si la violencia afecta a las instituciones públicas, al poder político, a la administración de justicia, a la legitimidad o la existencia misma de la nación, entonces la calificación cambia. Se activan los mecanismos de defensa más importantes y más violentos por parte del Estado porque, dependiendo del criterio estatal, el mismo acto de delincuencia común se puede considerar como una situación de seguridad nacional. Stampnitzky singulariza esta diferencia cuando distingue que en los Estados Unidos una balacera y decenas de muertos en una escuela son calificadas como de delincuencia común. Por el contrario, una muerte ejecutada por un musulmán inmediatamente hace que los medios la califiquen sin demoras ni análisis, como un posible acto terrorista²².

Es la imagen colectiva construida por el Estado y los medios de comunicación, dice, Stampnitzky, lo que define qué acto es terrorista y cuál es de delincuencia común. Si la huelga es patrocinada por la UNE puede ser un acto de delincuencia común o un caso de infracción administrativa y

²⁰Stampnitzky. "Disciplinando el terror: cómo los expertos inventaron el 'terrorismo'. Departamento de Política de la Universidad de Sheffield, en Reino Unido. Entrevista de la BBC Mundo. Recuperado de: <https://n9.cl/y47h1>

²¹Zalaquett. Conceptualización del terrorismo: un punto de vista normativo. En Revista UDH / instituto Interamericano de Derechos Humanos. – N.1 (enero /junio 1990) -San José, C.R: El Instituto. pp. 39-72.

²²En este sentido, en Ecuador, los sucesos violentos en 2024 nos han evidenciado que cuando se trata de víctimas asesinadas en los barrios pobres de las ciudades son víctimas de la delincuencia común ligada al narcotráfico. Pero si las víctimas han sido policías o jueces o fiscales, la denominación cambia. Son actos terroristas, aunque la violencia sea la misma. Depende de quién los califique como tal.

disciplinaria; pero si es una manifestación liderada por los indígenas sí podría ser un acto terrorista porque encaja en el molde estereotipado construido por el Estado, que le resulta más fácil de condenar y combatirlo ya que su imagen de terrorista se lo ha venido erigiendo desde hace algunos años²³. El levantamiento indígena de acuerdo al discurso oficial y mediático sí constituye una amenaza la unidad del Estado y del gobierno por lo que se activan los resortes institucionales de la represión violenta mediante la utilización de las fuerzas combinadas de la policía y el ejército²⁴. El Estado con la delincuencia común dialoga; con los otros se finge dialogar para darse el tiempo de desactivar y desacreditar los hechos que la motivaron. Estamos frente a un dilema entre un problema de delincuencia común versus un asunto de seguridad nacional que requiere el máximo de autorización para el uso violento de la respuesta estatal por el supuesto peligro a la estructura constitucional y democrática del país.

No podemos abusar del concepto de terrorismo porque no es correcto que su denominación dependa de aspectos de carácter político o de moralidad pura. Cada persona tiene su propia moral y sus propios conceptos sobre el terrorismo y su tratamiento, pero no todos se ajustan a las exigencias constitucionales y de normativas internacionales que debemos respetar so pena de desatar lo que más nos asusta e impresiona: el apareamiento del terrorismo de Estado. Quizá por ello las Naciones unidades utilicen un concepto y definición de terrorismo muy objetiva y general abriendo la posibilidad de que los países la aplique según sus necesidades a situaciones concretas, quedando en última instancia la definición de terrorismo peligrosamente en manos de quien lo aplica: el Estado. Los medios de comunicación, alineados frecuentemente y de manera irreflexiva al discurso oficial corren el riesgo de caer justamente en lo que los terroristas quieren, es decir, generar el miedo general en la población, objetivos que los espacios noticieros reproductores del vandalismo terrorista coadyuvan con la difusión y propaganda del terror.

²³Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONIE. Con Difamaciones De Lasso Arrancaron Las 10 Mesas De Diálogo. “El inicio de las mesas temáticas, los puntos que constan en el acta firmada y las posturas de las partes permanecen en riesgo por las declaraciones irresponsables del presidente Guillermo Lasso, quien ni en los días del paro nacional de junio 2022, ni en las mesas técnicas de diálogo ha estado presente, sin embargo, con sus declaraciones públicas se ha dedicado a mentir, atacar, desprestigiar y difamar al Movimiento Indígena y el derecho a la legítima protesta social, lo cual le ha generado el repudio nacional, pues mencionó en una entrevista el pasado 8 de julio, sin prueba alguna, que el paro nacional fue financiado por el narcotráfico”. Recuperado de: <https://n9.cl/ytchz>

²⁴Patricio Alarcón. Identificado como dirigente de las Cámaras de Comercio, del Comité Empresarial, candidato a alcalde de Quito y dirigente socialcristiano. En su cuenta X dice: “Deberían incluir a Leónidas Iza en la lista de terroristas en el decreto” Recuperado de: <https://n9.cl/lqvbq>

1.8 La política criminal del Estado frente al terrorismo

La respuesta del Estado ecuatoriano al fenómeno del terrorismo no deja de confundir porque el gobierno adopta una estrategia idealizada como un escenario inexistente porque no encontramos un conflicto con fuerzas militares de otro Estado o similares. Es decir, apelan a la utilización de mecanismos propios de un conflicto armado con otro país para reconfigurar las instituciones de respuesta estatal al fenómeno de la delincuencia común pretendiendo, entre otros motivos, justificar la utilización de cuantiosos recursos económicos estatales como si se tratara de un enfrentamiento bélico real.

El tratamiento internacional de lucha contra el terrorismo tiene otras connotaciones y marcos conceptuales diferentes a los utilizados por el gobierno ecuatoriano. El Estado, no puede en forma arbitraria redefinirlos o usar como mecanismos de justificación actuaciones que fácilmente desbordan el campo de la legalidad, legitimidad y constitucionalidad. Las operaciones militares contra el terrorismo no son las adecuadas porque deben utilizarlas únicamente en un contexto de guerra externa o, en un escenario interno de darse la existencia de alguna fuerza armada organizada en disputa por la soberanía de alguna parte del territorio nacional²⁵.

En otras palabras, la guerra contra el terrorismo que se pretende combatir en el Ecuador tiene como premisa inicial la creación imaginaria de un grupo paramilitar terrorista con un mando unificado, con una estructura orgánico-militar dominante o que tiene el control físico de espacios territoriales, con centros de entrenamiento y de operaciones, con potencialidades expansivas y de contaminación social y extensivas a todo el territorio nacional. Pero la realidad es otra porque en Ecuador no existe un grupo armado de esa naturaleza, con ese tamaño y con esas capacidades. Las descritas por las autoridades no son organizaciones que objetivamente pongan en peligro la existencia misma del Estado, porque al no tener finalidades políticas ni operaciones orientadas al cambio de estructura del estatal, ni atentan contra la soberanía estatal ni dominan zonas territoriales en las que lo hayan sustituido

²⁵LAVOZDEAMERICA. Human Rights Watch denuncia violaciones a los DDHH en Ecuador tras decreto de conflicto armado. La organización defensora de derechos humanos HRW denunció “múltiples violaciones al debido proceso en Ecuador en medio de su decretado estado de conflicto armado interno. Se han documentado una ejecución extrajudicial y múltiples casos de detenciones arbitrarias. Ecuador registra violaciones a los derechos humanos sin que los responsables rindan cuentas ante la justicia, luego de que el presidente Daniel Noboa decretara el estado de conflicto armado interno en medio de una espiral de violencia generada por bandas criminales. En una carta enviada al presidente Daniel Noboa, el grupo de defensa de los derechos humanos cuestionó la existencia de un conflicto armado interno aduciendo que eso “parece carecer de sustento legal” y precisó que esa condición implica una “violencia armada prolongada entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados”. Juanita Goebertus, directora de la División de las Américas de HRW, señaló que tal situación ha contribuido a “serias violaciones de los derechos humanos por parte de las fuerzas de seguridad”, que incluyen al menos una presunta ejecución extrajudicial y múltiples casos de detenciones arbitrarias, malos tratos y falta de procesamiento judicial de unos 13.000 detenidos.” Recuperado de: <https://n9.cl/ru279e>

e impedido ejercer potestades constitucionales. Ni siquiera han demandado un cambio de gobierno, por lo que mal podría allanarse a una forma de terrorismo en términos clásicos.

La suplantación de las condiciones materiales, para justificar una intervención militar interna contra los grupos denominados terroristas, por otras que justifiquen un estado de guerra y beligerancia ha servido para que el Estado y los medios de comunicación repinten los colores de la delincuencia común organizada con los colores del terrorismo político. Investimos con el ropaje terrorista a grupos de delincuencia común para enfrentar un terrorismo no político con la declaración de conflicto interno en el que se aplican las reglas internacionales de protección a los grupos enfrentados. Un escenario construido en forma artificiosa viene a constituirse un fraude de etiqueta con finalidades predominantemente políticas y que no responden necesariamente a la dimensión de la emergencia de la delincuencia común organizada. Las acciones de seguridad pública podrían ejecutarse sin necesidad de declarar un estado de guerra interna, sino optimizando el despliegue de la fuerza pública en la forma como se la ha venido haciendo, desde la institucionalidad constitucional. Olvidan que la declaratoria de guerra de beligerancia interna requiere el cumplimiento de obligaciones prestacionistas que los convenios internacionales exigen sobre esta materia²⁶.

La declaratoria de guerra interna debería obedecer a la ausencia de mecanismos legales y constitucionales de utilización de las fuerzas armadas en casos de delincuencia común. Solo se lo ha realizado en casos especiales y a través de las declaratorias de estados de excepción y por tiempo limitado, como exige la norma constitucional. Para el oficialismo, de no existir esta limitación temporal, las fuerzas armadas realizarían operaciones de control más efectivas. Pero las cifras evidencian que con o sin estados de excepción las actividades criminales siguen en aumento porque el campo de operaciones de la delincuencia terrorista es diferente al campo del conflicto armado interno que las fuerzas armadas creen tener en la mira. La existencia de bajas en un estado de guerra exige la presencia de soldados o insurgentes paramilitares enfrentados con las fuerzas armadas en un escenario de combate real. Si no aparece físicamente la fuerza armada beligerante entonces la respuesta a la delincuencia común organizada terrorista va a carecer de resultados positivos. La fuerza de los combates con estos imaginarios grupos armados militares organizados ha sido percibida por la ciudadanía como algo positivo porque la

²⁶Decreto N. 730. Mayo 3 del 2023. Presidente Guillermo Lasso. En este Decreto se dispone la misma misión que con el Decreto 110 y 111, quizá más completo incluso, a las Fuerzas Pública con la diferencia que el decreto del ex Presidente Lasso considera como un combate a la delincuencia común organizada y no como una guerra interna al terrorismo como una parte beligerante. Recuperado de: <https://n9.cl/16azyz>

presencia física en las calles de las fuerzas armadas genera sentimientos o sensaciones de seguridad, que en las estadísticas no se evidencian²⁷.

Esta estrategia estatal del conflicto armado interno, por el contrario, ha generado prácticas de radicalización y flexibilización de las garantías materiales y procesales provenientes demandadas por el poder fáctico económico que sistemáticamente acostumbra a responsabilizar los fracasos a un estado de excesivo proteccionismo constitucional y legal los involucrados en actos de delincuencia común. La seguridad ciudadana, para ser efectiva y aplaudida, debe ser atendida utilizando mecanismos de flexibilización penal y procesal penal como indicadores eficientistas de justicia.

El discurso populista de la inseguridad contiene un llamado permanente al linchamiento de las garantías constitucionales universales justificado por un estado de necesidad sediento de sacrificios al estatus normativo de protección y orientados a consolidar una visión radical de control criminal que difícilmente detendrían los desafueros del poder punitivo del Estado. Es asentada la creencia que flexibilizar la aplicación de estas garantías aseguraría un mejor desempeño anti - delincencial lo que justificaría los excesos en las operaciones de control delictivo²⁸.

²⁷ECUAVISIA. Noticia a Fondo. Julio 15 del 2024. Los seis meses de conflicto armado interno dejan dudas de su efectividad. “Ecuador lleva seis meses en conflicto armado interno, pero los problemas de inseguridad y violencia persisten. El pasado 9 de julio de 2024 se cumplieron seis meses desde la declaratoria del conflicto armado interno. El Gobierno asegura que en ese tiempo hay una reducción del 17 % de los homicidios intencionales, principal indicador de la violencia. Sin embargo, los datos no son del todo transparentes y todavía no hay claridad del plan que ejecuta el Gobierno en la lucha contra la inseguridad y el crimen organizado, por fuera de esa declaratoria. ¿Declarar conflicto armado interno ha dado resultados? Con la decisión del presidente Daniel Noboa de decretar que en Ecuador hay un conflicto armado interno, se reconoció a las bandas criminales como organizaciones terroristas y a las Fuerzas Armadas (FF.AA.) como ente articulador de las operaciones militares para neutralizar a los miembros de los grupos de delincuencia organizada. En un inicio, como se aplicó a la par del estado de excepción, los operativos se centraron en tomar presos a sospechosos de terrorismo y ponerlos a órdenes de la justicia. Hasta abril de 2024 se reportaban más de 18 000 detenciones, a 300 de ellos por el presunto delito de terrorismo, de los demás no hay claridad de qué tipo de delitos se les imputa, y la gran incógnita es cuántos han sido judicializados.” Recuperado de: <https://n9.cl/yv6ve>

²⁸Paredes, C. (2003). Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas. Universidad de León (España). Revista N. 4 jul.-ago. 2003. Recuperado de: <https://n9.cl/0o0l18> Este autor expresamente manifiesta una tendencia actual en relación el derecho penal de riesgo: “Precisamente, la segunda advertencia general es que sería necesario relativizar bastante la distinción entre el “derecho penal clásico” y el *nuevo derecho penal o derecho penal del riesgo*. Pues no debería olvidarse que varias de las críticas que se hacen a este último (pérdida de garantías probatorias, ineficacia preventiva, vaguedad de la redacción legal de los tipos, penas desproporcionadas, demandas irracionales de incriminación, delitos puramente formales, tipos en los que se difuminan diferencias que se suelen considerar básicas en cuanto a la forma de la imputación) vienen realizándose desde siempre — muchas veces, con mayor motivo— a figuras propias del derecho penal más clásico. Piénsese, respectivamente, en los delitos de sospecha que han existido tradicionalmente en materia de robo o de detenciones ilegales o —en el ámbito de la jurisprudencia— la frecuente forma de razonar sobre la identidad del delincuente o su dolo a partir de los antecedentes penales del reo, o las frecuentes inversiones, en contra del reo, de la carga de la prueba (pérdida de garantías probatorias); en la incriminación del aborto consentido (tipos ineficaces); en el delito de escándalo público o en el de corrupción de menores (tipos vagos); en la pena que les puede corresponder en nuestro CP al delito de violación o al robo con fuerza en las cosas (penas desproporcionadas).”

Entrar en un proceso de relativización abriría las puertas al control del Ejecutivo sobre la Función judicial, sobre la libertad de pensamiento, expresión y sobre la libertad de prensa; o se convertiría en un distractor en el control, supervisión, fiscalización y rendición de cuentas por los abusos del Estado y de la fuerza pública²⁹. Incluso se arma este escenario para crear justificativos y escenarios propicios de guerra para la imposición de más sacrificios económicos a las clases populares so pretexto de obtener recursos para combatir la delincuencia organizada en contextos de guerra interna³⁰. La flexibilización conlleva utilizar criterios propios del Derecho penal de riesgo o del enemigo que abren el camino hacia el autoritarismo y al poder total controlado por sectores conservadores radicales. En suma, la guerra del Estado al terrorismo tiene altas connotaciones de carácter político, económico e ideológico con fines estratégicos de minimización de los derechos fundamentales y alta rentabilidad política y económica.

Presenciamos una superposición de medidas normativas y de política criminal que tienden a regularizar exigencias propias del Derecho penal de riesgo (flexibilización penal y procesal) por sobre las exigencias del proceso penal formal garantista, con el peligro del predominio gradual del primero. Una política criminal para enfrentar el terrorismo político es diferente a la que se exige para enfrentar a la delincuencia común. Ambos tipos provocan estados de inseguridad y riesgo social pero no requieren los mismos parámetros de combate. El primero requiere de estados de declaración de guerra interna y beligerancia; el segundo exige primordialmente medidas de tipificación penal y reforma constitucional; e incluso el tema del terrorismo político exige de los Estados respeto y observancia a las normas internacionales sobre el tema³¹.

El terrorismo y el terrorista son términos que se construyen por consenso entre el Estado y los medios de comunicación. Pero este consenso está viciado por la situación de desventaja en el que se pone a la población que no advierte de las finalidades políticas y económicas que pueden estar tras de esta construcción artificial en la que confluyen intereses diversos que no necesariamente son aquellos que la ciudadanía cree.

²⁹COUNCIL OF EUROPE. Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes. Recuperado de: <https://n9.cl/dew8z>

³⁰Decreto Ejecutivo N. 111.

³¹Los atentados del 15-S en EE. UU. es el mejor ejemplo del tratamiento bélico al terrorismo político con una sobrecarga de simbolismos que desplegados por los medios de comunicación pretendían justificar y legitimar una intervención militar que tenía otras finalidades políticas. En el campo nacional la guerra psicológica militar pretende crear e impulsar el apoyo popular hacia una intervención militar de guerra en donde las garantías penales y constitucionales, consideradas como obstáculos para la seguridad ciudadana, sean motivo para la imposición de medidas económicas necesarias para el combate feroz o una suerte de batalla final, sin derecho a inventario en el número de bajas, sin término medio entre héroes y villanos. A mayor número de caídos y no procesados más legítimo el estado de guerra.

1.9 ¿Qué es la violencia política?

El término “violencia política” debemos entenderlo como aquellos actos realizados con ciertos niveles de violencia que tienen motivaciones políticas exigentes de cambios de gobierno, de estructuras estatales, de cambios en ciertas políticas públicas, demandas de autonomía, eliminación de algún poder o todos los poderes del Estado, desconocimiento de procesos electorales, resultados eleccionarios, reformas constitucionales, reconocimiento de derechos civiles, sociales, culturales, étnicos, género, revisión de salarios, privatización de sectores públicos.

Esta violencia posee sus propias características, entre otras, porque descarta exigencias de organizaciones criminales o de delincuencia común como aquellas que buscan la no extradición de narcotraficantes, el indulto o amnistía de miembros de bandas delincuenciales, mafiosos, traficantes de drogas, trata de personas, sobre los que recaiga algún buscado beneficio que recaigan sobre jefes de carteles y por la impunidad para sus delitos. Estas manifestaciones de violencia no pueden ser consideradas como “violencia política” por los instrumentos internacionales sobre la materia. A parte de este tipo de violencia, la que tienen carácter político es el género que contiene multiplicidad de acciones armadas violentas.

Hasta la Segunda Guerra Mundial podíamos diferenciar algunas especies de “violencia política”: como es el “[...] conflicto bélico internacional de carácter convencional; la guerra civil de carácter convencional; formas de guerra civil no convencionales; la insurrección y disturbios con un contenido político; sedición, rebelión o golpe de estado; actos individuales de violencia política y, en particular, el asesinato político, genéricamente, y el magnicidio y el tiranicidio, específicamente [...]”³²

También había otras que no constituyen una seria amenaza por lo que no había un desarrollo normativo a nivel internacional.

1.10 Estado de beligerancia interna

Previo a tratar el conflicto armado interno debemos realizar una importante distinción con lo que varios doctrinarios definen a un estado internacional de *beligerancia*. Veamos algunos conceptos:

Hans Kelsen³³ afirma que las condiciones para que se pueda predicar la posibilidad de reconocer el estatus de beligerancia son las siguientes:

³²Aristegui, Julio (1994). *Violencia, sociedad y política: la definición de la violencia*, p. 37. Recuperado de: <https://n9.cl/edesp1>

³³Kelsen. *Principios de Derecho Internacional Público*, (Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1952).

"1) Los insurgentes deben tener un gobierno y una organización militar propios. 2) La insurrección debe ser conducida en la forma técnica de la guerra, es decir, debe ser algo más que una pequeña revuelta y asumir las verdaderas características de una guerra, especialmente considerando los medios de destrucción usados por las partes. 3) El gobierno de los insurgentes debe dominar efectivamente una cierta parte del territorio del Estado en el cual tiene lugar la guerra civil, es decir, el orden establecido por los insurgentes debe ser efectivo para una cierta parte del territorio de este Estado"³ (resaltado no original).

Juan José Quintana³⁴, respecto a lo que considera estado de *beligerancia*, dice: "Un tipo especial de sujeto de derecho internacional está constituido por los beligerantes, que pueden definirse como los miembros de un grupo armado que se ha sublevado contra el gobierno de un Estado y llega a controlar una parte del territorio de dicho Estado y es establecer sobre él cierta organización"⁴ (resaltado original).

Marco Gerardo Monroy Cabra³⁵ también cree que el estado de beligerancia tiene sus características:

"Los insurrectos son reconocidos como beligerantes cuando controlan gran parte del territorio y establecen sobre él cierta organización.

"[...] Para que exista el estado de beligerancia según Max Sorensen, se requiere que 'i) exista, dentro del Estado, un conflicto armado de carácter general; ii) los insurgentes ocupan una parte sustancial del territorio nacional; iii) conducen las hostilidades de acuerdo con las reglas de la guerra, a través de grupos organizados que actúan bajo una autoridad responsable. En tal caso, existe la base necesaria para reconocer el nacimiento de un sujeto de derecho internacional, al cual debe conferirse derechos de beligerante.

"[...] Si faltan algunas de las anteriores condiciones porque las fuerzas rebeldes no tienen el control efectivo sobre parte sustancial del territorio nacional y carecen de una autoridad organizada se denominarán insurgentes y los demás Estados no les reconocen status especial"⁶ (resaltado no original).

Las consecuencias del reconocimiento de estado de beligerancia a un grupo armado dentro de un país son, entre otras, las siguientes:

A los alzados en armas se los trata acuerdo a las normas de la guerra entre Estados, con los mismos derechos que tienen los prisioneros de guerra. No pueden ser tenidos como delincuentes comunes ni aplicados las leyes penales.

³⁴Quintana, Juan. Derecho Internacional Público Contemporáneo. (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001). p. 67.

³⁵Monroy Cabra, Marco Gerardo, Derecho internacional público. Cuarta edición. Editorial Temis, Bogotá 1998.

Y, tercera, el Estado que ha reconocido la beligerancia a un grupo armado al interior de sus fronteras, a partir de dicho reconocimiento, queda exonerado de cualquier clase de responsabilidad por los actos ilícitos que se cometan en el territorio dominado por los alzados en armas. Las llamadas a responder serán las autoridades del grupo al cual se le ha reconocido beligerancia.

Una vez vista la definición y las consecuencias del reconocimiento de estado de beligerancia, que está muy lejos de calificarse como tal, lo sucedido en el Ecuador dadas las reducidas dimensiones que tenemos aquí, pasamos a revisar el concepto de conflicto armado de carácter no internacional, o también conocido como conflicto armado interno.

1.10.1 Elementos constitutivos de un conflicto armado interno

El Ecuador ratificó los Convenios de Ginebra (1949) el 11 de agosto de 1954, los Protocolos adicionales (I) y (II) a los Convenios de Ginebra de 1977, con fecha 10 de abril de 1979; y también firmó el Protocolo Adicional III a los Convenios de Ginebra, el 08 de diciembre de 2005. El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, se encuentra vigente por la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994 y es el instrumento que define una situación de conflicto armado interno. En efecto, el artículo primero estipula textualmente:

"1°. El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, sin modificar sus actuales condiciones de aplicación, se aplicará a todos los conflictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1° del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.

2°. El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados [...]"

Sin embargo, la existencia de un conflicto armado, internacional o no internacional, no depende de la declaración o determinación que haga un gobierno o su presidente, sino de un análisis objetivo de los hechos con base en criterios establecidos por el derecho internacional. [7] Un conflicto armado no internacional consiste en "la violencia armada prolongada entre autoridades

gubernamentales y grupos armados organizados o entre dichos grupos”. [8] Requiere dos elementos: i) un nivel de organización de los grupos armados y ii) un nivel de intensidad de las hostilidades. [9]

Human Rights Watch³⁶, respecto a la calificación de conflicto armado interno realizada por las autoridades del Ecuador no depende del gobierno que la declara sino de las condiciones objetivas que se den porque las consecuencias de tal declaratoria pueden derivar en violaciones a los derechos humanos amparadas bajo el Derecho Internacional Humanitario que permite un uso más amplificado de las armas y que apliquen la normativa bélica propia de un combate entre ejércitos a enfrentamientos contra grupos de presuntos delincuentes comunes.

La literatura especializada escrita por muchos autores expertos en la materia llega a la conclusión de que los elementos constitutivos son principalmente cuatro:

1.10.1.1 El lugar en donde se desarrolla es en un lugar del territorio del Estado

Debe recalcar que el derecho internacional no solo se aplica a conflictos inter estados sino que cubre y garantiza el principio de humanidad en las hostilidades que se desarrollan al interior del territorio de un Estado.(Art.3 Común a los Convenios de Ginebra, y al Protocolo II adicional) debido a que el escenario de los conflictos armados en el mundo, después de la II Guerra Mundial, tuvieron como escenarios los territorios nacionales, por lo que se creyó en la necesidad de ampliar este marco de garantías a esta modalidad de enfrentamientos.

En el caso ecuatoriano, el territorio nacional ha sido el escenario de una serie de asesinatos focalizados en algunas ciudades del país y que, de acuerdo a las mismas autoridades policiales y militares, se debe a ajustes de bandas de delincuentes organizados por disputas territoriales en los que opera el narcotráfico. Sería forzado admitir que el país es un escenario físico de un conflicto armado.

1.10.1.2 Existe un enfrentamiento entre las fuerzas armadas del Estado contra grupos irregulares que desconocen la autoridad

Un Estado debe enfrentar con las fuerzas armadas regulares los actos de violencia que desaten los grupos armados que al interior del mismo pretendan

³⁶Human Rights Watch. Carta al presidente Noboa sobre el “conflicto armado interno” y las violaciones de derechos humanos en Ecuador. Recuperado de: <https://n9.cl/6ealc>

desconocer la institucionalidad o pretendan imponer sus modelos de organización político – social.

Los grupos opositores armados pueden ser disidentes o insurrectos. Los primeros son aquellos que se han desprendido de las fuerzas regulares; los segundos, son las fuerzas opositoras que desde la organización civil y ciudadana se sublevan para desconocer la autoridad estatal e imponer un cambio constitucional y legal.

En Ecuador, nos resulta muy difícil determinar la existencia de un grupo armado que haya desarrollado actividades de enfrentamiento con las fuerzas regulares, puesto que si bien es cierto que estamos en una situación de violencia focalizada en algunas provincias, y dentro de ellas en ciertos cantones, no tiene el carácter de generalizada en un segmento importante del territorio nacional ni existen indicios de grupos irregulares que realicen operaciones militares con la finalidad de modificar el régimen constitucional y legal³⁷.

1.10.1.3 Estos grupos armados deben estar dirigidos por un mando o autoridad responsable

Para que exista un conflicto armado interno debe entenderse que existe un grupo armado con características organizativas propias de una estructura más o menos jerarquizada que denote una potencialidad de enfrentamiento que ponga en peligro o rete a la autoridad del Estado. En otras palabras, esta fuerza irregular debe demostrar que tiene capacidad organizativa y logística que lleven a pensar que se trata de fuerza armada con potencialidades serias de modificar el orden legal y constitucional. Si estamos frente a este tipo de organización entonces su estructura debe componerse de una serie de cuadros dirigenciales, un poder de mando unificado y muchos subalternos dispuestos a cumplir con el plan o proyecto de insurgencia armada que se hayan propuesto. Lo que se ha detectado en el Ecuador, según las propias autoridades, es una serie de grupo de delincuencia organizada que alrededor de sus propios líderes sin que se evidencie un mando central. En algunos casos solamente se

³⁷Human Rights Watch, *Ibid.*”. Con base en lo anterior, hemos concluido que su gobierno no ha presentado evidencia suficiente para considerar el enfrentamiento con cualquiera de estos 22 grupos criminales como un conflicto armado no internacional. De igual forma, la Corte Constitucional ha dictaminado que su gobierno “no ha proporcionado información suficiente para justificar la existencia de uno o más conflictos armados no internacionales”. [10].

De hecho, su propio gobierno ha presentado pruebas que contradicen su conclusión de que los combates actuales equivaldrían a un conflicto armado. Por ejemplo, si bien el requisito de “organización” para que haya un conflicto armado depende, en parte, de la existencia de una estructura de mando con capacidad para sostener operaciones militares, [11] un informe policial que usted citó en su decreto del 8 de enero indica que los grupos criminales del país son “flexibles e inestables” y “carecen de una empresa criminal estructurada.” [12]” Recuperado de: <https://n9.cl/6ealc>

presume la existencia de un grupo con líderes que no han sido ni siquiera identificados.

1.10.1.4 Que estos grupos armados deben haberse posesionado o posicionado sobre una parte del territorio del Estado desde donde realice operaciones militares armadas de manera sostenible y concertada y aplique la normativa del derecho humanitario del Protocolo II

Dado la existencia de múltiples formas de violencia interna resulta un tanto inaplicable que, el cumplimiento del requisito de dominio territorial para el reconocimiento del status de beligerancia. El grupo armado domine en forma absoluta un parte del territorio del Estado.

Cabe mencionar que solo para el reconocimiento de beligerancia se exigía como requisito fundamental el dominio absoluto de determinada parte del territorio. Pero la existencia de un conflicto armado interno no es necesario un dominio absoluto de una parte del territorio sino solo de un espacio físico territorial desde el cual el grupo armado organice los actos de violencia armada de manera sostenida, y no esporádica. Aunque también abarca los casos en los cuales el grupo armado no se asienta en un espacio territorial fijo, sino que realice sus operaciones con movilidad a fin de evitar ser capturados.

En nuestro caso, estamos muy lejos de considerar que los grupos terroristas, término bajo los cuales se pretende demostrar la existencia de un grupo armado en conflicto con el Estado, dominan o mantienen de forma absoluta o relativa espacios territoriales desde los cuales se planifiquen centralizadamente la ejecución de la violencia armada, aunque las autoridades estatales realizan intentos por simular actos de tomas territoriales de supuestos territorios dominados por la delincuencia organizada.

La posibilidad de que un grupo armado tenga la posibilidad de aplicar, en sus operaciones, las normas del Protocolo Adicional II, para humanizar el conflicto, es más grande cuando el grupo armado está estructurado jerárquicamente para que existe posibilidades de cumplimiento de la normativa internacional. Caso contrario sería por demás risible que se exija el cumplimiento de la norma humanitaria a un grupo de personas desorganizadas, sin mando central, que se comportan como bandas de delincuentes separados y sin conciencia de que podrían ser un grupo armado insurgente. Si no están unificados y si no existe autoridad central resulta imposible en Ecuador un derecho internacional humanitario. En un conflicto armado interno, las víctimas y victimarios tienen un tratamiento diferenciado de

los procedimientos comunes establecidos en la legislación penal común³⁸. En el Ecuador, son los jueces de garantías penales los que deben analizar e interpretar la existencia de los elementos que caracterizan un conflicto armado interno. No olvidemos que teóricamente no es necesario que, de verificarse la existencia de los elementos, sea al gobierno reconozca la existencia de este tipo de conflicto por cuanto que, al tratarse de normas internacionales del Derecho Humanitario, que están por sobre la constitución, no se requiere actos de autorización interna para su plena vigencia porque están integradas al bloque de constitucionalidad.

En resumen, resaltamos las diferencias entre *estado de beligerancia* y *conflicto armado interno*:

- En el *estado de beligerancia* a los combatientes se les reconocen los derechos propios para los prisioneros de guerra. En el *conflicto armado interno* reciben el tratamiento propio de los delincuentes, esto es, deben ser juzgados por el Código penal del Estado.
- En el *estado de beligerancia*, los otros Estados deben mantenerse neutrales, sin prestar ayuda a las partes en conflicto. En el *conflicto armado interno* los estados terceros deben estar de parte del Estado legítimo y no reconocer derechos a los insurgentes.
- En la *situación de beligerancia*, el Estado no se responsabiliza por los actos y hechos de los insurgentes. En cambio, en el *conflicto armado interno* el Estado sería responsable por los hechos de los grupos armados.

1.10.2 El Decreto N.111³⁹

Emitido por el presidente Noboa el 9 de enero del 2024 por medio del cual se reconoce la existencia de un conflicto armado interno sobre las bases del mismo decreto y sobre la normativa existente. Veamos los fundamentos sobre los que se realiza tal expedición:

1. Que el país enfrenta una creciente ola de violencia atribuida al crimen organizado que atenta la seguridad territorial y soberanía del Estado. Esta primera información no tiene sustento empírico porque no hay datos sobre disputa de la soberanía territorial por parte de algún grupo armado. Parece que,

³⁸Ministerio De Defensa Nacional. Comunicado de prensa: Fuerzas Armadas combate el terrorismo en el territorio nacional “. El ministro manifestó que el artículo 54 de la Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza garantiza la presunción de inocencia y la garantía del debido proceso para aquellos servidores que en ejercicio de sus funciones se vean expuestos a procesos judiciales de carácter penal. Además, dispone a los jueces optar por medidas alternativas a la prisión preventiva para que los servidores militares y policiales puedan defenderse en libertad. El presidente ha incluido una garantía adicional, para aquellos casos excepcionales en los que se disponga una medida privativa de libertad, ordenando que el SNAI garantice la seguridad en los centros diferenciados de privación de la libertad.” Recuperado de: <https://n9.cl/2f53d>

³⁹Decreto Ejecutivo N.111. Enero 9 del 2024. Recuperado de: <https://n9.cl/7bwd09>

a criterio del gobierno, la toma violenta de algunas cárceles por parte de delincuentes organizados es una circunstancia asimilable a una pérdida de soberanía territorial, opinión que resulta por demás absurda desde la normativa internacional.

2. El crimen organizado tiene niveles altos que han desatado la crisis de seguridad que afecta al país. Sin embargo, el mismo Decreto recoge la afirmación que realiza la Policía Nacional, en un informe presentado a la Presidencia, en el sentido de que estos grupos armados de delincuencia común organizada cuentan con “...un nivel mínimo de organización...” aunque es importante su incidencia en el incremento de homicidios intencionales cometidos con armas y con armamento bélico de uso exclusivo de las fuerzas armadas. No es una simple ola de criminalidad, dice el gobierno, sino un plan sistemático de violencia antisoberana que afecta la integridad territorial, sin dar datos al respecto.

3. Estos actos de violencia homicida y terrorismo justificarían “[...] recuperar el control territorial y la soberanía en materia de seguridad [...]” bajo la normativa del derecho internacional humanitario, sin definir claramente qué se entiende por soberanía territorial afectada.

4. El Decreto muestra el número creciente de armas requisadas en los últimos años por lo que supone que el crimen organizado “[...] evidencia una transformación del conflicto armado interno dentro de los límites territoriales [...]”. Es difícil asimilar que exista una relación causal entre el número de armas incautadas y la existencia de un conflicto armado interno en el que el Estado ha perdido soberanía territorial. Confunde de manera grosera la violencia armada generada por milicias organizadas paramilitares, extrajeras o nacionales, que tienen un control de zonas territoriales o de movilización constante, con grupos organizados de delincuencia común que realizan actos de violencia terrorista. Son dos cosas distintas que de forma por demás deliberada crean en su imaginario para justificar la emisión de este Decreto.

5. En efecto, según el Decreto N. 111 la delincuencia terrorista ha planificado actos terroristas contra la población civil. Criterio distinto a las declaraciones oficiales que dan razón que estos homicidios son propios de un ajuste de cuentas entre bandas rivales. Se declaran como terroristas a 22 organizaciones delincuenciales.

6. El Decreto N. 111 le permite al Estado decretar estados de excepción puesto que el Art. 164 de la Constitución de la República solo lo permite cuando existe una agresión o conflicto armado interno. Ya no habría impedimento constitucional para excepcionalizar derechos fundamentales de los ciudadanos.

7. La declaración de conflicto armado interno además le permite tomar las medidas excepcionales establecidas en el Art. 165 de la CRE, entre otras, recaudación anticipada de impuestos y la censura previa de los medios de comunicación.

8. Lo realmente curioso es que la motivación del decreto carece de coherencia entre la exposición de motivos y la declaratoria de conflicto armado interno. Invoca las definiciones de la ACNUR, a resoluciones de organismos internacionales y de opiniones de entes consultivos sobre el tema. Todos describen las características de un conflicto armado interno, sin embargo y pese a que el Ecuador no tiene lo que la norma internacional exige, el Ejecutivo concluye, sin más, reconociendo la existencia de un conflicto armado interno que solo existe en el imaginario del gobierno.

9. Existe un precedente del que arranca un diagnóstico errado de la situación del país. Según el Decreto Ejecutivo 730 del 3 de mayo del 2023, expedido por el ex Presidente Guillermo Lasso, se autoriza que sean las fuerzas armadas, en coordinación con la Policía Nacional, las que combatan el fenómeno del terrorismo entendido éste en su significado clásico, es decir, como una “[...] amenaza que atenta contra los elementos estructurales del Estado y por consiguiente a su seguridad integral, como está concebido por los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador y la legislación ecuatoriana [...]” y por consiguiente es una amenaza para la soberanía e integridad territorial para el Estado”

Del análisis breve de este decreto, el escenario de intervención se justificaría frente a supuestas amenazas contra la integridad territorial y contra la estructura del Estado, lo que exigiría la existencia de un grupo paramilitar, jerarquizado, con demandas de reestructuración del Estado y con dominio de una parte territorial mínima que denote la pérdida de soberanía e integridad. Pero en la realidad estos requisitos no se cumplen porque los grupos considerados como terroristas o grupo armado pertenecen a la categoría de grupos propios de la delincuencia común organizada que realiza actos terroristas, y bajo ningún parámetro jurídico ni fáctico, constituyen una fuerza paramilitar. Al trasladar las potestades de combate al terrorismo de la Policía a las fuerzas armadas, los militares exigen que se tomen las provisiones para inmunizar penalmente a sus miembros que participen en ese escenario de

represión⁴⁰, como el “disponer” a los jueces la no aplicación de la prisión preventiva para que policías y militares involucrados se defiendan en libertad. No exigen un tratamiento propio de los conflictos armados internos como dispone el Derecho Internacional Humanitario ni la aplicación de fueros especiales de juzgamiento.

1.10.3 ¿Por qué el Estado ecuatoriano declara la existencia de un conflicto armado interno?

Según Amnistía Internacional⁴¹, en todo conflicto armado la posibilidad de abusos y violaciones a los derechos humanos especialmente de la población civil, como ataques indiscriminados, excesivamente violentos o sangrientos, desproporcionados, la utilización de explosivos prohibidos, uso de niños, etc. El instrumento internacional que se aplica principalmente es el Convenio de Ginebra y sus Protocolos Adicionales y el Derecho internacional humanitario. Buscan reducir al mínimo el dolor y sufrimiento de la población civil y de quienes no participan directamente en el conflicto armado. Para ello deben las partes en conflicto tomar previsiones para distinguir entre civiles y combatientes.

En pocas palabras, un conflicto armado supone la existencia de dos bandos que se enfrentan violentamente. El Derecho Internacional Humanitario (DIH) reconoce dos clases: los conflictos armados no internacionales, cuando los bandos enfrentados pertenecen al mismo Estado parte; y el conflicto armado internacional, cuando el choque violento se produce entre las fuerzas armadas de un país con una fuerza armada de otro país. Visto de esta manera, los civiles, para el Derecho Internacional Humanitario, gozan de protección en caso de ataques violentos, mientras que los combatientes son blancos legítimos y si producto de ello mueren civiles, serán un delito siempre y cuando los ataques sean desproporcionados, caso contrario, son bajas colaterales que deben evitarse pero que no son penalmente sancionables.

⁴⁰Ministerio de Defensa Nacional. Comunicado de prensa: Fuerzas Armadas combate el terrorismo en el territorio nacional. “El ministro manifestó que el artículo 54 de la Ley Orgánica que Regula el Uso Legítimo de la Fuerza garantiza la presunción de inocencia y la garantía del debido proceso para aquellos servidores que en ejercicio de sus funciones se vean expuestos a procesos judiciales de carácter penal. Además, dispone a los jueces optar por medidas alternativas a la prisión preventiva para que los servidores militares y policiales puedan defenderse en libertad. El presidente ha incluido una garantía adicional, para aquellos casos excepcionales en los que se disponga una medida privativa de libertad, ordenando que el SNAI garantice la seguridad en los centros diferenciados de privación de la libertad. Adicionalmente, señaló que el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas coordinará, con el Ministerio de Defensa Nacional y la Presidencia de la República, la defensa institucional a través de patrocinio judicial para velar por el personal militar que se encuentre inmerso en un proceso judicial, a consecuencia de la ejecución de operaciones militares en contra del terrorismo” Recuperado de: <https://n9.cl/2f53d>

⁴¹Amnistía Internacional. ¿Qué es un conflicto armado? Blog del 17 de octubre de 2023. Recuperado de: <https://n9.cl/bxyaq>

En Colombia, por ejemplo, no se habla directamente de un conflicto armado interno porque se teme que la inversión extranjera desconfíe de la seguridad democrática para atraer inversiones, aunque la sustituyan por una denominada agresión terrorista, aún bajo el riesgo de que este término termine asustando más al inversor foráneo.

En Ecuador, el gobierno nacional acepta la existencia de grupos terroristas que realizan actos propios de la delincuencia común y también actos considerados como terroristas. Lastimosamente desde el Estado hemos insistido en políticas de combate mediante la insistente invocación, que se ha visto frustrada hasta ante del Decreto N.111, en la que pedía la participación de las fuerzas armadas en el control de la violencia, puesto que se requería un conflicto armado interno como presupuesto de legitimidad del papel de las fuerzas armadas en el combate a la delincuencia común, dada la insuficiente capacidad policial para frenar este fenómeno. Sabemos que la misión institucional de las fuerzas armadas, en tiempos de paz, son proteger la soberanía territorial y fronteriza, más no en combatir al narcotráfico y al terrorismo. De tal forma que si lo hacen podrían estar inmersas en actividades o ejecuciones extrajudiciales a la luz de la normativa internacional.

Entonces, forzar una declaratoria de conflicto armado interno en el Ecuador permitiría canalizar la participación de las fuerzas armadas con límites de actuación impuestos por el derecho internacional humanitario de tal forma que las actividades de control y represión en zonas periféricas pobres que son los escenarios de la ola de homicidios más pobres, en caso de existir víctimas civiles fatales, no existirá la judicialización del caso bajo argumentos justificantes propios del conflicto armado regido por el derecho internacional humanitario, es decir, bajas de guerra. El peligro de las ejecuciones extrajudiciales no es insostenible porque ya ocurrió una muerte en estas circunstancias y los militares involucrados no fueron judicializados por la fiscalía. De no haber conflicto armado interno, lo correcto no sería disparar a mansalva o bombardear asentamientos sospechosos, sino procurar las detenciones bajo la normativa penal común y ponerlos a disposición de la Fiscalía⁴².

Hernández Alvear y otros concluyen aceptando también que la delincuencia común organizada y terrorista no causan pérdida de la soberanía

⁴²Hernández Alvear N., González Garzón M., Sandoval Vallejo V. ¿Pueden las fuerzas armadas intervenir en el crimen organizado transnacional? Ob. Cit. p. 37.

Sin embargo, el riesgo de militarizar las calles y utilizar los efectivos de las F.F.A.A. puede ser contraproducente para la garantía de los derechos humanos. Además, esta hipótesis faculta a los militares a combatir únicamente el crimen organizado internacional, y en la práctica, determinar caso por caso el origen de un delito para poder actuar es inequívoco. Por lo que de ninguna manera los militares podrían combatir delitos comunes debido a la falta de certidumbre de su origen.

estatal, aunque, en la realidad, la policía no está en capacidad de responder por sí sola frente a los actos terroristas de los delincuentes. Dicen estos autores, que existe pérdida de soberanía interna por lo que se justifica la intervención de las fuerzas armadas para enfrentar a estas bandas delincuenciales organizadas terroristas y que el problema radica en diferenciar cuáles son actos de delincuencia común y cuáles de terroristas, aspecto que podría conducir a actuaciones desmedidas de los militares. No estamos en desacuerdo con la irrupción de las fuerzas armadas en las actividades de control delincencial pero no en una posición de supremacía de mando ni bajo las normas del derecho penal internacional porque se violarían derechos humanos fundamentales.

Por otro lado, la experiencia del personal policial en el Ecuador, en materia de represión contra la delincuencia, es de ingrata recordación. Cientos de policías han tenido que afrontar juicios penales, ser condenados y dados de baja sin fórmulas de juicio ni declaraciones de culpabilidad, por haber hecho uso de sus armas frente a delincuentes que han resistido armados a la fuerza pública en situaciones de flagrancia. La sensación de inseguridad y desprotección del marco legal que garantice la actuación policial ha generado desconfianza en el sistema judicial que incluso ha motivado respuestas contradictorias, irónicas y hasta desatinadas de los jefes de estado⁴³, y de la misma Asamblea⁴⁴, quienes por sobre las consideraciones normativas han prometido indultar a los policías, más allá del análisis sobre si la actuación policial se desarrolló conforme a los protocolos.

1.11 El conflicto armado interno: condición previa de inmunidad jurisdiccional penal

El filósofo alemán Reinhart Koselleck llega a la conclusión que para legitimar una política criminal el Estado debe controlar la conciencia de sus ciudadanos mediante el control y el monopolio del lenguaje porque que denota ser el mecanismo más idóneo de respaldar subrepticamente medidas reales y concretas de política económica, presupuestaria, estados de déficit presupuestario, pago deuda externa, eliminación subsidios, flexibilización laboral, penal, constitucional, reducción del estado, inversión extranjera, inmunidades punitivas, etc., potencialmente detonantes de graves crisis sociales internas de carácter violento y que otrora han propiciado la caída de gobiernos o les han causado marcados quiebres institucionales.

⁴³El universo. Diario del 19 de enero del 2024. Consulta popular: Noboa propone otorgar indultos a policías y militares antes de que se determine su inocencia o culpa por uso de la fuerza. Recuperado de: <https://n9.cl/oj05c>

⁴⁴PRIMICIAS. Periódico. Martes, 3 de septiembre de 2024. Bancadas ofrecen amnistía a policías y militares que "den de baja a criminales". Recuperado de: <https://n9.cl/p1vrq>

Es decir que, un cambio de denominaciones, conceptos y palabras buscan hábilmente la creación de un ambiente favorable para la toma de medidas socio-económicas graves tornándolas bajo el ropaje patriótico de sacrificios que son necesarios afrontarlos frente a la inminencia de una amenaza que puede acabar con el Estado de derecho.

En Ecuador, al igual que en varios países latinoamericanos, el discurso oficial en tiempos de crisis se debate entre el sacrificio o la muerte de la sociedad, entre la toma de medidas económicas restrictivas y poco amigables con los subsidios populares y la bancarrota del Estado; entre la necesidad del uso de la violencia por parte de la fuerza público sin restricciones y la toma del poder de los grupos delincuenciales y terroristas. Un discurso oficial amplificado por los principales medios de comunicación con una narrativa que vende la idea de estar en una encrucijada entre la violencia general y la paz, en donde los violentos son delincuentes organizados y éstos a su vez son terroristas a quienes el Estado asume la responsabilidad de combatirlos con medios propios de un conflicto armado interno⁴⁵.

La idea del poder estatal es asociar la violencia terrorista con la violencia delincencial común del tráfico de drogas, secuestros, homicidios, extorsión y robos, desarticulando la conexión los fenómenos delincuenciales con la pobreza extrema, inequidad, desigualdad profunda, abandono estatal, la falta de políticas de empleo, la corrupción, entre otros. El Ecuador se ha transformado en un país exportador de drogas en cuyo territorio se disputan rutas, puertos de embarque, suministros de combustible y lavado de activos los carteles mexicanos, colombianos y europeos que aprovechan la extrema pobreza de una población carente de futuro y de prestaciones básicas.

A tal punto que, según datos de fuentes e investigaciones serias, el Estado ecuatoriano está estructuralmente atravesado por el narco mafias nacionales y extranjeras asociadas con grupos de contratistas estafadores, mafias de delincuentes, extorsionadores, traficantes de drogas y trata de personas, lavadores de activos, vacunadores y empresarios corruptos. A tal

⁴⁵INFOBAE. Más de 51.000 operativos y 237 terroristas detenidos tras la escalada de violencia narco en Ecuador. Septiembre 3 del 2024. “. Además de los detenidos, la Policía y las Fuerzas Armadas han abatido a seis terroristas y han ejecutado 90 operaciones contra estos grupos. Entre los decomisos realizados está la incautación de USD 88.778 en efectivo, 1.424 armas de fuego, 1.782 armas blancas, 966 alimentadoras, 5.286 explosivos y 73.457 municiones [...]” Recuperado de: <https://n9.cl/mkxv36>

punto que, de las evidencias policiales, las fuerzas armadas y la policía nacional se han convertido en instituciones también contaminadas por este flagelo⁴⁶.

Como dice José Zalaquett, calificar a un acto de terrorismo o terrorista o etiquetar a una persona con tal calificativo conlleva una alta connotación negativa que conduce a la inequívocamente a que la comunidad condene y rechace cualquier acto que realice esa persona. Ocurre una situación parecida cuando desde el Estado se pretende interpretar arbitrariamente la normativa internacional como son los casos de inmunidad diplomática, asilo político, terrorismo, conflicto armado interno. Para el caso concreto, definir lo que es un acto terrorista o quién es terrorista conlleva una alta dosis de subjetivismo que bien podrían abarcar actos y personas que no merecen ser llamados y considerados de tal manera porque las derivaciones legales son realmente serias. En Ecuador han existido casos en los cuales fácilmente podrían ser considerados violencia política o delincuencia común pero que han sido objeto de maniobras interpretativas por el ejecutivo y judicial al trastocar la normativa internacional solo con el propósito de legitimar o deslegitimar políticamente actos realizados por ciertos sectores de la delincuencia común o por sectores políticos⁴⁷.

En otras palabras, desde hace algunos años no existen vocablos o términos políticos más manipulados, interpretados, reconfigurados y condenados que el de “terrorismo”. Cuando estos ejercicios provienen del mismo Estado el calificativo de terrorista se aplica a quienes ejecutan actos que son de carácter político-partidista o que contienen contenidos de reivindicación social reivindicativo, de tal forma que la legítima oposición al gobierno deja de ser un ejercicio democrático de libertad de pensamiento y deviene en formas especiales de terrorismo sobre las que el Estado busca legitimar el ejercicio de la violencia estatal sin fiscalización de los jueces y fiscales.

Pero como en el caso de Ecuador, el radio de acción del discurso legitimante de la violencia del Estado pretende llegar a los delincuentes

⁴⁶The Washington Post. Por Samantha Schmidt y Arturo Torres. “Guayaquil, Ecuador – La investigación había sido bautizada como “Metástasis”, una profunda mirada a los vínculos entre secciones de la élite política y legal ecuatoriana, y las violentas bandas de este país. El 14 de diciembre, la fiscal general de Ecuador anunció los arrestos de 30 personas, incluyendo jueces de alto nivel, fiscales, autoridades policiales, oficiales del sistema carcelario e importantes abogados defensores. Todos ellos, explicó la fiscal, eran parte de una organizada trama criminal que estaba beneficiando a uno de los principales traficantes de drogas del país” Recuperado de: <https://n9.cl/jzk92>

⁴⁷Asamblea Nacional del Ecuador. Comisión de Fiscalización. Rechaza enérgicamente las declaraciones emitidas por la fiscal general Diana Salazar quien ha calificado el juicio político como “narco juicio”. Recuperado de: <https://n9.cl/vywqk> La fiscal General Diana Salazar dice ““Este 'narco' juicio, sí, a las cosas hay que llamarlas por su nombre. Esto es un burdo intento de revancha de los grupos delictivos a los que siempre les he resultado incómoda por el trabajo que con mi equipo hemos realizado con absoluto compromiso contra la corrupción, la impunidad y la delincuencia organizada” Recuperado de: <https://n9.cl/wtwgx>

pertenecientes a las grandes organizaciones mafiosas que ejercitan su poder con niveles de violencia nunca antes percibidos y que concentran sus actividades principalmente en el tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en el lavado de activos, en la contratación pública y en la minería ilegal.

¿Qué pretende el Estado al calificar como terroristas ciertos actos o agrupaciones?: En general, en primer lugar, se pretende descalificar y no legitimizar grupos políticos adversarios para impedir o disminuir, anular las posibilidades de participación en procesos electorales. Los descalifica como interlocutores legítimos e idóneos en el diálogo social.

En segundo lugar, esta manipulación conceptual del terrorismo sirve de legitimador para el uso desproporcionado de la fuerza y de la violencia estatal en el marco de la guerra antiterrorista, en la que los calificados como tales son ciudadanos que han perdido sus derechos y que son inevitablemente los costos sociales que la lucha por la libertad y por la ley trae consigo. Como veremos más adelante, apenas ésta es una arista más del plan antiterrorista aplicado por el estado ecuatoriano.

1.12 A manera de conclusiones

En nuestro país, la existencia de un estado de beligerancia queda definitivamente descartado. Nos atrevemos a decir que ni siquiera estamos frente a un escenario de conflicto armado interno porque los elementos que lo caracterizan no se encuentran presentes. No existe una fuerza armada irregular definida, ni controlan un pedazo de territorio fijo o móvil. No existe un mínimo de organización jerarquizada ni mando unificado en las fuerzas irregulares que el gobierno asegura que existe⁴⁸.

Sin embargo, reconocer la existencia de un conflicto armado interno no es lo mismo que reconocer un estado de beligerancia. Son figuras diferentes en el sentido de que el conflicto armado interno no reconoce ningún estatus excepcional a los miembros de los grupos terroristas. Se les seguirá tratando como delincuencia común organizada porque la naturaleza de sus actos no tiene un carácter político sino finalidades delictivas comunes como el robo, el secuestro, tráfico de drogas, estafas, vacunas, etc., lo que ve en contra de los códigos de guerra internacionales.

Si el gobierno insiste en afirmar que estamos ante un conflicto armado interno entonces las fuerzas armadas debe regirse y acatar la normativa internacional del derecho humanitario. Es decir, dotarles a los delincuentes de

⁴⁸Valcárcel, Juan. Beligerancia, terrorismo y conflicto armado: no es un juego de palabras. Recuperado de: <https://n9.cl/o60d2>

un estatus de prisioneros de guerra es reconocer un estado de guerra bélica que no existe. Lo que si tenemos son varias agrupaciones delincuenciales comunes que realizan actos de terror hasta constituirse en una amenaza terrorista. El terrorismo es una forma en la que se presenta el conflicto armado interno, pero son actos que entran dentro de una confrontación armada que no la tenemos. Por eso son actos de terrorismo común.

Este juego de palabras sumado a la utilización política del lenguaje jurídico no es recomendable, aunque exista de por medio necesidades urgentes de combate a la delincuencia común. Vemos ahora cómo las fuerzas armadas deben simular estados de guerra y de combate con un enemigo invisible en los términos exigidos por el derecho internacional y por el que los resultados no están a la vista según muchos indicadores que se manejan de modo oficial⁴⁹.

El ascenso del crimen organizado y del nivel de violencia criminal se alimenta de la debilidad institucional de un Estado que no logra consolidar su presencia ni territorialmente ni institucionalmente. Regiones olvidadas y desatendidas, e instituciones descontroladas como la función judicial, la policía nacional y los partidos políticos y el sistema de los gobiernos descentralizados. Con esta estructura desorganizada la delincuencia organizada asegura el éxito en sus negocios y la impunidad. La fuerza pública ni siquiera cuenta con la logística y la inteligencia para combatir el crimen organizado porque forma parte del mismo. Frente a esta realidad, gobierno y ciudadanía recurren a las fuerzas armadas cuya intervención no asegura resultados positivos y desdibuja la línea demarcatoria entre seguridad interna y externa en el que las fuerzas armadas pasan a desempeñar funciones propias de otras instituciones de seguridad sin estar lo suficientemente capacitados para hacerlo, restando capacidad de fortalecimiento de la policía nacional, por ejemplo, para el desempeño efectivo de sus funciones.

Los resultados de la militarización de la seguridad interna corren el riesgo de que su inexperiencia institucional terminen generando más violencia de la

⁴⁹Según Human Rights desde “Desde enero, Ecuador habría presenciado una disminución en el número de homicidios. Como ha señalado su gobierno, el número de “muertes violentas” disminuyó un 27 por ciento en abril de 2024. [13] Sin embargo, el aumento de los niveles de extorsiones y secuestros, [14] así como los recientes asesinatos de tres alcaldes y el director de una prisión, [15] muestran que la situación sigue siendo grave.

Entre enero y el 19 de abril, la Procuraduría General de la República informa haber recibido 18.000 denuncias de delitos. Dice que obtuvo 217 condenas, todas menos una en casos de “flagrancia”, e inició juicios en otros 38 casos, todos por casos de “flagrancia.” [16] Normalmente, los casos que involucran a personas arrestadas en “flagrancia” no son procesos estratégicos destinados a desmantelar grupos del crimen organizado, sino que involucran a perpetradores de menor nivel acusados de delitos menos violentos. Al parecer, muchas personas nunca fueron llevadas ante un fiscal o un juez, una práctica que genera inquietud sobre posibles abusos, así como sobre la falta de una investigación efectiva”

Carta al presidente Noboa sobre el “conflicto armado interno” y las violaciones de derechos humanos en Ecuador. Recuperado el 22 agosto 2024.

que están combatiendo, aunque es dable reconocer la prudencia en el desempeño de las fuerzas armadas. El resultado de la gran inversión económica y social del estado hasta ahora no se justifica con los resultados obtenidos. Existe el peligro que la violencia se incremente cuando desaparezca la intervención militar por lo que se requiere de planes y programas que fortalezcan las otras instituciones de seguridad. La permanencia en estas tareas de control delincencial por parte de las fuerzas armadas, con el tiempo resulta contraproducente para la misma institución como para el sistema de garantías y derechos humanos.

No creemos, a nuestro entender, que el conflicto armado interno tenga en la mira la organización de un ataque de las fuerzas armadas objetivos civiles, religiosos, campesinos u otro sector social estructuralmente desprotegido bajo el paraguas de impunidad que podría ofrecer la normativa internacional humanitaria, porque ya lo han hecho sin la necesidad de acudir a ella. Tampoco desplegar sobre territorios comunitarios y ancestrales operaciones armadas violentas hacia objetivos civiles en los que se incluya potenciales daños ambientales por la utilización de bombas o químicos propios de esta clase de confrontación, como concluye un estudio importante realizado por el INREDH⁵⁰.

Más bien ensayar un análisis desde otra arista diferente a las que nos presentaban la doctrina de la seguridad nacional, aunque de darse el caso, podrían ser utilizadas. Sin embargo, de la revisión de los decretos ejecutivos que declaran la guerra al terrorismo y a la delincuencia común organizada se puede concluir que la utilización de la denominación de conflicto armado interno, propio del Derecho Internacional Humanitario, responde a lógicas internas de las fuerzas armadas que demandan protección e inmunidad contra futuros conflictos con la justicia penal interna en el caso de que existan principalmente muertos y heridos en enfrentamientos con los militares. Ellos saben perfectamente que no existe peligro contra la soberanía del estado, ni de grupos guerrilleros o terroristas que le disputen al estado alguna soberanía política o territorial. Lo que existe, y de ello son conscientes, grupos violentos de delincuencia común organizada que se estructuran para realizar con más efectividad sus actividades de exportación de drogas, comercialización de las mismas en el mercado interno, tráfico ilegal de oro, migrantes, vacunadores y secuestradores que azotan el país, que han sido definidas como tales a las que las fuerzas armadas les han dotado de características virtuales, como son, los ámbitos ficticios de operar en una indeterminada territorialidad y reivindicar

⁵⁰La Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, INREDH. Desmitificación del discurso de guerra y la declaratoria del conflicto armado no internacional en Ecuador 23 de enero de 2024. Recuperado de: <https://n9.cl/og1w3>

cambios en la estructura del estado democrático. Ni lo uno, ni lo otro. Fraude de etiquetas.

CAPÍTULO II
MATERIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE
ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS
CON DISCAPACIDAD

2.1 La materialización de los derechos de acceso a la justicia de las personas con discapacidad

Para garantizar el acceso a las personas con discapacidad, especialmente aquellas que tienen una discapacidad psicosocial, es necesario atender las disposiciones que se encuentran establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en especial que ese acceso a la justicia sea impulsado en igualdad de condiciones, unido ello al pleno reconocimiento de su capacidad jurídica.

En el derecho penal, todavía no se han impulsado los “[...] ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”⁵¹

Ante esta realidad, se pone en evidencia lo mucho que falta por avanzar para garantizar un adecuado acceso a la justicia de la persona con discapacidad. En el supuesto del Código Orgánico Integral Penal la discapacidad llega a establecerse en dicho cuerpo normativo desde dos posiciones, la primera es la utilización de la discapacidad como causa agravante del delito cometido e incremento de la sanción penal⁵², y en segundo lugar se estipula a la discapacidad mental o psicosocial como una causa de inculpabilidad⁵³, hay que agregar que en la norma penal se reconoce el tratamiento especial que deberá ser brindado a aquella con discapacidad en su posición de víctima⁵⁴. Esto se encuentra en concordancia con lo establecido en la Constitución donde se prohíbe cualquier tipo de discriminación contra la persona con discapacidad⁵⁵ y además es catalogado como un grupo humano de atención prioritaria⁵⁶.

⁵¹Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art: 13.1).

⁵²Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional, Quito (2014: Arts. 47, 98, 100, 103, 151, 153, 162, 166, 170, 171, 172, 173, 176, 177, 185, 391, 392, 443, 504, 537, 544, 558 y 710)

⁵³Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional, Quito (2014: Art. 35). - Causa de inculpabilidad.

⁵⁴Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 510.5). - Reglas para el testimonio de la víctima.

⁵⁵Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 11)

⁵⁶Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 35)

Sobre la discapacidad y la determinación de la responsabilidad penal en el supuesto de que exista una discapacidad psicosocial no resulta posible de establecer dicha responsabilidad, y con ello la respectiva sanción penal. Ante la imposibilidad de una determinación de la responsabilidad penal, la ley penal llega a adoptar el régimen de medidas de seguridad cuyo sistema se encuentra anclado en las definiciones de demencia, locura y enajenación mental, tres causales que sustentan la incapacidad para que una persona pueda responder en el ámbito de la responsabilidad penal. Esto representa una clara vulneración de principios como la dignidad, autonomía individual y la libertad que le asiste a cada persona para tomar decisiones propias, además de que se ven afectados principios como el respeto y la aceptación de las diferencias basado en el principio de no discriminación, todos ellos reconocidos en el Art. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Por otro lado, en materia civil, reconoce la incapacidad relativa, en ciertas características como la edad, mas no en la discapacidad intelectual, haciendo referencia a esta discapacidad como “*dementes*”⁵⁷ que a pesar de haber sido reformado el código, con la expresión “*persona con trastorno mental*”, la estructura profesional de los jueces, aun los consideran como “dementes” y por ende incapacitados permanentes, porque así lo establece el mismo código, evadiendo la necesidad de evaluar cada situación con individualidad y las distintas formas de comunicación de las personas con este tipo de discapacidad. Con ello se comprueba que no se puede materializar el derecho al acceso a la justicia para personas con discapacidad intelectual o psicosocial, debido a la dificultad de superar ciertas barreras.

En conclusión, las personas con discapacidad psicosocial en el Ecuador son expuestas permanentemente a la indefensión, dificultando su acceso a la justicia, debido a la visión médico asistencialista que permite a los apoderados actuar bajo su propio interés, ya que los jueces o autoridades judiciales determinan interdicción, sustentando su decisión únicamente en un informe médico sin un previo análisis integral del entorno de las personas con esa discapacidad.

2.2 Respeto del Código Orgánico Integral Penal

En el contexto que implica lo referente al derecho penal, se ha presentado como uno de los principales retos, garantizar el acceso a la justicia penal a las personas con discapacidad, especialmente aquellas que tienen una

⁵⁷Consejo de la Judicatura, Manual de Atención en derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, Quito (2015: 71-72).

discapacidad mental o psicosocial. En este sentido pueden ser identificadas diversas violaciones a los derechos fundamentales, que llegan a surgir principalmente en el desarrollo de las etapas del proceso penal, dígame en la investigación o incluso en la ejecución de la sanción penal. Al ejecutarse dichas violaciones o vulneraciones, no se llega a cumplir con lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, específicamente en los preceptos que establecen el acceso a la justicia en igualdad de condiciones, unido al pleno reconocimiento de la capacidad jurídica respecto a aquellas personas que tienen discapacidad mental o denominada también psicosocial. En este instrumento internacional se estipulan algunos parámetros a tomar en cuenta por los Estados que han suscrito la Convención, en cuanto al acceso a la justicia de la persona con discapacidad, al respecto se señala lo siguiente:

Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares⁵⁸.

No obstante, a lo contemplado en la Convención, la realidad ecuatoriana pone en evidencia lo mucho que falta por avanzar para garantizar un adecuado acceso a la justicia de la persona con discapacidad. En el supuesto del Código Orgánico Integral Penal la discapacidad llega a establecerse desde dos posiciones, la primera es la utilización de la discapacidad como causa agravante del delito cometido e incremento de la sanción penal⁵⁹, y en segundo lugar se estipula a la discapacidad mental como una causa de inculpabilidad⁶⁰, hay que agregar que en la norma penal se reconoce el tratamiento especial que deberá ser brindado a aquella con discapacidad en su posición de

⁵⁸Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006: Art: 13.1).

⁵⁹Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional, Quito (2014: Arts. 47, 98, 100, 103, 151, 153, 162, 166, 170, 171, 172, 173, 176, 177, 185, 391, 392, 443, 504, 537, 544, 558 y 710)

⁶⁰Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional, Quito (2014: Art. 35). - Causa de inculpabilidad. - No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado. Art. 36.- Trastorno mental. - La persona que al momento de cometer la infracción no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, en razón del padecimiento de un trastorno mental, no será penalmente responsable. En estos casos la o el juzgador dictará una medida de seguridad. La persona que, al momento de cometer la infracción, se encuentra disminuida en su capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse de conformidad con esta comprensión, tendrá responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal.

víctima⁶¹. Esto se encuentra en concordancia con lo establecido en la Constitución donde se prohíbe cualquier tipo de discriminación contra la persona con discapacidad⁶² y además es catalogado como un grupo humano de atención prioritaria⁶³.

2.3 Principios en materia penal que se aplican a las personas de atención prioritaria

Los principales parámetros que rigen el funcionamiento del Código Orgánico Integral Penal se encuentran establecidos en la norma constitucional. Por otro lado, se destaca la parte dogmática donde son incorporados los derechos públicos de carácter subjetivo y por ende se impulsa toda la regulación referente a los órganos que funcionan en el ámbito de la justicia penal, tal es el caso de la Fiscalía General del Estado, la Policía y los tribunales. De igual manera, en el sistema penal se llegan a recoger aquellos postulados referentes al individualismo jurídico, la persona física como eje central y razón del orden normativo y del Estado.

En este sentido, se llegan a contemplar aquellos preceptos legales destinados a la readaptación social y a los adolescentes infractores. Todos estos elementos reflejados en el Código Orgánico Integral Penal llegan a respaldarse en una nueva concepción sobre los derechos humanos, o sea, los derechos humanos interpuestos ante el Estado nacional, los otros individuos, los organismos de poder informal y la comunidad internacional. El conjunto de los derechos humanos y fundamentales que le asisten a cada persona tiene como finalidad el desarrollo de las potencialidades del individuo, lo cual a la vez trae aparejados elementos como la justicia, la libertad, la seguridad y el bienestar, por lo que si alguno llegara a faltar ello mermaría una vigencia real de estos derechos fundamentales.

En la norma suprema, los principios básicos del derecho penal van dirigidos principalmente en el alcance de la seguridad jurídica. A esto puede

⁶¹Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 510.5). - Reglas para el testimonio de la víctima. - La recepción del testimonio de la víctima deberá seguir las siguientes reglas: Siempre que la víctima lo solicite o cuando la o el juzgador lo estime conveniente y la víctima lo acepte, el testimonio será receptado con el acompañamiento de personal capacitado en atención a víctimas en crisis, tales como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras o terapeutas, entre otros. Esta norma se aplicará especialmente en los casos en que la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o persona con discapacidad.

⁶²Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 11).- Derechos.- En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos: 2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.

⁶³Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 35). - Causa de inculpabilidad. - No existe responsabilidad penal en el caso de trastorno mental debidamente comprobado.

agregarse que se persigue impulsar una efectiva orientación jurídico-social y el derecho a la readaptación social de la persona infractora.

2.4 Principios generales

Algunos de los principios generales que deben regir en los grupos de atención prioritaria, en los que citamos a las personas con discapacidad, son los siguientes:

2.4.1 Carácter estatal del orden penal

A partir de la evolución de las relaciones sociales, junto con el sistema de los delitos y las penas, han impulsado un régimen privado, que en principio se concentró en prácticas vengativas, individuales o colectivas, y que han evolucionado hasta la materialización del *ius puniendi*. En la actualidad representa un asunto e interés del Estado, por una parte, la facultad genérica o abstracta de incriminar y sancionar, y por el otro lado se destaca la titularidad en ostentar la pretensión punitiva. Es así que, la relación penal material llega a ser planteada entre el Estado, que es el representante de la sociedad, y el autor o presunto participante en el hecho delictivo⁶⁴.

En cuanto al poder abstracto que posee el Estado, representa una atribución de carácter público, destinada a incriminar a determinado individuo o grupo de personas por la conducta desarrollada, esto significa tipificarla con fines punitivos, labor que es encomendada al poder legislativo. Por otra parte, la potestad sancionadora recae en el poder judicial y por último la pretensión punitiva es desplegada a través del derecho procesal de acción, el cual recae de manera exclusiva en la Fiscalía.

En este sentido, hay que agregar la presencia de un monopolio en cuanto al ejercicio de la acción penal. Dicho monopolio se pone de manifiesto en la solución impulsada por el Ministerio Público o en el caso de Ecuador la Fiscalía, sobre cuyo ejercicio una vez agotada la etapa donde se ejecutan las averiguaciones previas, que a la vez constituye la primera fase del procedimiento penal, se le brinda la respectiva solución al caso judicial en concreto. Como parte del proceso legal, también existe las acciones de impugnación hacia la resolución o sentencia, cuyo accionar se apoya en el principio de legalidad y no en el de discrecionalidad.

La consignación de la acción que será ejercitada por parte de la Fiscalía una vez que hayan sido acreditadas cuestiones fundamentales como el cuerpo del delito y la probable responsabilidad. En el ámbito internacional se ha evidenciado una marcada tendencia de condicionar o reducir la actividad penal

⁶⁴Sánchez, M. O. (2008).

del Estado. Razón por la cual se ha llegado a aconsejar la desjudicialización de aquellas decisiones que concluyen en controversia. Esta tendencia llega a ponerse de manifiesto también en los denominados procesos de destipificación y el incremento de la hipótesis de persecución a partir de determinada querrela o los requisitos de procedibilidad que resulten equivalentes.

Desde el ámbito adjetivo, el papel estatal en el orden penal se llega a proyectar como una necesidad del propio proceso penal, para lo cual habría que tomar en cuenta la autocomposición implícita en el poder de querrela y la potestad de materializar el perdón, además de la titularía de la acción que descansa en la Fiscalía. A manera general habría que decir que el Derecho penal está destinado a la protección de los bienes que resultan ser trascendentales dentro de la sociedad, e implica todos los derechos de todos los individuos incluso aquellos que le asisten a los grupos vulnerables como es el caso de la persona con discapacidad.

2.4.2 Principio de mínima intervención

La justicia representa un ideal supremo dentro de la vida en sociedad, y está sujeta a derechos como la igualdad y la libertad. En este sentido, el Derecho penal tiene como base un presupuesto de naturaleza ético-filosófica y con una marcada trascendencia en el ámbito político-criminal. Es así que dentro de dicha concepción el principio de intervención mínima se erige como un mecanismo de actuación al cual se supedita el Derecho penal, puesto que este no deberá ser empleado en la defensa de intereses menores y que no son relevantes para el funcionamiento del Estado de Derecho. Es por ello que no resulta adecuado recurrir a las herramientas brindadas por esta rama si existe una posibilidad real de desarrollar una tutela efectiva con otros instrumentos jurídicos no penales⁶⁵.

No obstante, la esencia del principio de intervención mínima radica en el respeto que debe implementarse hacia la capacidad de la persona para adquirir tanto derechos como obligaciones que no generen daños a terceros. Esto representa un motivo a tener en cuenta por el Derecho penal, para de esta forma desarrollar una intervención mínima en los conflictos generados dentro de la sociedad, donde constituye no sólo un límite al ejercicio del *ius puniendi*, sino que además llega a posicionar al Derecho penal en determinado lugar dentro del ordenamiento jurídico, y este es la última instancia, a la cual pueden acceder los ciudadanos para dirimir sus conflictos, en el supuesto que se tratara de delitos que puedan ser perseguidos a instancia de parte, o bien como último recurso legal del cual dispone el Estado para que se pueda alcanzar una

⁶⁵Martos, (1988: 927).

sociedad avanzada y democrática, donde se hace énfasis en el desarrollo de valores fundamentales.

Respecto a este principio hay que destacar que se encuentra integrado por tres postulados fundamentales. Por una parte, se encuentra el carácter fragmentado del Derecho penal; en segundo lugar, su consideración como mecanismo de *última ratio*; y por último su naturaleza accesorio. De igual manera, la intervención penal resultará urgente y máxima, en el caso de que la gravedad de los hechos que afecten bienes jurídicos tutelados de tal manera, que signifique un peligro para los cimientos de la paz social y el equilibrio que deberá existir en la conformación de las relaciones sociales y el ejercicio de los derechos.

2.5 Principios procesales

Algunos de los principios procesales que se ponen de manifiesto en el tratamiento de la persona con discapacidad dentro del Derecho penal son los siguientes:

2.5.1 Principio de dignidad humana y titularidad de derechos

En el Art. 4 del Código Orgánico Integral Penal se reconoce como uno de los principios que deberá regir dentro del proceso penal a la dignidad humana y por ende la titularidad de derechos. Esto significa un claro reconocimiento de los derechos humanos que le asisten a las personas intervinientes en el proceso penal. Dicho reconocimiento puede incluso ser considerado como una declaración que se supone o que está sobreentendida dentro de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, como ha sido reconocido al Ecuador en la norma constitucional.

No obstante, contemplar explícitamente estos derechos como principios dentro del proceso penal, genera todo un engranaje de garantías, así como principios rectores que establecen una cierta jerarquía dentro de la propuesta ambiciosa planteada en la ley penal. Hay que señalar además que este principio conferido a todos los intervinientes dentro del proceso penal deberá ser entendido de manera básica como relacionado a las dos figuras claves del conflicto, la víctima y el victimario. En el caso de la víctima esta resulta ser el contrapeso natural en la *litis* y por ende una de las protagonistas en cuanto al restablecimiento de los derechos vulnerados.

Por otra parte, hay que agregar que, dentro del contexto penal ecuatoriano, específicamente en el proceso penal el Estado puede ejercer la acción penal unido a la intervención de la víctima, sin la presencia de esta e incluso en contra de la propia voluntad de la víctima. Esto se puede traducir en

la existencia de un controlado monopolio de la acción penal por parte del Estado, con aquellas excepciones que implica el ejercicio privado de la acción. Así mismo, los derechos humanos en el proceso penal son reconocidos, y por lo tanto no deben ser declarados, y ello se debe a que son derechos positivos innatos dados por el simple hecho de la existencia del individuo como ser humano. Es así que, el Estado no puede otorgar algo que ya le pertenece al individuo, por lo que sólo se establece su reconocimiento y garantía, tal como se evidencia en el Art. 66 de la norma constitucional.

En el marco de la doctrina legal se coincide en considerar a los derechos humanos como aquellas facultades y prerrogativas fundamentales que tiene toda persona natural y sin las cuales no puede desarrollar una vida adecuada⁶⁶. En cuanto a los derechos reconocidos en el Código Orgánico Integral Penal, van dirigidos a la protección del ser humano de manera individual contra cualquier tipo de agresión ya sea de un organismo público o persona natural. Por último, en el propio Art. 4 del Código Orgánico Integral Penal⁶⁷ hay que acotar la situación donde la persona se encuentra privada de la libertad, donde no sólo se pierde el derecho a la libertad, sino un conjunto de derecho colaterales que forman parte de la vida cotidiana, y a la vez ello no significa que la persona no será tratada con dignidad, al contrario, deberán recibir un trato prioritario y especializado para su posterior rehabilitación en la sociedad.

2.6 Principio de legalidad

Como uno de los principios que más sobresalen dentro del Derecho penal se encuentra el principio de legalidad. Sus orígenes datan del Siglo XVII, en cuya etapa se emprendió una fuerte lucha contra las prácticas y regímenes arbitrarios dentro del ámbito judicial. Cuando se analiza la función punitiva dentro del sistema penal, se ha manifestado una tendencia a identificarla en la actualidad desde una óptica sociológica de la pena, a la vez representa un mecanismo de represión de aquellas necesidades fundamentales que son reconocidas como derechos dentro de la sociedad.

De igual manera, una parte importante de la función punitiva es ejecutada, aún en la actualidad, fuera de los parámetros establecidos acorde a derecho, a pesar de los resultados obtenidos en el ámbito constitucional. Un ejemplo de ello sería la gravedad del fenómeno de la pena de muerte de forma extrajudicial, las torturas, las desapariciones, las acciones ilegales de la policía, los militares e incluso paramilitares, todo esto constituye prácticas violatorias al principio de la legalidad.

⁶⁶Molero, (2008:35).

⁶⁷Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 4)

Como parte de las posibles limitaciones formales ante la violencia punitiva, se ha reubicado la acción penal bajo parámetros estrictos y en el exclusivo ámbito de control que ejerce la ley. De igual modo, todo aquel movimiento respecto a la defensa de los derechos fundamentales en el área penal deberá estar orientado hacia una colocación efectiva de las violaciones en la materialización de la sanción penal como comportamientos delictivos o cualquier otro tipo de definición en torno al ilícito ejecutado, todo ello sometido al derecho vigente, y por ende su sujeción a las sanciones estipuladas para cada caso, ya sea en materia penal, administrativa, civil o disciplinaria.

Vale agregar, que el principio de reserva de ley llega a imponer limitaciones en el ejercicio de la función punitiva, por lo que sólo se conciben las acciones previstas en la ley como figuras delictivas, o sea, *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Este principio excluye, de manera específica, toda posibilidad de incluir sanciones penales en el ámbito de cualquier poder del Estado que no sea el legislativo. En este sentido el resto de los principios que le asisten al Derecho penal pueden llegar a ser considerados como un conjunto de especificaciones del principio de legalidad, a la vez comprendido desde un sentido amplio. En el Código Orgánico Integral Penal el principio de legalidad establece la no existencia de la infracción penal, sin el adecuado establecimiento de la ley anterior al hecho delictivo, de igual manera sucede con la sanción penal y el proceso penal⁶⁸.

2.7 Principio de igualdad

Este principio llega a reconocerse tanto en la norma constitucional como en el Código Orgánico Integral Penal, y está destinado específicamente a que en el ejercicio de los derechos deberá regir igualdad y por lo tanto la no discriminación, dígase por sexo, discapacidad o condición física, por sólo citar algunos ejemplos⁶⁹. En la esfera donde se desarrolla la contienda penal ambas partes en el proceso deberán tener acceso a las mismas posibilidades para así garantizar el debido proceso en el desarrollo de este.

Del mismo modo, en el periodo que dure la litigación penal, en principio ambas partes tienen el derecho a disfrutar de las mismas garantías implícitas en la posición en la que se encuentran, además de los correspondientes recursos para impulsar las respectivas actividades como parte de la causa judicial. Para ello no deberán existir preferencias hacia determinada parte, ni brindarle ventajas que fomenten un proceso desigual. Según lo aquí expuesto la igualdad también supone que elementos dentro del proceso penal como el

⁶⁸Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 5)

⁶⁹Constitución de la República del Ecuador, Quito (2008: Art. 11)

juez, el secretario, el asistente judicial y demás funcionarios, tienen la obligación por ley de establecer niveles semejantes y facilidades para las personas inmersas en el proceso, ya sea la víctima o el victimario.

En el ámbito penal este principio deberá ser acatado en el transcurso de todas las actuaciones realizadas dentro del proceso. Esto llega a significar el cumplimiento de un conjunto de garantías, especialmente el derecho a la defensa que le asiste a la parte acusada, y la ejecución de todas las actividades preprocesales y de investigación previa, y demás etapas del proceso como: instrucción, evaluación y preparatoria del juicio, y el juicio como tal; además este principio deberá regir en el proceso de impugnación y a modo general en la tramitación de todas aquellas actuaciones implícitas en el procedimiento ordinario y todos los procedimientos especiales.

Hay que aclarar que en la norma constitucional se llega a reconocer tanto la igualdad formal como la igualdad material. En el caso de la igualdad formal, llega a declarar que todos los ciudadanos se encuentran sometidos a la ley, y por lo tanto nadie está por encima de esta; mientras que la igualdad material o también denominada igualdad estructural es identificada con la modificación de las circunstancias que representan un impedimento para el ejercicio pleno de los derechos por parte de las personas y el acceso a las oportunidades a través de las respectivas medidas de carácter estructural, políticas públicas y normas legales. En este sentido, el principio de igualdad también conlleva a que las personas reciban un trato justo y equitativo.

2.8 Principio de imparcialidad

Respecto al principio de imparcialidad, este contribuye a determinar garantías necesarias en el ejercicio de la tutela efectiva, principalmente por parte del magistrado a través de las funciones específicas que desempeña en el desarrollo del proceso. Al respecto hay que destacar que el juez no podrá contaminar sus actuaciones, a partir de la ejecución de una conducta invasiva hacia el papel que le corresponde desempeñar a las partes procesales, lo cual a la vez se relaciona con el principio dispositivo.

La fundamentación del principio de imparcialidad radica en el reconocimiento de la igualdad entre las partes procesales, lo cual implica en principio que el juez llegue a resolver bajo los parámetros establecidos en la ley como única limitante, unida a la respectiva convicción que pueda existir, sin mediar parámetros externos o internos que lleguen a ejercer determinada presión. En este sentido, cabe destacar que no resulta posible que una misma persona sea juez y parte dentro del proceso, lo cual es totalmente incompatible con el sistema oral que rige en el procedimiento penal, ya que contraviene la

esencia del principio de imparcialidad. Por tal razón, en el supuesto de que algunas de las partes duden de las actuaciones del magistrado y por ende considere que no existe imparcialidad, tiene el derecho de impugnar la competencia del juez en cualquier momento procesal en el que se encuentre la causa⁷⁰.

Con el objetivo de mejorar el desarrollo del principio de imparcialidad dentro del proceso penal debería regir la siguiente fórmula: acusación parcial + juez imparcial + defensa parcial. Es así que, se puede resaltar que las instituciones jurídicas deben empoderarse bajo parámetros que contribuyan al cumplimiento del debido proceso. De esta manera, en el marco de la doctrina legal deberá prevalecer un cuestionamiento crítico sobre la realidad jurídica en aras de cumplir con los derechos fundamentales que le asisten a cada persona⁷¹. A su vez, el principio de imparcialidad sería obsoleto, si en la práctica judicial se aprecia que el magistrado no posee una capacidad de autonomía para llegar a solucionar, sin temor o presiones, determinado conflicto judicial.

2.9 Principio de objetividad

El principio de objetividad se erige como la orientación ética que deberá prevalecer en las actuaciones ejecutadas por el fiscal durante el proceso. La Corte Interamericana se ha pronunciado respecto de las actuaciones de los operadores de justicia, tal es en el caso *Ximenes Lopes vs Brasil*⁷², que indica “además, que de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o la situación específica en que se encuentre”, es decir que determinarán con anticipación las necesidades de las personas con discapacidad, de acuerdo al tipo o condición y debidamente informada desde el inicio, en cualquier proceso.

Dicho accionar deberá estar sujeto a la ley y al lado humano, para la cual deberá operar bajo parámetros como la lógica procesal, donde deberá ser tomado en cuenta los planteamientos realizados tanto por la víctima como por el victimario, que en el caso del segundo rige el principio de inocencia hasta que no sea probada su culpabilidad en el procedimiento judicial penal. Este principio de objetividad desempeña un rol principal en las actuaciones

⁷⁰Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 571)

⁷¹Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009: Art. 138)

⁷²Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. (2006). Caso de la CIDH que trata acerca de la responsabilidad internacional por parte del Estado relacionada con muerte y maltrato a los que fue sometida una persona en una institución mental, así como la falta de investigación y sanción a los responsables del crimen.

desempeñadas por el fiscal dígase principalmente durante la investigación y la acusación.

En el supuesto de la función de investigación ejecutada por el fiscal, esta se relaciona directamente con la fase preprocesal de investigación previa o en la etapa preprocesal de investigación. En dicha etapa el fiscal realiza un control y conforma el expediente judicial donde serán contempladas las respectivas pruebas que le brinden un sustento a la acusación formulada. En este orden, en el fiscal recae realizar un control respecto a la balanza de la administración de justicia, ante lo cual son dispuestas aquellas diligencias de oficio, y a la vez son aceptadas o negadas las peticiones de los sujetos procesales, ya sea la víctima o el acusado. Así mismo, el fiscal deberá garantizar una investigación donde no existe una intervención directa del acusado o la persona que es procesada.⁷³

Habría que agregar que todas las actuaciones realizadas por el fiscal llegan a conducir a una construcción de la causa judicial y por lo tanto deberán estar enmarcadas en las garantías que rigen en el debido proceso, donde el juez de garantías penales ejercerá un control sobre el cumplimiento de las normas constitucionales y sustantivas⁷⁴. Por un lado, se puede llegar a comprender que el principio de objetividad exige que el fiscal llegue a investigar las circunstancias de descargo que puedan eximir, atenuar o extinguir de responsabilidad a la persona procesada o al acusado. Otro rasgo a destacar en las funciones del fiscal es que a este se le exige, a partir del cumplimiento de la jerarquía constitucional, desarrollar un especial interés público hacia los derechos de las víctimas, acorde a lo establecido en la norma constitucional.⁷⁵

En cuanto a la acusación fiscal, se deberá emitir el respectivo dictamen acusatorio, por medio del cual se le solicita al juez de garantías penales que convoque a la audiencia de evaluación y la preparatoria del juicio. En el marco de las exigencias aquí establecidas se destaca que el fiscal en el desempeño de su papel en el establecimiento de la acusación llegue a fijar los elementos suficientes respecto a la comisión del hecho delictivo y que por lo tanto la persona acusada resulta ser el autor o el cómplice de dicho delito.

Por último, en el ejercicio del principio de objetividad existen circunstancias que rodean al hecho delictivo, donde la persona acusada puede ser eximida, la pena puede ser atenuada e incluso extinguida. Al respecto de la extinción de la acusación se regulan diversas causas, entre ellas las causas de inculpabilidad, las cuales se condicionan a la presencia de un trastorno

⁷³Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009: Art. 282)

⁷⁴Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 5)

⁷⁵Constitución de la República del Ecuador, Quito (2008: Art. 195)

mental o discapacidad psicosocial en el individuo que comete el hecho tipificado como delito.

2.10 Principio de garantías en caso de privación de libertad

Con el objetivo de que la persona que ha sido privada de la libertad, posea todo un sistema de derechos que contribuyan a su rehabilitación y a un tratamiento adecuado acorde al principio de dignidad, son reconocidos tanto en la norma constitucional como en la ley penal, un conjunto de garantías y derechos a cumplir por parte del sistema penitenciario. De igual manera en el Código Orgánico Integral Penal⁷⁶, en la Constitución⁷⁷ y en los tratados internacionales en materia de derechos humanos que el Ecuador ha suscrito, son establecidos un conjunto de derechos y garantías dirigidos a las personas privadas de la libertad, ejemplo de ello: los derechos de integridad; libertad de expresión; libertad de conciencia y religión; educación, trabajo y cultura; privacidad personal y familiar; quejas y peticiones; salud, alimentación; por sólo mencionar algunos. No obstante, como el individuo se encuentra privado de la libertad el ejercicio de los derechos antes mencionados será limitado.

Por otra parte, el reconocimiento en el país de un sistema de rehabilitación social contribuye a garantizar y fortalecer todos aquellos derechos que se le reconocen al privado de la libertad. Como organismo de carácter técnico llegará a ejercer un control y evaluación en los centros penitenciarios, para que estos cumplan con el funcionamiento del sistema de rehabilitación, y por ende con las garantías y derechos establecidos.

2.11 Del tratamiento en la legislación penal de las personas con discapacidad

En la norma penal ecuatoriana el tema de la discapacidad o más bien la persona con discapacidad es contemplada en cuestiones muy puntuales y específicas. La discapacidad en los preceptos legales que integran el Código Orgánico Integral Penal es regulada desde la perspectiva de constituir una agravante del delito para el acusado, cuando la víctima resulta ser una persona con discapacidad.

Otro enfoque que el Código Orgánico Integral Penal le brinda a la persona con discapacidad específicamente mental o psicosocial, recae en la inculpabilidad cuando ha cometido el delito y a la vez posee un 'trastorno mental'. Esta referencia expresa a la no culpabilidad de la persona sólo es

⁷⁶Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 12)

⁷⁷Constitución de la República del Ecuador, Quito (2008: Art. 51)

regulada en dos artículos el 35 y 36, más no se establece un procedimiento de inimputabilidad como es el caso de otras legislaciones penales, ejemplo la mexicana. De igual manera, a la persona que posee un trastorno mental y ha cometido un hecho delictivo el Código Orgánico Integral Penal establece para estos casos la aplicación de medidas de seguridad y no penas o sanciones.

Es muy frecuente que personas con discapacidad mental o psicosocial, al cometer algún tipo de delito, sea internado en centros de rehabilitación social, en general con la misma población, sin que sea considerada su condición; sino revisemos el caso *Doolan c. Australia*, cuya persona con discapacidad intelectual y psicosocial, fue reducido a prisión preventiva por amenazar a otra con un fragmento de vidrio; tras esa detención, fue recluido en un módulo de máxima seguridad y que tras ser evaluado, se determinó que no era apto para comparecer a juicio “y que no había perspectivas razonables de que estuviera en condiciones de ser juzgado, al menos en un año”, resolviéndose mantener la privación de libertad bajo el régimen de máxima seguridad, inclusive con aislamientos por largos períodos de tiempo, sin que tuviera acceso a habilitación y rehabilitación o atención de salud, que le permitieran de alguna forma estabilizar su trastorno y posibilitar su recuperación y adquiera aptitudes o conductas para la comunicación, por tanto su salud se deteriora considerablemente; el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, consideró en su resolución que Australia como Estado Parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, deberá “velar por que todas las personas sean iguales ante la ley y tengan derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna, y que los Estados partes deben adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación.

El Comité recuerda también que la discriminación puede ser consecuencia del efecto discriminatorio de una norma o medida carente de la intención de discriminar, pero que afecte desproporcionadamente a las personas con discapacidad.”; por tanto de este caso, la persona privada de libertad, con ese tipo de condición de discapacidad, no deberá permanecer en centros de privación de libertad comunes, sino especializados y bajo medidas de seguridad y ser apoyados para su recuperación; para este efecto la Comisión también recomienda al Estado Parte “ii) Asegure sin dilación que se ofrezcan a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial medidas de apoyo y ajuste adecuadas para que puedan ejercer su capacidad jurídica ante los tribunales siempre que sea necesario;” y “iv) Vele por que se imparta al

personal que trabaja con personas con discapacidad intelectual y psicosocial, los miembros de la Comisión de Reforma Legislativa y el Parlamento, los oficiales de justicia y demás personal judicial que interviene en la facilitación de la labor de la judicatura formación adecuada y continua sobre el alcance de la Convención y su Protocolo Facultativo, en particular sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y mental; y evite utilizar instituciones de máxima seguridad para el internamiento de personas con discapacidad intelectual y psicosocial”⁷⁸.

En el caso específico de la aplicación de estas medidas de seguridad el Código Orgánico Integral Penal las establece para las personas en situación de discapacidad psicosocial, a través de la cual se determina la privación de la libertad y el tratamiento forzado o sin mediar consentimiento, en entidades psiquiátricas⁷⁹. Respecto a este tipo de preceptos legales se puede decir que representan una vulneración a los estándares establecidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Dichos parámetros se evidencian en el Art. 14 de este instrumento internacional suscrito por el Estado ecuatoriano, unido a las observaciones emitidas por el Comité sobre los Derechos de las Personas, donde ha llegado a recomendar e instar a los Estados la revisión y armonización de su legislación interna en aras de eliminar aquellas leyes que representan una clara restricción total o parcial al ejercicio de la capacidad jurídica respecto a las personas que poseen una situación de discapacidad mental. En este sentido otra recomendación se enfoca en desarrollar toda una revisión y análisis del criterio sobre la peligrosidad que establece el internamiento involuntario. Todos estos señalamientos significan conformar un sistema legal donde impere un acceso a la justicia en igualdad de condiciones, a la vez que regirá un cumplimiento de todas las garantías inmersas en el debido proceso, en el cual son resguardados derechos como la libertad y la seguridad, transformados en principios dentro del marco del sistema penal.

Lo expuesto hasta aquí implica la imperante necesidad de conformar un sistema de justicia penal que sea inclusivo y que contemple con ajustes en cuanto a la accesibilidad en los procesos penales, de ciertos mecanismos de apoyo para el efectivo ejercicio de la capacidad jurídica⁸⁰ hacia la persona que se encuentre en dicho contexto. Habría que implementar además salvaguardas

⁷⁸Caso Manuway (Kerry) Doolan. Australia. Dictamen aprobado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación Nro. 18/2013. Resuelto el 30 de agosto de 2019

⁷⁹Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 76)

⁸⁰Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 510)

que contribuyan a resguardar los derechos fundamentales, la voluntad e incluso las preferencias que poseen las personas.

Por lo tanto, si existiera la imposición de una sentencia judicial y condenatoria en determinado proceso penal que esté dotado de una debida articulación y con las condiciones pertinentes para que las personas con discapacidad cuenten con una habilitación del Estado para que este intervenga coactivamente en el ámbito de su libertad, donde la restricción a dicha libertad deberá ser aplicada como última opción. Esto significa que deberá ser prioridad el ejercicio de una justicia restaurativa, así como la materialización de figuras sobre la remisión de la pena.

Con respecto a la aplicación de una postura donde represente una problemática la inimputabilidad, el sistema de medidas de seguridad y la implementación de un régimen de responsabilidad penal que contemple los estándares reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, representa aún en la actualidad un tema que está pendiente dentro de la dogmática penal. Es por ello que deberá desarrollarse todo un proceso de diálogo con los parámetros establecidos en el ámbito internacional en materia de derechos humanos, donde este último aspecto contribuirá a adoptar una posición crítica ante posibles situaciones de violencia estructural e incluso invisible hacia aquellas personas que poseen una discapacidad psicosocial, lo cual representa una vulneración de la dignidad bajo el propio amparo que brinda el sistema penal.

Considerando esto, es una necesidad impulsar una investigación hacia aquellos elementos de fondo que fijan un cierto reproche en el ámbito penal a las personas con discapacidad psicosocial, que llegan a ejecutar hechos delictivos, así como determinadas alternativas neutrales de exclusión de la misma y su materialización sin discriminación por razones de discapacidad. Al mismo tiempo deberán desarrollarse propuestas que representen una actividad de colaboración con aquellas personas que tienen una discapacidad mental, además de la conformación de modelos de accesibilidad concretos y los respectivos ajustes razonables dentro de los procedimientos penales. Se debe agregar que, existe un camino interesante a recorrer en materia penal respecto a la discapacidad y el establecimiento de una justicia penal inclusiva.

2.12 La responsabilidad penal de las personas con discapacidad

En el campo jurídico-penal, la responsabilidad llega a ser impuesta bajo determinados parámetros, tal es el caso de tomar en cuenta la capacidad de la persona imputada o acusada, unido a la comprobación de su salud mental. Esto significa que la persona deberá tener conciencia sobre el mundo exterior,

evidenciando así un claro razonamiento normal, a través del cual el individuo puede discernir entre un accionar correcto y otro que es incorrecto, además de que la persona puede adaptar su conducta al medio⁸¹.

Sobre la discapacidad y la determinación de la responsabilidad penal en el supuesto de que exista una discapacidad psicosocial no resulta posible de establecer dicha responsabilidad, y con ello la respectiva sanción penal. Ante la imposibilidad de una determinación de la responsabilidad penal, la ley penal llega a adoptar el régimen de medidas de seguridad cuyo sistema se encuentra anclado en las definiciones de demencia, locura y enajenación mental, tres causales que sustentan la incapacidad para que una persona pueda responder en el ámbito de la responsabilidad penal. Esto representa una clara vulneración de principios como la dignidad, autonomía individual y la libertad que le asiste a cada persona para tomar decisiones propias, además de que se ven afectados principios como el respeto y la aceptación de las diferencias basado en el principio de no discriminación, todos ellos reconocidos en el Art. 3 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El no establecimiento de la responsabilidad penal a una persona con discapacidad psicosocial debido a la existencia de dicha discapacidad, puede traducirse en una violación al Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad respecto al derecho a la igualdad de reconocimiento que tienen las personas ante la ley. Debido a esto, las declaraciones de inimputabilidad conllevan en sí mismas una negación de la capacidad jurídica de la persona que se encuentra en una situación de discapacidad psicosocial, ello representa una discriminación basada en una condición, lo cual constituye un impedimento para ejercitar los derechos en igualdad de condiciones.

En este sentido también sufre una afectación el acceso a la justicia, ya que se le aplica a la persona en situación de discapacidad psicosocial o mental un régimen paralelo y distinto al que se le aplica al resto de personas en casos similares. Esto significa, que la persona con discapacidad mental está sujeta a una disposición judicial donde un tercero denominado curador ejercite sus derechos, e incluso que los procedimientos puedan ser desarrollados con la persona con discapacidad ausente; esto significa un tratamiento diferenciado y a la vez discriminatorio que está amparado en la situación de discapacidad, y esto representa una clara violación al derecho de defensa material y el principio de publicidad.

⁸¹Gaviria, (2005: 25).

Otro de los elementos que se llegan a vulnerar son los derechos de libertad y seguridad que le asiste a cada persona, por cuanto la propia ley dispone un conjunto de restricciones hacia tales derechos. No obstante, el engranaje de medidas de seguridad contenidas en el Código Orgánico Integral Penal, hacia la persona con discapacidad mental que ha cometido un hecho delictivo, resulta contrario a lo regulado en el Art. 12 de la Convención, cuyo instrumento es dotado con rango similar al de la norma constitucional en el ordenamiento jurídico nacional.

Como parte de los elementos que integran la responsabilidad, se destaca la culpabilidad, la cual constituye un presupuesto subjetivo, que a la vez contribuye a iniciar la relación de contraposición entre la voluntad del autor y lo establecido en la ley. A partir de dicha relación llega a establecerse un juicio de desaprobación posterior a la conducta del autor, ello fundamentado en la materialización de un accionar típico y antijurídico⁸². Todos los elementos aquí señalados no son aplicables a las personas en situación de discapacidad psicosocial donde el obrar culpablemente no llega a ser determinado por la carencia de capacidad jurídica.

Habría que destacar aquellas medidas dirigidas a la custodia y el tratamiento desde la óptica asistencialista aplicado a la persona con discapacidad psicosocial, donde existe una vulneración específica hacia los pilares fijados por el modelo social en materia de discapacidad, donde le ha sido reconocido a la persona con discapacidad derechos tales como la dignidad y la autonomía. Por lo tanto, este tipo de medidas afectan el piso ético y normativo sobre el que se han edificado los estándares actuales de los derechos de la persona con discapacidad, a la vez como un retroceso el sujeto es posicionado como un individuo que requiere socorro, caridad o beneficencia, condicionando a la persona con discapacidad a un sistema paternalista y vertical donde es ejercida la tutela, en vez de existir un reconocimiento de la persona con discapacidad mental como un sujeto de derechos humanos.

Si se realiza un contraste general de la norma penal nacional en el ámbito de las medidas de seguridad aplicadas a la persona con discapacidad psicosocial ante la comisión de un hecho delictivo bajo los estándares actuales en materia de derechos humanos, representa una discriminación hacia este grupo vulnerable. Por lo tanto, existe la necesidad de repensar la inimputabilidad de la persona con discapacidad psicosocial y así llegar a eliminar las medidas de seguridad, para así construir una posibilidad real de que este individuo participe en un juicio sin restricciones o limitaciones vinculadas a su discapacidad.

⁸²Demetrio, (2013: 237).

2.13 La inimputabilidad o inculpabilidad

Desde el ámbito jurídico la inimputabilidad representa una de las causas de exclusión del delito. En la ley penal vigente, este tipo de causas llegan a suponer la ausencia del hecho delictivo, ya que no existe la posibilidad de demostrar todos los elementos que son necesarios, dígase conducta típica, culpables, antijurídica y punible, para que determinado delito sea imputado al individuo.

Por otra parte, las diversas formas que son aplicadas hacia la exclusión respecto al hecho delictivo son desarrolladas de manera desigual. En este sentido habría que destacar algunos ejemplos, en primer lugar si existe una ausencia de conducta o se llega a ejecutar un accionar que es identificado como una legítima defensa, el autor no llega a recibir una sentencia judicial condenatoria; y en segundo lugar en el supuesto que sea declarada la inimputabilidad existe una ausencia de capacidad y de voluntad para llegar a comprender el hecho ilícito cometido, la persona acusada se le aplica una medida de seguridad sujeta a su condición.

La inimputabilidad o inculpabilidad, este segundo término establecido en el Código Orgánico Integral Penal, y su respectiva ejecución implica que las personas con discapacidad mental, se requerirá la comprobación de dicha discapacidad de manera previa por dictámenes médicos, no sean tomadas en cuenta para declarar, o demostrar si tienen la capacidad de comunicarse y explicar la situación que ha acontecido, a la vez también llegar a comprobar si existe alguna comprensión sobre el acto ilícito cometido. Por lo que simplemente no son tomados en cuenta como sujetos sólo por su condición de discapacidad.

Se debe agregar también que la persona con discapacidad mental llega a transformarse en un objeto y no es tratado como sujeto de derecho. Una vez que se inician las averiguaciones previas, la Fiscalía tiene la potestad de solicitar el internamiento en un centro psiquiátrico de la persona con discapacidad psicosocial o trastorno mental y su imposición o aprobación corre a cargo del juzgador o juez⁸³. Ante este tipo de medidas se evidencia una grave violación a los derechos humanos, que consiste en el internamiento forzoso al que es sometida la persona en situación de discapacidad psicosocial en un centro psiquiátrico. Esto evidencia un tratamiento desde la perspectiva de representar un objeto la persona con discapacidad.

En el supuesto de existir un conflicto entre la legislación local, donde se prevén un conjunto de medidas destinadas a la reclusión de la persona con

⁸³Código Orgánico Integral Penal, Quito (2014: Art. 76)

discapacidad psicosocial declaradas inimputables, y los preceptos contemplados en la Convención donde se estipula que la presencia de una discapacidad no puede ser motivo para fijar una medida de privación de la libertad⁸⁴ se han emitido determinadas consideraciones. Por ejemplo, organismos como el Consejo de Derechos Humanos ha llegado a manifestar que, de aceptarse la aplicabilidad de un encierro involuntario hacia la persona con discapacidad, tal como se reguló en los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental⁸⁵, cuyos principios fueron adoptados en el año 1991 por la Asamblea General, y dicho reconocimiento contraviene directamente con el contenido dispuesto en la Convención sobre el tema⁸⁶.

Ahora bien, en cuanto a la fundamentación de la aplicación de una medida de seguridad ante la existencia de la inimputabilidad se puede afirmar que ello tiene implícito cierta subjetividad. Esto se debe a que se pone de manifiesto como uno de los principales cuestionamientos en torno a la aplicación de medidas de seguridad en los casos aquí expuestos, es que su fundamentación reside en la peligrosidad del autor, para lo cual es tomado en cuenta su condición de discapacidad psicosocial. En este sentido, se llega a percibir en la doctrina un sector que aboga por la eliminación de una reacción de índole penal hacia la persona que ha sido declarada inimputable en determinado proceso penal, y por lo tanto se le deberá brindar un tratamiento normativo sólo en el ámbito civil, y con ello no se validaría acciones como el aislamiento social impuesto por medio de la respectiva medida de seguridad en aras de proteger a la propia comunidad, bajo el criterio de existir una peligrosidad criminal. Razón por la cual, se ha planteado como propuesta que, ante la ejecución de un ilícito penal por parte de una persona inimputable por discapacidad psicosocial, el magistrado en el ámbito penal deberá agotar su competencia, y así se da paso a la intervención de un juez civil⁸⁷.

Según la posición planteada, un juicio de probabilidad ante la comisión de hechos delictivos futuros considera relevante la definición sobre peligrosidad post delictual, ya que resultaría contrario al principio de legalidad y por ende existirían vestigios sobre un derecho penal de autor. A pesar, de los problemas antes señalados sobre el establecimiento de la peligrosidad para la materialización de la medida de seguridad a una persona que ha cometido un delito y que es a la vez considerada inimputable por tener una discapacidad

⁸⁴Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Art. 14.1.c.)

⁸⁵Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental. Resolución 46/119 de 17 de diciembre. Asamblea General de las Naciones Unidas (1991).

⁸⁶Informe provisional del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Asamblea General de las Naciones Unidas (2008).

⁸⁷Irigoyen, (2005: 1).

psicosocial, resulta que existen muchos ordenamientos jurídicos que han optado por la opción de su aplicación y por lo tanto su reconocimiento, ante la comisión de un delito por un individuo no imputable, donde se dictamina la reclusión de dicha persona hasta que 'cese su estado de peligrosidad'.

Conviene subrayar que en la aplicación del Art. 14, numeral 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados partes deberán asegurar un tratamiento hacia la persona con discapacidad privada de la libertad en igualdad de condiciones en comparación con el resto de los individuos, ello incluye la materialización de los ajustes razonables. De igual manera, el alcance de la prohibición sobre prácticas discriminatorias estipulado en el Art. 5 de la Convención ha sido identificado como cualquier tipo de distinción, restricción o exclusión debido a la discapacidad, cuyo propósito será la obstaculización o dejar sin efecto el disfrute y ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad psicosocial, en condiciones de igualdad.

Con el objetivo de que sea adoptada una postura legislativa acorde a los parámetros establecidos en la Convención sobre la persona con discapacidad, al cometer un hecho delictivo, la situación de esta persona declarada inimputable no podrá ser más gravosa en comparación con otro individuo que no tiene discapacidad psicosocial y que ha sido penalmente condenado por la comisión del mismo delito. Es por ello que, las medidas de seguridad no podrán tener una duración mayor que la pena estrictamente aplicable al hecho cometido. En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal no prevé un tiempo de duración en cuanto a la estadía de la persona con discapacidad mental en un centro psiquiátrico, sólo se estipula que los juzgadores deberán prever su tiempo de duración y la necesidad de esta. Por otro lado, se puede derivar de la inimputabilidad que la fundamentación de las medidas de seguridad recaiga en la peligrosidad del sujeto, pero si solamente se toma en cuenta esto y el juez omite la verificación del ilícito penal, en el marco del proceso, se impondría una medida de seguridad contrario a lo establecido en la Convención, pues la presencia de una simple discapacidad no puede ser causa de justificación para ejecutar una privación de la libertad.

2.14 Análisis de la administración de justicia en jueces ordinarios y de la Corte Nacional de Justicia respecto con personas con discapacidad

La operatividad de la administración de la justicia en el Ecuador posee elementos muy interesantes que esta investigación considera oportunos analizarlos. Me refiero a la forma de evaluación de los operadores de justicia, la formación y capacitación en sus funciones, los tiempos de vigencia de las

normas relacionadas con personas con discapacidad -la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal Código Orgánico Integral Penal y el Código Orgánico General de Procesos, COGEP específicamente.

2.15 Evaluación de los jueces y la motivación en el acceso a la justicia

Los jueces a nivel nacional hasta el 2021, han sido evaluados por dos ocasiones durante la vigencia de la Constitución aprobada en 2008. La primera evaluación realizada en el 2014-2015, usando el Reglamento de Evaluación de Rendimiento para las juezas y jueces a nivel Nacional⁸⁸, incluyendo los jueces de la Corte Nacional de Justicia⁸⁹ y la segunda evaluación realizada en el 2017 bajo lo dispuesto en el Reglamento de Evaluación de Desempeño para los Jueces de la Carrera Jurisdiccional⁹⁰, además de otro reglamento a jueces de la Corte Nacional de Justicia.

La metodología de la evaluación en 2014 usada para los jueces a nivel nacional únicamente toma en consideración la tasa de resolución o productividad judicial de cada jueza o juez evaluado. Aclarando que "...la tasa de resolución es la relación entre las causas o acciones de la carga activa resueltas por el jueza o juez, respecto del número de las causas ingresadas dentro del periodo de evaluación"⁹¹. La metodología para calificar a los jueces de la Corte Nacional en 2014 consideraba tres criterios: la evaluación misional, la evaluación administrativa y la evaluación disciplinaria. La misma Resolución N° 268-2014 del Consejo de la Judicatura explica en el Art. 11 que: "[...] la evaluación misional se refiere a la gestión individual de cada jueza o juez de la Corte Nacional de Justicia, respecto del despacho y de otros procesos que por mandato legal sean de su competencia. La evaluación misional se fundamentará en criterios cuantitativos y cualitativos, previstos en este reglamento [...]"

La evaluación administrativa permite medir la presencia y actuación de juezas y jueces en el marco administrativo. Mientras que la evaluación disciplinaria es la variable de valoración de sanciones disciplinarias en contra de los jueces durante el periodo de evaluación. Los parámetros de calificación de esta evaluación fueron las siguientes: el 75% para la evaluación misional

⁸⁸Resolución Nro. 089-2014 Reglamento de Evaluación de Rendimiento para las Juezas y Jueces a nivel nacional. Consejo de la Judicatura, Quito (2014)

⁸⁹Resolución Nro. 268-2014, Reglamento de Evaluación de Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador. Consejo de la Judicatura, Quito (2014).

⁹⁰Resolución Nro. 185-2016, Anexo de Metodología, Criterios, Ponderación, Variables y Factores de evaluación. Consejo de la Judicatura, Quito (2016).

⁹¹Resolución Nro. 089-2014 (2014) Reglamento de Evaluación de Rendimiento para las Juezas y Jueces a nivel nacional. Consejo de la Judicatura, Quito (2014)

(divididos entre el 40% al componente cuantitativo -*carga procesal o productividad judicial*-; el 35% al componente cualitativo -*calidad de la actuación judicial*-). El 20% al componente al cumplimiento administrativo de asistencia al juzgado y audiencias señaladas-concurridas; y, el 5% al componente disciplinario o de denuncias hacia ellos.⁹² Lo que llama la atención en esta metodología, es que las evaluaciones poseen fórmulas matemáticas, además que no explica la metodología cualitativa de dicha evaluación misional, únicamente la enuncia mas no la explica en su proceso. Parece ser que los porcentajes de evaluación en los puntos cualitativos y cuantitativos son equilibrados; sin embargo, dicho 35% podría ser perjudicial, algo que consecuentemente produjo inconformidad con los evaluados y hasta denuncias internacionales hacia el Estado ecuatoriano, que luego vino en reincorporaciones de funcionarios y operarios de justicia⁹³.

La Metodología de la evaluación a jueces a nivel nacional en 2017 ya incluye las disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, promulgado el 2015 y presenta mayor claridad en el procedimiento de evaluación que donde los parámetros de evaluación son responsabilidad del Consejo de la Judicatura⁹⁴. Se usan tres componentes: El componente cuantitativo -*carga procesal o productividad judicial*- que representa el 60% de la calificación del juez; el componente cualitativo – *calidad de la actuación judicial*- que representa el 30% de la calificación, donde se eligen dos sentencias, una elegida por el Consejo de la Judicatura y otra por el mismo juez evaluado. El componente del manejo del Sistema SATJE, que equivale el 10% de la evaluación al juez, donde la escuela de la Función Judicial evaluaría con un máximo de 10 puntos el correcto uso del sistema informático de Trámite Judicial del Ecuador a través de una evaluación de un módulo⁹⁵.

En síntesis, la primera y segunda evaluación a jueces a nivel nacional y de jueces de la Corte Nacional se enfoca en componentes cuantitativos sin profundizar de forma clara y concisa en las evaluaciones cualitativas. La primera evaluación a jueces a nivel nacional se basa meramente en métodos cuantitativos de acuerdo a la carga procesal para jueces a nivel nacional, mientras que los jueces de la Corte Nacional tenían componentes cuantitativos y cualitativos usando métodos matemáticos sin la claridad del proceso plasmado en la resolución. En la segunda evaluación a jueces a nivel nacional y jueces de la Corte Nacional tuvieron mayor claridad en componentes y sus

⁹²Resolución Nro. 185-2016 (2016).

⁹³Resolución Nro. 1012-2016, Juicio Contencioso Administrativo seguido por César Morocho en contra del Consejo de la Judicatura, Nro. 733-2014. Quito (2016) Recuperado de: <https://n9.cl/tmbdr>

⁹⁴Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009: Arts. 87)

⁹⁵Resolución Nro. 185-2016, Anexo de Metodología, Criterios, Ponderación, Variables y Factores de evaluación. Consejo de la Judicatura, Quito (2016).

procesos de evaluación los cuales fueron: el de productividad de sentencias con áreas cuantitativas, referente a la carga procesal o número de juicios despachados y número de causas tramitadas. Las áreas cualitativas, mediante el sorteo de dos causas ya resueltas, la una elegida por el departamento de talento humano del Consejo de la Judicatura, y la otra por el mismo juez evaluado. En ambas evaluaciones, el componente de cumplimiento administrativo compuesto por el número de audiencias que señalaron y concurrieron, así como acciones disciplinarias de los evaluados⁹⁶. Lo que nos da la referencia que Ecuador aun no poseía un parámetro claro de observación si los jueces incluyen o no las disposiciones constitucionales y legales respecto a la igualdad formal y material de las personas con discapacidad.

En 2019 el nuevo pleno del Consejo de la Judicatura designado evalúa a los jueces de la Corte Nacional del Justicia⁹⁷. En el Reglamento disponen como responsables del proceso de evaluación a un comité de expertos⁹⁸ y un comité evaluador⁹⁹ los cuales poseen una Metodología de Evaluación Integral para las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia¹⁰⁰. Dentro de dicha metodología, se evalúa de forma cualitativa por 80 puntos, donde 15 puntos corresponden a la “evaluación de competencias en el ejercicio de su cargo” y 65 puntos, al “análisis de la calidad de las sentencias”¹⁰¹. Se toman en consideración puntos de evaluación de estándares internacionales como: fallos contradictorios del mismo juzgador sobre la misma materia, o fallo de supervisión que permitió la existencia de fallos contradictorios; fallos que declaran vulneración de derechos en acciones extraordinarias de protección; retardo injustificado en sustanciar o resolver; declaratoria de abandono no atribuible a las partes¹⁰². Al final se destituyeron a catorce jueces y siete conjueces por no haber cumplido con el puntaje mínimo de los 80/100 puntos que exige la ley¹⁰³, específicamente por incumplimiento en los 80 puntos de evaluación cualitativa.

⁹⁶Resolución Nro. 089-2014 (2014) Reglamento de Evaluación de Rendimiento para las Juezas y Jueces a nivel nacional. Consejo de la Judicatura, Quito (2014)

⁹⁷Resolución Nro. 010-2019, Reglamento para Evaluación Integral de las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador. Consejo de la Judicatura, Quito (2019)

⁹⁸Resolución Nro. 035-2019, Instructivo para la conformación y funcionamiento del Comité de Expertos y del Comité Evaluador del proceso de evaluación integral de las y los jueces y conjueces de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador. Consejo de la Judicatura. Quito (2019: Art. 4).

⁹⁹Resolución Nro. 010-2019, (2019)

¹⁰⁰Metodología de Evaluación Integral para las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Consejo de la Judicatura (2018). Recuperado de: <https://n9.cl/vmjeiw>

¹⁰¹Metodología de Evaluación Integral para las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2019: 12).

¹⁰²Metodología de Evaluación Integral para las y los Jueces y Conjueces de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador (2019: 19).

¹⁰³Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009: Art. 87)

Una denuncia del comité de expertos y del comité de evaluadores fue que, de las 51 sentencias revisadas, se encontró que las sentencias tenían en su contenido un componente de 80-90% de generalidades y 10% aportaba con el análisis de cada caso.

A criterio de Juan Carlos Mejía, miembro del Comité Evaluador de Jueces de Corte Nacional expone que:

Una de las cosas que más llamó la atención de los evaluadores, quienes usaron varias sentencias para conocer el trabajo de los jueces, tiene que ver con el uso de una suerte de "formatos" con los que se trabajaba en la Corte Nacional. Mejía explica que, por ejemplo, si una sentencia tenía 20 páginas, el 90% de ella se refería a generalidades, y apenas un 10% aportaba con el análisis de cada caso¹⁰⁴.

La información para esta investigación es importante, ya que es un elemento que permite verificar la no materialización del acceso a la justicia tanto para las personas con discapacidad como para el resto de la población, al saber que las causas de corte nacional carecen de parámetros de argumentación jurídica como de motivaciones que contienen barreras actitudinales comprobadas al observar la falta de interpretación y análisis en los elementos de cada caso. Esta investigación no encontró causas de esta Corte Nacional que haya tenido casos de personas con discapacidad, ni en las salas de lo penal ni en salas de lo civil.

2.16 La formación y capacitación en sus funciones de operarios y administradores de justicia

Otro de los elementos sobre la administración de justicia que considero importante para aclarar la falta de materialización del derecho a la protección jurídica es la formación y capacitación en sus funciones de operarios y administradores de justicia. Es responsabilidad del Consejo de la Judicatura "Definir y ejecutar los procedimientos para el mejoramiento y modernización de la Función Judicial, para la selección, concursos de oposición y méritos, permanencia, disciplina, evaluación y formación"¹⁰⁵.

Una vez revisados los contenidos correspondientes del curso "*El acceso a la justicia a personas con discapacidad*"¹⁰⁶ se encuentran varios documentos que corroboran que únicamente exponen información netamente enunciativa, que si bien es una síntesis de las normas constitucionales, orgánicas y ordinarias respecto a las personas con discapacidad, que permiten la

¹⁰⁴Mejía, Juan (2019: 1).

¹⁰⁵Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009: Art. 280)

¹⁰⁶Atención en Derechos de Personas con Discapacidad, Consejo de la Judicatura, Video Aula Virtual. Recuperado de: <https://acortar.link/grXijX>.

sensibilización sobre la *diversidad*¹⁰⁷ de las personas con discapacidad sin embargo el contenido del mismo curso, que posee 9 unidades, incluye la definición de una persona con discapacidad¹⁰⁸, así mismo como el resaltar que la calificación mediante el porcentaje le debe dar un trato prioritario, incluyendo una visión del modelo médico, asistencialista, a pesar que la Constitución y la Ley Orgánica de Discapacidades hablan de un modelo social, de inclusión o de derechos humanos.

En el texto que revisa y expone respecto del acceso a los operadores de justicia que contiene el curso para jueces y notarios es el Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, documento amplio que expone los modelos y enfoques de discapacidades, la identificación y niveles de discapacidad, y enuncia un protocolo general para los operadores de justicia, -jueces, notarios y otros- donde se toman en consideración los ajustes razonables contemplados en los artículos 12 y 13 de la Convención de los Derechos Humanos de Personas con Discapacidad, según los tipos de discapacidad. Sin embargo, esta información como tal no es suficiente si no posee una evaluación de interiorización de actividades cotidianas.

Otro texto promocionado en el aula virtual de la Función Judicial, disponible para abogados, jueces y funcionarios de justicia, es *Normas Jurídicas en Discapacidad Ecuador*¹⁰⁹, el mismo que en su contenido detalla la Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017, en la que se incluyen artículos que guardan relación con la discapacidad establecidos en la Constitución de la República del Ecuador; la Ley Orgánica de Discapacidades; el Reglamento de la Ley Orgánica de Discapacidades; la Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad y de las Comisiones provinciales de CONADIS. Esta información es tan general que muchos operarios no saben por dónde empezar para comprender dicha compilación de textos. Reconocen la importancia de esta recopilación pero que no ven utilidad funcional, en virtud de la carga laboral que un juez posee; además, dicha información dificulta despachar causas y sentencias con la agilidad que el mismo Consejo de la Judicatura exige, dejando claro que la materialización del acceso a la justicia se ve truncado por acciones administrativas ya que no es una prioridad para el sistema judicial la producción de sentencias debidamente motivadas, sino las estadísticas basadas en el principio de celeridad de la justicia.

¹⁰⁷Sánchez Montenegro, E. (2017: 9-10).

¹⁰⁸Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, Quito (2017: Art. 1).

¹⁰⁹Normas Jurídicas en Discapacidad Ecuador, Consejo Nacional de Discapacidades (2014).

Finalmente, se identifican diferentes estándares de acceso a la justicia para personas con discapacidad, como en la Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017¹¹⁰, o en la información de las observaciones N°1 y N°2 de los Informes de la Convención para los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, donde se explica el estándar internacional, y el nivel de obligación, en las cuales todas son “*garantía*” sin embargo estas no son citadas por los jueces, debido a la carga procesal y la exigencia del principio de celeridad en el despacho de causas. Respecto a la Agenda Nacional para la Igualdad 2017-2021 es un documento que traza las políticas públicas a cumplirse en cuatro años. Han pasado tres agendas, 2013-2017¹¹¹, 2017¹¹² y ninguna se ha cumplido, tanto en el trabajo inter - interinstitucional, ni en la implementación integral del acceso a la justicia de las personas con discapacidad, donde el texto es más un informe de promoción de los servicios que las personas con discapacidad pueden acceder, así como un informe de labores de las autoridades de turno, que en nada apoyan a operadores ni a funcionarios de justicia a garantizar el acceso a la justicia, así como tampoco la materialización de la protección jurídica y el goce de los derechos de las personas con discapacidad.

Por otro lado, en materia civil, el texto para operarios de justicia en esta área, propone reconocer al modelo de interpretación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. El *Manual de atención en derechos de la personas con discapacidad en la Función Judicial* y sus Protocolos, señala que el Código Civil reconoce la incapacidad relativa, en ciertas características como la edad, mas no en la discapacidad intelectual, haciendo referencia a esta discapacidad como “*dementes*”¹¹³ que a pesar de haber sido reformado el código, con la expresión “*persona con trastorno mental*”, la estructura profesional de los jueces, aun los consideran como “dementes” y por ende incapacitados permanentes, porque así lo establece el mismo código, evadiendo la necesidad de evaluar cada situación con individualidad y las distintas formas de comunicación de las personas con este tipo de discapacidad. Con ello se comprueba que no se puede materializar el derecho al acceso a la justicia para personas con discapacidad intelectual o psicosocial, debido a la dificultad de superar ciertas barreras, como lo refiere por ejemplo el

¹¹⁰Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017, Consejo Nacional de Discapacidad (2013).

¹¹¹Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2013-2017, Consejo Nacional de Discapacidad (2013).

¹¹²Agenda Nacional para la Igualdad en Discapacidades 2017-2021, Consejo Nacional de Discapacidad (2017).

¹¹³Consejo de la Judicatura, Manual de Atención en derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, Quito (2015: 71-72).

Libro Verde de la Accesibilidad en España¹¹⁴, evidenciándose falta de herramientas procesales, o porque no es necesario valorar la integralidad del entorno por falta de elementos, además de la presión estadística de resolución de causas. Con mucha más razón ahora, cuando se considera en lugar de las expresiones “demente” a través de esa reforma del Código Civil como lo menciona establece ahora “persona con trastorno mental”, aspecto que es de utilidad médica, aunque no jurídica, por lo que nuevamente deberá revisarse este cambio en la normativa, debido que no cumple los preceptos que se requiere en derecho para calificar o determinar las circunstancias con claridad. En el trastorno mental, para una solución jurídica en cualquiera de las instancias, debe demostrarse que se alteró la conciencia y voluntad, consecuentemente los jueces, los fiscales y demás operadores del sistema judicial tiene que dominar la patología psiquiátrica y que dominen la clasificación internacional de las enfermedades mentales que es lo que determina el trastorno mental que se clasifica en alrededor de 90 tipos de trastornos más las subdivisiones de esas enfermedades mentales. Para esta investigación, resulta sumamente complejo que el abogado, el juez o el fiscal llegue a dominar esos tipos de trastornos mentales, por lo que se deberá necesariamente acudir a un profesional en psiquiatría.

2.17 Manual de Atención de Derechos de Personas con Discapacidad en Fiscalía, peritos y oficinas técnicas

El Manual de Atención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Función Judicial explica, de forma general los puntos a consideración de los funcionarios de Fiscalía incluyendo fiscales y equipos de apoyo, así como los departamentos periciales y las distintas oficinas técnicas del Consejo de la Judicatura¹¹⁵.

De acuerdo a la Resolución 168-2013 del Consejo de la Judicatura, se reforma la estructura del Consejo de la Judicatura, creando procesos sustantivos y adjetivos que permiten aplicar las acciones procesales constitucionales dispuestas en la Constitución de la República del Ecuador de 2008 que incluye unidades de género y Derechos Humanos,¹¹⁶ en los cuales, se debe incorporar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

¹¹⁴Libro Verde de la Accesibilidad en España. Diagnóstico de situación y bases para elaborar un plan integral de supresión de barreras. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. (2002: 12).

¹¹⁵Consejo de la Judicatura, Manual de Atención en derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, Quito (2015: 72).

¹¹⁶Consejo de la Judicatura, Estatuto de gestión organizacional por procesos que incluye la cadena de valor, el mapa de procesos, la estructura orgánica y la estructura descriptiva. Anexo 2. Estructura Orgánica, Quito (2013: 3).

De lo que se conoce, las unidades a cargo no desarrollaban tales manuales, así como tampoco los procedimientos de aplicación de las garantías establecidas en los mismos documentos de control de convencionalidad del CIDH respecto al acceso a la justicia a personas con discapacidad.

De los cursos de formación respecto a personas con discapacidad para funcionarios de Fiscalía General del Estado, departamentos periciales y oficinas Técnicas del Consejo de la Judicatura en los cuales, se encontraron varias tópicos. Partiendo que las funciones de la fiscalía son: “[...] Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados [...]”¹¹⁷ y “[...] organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal [...]”¹¹⁸. Se observa que los contenidos son prácticamente los mismos que los de operarios de justicia, y la dificultad que poseen los fiscales al tener información muy básica en el Manual de Atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial¹¹⁹ donde quince folios dan sugerencias puntuales de comportamiento o de cómo abordar situaciones en las que participe una persona con discapacidad. La dificultad de traer a la práctica, tan interesantes sugerencias, se da específicamente al momento que los funcionarios de Fiscalía, aparte de estar sometidos a la presión estadística de mostrar la mayor cantidad de causas y acusaciones despachadas, son las condiciones de la realidad que no siempre concuerdan con la teoría del Manual. Me refiero específicamente al principio de no re - victimización¹²⁰ y del acceso a mecanismos, medios o formas alternativas de comunicación visual, auditiva, sensorial u otras que permitan su inclusión en el proceso penal, con la posibilidad del acompañamiento de un intérprete de confianza¹²¹ es decir asegurándose que se le eliminan las barreras actitudinales, ambientales y se reconoce a la discapacidad con el modelo social de inclusión o de Derechos Humanos. Fiscalía cuenta con el sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso¹²². Sin embargo, el mismo hecho de reconocer que las personas deben ser calificadas como personas con discapacidad, la fiscalía incurre en el proceso de re - victimización al momento de informar al resto de funcionarios y operarios de justicia sobre la condición de estos individuos, por el simple hecho de haber sido formados, desde los hogares y en instituciones de educación superior con el modelo asistencialista, inclusive, por optimización de economía

¹¹⁷Código Orgánico de la Función Judicial (2009: Art. 282)

¹¹⁸Código Orgánico de la Función Judicial (2009: Art. 282.9)

¹¹⁹Consejo de la Judicatura, Manual de Atención en derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial, Quito (2015: 175-189)

¹²⁰Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 445)

¹²¹Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 563)

¹²²Código Orgánico Integral Penal (2014: Art. 445)

procesal es más fácil llegar a un acuerdo con la familia para aplicar la interdicción y llegar a una conciliación entre las partes, de ser posible.

En tal virtud, las sugerencias de comportamiento o abordaje a situaciones que impliquen a personas con discapacidad, los funcionarios judiciales, de Fiscalía, departamentos periciales y oficinas técnicas poseen la información del enfoque social y el dominio actitudinal del enfoque asistencialista, donde se requiere no una evaluación sino un programa de formación y construcción de habilidades para la aplicación de los elementos del enfoque social de las discapacidades, sin tener la más mínima idea de cómo aplicar el modelo de apoyo de la capacidad jurídica.

2.18 Protocolos de acceso a la justicia para abogados: El acceso a la justicia de personas con discapacidad

El deber de un abogado es mantenerse actualizado respecto a la vigencia de normas, doctrinas y sentencias. Por esta manera, la academia tiene un rol fundamental, aparte del formar futuras generaciones de profesionales. Las prácticas profesionales de futuros abogados se realizan únicamente en dependencias autorizadas por el Consejo de la Judicatura¹²³. De igual manera, los protocolos son puestos a consideración de los abogados gracias al colegio nacional de abogados y colegios provinciales¹²⁴; lamentablemente no se encontró protocolos de acceso a la justicia ni atención a personas con discapacidad, únicamente la literatura que el Consejo de la Judicatura posee en su aula virtual.

Luego de observar los contenidos de los cursos sobre personas con discapacidades que la Escuela de la Función Judicial ofrece, se observa que existen textos sugeribles como Rutas para la Protección de Derechos de las Personas con Discapacidad¹²⁵ que son propuestas concretas de aplicación, que buscan que se respeten las diversidades de las personas con discapacidad, se implemente la interpretación de la norma en la motivación de causas siempre y cuando exista una unidad de fiscalía o del propio Consejo de la Judicatura que así lo dispongan, caso contrario, sin coacción no será posible la interiorización de la implementación del acceso a la justicia y la protección jurídica de las personas con discapacidad.

¹²³Código Orgánico de la Función Judicial. Asamblea Nacional, Quito (2009: Art. 89). - Finalidades, Normas y Metodología Aplicable a las Evaluaciones. - El Consejo de la Judicatura determinará los objetivos, normas técnicas, métodos y procedimientos de las evaluaciones, de acuerdo a criterios cualitativos y cuantitativos que, sobre la base de parámetros técnicos, elaborará la Unidad de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura.

¹²⁴Los colegios de abogados tienen dentro de sus estatutos la disposición de cursos de formación continua para profesionales del Derecho, cosa que aún no es articulada entre el Consejo de la Judicatura y estas dependencias.

¹²⁵Rivadeneira Gujarró, Giovanni (2018): Rutas para la Protección de Derechos de las Personas con Discapacidad. Quito

De igual manera, esta investigación propone la elaboración de gacetas judiciales en esta materia, ya que ayudaría, en parte a la aplicación del acceso a la justicia para evitar caer en incumplimientos de disposiciones vinculantes de la corte constitucional. Por ejemplo, la Sentencia No. 0 133-16-SEP-CC de 2016¹²⁶ en el cual por desconocimiento de la Ley Orgánica de Discapacidades el juez exige interdicción de una persona con discapacidad para que los familiares continúen con el trámite. El resultado como medida de reparación inmaterial de la Corte Constitucional fue disponer la sensibilización y capacitación de los jueces para conocer los protocolos para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Otro caso parecido, la sentencia 172-18-SEP-CC¹²⁷, donde la madre de una persona con discapacidad del 84% es despedida bajo la disposición de compra de renuncia con indemnización, vulnerando el derecho al trabajo y el derecho de atención prioritaria. Como medidas de reparación se exigieron disculpas públicas, sanción para los operadores de justicia, y sensibilización de toda la institución pública donde trabajaba la madre de familia¹²⁸. Así muchos casos más que ayudarían a que los jueces y operarios interioricen la importancia del derecho constitucional del derecho a la igualdad. Incluirse, por ejemplo, en esta misma línea del derecho al trabajo, lo resuelto en el caso *VFC Vs. España* por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, que determinó que España era responsable de haber infringido los derechos del peticionario, en virtud del derecho a la no discriminación en el mantenimiento o continuidad en el empleo. El hecho sucede cuando el peticionario, un guardia urbano de Barcelona, sufre un accidente de tránsito que le provoca una discapacidad motora permanente y que, un año más tarde de ese acontecimiento, es jubilado forzosamente y se le expulsa del cuerpo de policía local, lo que provoca se presente una solicitud al Ayuntamiento de Barcelona para que se le mantenga en actividad adaptada a su discapacidad,

¹²⁶Sentencia Nro. 133-16-SEP-CC. Caso Nro. 1273-15-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Guayas (2016). El señor José Luis Anchundia Sotomayor presentó Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia de mayoría, dictada el 14 de julio de 2015, por la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la Acción de Protección Nro. 2015-00033, planteada por el accionante en contra del Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, debido a que no le permiten importar un vehículo libre de impuestos, derecho de su hijo, donde el Juez exige credenciales de interdicción para poder realizar el trámite.

¹²⁷Sentencia 172-18-SEP-CC. Corte Constitucional del Ecuador, Santa Elena (2018). La señora Mónica Maritza Estrella Páez, por sus propios y personales derechos y los que representa de su hijo quien es una persona con discapacidad intelectual del 84%, presentó una Acción Extraordinaria de Protección en contra de la sentencia de 24 de octubre de 2013, dictada por los jueces integrantes de la Sala Única de la Corte Superior de Justicia de Santa Elena, en el recurso de apelación resolvieron denegar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia dictada por el juez de primera instancia, dentro de la Acción de Protección No. 277-2012 en primera instancia y No. 253-2012 en segunda instancia.

¹²⁸Sentencia 172-18-SEP-CC. (2018).

y que también se le retribuyera sus derechos a la seguridad social, que dejó de percibir durante el tiempo de su expulsión de la policía local.

Dentro de su reclamo VFC plantea la nulidad de un artículo del Reglamento de Segunda Actividad de la Guardia Urbana, que violaba sus derechos en favor de su retorno a la actividad laboral; en esa instancia del Juzgado Contencioso-Administrativo, logra se anule la resolución del Ayuntamiento; pero, éste a su vez apela ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y se revoca la sentencia; por tanto, se impide el pase a la segunda actividad laboral solicitada. El peticionario en uso de su derecho interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, quien inadmite ese recurso; entonces, acude ante la Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, que considera que España es responsable por haber infringido los derechos del peticionario respecto de la no discriminación en el mantenimiento o continuidad del empleo; a la igualdad, a la no discriminación y a los ajustes razonables; pues, la Convención impone a los Estados partes la obligación general de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención, incluyendo aquellos relacionados con el trabajo y el empleo, que tiene concordancia con el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, a trabajar en igualdad de condiciones con las demás; salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adaptando medidas pertinentes, a la continuidad y mantenimiento del empleo y retorno al mismo¹²⁹.

En síntesis, el modelo de formación continua de la Escuela de Formación de la Función Judicial debe modificarse a cursos de profesionalización, reemplazando los cursos de sensibilización, además gestionar que dichos cursos posean la fuerza coercitiva para su cumplimiento. La norma está, las herramientas están, pero no existe aún materialización del acceso a la justicia. Cabe indicar que han existido iniciativas que se podrían aplicar, tal es el caso del Protocolo para la Actuación con Personas con Discapacidad Intelectual en el Turno de Oficio elaborado en 2016 por el ICAM¹³⁰. En el Ecuador los colegios de abogados aun no pueden articular iniciativas como esta debido al fraccionamiento de estas instituciones, además de la falta de vinculación

¹²⁹Caso VFC Vs. España. Dictamen aprobado por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en virtud del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación (CRPD/C/20/D/34/2015) 21er. Período de sesiones (11 de marzo a 5 de abril de 2019)

¹³⁰Protocolo para la Actuación con Personas con Discapacidad Intelectual en el Turno de Oficio. Elaborado por los coordinadores del Área de Discapacidad y Dependencia de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (2016).

directa con otras instituciones de la sociedad civil como ONG que atienden a personas con discapacidad.

2.19 Protocolo de uso de la fuerza pública de la Policía Nacional

La Policía Nacional, como institución regulada por el Código Orgánico de las Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, como institución, aplica el Reglamento de Uso Legal, Adecuado y Proporcional de la Fuerza para la Policial Nacional del Ecuador; en él se incluye el criterio de *uso racional de la fuerza*¹³¹, en el cual únicamente hacen referencia a esa facultad del uso de la fuerza, con el fin de precautelar y mantener el orden público. Este reglamento no hace distinción de grupos prioritarios, sino únicamente de la aplicación y uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional en momentos de detención, convulsión social, desastres naturales u otros, excluyendo cómo actuar en casos en los que estén inmersas personas con movilidad reducida, discapacidad mental u otros tipos de discapacidad.

Según el Manual de Derechos Humanos para Servidoras y Servidores Públicos del Ministerio del Interior, publicado en 2012, expresa que las personas con discapacidad son un grupo prioritario que ha sufrido doble marginación; en lo institucional, debido a las limitaciones para integrarse por su discapacidad y, en lo social por la segregación y rechazo negándosele sus derechos¹³². Es importante referir que este documento reconoce las diferencias en los conceptos de *deficiencia, discapacidad y minusvalía*¹³³ es un texto informativo, más no aclara ni especifica el actuar de la Policía Nacional ni de las oficinas auxiliares de Ministerio del Interior.

Ya en 2018 la Policía Nacional y el Ministerio del Interior, publican la primera edición del Protocolo Policial para Detención o Aprehensión de Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI. En él se plantean reglas claras y procedimientos debidamente establecidos para los procesos de detención de las personas con discapacidad, aplicando el derecho de igualdad como un parámetro de justicia, al dejar en claro que ser parte de un grupo de atención prioritaria no exime el respeto a la ley y el debido proceso.

Son dieciséis lineamientos de actuación en el protocolo de detención o aprehensión que se han establecido. únicamente dos de los dieciséis no se aplican en su totalidad en las ciudades grandes de país, debido a que después de la vigencia del protocolo, el país ha sufrido una profunda crisis económica, y luego las convulsiones de manifestaciones del mes de octubre de 2019, así

¹³¹Reglamento de Uso Legal, Adecuado y Proporcional de la Fuerza para la Policial Nacional del Ecuador, Quito (2014: Arts. 1 - 2)

¹³²Trujillo, O. y Poveda, J. (2012: 81)

¹³³Trujillo, O. y Poveda, J. (2012: 82-83)

como la crisis del COVID 2020, han obligado a replantear los programas de capacitación para todos los miembros de la Policía Nacional; sin embargo, cada unidad difunde, en la medida de sus posibilidades, la aplicación de los lineamientos¹³⁴.

Veamos el siguiente cuadro en el que se explica cómo se actúa conforme ese protocolo:

LINEAMIENTOS DE ACTUACIÓN DEL PROTOCOLO PARA DETENCIÓN O APREHENSIÓN DE PERSONAS DE GRUPOS DE ATENCIÓN PRIORITARIA Y GLBTI.	Se aplica	Observaciones
1. El presente protocolo es de USO OBLIGATORIO para todos los y las servidores/as policiales que intervengan en los procedimientos de detención o aprehensión de personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI.	SI	Se cumple por solidaridad y aplicación de cada comandante de Unidad. Aún no existe una campaña de difusión hacia la comunidad, así mismo se ha replanteado el programa de capacitación a la Policía Nacional por falta de presupuesto y convulsión nacional.
2. Todos los y las servidores/as policiales deberán coordinar con los operadores de la administración de justicia las acciones ejecutadas o a ejecutarse durante una detención o aprehensión, especialmente de personas pertenecientes a Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI.	SI	Se informa que detenido posee discapacidad y se solicitan las medidas necesarias, protocolos aun inexistentes
3. Todos los y las servidores/as policiales deberán precautelar la integridad física, psicológica,	SI	El término “deberán”, aun es condicional y no

¹³⁴Dirección Provincial de Derechos Humanos de la Policía Nacional del Ecuador. (2020). Entrevista al director provincial de Derechos Humanos de la Policía Nacional, Quito. Entrevista desarrollada el 29 de junio de 2020.

<p>identidad de género y diversidad sexual, de las partes involucradas en procedimientos de detención o aprehensión.</p>		<p>existe formación para identificación de los tipos y niveles de discapacidad.</p>
<p>4. Todos los y los servidores/as policiales deberán hacer uso adecuado, progresivo y diferenciado de la fuerza considerando el nivel de resistencia que tenga la/el infractor/a o posible infractor/a conforme el “Reglamento de uso legal, adecuado y proporcional de la fuerza para la Policía Nacional del Ecuador”, en el cumplimiento de sus funciones específicas y/o disposiciones legales de autoridad competente.</p>	<p>SI</p>	<p>Se aplica el Reglamento de Uso Progresivo de la Fuerza a todo momento.</p>
<p>5. Todos los y las servidores/as policiales, para registrar a una persona detenida o aprehendida, podrán de acuerdo a la circunstancia o nivel de riesgo, aplicar las diferentes técnicas conocidas de registro a personas.</p>	<p>SI</p>	<p>No se conocen aun las técnicas por parte de personal policial en su totalidad. Se aplica manual progresivo de fuerza, y se consulta su pertenencia a grupos de atención prioritaria, dejándose en constancia lo confirmado en el Parte Policial.</p>
<p>6. Todos los y las servidores/as policiales en cada uno de los procedimientos no deberán revictimizar a la víctima.</p>	<p>SI</p>	<p>Los procedimientos son claros y se aplican desde el 2012.</p>
<p>7. Todos los y las servidores/as policiales, en todos los procedimientos deberán adoptar las medidas de seguridad necesarias para precautelar la integridad de la víctima, victimario, de terceros y la suya propia.</p>	<p>SI</p>	<p>Se aplica y están sensibilizados. Se aplica el manual sobre el Reglamento de Uso Racional de la Fuerza.</p>

<p>8. Todos los y las servidores/as policiales NO podrán mediar o conciliar conflictos de violencia entre la víctima y el presunto agresor/a ante el cometimiento de un delito.</p>	<p>SI</p>	<p>La Policía deja en firme lo sucedido en el parte policial. Posteriormente se lleva a los detenidos a la Unidad de Flagrancia y se pone a disposición de la autoridad competente.</p>
<p>9. Todos los y las servidores/as policiales que tomen procedimiento con adolescentes, deberán tomar en cuenta el principio de supletoriedad y el interés superior del niño; y aplicar los procedimientos establecidos en el “Protocolo de actuación policial en casos relacionados a vulneración de derechos a Niños, Niñas y Adolescentes y Adolescentes infractores”.</p>	<p>SI</p>	<p>Se cumple parcialmente, aun el personal de la Policía se encuentra en etapa de sensibilización.</p>
<p>10. Todos los y las servidores/as policiales, de ser necesario solicitarán el asesoramiento o guía del personal del Departamento de Violencia Intrafamiliar de la Policía Nacional, en los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.</p>	<p>SI</p>	<p>Porque hay unidades especializadas de la Policía Nacional que se les localiza mediante sistema ECU911.</p>
<p>11. Todos los y las servidores/as policiales deberán tomar en cuenta que, en casos flagrantes de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando deban aprehender al agresor/a o recuperar a la víctima/as, no se requerirá de orden de autoridad competente para el allanamiento.</p>	<p>SI</p>	<p>Se procede en cumplimiento de las diferentes normativas vigentes.</p>
<p>12. Todos los y las servidores/as policiales, deberán dar cumplimiento a las decisiones legítimas de autoridad competente, incluyendo las disposiciones emitidas con firmas electrónicas previamente verificadas.</p>	<p>SI</p>	<p>Se cumple al 100%.</p>
<p>13. Todos los y las servidores/as policiales deberán ejecutar boletas u órdenes judiciales emitidas por la autoridad competente.</p>	<p>SI</p>	<p>Se cumple al 100%.</p>
<p>14. Todos los y las servidores/as policiales, en caso de encontrar indicios en el lugar de los hechos</p>		<p>Los policías que se encuentran en un</p>

deberán realizar la fijación, embalaje, etiquetado, levantamiento y traslado de los indicios a los Centros de Acopio, con la respectiva documentación de inicio de cadena de custodia, adjuntando la misma al parte policial respectivo; (siempre y cuando no se disponga del servicio de Inspección Ocular Técnica).	SI	lugar con indicios o escena, llaman a la unidad especializada o criminalística.
15. Todos los y las servidores/as policiales, registrarán en el parte policial la discapacidad de la persona aprehendida o detenida de la siguiente manera: a) cuando la persona con discapacidad presente el carnet, se registrará el tipo y porcentaje de discapacidad; b) cuando la persona refiera tener alguna discapacidad sin documento que lo respalde; y c) cuando la discapacidad sea evidente.	SI	Uno de los parámetros para la evaluación policial es el Registro de Novedades en los Partes.
16. Los responsables de la aplicación e implementación de este Protocolo están obligados a difundirlo, socializarlo e implementarlo, a fin de que se aplique los procedimientos policiales detallados a nivel nacional.	SI	Aún se encuentra en proceso de sensibilización y capacitación a personal de la Policía Nacional.

Fuente: *Protocolo Policial para Detención a Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI*

En el mismo protocolo muestra la descripción según el desarrollo de casos, diferenciando los procedimientos según el grupo de atención prioritaria.¹³⁵ Para procedimientos para detención y aprehensión de personas con discapacidad, el protocolo posee elementos específicos como se muestra en el siguiente cuadro:

Procedimientos para detención y aprehensión de personas con discapacidad
1. Adoptará las medidas de seguridad previa a la intervención policial, valorando el nivel de riesgo del suceso, del entorno donde se llevará a efecto el procedimiento policial y del infractor/a o posible infractor/a con discapacidad identificando si usa algún tipo de ayuda técnica, de ser necesario se solicitará refuerzos. Se deberá advertir al infractor/a o posible infractor/a de no utilizar su dispositivo de apoyo como arma.
2. Ubicará e identificará a él o la infractor/a o posible infractor/a con discapacidad.
3. Reportará al SIS ECU 911 o a la Central de Gestión Operativa Policial CEGOP sobre la ejecución de la boleta de detención o la actuación de la infracción en flagrancia.
4. Dar a conocer con él o la infractor/a o presunto/a infractor/a para evitar resistencia en su detención o aprehensión, en caso de haber resistencia se hará uso progresivo o

¹³⁵Ministerio del Interior del Ecuador. Protocolo Policial para Detención o Aprehensión de Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI. (2018: 30-58)

diferenciado de la fuerza, en proporción al nivel de resistencia y previniendo la posible discapacidad.
5. Solicitará y verificará los documentos de identificación de la persona infractora o presunta infractora con discapacidad, solicitando además el carnet de Personas con Discapacidad.
6. Dará a conocer a él o la infractor/a o posible infractor/a sobre los motivos de su detención o aprehensión.
7. Informará sobre los derechos constitucionales que le asisten al infractor/a o posible infractor/a.
8. Procederá al registro minucioso de la persona detenida o aprehendida que presente una discapacidad, de las ayudas técnicas, objetos y de las prendas que ésta lleva, antes de hacer uso de las esposas o candados de manos; si él o la infractor/a o presunta infractor/a opone resistencia, primero se colocará las esposas o candados de mano para luego proceder con el registro, en ambos casos el registro lo realizará una persona del mismo sexo del/a detenido/a o aprehendido/a, respetando su integridad física y psicológica; en caso de discapacidad visual se le informará verbalmente del registro a realizarse.
9. Protegerá el lugar de los hechos, acordonando el mismo y evitando que personas ajenas al procedimiento ingresen a la escena.
10. Manejará adecuadamente los indicios o evidencias de existir, respetando las debidas cadenas de custodia temporales o permanentes.
11. Trasladará al infractor/a o presunto/a infractor/a en automotores policiales que presten las condiciones adecuadas adoptando las respectivas medidas de seguridad; hasta la Unidad de Flagrancia o ante la autoridad competente respectiva. En caso de que exista un evento que amanece la integridad física de los y las servidores/as policiales o infractores/as o presuntos infractores/as, se la trasladará de manera inmediata con los medios disponibles.
12. Obtendrá el certificado médico de la condición de salud de él o la infractor/a o presunto infractor/a extendido por un profesional de la salud perteneciente a una casa de salud pública y en casos de no existir de un profesional de la salud privado. En el caso de que el infractor/a o presunto/a infractor/a requiera asistencia médica urgente, se lo trasladará a un centro de salud más cercano con la debida custodia policial.
13. Pondrá en conocimiento de la autoridad competente a través del Parte Policial de todo lo actuado durante la detención o aprehensión, incluyendo la descripción del estado de salud, tipo de discapacidad y género que posee la persona detenida o aprehendida.
14. Trasladará al infractor/a o presunto/a infractora al lugar que disponga la autoridad judicial competente, reportando al SIS ECU 911 o a la Central de Gestión Operativa Policial CEGOP. De existir problemas para cumplir con esta directriz deberá ser solucionado en coordinación con el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Fuente: Protocolo Policial para Detención de Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI

Este Protocolo Policial de Detención toma en consideración los ajustes razonables y el principio del apoyo de la persona de confianza establecido en el Art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; para este efecto, el punto Nro. 8 del *procedimiento de detención*,

deja expresamente dispuesto la actuación, tomando en cuenta los tipos y niveles de discapacidad, aclarando los mecanismos que se realizan en el caso de que el detenido posea algún tipo de amputación de: miembro *superior que no posee prótesis; miembros superiores sin prótesis; amputación total de miembros inferiores sin prótesis; amputación de un solo miembro inferior sin prótesis; persona que usa muletas, bastón, andador o silla de ruedas*¹³⁶. Establece los pasos correspondientes a la Policía Nacional para trabajar coordinadamente con otras instancias del Ministerio del Interior, el Consejo de la Judicatura y la Fiscalía, dejando constancia los roles de la Policía. El punto Nro. 12 deja en constancia que la Policía verifica la condición del detenido respecto al tipo y nivel de discapacidad, mediante una revisión y posterior emisión de un certificado médico de la condición de salud. Finalmente, el punto Nro. 13 dispone informar a la autoridad competente, mediante el parte policial, todo lo actuado durante la detención, incluyendo el estado de salud, tipo de discapacidad y género de la persona detenida. Además de ello, a modo de nota, se expone la notificación de la detención a un familiar de la persona con discapacidad, los tipos de apoyo como el de intérpretes, o bajo colaboración del acompañamiento o la persona de confianza, aplicando los ajustes razonables¹³⁷. Para el cumplimiento de este protocolo, también se han determinado ciertas pautas, como ajustes razonables, en la intención de cumplir los derechos y a la vez ser garantistas de estos:

Información del respeto a los ajustes razonables
<ul style="list-style-type: none"> • Se deberá poner en conocimiento de un familiar de la persona con discapacidad detenida o aprehendida los motivos de su detención o aprehensión.
<ul style="list-style-type: none"> • Todos los servidores policiales que realicen la detención o aprehensión de una persona cuyo idioma oficial no sea el español, serán responsables de comunicar sus derechos en un idioma que comprenda, por cualquier medio disponible y las razones de su detención o aprehensión; así también, en el caso de ser una persona extranjera se hará conocer al Consulado o Embajada correspondiente dentro del territorio nacional, en caso de no existir, a la más cercana dentro de la región dando a conocer lo actuado para su detención o aprehensión.
<ul style="list-style-type: none"> • Se deberá solicitar al SIS ECU 911 el tipo de refuerzo necesario para el caso de una persona infractora o presunta infractora que necesite de personal especializado en interpretación de lenguaje de señas, así como una fácil lectura y lenguaje sencillo acorde al tipo de discapacidad que se presente, o actuar bajo la colaboración de familiares cercanos.

¹³⁶Ministerio del Interior del Ecuador. Protocolo Policial para Detención o Aprehensión de Personas de Grupos de Atención Prioritaria y GLBTI. Descripción del Protocolo (2018: Párr. 6.3)

¹³⁷Ministerio del Interior del Ecuador (2018: Párr. 6.3)

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">• En el momento de la detención o aprehensión, si la persona infractora o presunta infractora manifestare ser menor de edad, se presumirá como verdadero hasta que se confirme la edad de la misma. |
| <ul style="list-style-type: none">• En caso de que la persona infractora o presunta infractora con discapacidad sea adolescente, para legalizar la lectura de derechos se deberá contar con la presencia de un familiar o representante legal, en caso de no contar con alguno de éstos, se solicitará la presencia de un/a Defensor/a Público. |
| <ul style="list-style-type: none">• En caso de que la persona infractora o presunta infractora con discapacidad sea adolescente será puesta a órdenes de la Fiscalía de Adolescentes Infractores, quién emitirá la orden para que sea evaluada por un médico, a fin de obtener el examen médico legal pertinente, para lo cual deberá estar presente un familiar, en caso de no contar con este, se solicitará la presencia del Defensor Público como veedor del proceso. De ser considerado como contravención su infracción será puesta a órdenes de la autoridad judicial competente. |
| <ul style="list-style-type: none">• Cuando la persona con discapacidad detenida o aprehendida mientras permanezca bajo la custodia de los servidores policiales y requiera de atención médica urgente o de alguna medicina específica; informará y coordinará con el SIS ECU 911 la presencia de una ambulancia y de no existir lo trasladará a una casa de salud cercana, informando de lo actuado a la autoridad competente. |
| <ul style="list-style-type: none">• Si el infractor/a o posible infractor/a se encuentra en estado de agresividad se deberán emplear tácticas y técnicas (que podrían ser ejecutadas por familiares o personas cercanas a la persona detenida o aprehendida) apropiadas de neutralización acorde a la discapacidad que se presente. |

Fuente: Nota del Protocolo Policial de Detención a Personas con Discapacidad

Se observa también, que el protocolo no hace mención a los procedimientos de detención de personas con algún tipo de discapacidad mental. Por otra parte, llama la atención que el Consejo de la Judicatura, tampoco ha realizado un manual o directrices sobre el trato a las personas detenidas que posean algún tipo y nivel de discapacidad y, ni en el mismo protocolo no consta en los programas de formación 2020 de la Escuela Judicial del Consejo de la Judicatura¹³⁸, que se detalle a profundidad los procedimientos que la Función Judicial debería garantizar. La Escuela Superior de Policía, ESPOL, ha presentado la propuesta del Instructivo para el Uso de la Fuerza por la Policía de Ecuador en el marco de los Derechos Humanos¹³⁹, el mismo que ha sido publicado en febrero de 2020; sin embargo, a criterio de la Dirección Nacional de Derechos Humanos de la Policía Nacional, la institución no cuenta con presupuesto para la formación y difusión de esta necesaria herramienta, y hace

¹³⁸Dicha página no consta ningún curso referente al acceso a la justicia ni procedimientos policiales o de uso progresivo de la fuerza a personas con Discapacidad (2020). En línea: <https://acortar.link/dwXwL0> Fecha de consulta: 3 de marzo de 2020

¹³⁹ARMAS, Gabriel (2020). Recuperado de: <https://acortar.link/WERVDz>

una referencia inicial que permite seguir avanzando en la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

2.20 El tiempo de vigencia de las normas relacionadas al acceso de justicia de las personas con discapacidad

Otro aspecto que se ha observado sobre la no materialización de los derechos de acceso a la justicia de personas con discapacidad, tiene que ver con las barreras de interacción¹⁴⁰ entre cuerpos jurídicos por la vigencia de normas relacionadas con personas con discapacidad.

Desde la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, en 2008 todas las leyes orgánicas han debido modificarse. El cambio estructural de la Constitución de 2008 en referencia al cuerpo constitucional de la Constitución Política del Ecuador de 1998 tiene profundos cambios estructurales que serán analizados en una futura investigación.

Entre los cambios están la Ley Orgánica de Discapacidades de 2012, el Código Orgánico Integral Penal en 2014, el Código Orgánico de la Función Judicial en 2015, el Código Orgánico de General del Procesos 2015, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de 2009. Todos estos cuerpos jurídicos han tenido que aprobar sus respectivos reglamentos, donde muchos de los cuales, aún se encuentran en construcción y no han sido resueltos.

Por otra parte, desde el punto de vista de Tratado Internacionales, la creación de la Convención Internacional de los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad en 2006 y sentencias vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacen que las discapacidades generen normas enunciativas y que su aplicación se encuentre aún en construcción.

En tal virtud, la vigencia de las normas y su corto recorrido durante aproximadamente diez años han rendido frutos para llevar a la realidad la igualdad material y formal de la persona con discapacidad. Sin embargo, las normas enunciativas son un paso al camino de la materialización de los derechos, siempre y cuando se mantenga la voluntad política y el respectivo goce de los derechos exigiendo que el Estado y su estructura así lo cumplan, en concordancia con las normas ya establecidas.

En resumen, se busca explicar el acceso a la justicia tanto en materia civil como en materia penal para las personas con discapacidad mental o psicosocial. El concepto de tutela judicial efectiva es el acceso o el alcance jurídico que tiene una persona a la jurisdicción, de manera que se llegue al

¹⁴⁰ARJONA, Gonzalo (2015: 88-89)

fondo y se solucione la *litis* que presenta esa persona recurrente conforme a criterios razonables en términos jurídicos.

Es por lo que resulta de suma importancia el acceso que posee este término ya que el mismo descansa en la capacidad con la que se ha llegado a conformar, siendo la puerta de entrada hacia el sistema de tutela judicial y la resolución de los conflictos. De no existir una aplicación efectiva del acceso a la justicia como derecho, la exigibilidad del resto de derechos fundamentales reconocidos en la normativa constitucional y en el ordenamiento jurídico en general, no resultaría posible. Razón por la cual el acceso a la justicia representa un derecho fundamental que a la vez desempeña un rol protagónico en un sistema de administración de justicia democrático.

La eliminación de barreras que impiden el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad dentro de los procesos judiciales, se adopten las salvaguardias necesarias, no solamente desde la legalidad de los actos, sino de las acciones de los operadores de justicia.

2.21 Protocolo para Abogados en Atención a Personas con Discapacidad Intelectual o Mental (Psicosocial) en el Derecho Civil y Derecho Penal

2.21.1 Objeto

Partiendo del Protocolo para la Actuación con Personas con Discapacidad Intelectual en el Turno de Oficio, elaborado por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid – ICAM, se ha planteado una propuesta adecuada de Protocolo para abogados en atención a personas con discapacidad intelectual o psicosocial en materia de derecho civil y derecho penal en el Ecuador. Dicha propuesta busca seguir el ejemplo de inclusión y acceso a la justicia para las personas con discapacidad. El protocolo respeta la autoría del ICAM y aplaude el trabajo realizado por esta institución.

A través de este documento, se pretende dotar de herramientas a los profesionales del derecho y a la población en general, para que pueda identificar los distintos tipos de discapacidades y, la forma cómo deben de actuar frente a la condición de esa persona con discapacidad y la situación o necesidades que se presentan en los diferentes actos judiciales.

Qué entendemos por discapacidad

La discapacidad, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se entiende como “[...] *un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*”.

De la misma forma la Ley Orgánica de Discapacidades, establece que persona con discapacidad es toda aquella que, “[...] como consecuencia de una o más deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, con independencia de la causa que la hubiera originado, ve restringida permanentemente su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria”.

A. Discapacidad intelectual o psicosocial

Discapacidad intelectual

Se caracteriza por limitaciones moderadas o graves tanto en funcionamiento intelectual (razonamiento, planificación, solución de problemas, pensamiento abstracto, comprensión de ideas complejas, aprender con rapidez y de la experiencia), como en conducta adaptativa (conceptuales, sociales y prácticas), que se han aprendido y se practican por las personas en su vida cotidiana. Esta discapacidad aparece antes de los 18 años.

Discapacidad mental (Psicosocial)

Deterioro de la funcionalidad y el comportamiento de una persona que es portadora de una disfunción mental y que es directamente proporcional a la severidad y cronicidad de dicha disfunción.

Derivado del enfoque de derechos humanos, recientemente ha surgido el término discapacidad psicosocial, que se define como restricción causada por el entorno social y centrada en una deficiencia temporal o permanente de la psique debida a la falta de diagnóstico oportuno y tratamiento adecuado de las siguientes disfunciones mentales: depresión mayor, trastorno bipolar, trastorno límite de la personalidad, trastorno obsesivo compulsivo, trastorno de ansiedad, trastornos generalizados del desarrollo (autismo y Asperger), trastorno por déficit de atención con hiperactividad, trastorno de pánico con estrés post-traumático, trastorno fronterizo, esquizofrenia, trastorno esquizo-afectivo, trastornos alimentarios (anorexia y bulimia) y trastorno dual (que es una de estas disfunciones pero con una o más adicciones)¹⁴¹

Tipos de discapacidad

En el Ecuador, conforme el Manual de Calificación de la Discapacidad 2018, se define a la discapacidad, conforme los siguientes tipos:

¹⁴¹Manual de atención en Derechos de Personas con Discapacidad en la Función Judicial. Consejo de la Judicatura, Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades, Quito (2015: 211)

Discapacidad auditiva	Son las deficiencias, limitaciones y restricciones funcionales y/o estructurales, irreversibles e irrecuperables de la percepción de los sonidos externos, debido a la pérdida de la capacidad auditiva parcial (hipoacusia) o total (cofosis), de uno o ambos oídos.
Discapacidad de lenguaje	Son las deficiencias, limitaciones y restricciones funcionales y/o estructurales, irreversibles e irrecuperables del lenguaje, expresión verbal, causada por alteraciones, anomalías, perturbaciones o trastornos que dificultan de manera persistente permanente e irreversible la comunicación y la interrelación; afectando no solo a aspectos lingüísticos (fonológicos, sintácticos, pragmáticos o semánticos), tanto en el nivel de comprensión/decodificación como de expresión/codificación, interfiriendo en las relaciones y rendimiento escolar, social y familiar de los individuos afectados. La cual no está asociada a discapacidad intelectual moderada, grave o profunda.
Discapacidad física	Son las deficiencias, limitaciones y restricciones funcionales y/o estructurales, irreversibles e irrecuperables de las alteraciones neuromusculoesquelética o de órganos internos, que se traducen en limitaciones posturales, de desplazamiento o de coordinación del movimiento, fuerza reducida, dificultad con la motricidad fina o gruesa. Implica movilidad reducida y complejidad para la realización de ciertas actividades de la vida diaria y/o autocuidado.
Discapacidad intelectual	Se caracteriza por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa, expresada en las habilidades adaptativas, conceptuales, sociales y prácticas. La discapacidad se origina y manifiesta antes de los 18 años.
Discapacidad múltiple	Es la presencia de dos o más discapacidades: auditiva, visual, física, lenguaje, intelectual y/o psicosocial que generan deficiencias, limitaciones y restricciones funcionales y/o estructurales, irreversibles e irrecuperables en varios sistemas del organismo humano.
Discapacidad psicosocial	<p>Un trastorno mental es un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo, que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental.</p> <p>Habitualmente los trastornos mentales van asociados a un estrés significativo o una discapacidad, ya sea social, laboral o de otras actividades importantes.</p> <p>Una respuesta predecible o culturalmente aceptable ante un estrés usual o una pérdida, tal como la muerte de un ser querido, no constituye un trastorno mental. Un comportamiento socialmente</p>

	anómalo (ya sea político, religioso o sexual) y los conflictos existentes principalmente entre el individuo y la sociedad, no son trastornos mentales salvo que la anomalía o el conflicto sean el resultado de una disfunción del individuo, como las descritas anteriormente.
Discapacidad visual	Engloba las deficiencias, limitaciones y restricciones funcionales y/o estructurales, irreversibles e irre recuperables en el sistema de la visión, las estructuras y funciones asociadas con el sentido visual. Es una alteración de la agudeza visual, campo visual, motilidad ocular, visión de los colores y profundidad.

Fuente: *Calificación de la Discapacidad. Manual 2018*, Ministerio de Salud Pública, Quito (2018)

Para la calificación de la discapacidad se ha adoptado un clasificador de discapacidad según su gravedad. Ha tomado en cuenta la escala genérica de la CIF, las clases de discapacidad establecidas en el instrumento Valoración de las Situaciones de Minusvalía (VM) y los grados de discapacidad descritos en el Reglamento para la calificación, recalificación y acreditación de personas con discapacidad o con deficiencia o condición discapacitante.

Escala genérica de gravedad de discapacidad de la OMS

Para entender mejor los diferentes tipos de discapacidad, observemos la siguiente tabla, que nos permitirá tener una mejor comprensión de este tema, donde se describen:

Discapacidad	Definición
Ninguna discapacidad	Persona con deficiencia permanente que ha sido diagnosticada y tratada adecuadamente, que no presenta dificultad en la capacidad para realizar las actividades de la vida diaria y supera sin dificultad las barreras del entorno.
Discapacidad leve	Síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes y que tiene alguna dificultad para llevar a cabo actividades de la vida diaria, sin embargo, la persona es muy independiente, no requiere apoyo de terceros y puede superar barreras del entorno.
Discapacidad moderada	Síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes y que presenta disminución importante de la capacidad de la persona para realizar algunas de las actividades de la vida diaria, siendo independiente en las actividades de autocuidado y supera con dificultad algunas barreras del entorno.
Discapacidad	Síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes causan una disminución importante o imposibilidad de la capacidad de la persona para realizar la mayoría de las actividades de la vida diaria,

grave	llegando incluso a requerir apoyo para algunas labores básicas de autocuidado y supera con dificultad solo algunas barreras del entorno.
Discapacidad muy grave	Síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes que afectan gravemente e imposibilitan la realización de las actividades cotidianas, requerimiento del apoyo o cuidados de una tercera persona y no logra superar las barreras del entorno.
Discapacidad completa	Síntomas, signos o secuelas de deficiencias permanentes que afectan a la persona en su totalidad e imposibilitan la realización de las actividades cotidianas, requerimiento del apoyo o cuidados de una tercera persona y no logra superar las barreras del entorno.

Fuente: *Calificación de la Discapacidad. Manual 2018*, Ministerio de Salud Pública, Quito (2018)

B. Cómo saber si una persona tiene discapacidad intelectual

B.1. Reconocimiento oficial de discapacidad mediante carné de discapacidad

Este documento es entregado por el Ministerio de Salud Pública, en él se certifica que la persona ha sido examinada y evaluada por un médico de la red de salud pública y ha cumplido con todos los parámetros para su calificación. El carné es un documento que incluye nombre y apellidos, número de cédula de identidad, tipo, grado y nivel de discapacidad. Sirve para acceder a beneficios de ley, entre ellos la exoneración de impuestos, salvaguardias, acceso a instrumentos de apoyo; prioridad en trámites y servicios. La vigencia de este carné, se ha establecido hasta el mes de diciembre de 2024.

B.2. Reconocimiento de discapacidad NO OFICIAL o por motivación

No todas las personas con discapacidad intelectual han sido calificadas y registradas como tales en el sistema nacional de discapacidades, a pesar de no ser excluidas de los derechos que amparan a las personas con discapacidad, es mucho más difícil comprobar y exigir sus derechos como parte de personas del grupo de atención prioritaria en el acceso a la justicia. La Discapacidad intelectual no siempre puede ser reconocida únicamente fijándose en el aspecto físico. No todas las discapacidades intelectuales muestran características físicas visibles.

Se puede reconocer no oficialmente la discapacidad intelectual de las siguientes formas:

- La conducta de la observación sin discriminación. Es la más importante en el protocolo, pues el abogado debe siempre presentar la postura de

prudencia y observación del lenguaje corporal, lenguaje verbal, evitando la categorización o anticiparse sin previa comprobación.

- Certificados médicos derivados de centros de salud o públicos o privados.
- Historias clínicas de diagnósticos de entidades psiquiátricas.
- **Otros informes especiales.** Hay que consultar a la persona si posee algún parte policial, informe o disposición judicial anterior. Dentro de otros informes podrían servir recibos y asignaciones preferenciales que consten que la persona posee discapacidad.

- Preguntando a la persona si posee algún tipo de discapacidad.

Preguntar sobre temas cotidianos y básicos de su vida nos dará información relevante, preguntas sencillas y neutras como: *su edad, dónde vive, dónde trabaja, cuánto tarda en llegar a su lugar de trabajo o con quién vive*, son el punto inicial para identificar si existe discapacidad intelectual.

Según el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ICAM, se debe tomar en cuenta que, gran parte de la población con discapacidad intelectual posee el coeficiente intelectual entre 60% - 70% cuando el individuo promedio es de 100%. Eso quiere decir que el 85% de las personas con discapacidad o, mejor dicho, 9 de cada 10, presentan limitaciones muy ligeras que no permiten la detección de la discapacidad.

En las preguntas básicas se debe tomar en consideración:

- *Pensamiento enlentecido.* O demora en procesar, entender y responder lo que se le pregunta.
- *Limitaciones en la expresión y comprensión del lenguaje.* Las dificultades que posee para coordinar las palabras, poder hablar y su esfuerzo para expresarse
- *Habilidad reducida para entender información nueva y compleja.* Se observa la destreza para comprender sobre temas nuevos fuera del entorno regular, por ejemplo, la situación del país o el nombre de una autoridad.
- *Elevada deseabilidad social.* Gran parte de las personas con discapacidad intelectual poseen la necesidad o voluntad de agradar con quien están hablando o gente de su entorno, en especial a las personas que no tienen esta discapacidad.
- *Tendencia a responder de manera en la misma dirección en la que estaba formulada la pregunta,* simplemente confirmando o rechazando lo que en ella se sugiere.
- *Carencia de pensamiento abstracto.* La estructura de pensar de las personas con discapacidad intelectual se forma por pensamientos muy concretos; es decir, presentan dificultades para pensar sobre elementos ajenos a su experiencia. Expresan sólo lo que han experimentado y no existen supuestos o escenarios ficticios.

- *Proporcionan menos detalles cuando se les pide un relato libre.* Sus respuestas son concretas.
- *Mayor dificultad para describir un hecho en un tiempo y un espacio determinado,* sus respuestas son concretas, se remiten a contar el hecho y no los detalles.
- *Dificultad para manejarse de forma independiente.* Buscan a una persona de confianza con quienes se sienten seguros. A pesar de ser mayoritariamente sociables, requieren de alguien conocido para estar tranquilos.

Hay que tomar en consideración, que los comportamientos arriba mencionados no son únicos y específicos de las personas con discapacidad. Las mismas manifestaciones, podría presentar una persona con demencia o bajo efectos de sustancias tóxicas o psicotrópicas.

C) Particularidades de la entrevista reservada

Para precautelar el principio de no re - victimización, por la integridad de las personas con discapacidad, se sugiere que exista una entrevista reservada que permita a los abogados comprender de primera mano la situación que se encuentra la persona con discapacidad intelectual.

En España, Australia, Estados Unidos y Estonia, se comprueba mediante sus protocolos que, las particularidades más frecuentes, las narraciones de una persona con discapacidad, contienen:

- **Las contradicciones.** Es común encontrar alguna o algunas formas de contradicción en los testimonios o narrativas de las personas con discapacidad intelectual. Ante este antecedente, el abogado debe evitar la premisa que la persona está mintiendo o que su testimonio es inválido.
- **Los silencios.** La narración de las personas con discapacidad posee estructura propia donde se usa habitualmente silencios o amplias pausas entre idea e idea y sus exposiciones son más lentas, donde el silencio es un elemento conector entre las ideas. El abogado debe estar al tanto de dichos silencios y prestar el espacio adecuado para que no se pierda información importante que podría ser relevante. El abogado debe evitar corregir o completar las frases de la persona. Por ello, si no se respetan los tiempos y silencios, se perdería en gran parte de la información que conoce la persona y se afectaría en su susceptibilidad.
- **El ritmo.** Como ya se ha dicho, los tiempos en una conversación con una persona con discapacidad intelectual son diferentes. El abogado debe considerar que después de cada pregunta formulada, es muy normal que la persona tarde más de lo acostumbrado en personas que no poseen discapacidad intelectual, es necesario tener paciencia porque la elaboración de

la respuesta de la persona lleva más tiempo de lo regular y se debe evitar la interrupción. El tiempo entre pregunta y pregunta debe ser más extenso porque dentro de las pausas de respuesta, puede que la persona desee incluir más elementos o información de lo esperado.

- **La confusión.** En la mayoría de veces la forma de comunicarse de una persona con discapacidad es confusa, hay que entender que es otra estructura de pensamiento a la habitual, es la misma sensación que hablar otro idioma al materno. Es deber del abogado consultar a sus clientes en forma sencilla si todo está claro y si las preguntas se han entendido. En el caso de las personas con discapacidad intelectual se debe seguir el mismo procedimiento, es necesario realizar las mismas preguntas si no ha entendido algo, sin tener temor de preguntar las veces necesarias hasta que la persona entienda con claridad el mensaje que el abogado busca, eso sí, sin hacer responsable a la persona de forma directa o indirecta sobre la posible incomprensión. Por el contrario, en el caso que no se entienda una pregunta, el abogado debe hacerse responsable de esa falta de entendimiento: “perdón no entendí bien”, ¿podría repetir lo que ha dicho?”, “ya me confundí”.

- **La inseguridad.** Puede llevarlos, ante una inadecuada actitud por parte del Letrado o por una mala formulación de las preguntas, a contestar bajo la influencia de la deseabilidad social y la aquiescencia.

- **La deseabilidad social.** Presente en casi todas las personas con DI, se refiere a la tendencia a responder exclusivamente para contentar al entrevistador, independientemente de si la respuesta es veraz o falsa.

- **El consentimiento.** Es la tendencia a responder que “sí”, en la misma línea que esté formulada la pregunta; tomando el primer elemento de la información de la pregunta o la última opción respectivamente. Para entender mejor, el abogado debe entender que debido a la susceptibilidad de las personas a responder de manera voluntariosa o de consentimiento, es muy necesario ser muy cautelosos al momento de formular las preguntas y ver cómo reacciona en sus respuestas.

D) Adaptación en la entrevista reservada

Cada entrevista es distinta, tanto por su fondo y su forma. El abogado debe tomar en consideración los elementos arriba mencionados, que en definitiva son métodos actitudinales. Ahora se requieren elementos adicionales para garantizar el acceso a la justicia, obteniendo elementos adecuados para la defensa o la demanda.

Existen modificaciones en el tema comunicacional:

- **La conducta de la observación sin discriminación.** Es la más importante en el protocolo, pues el abogado debe siempre presentar la postura de prudencia y observación del lenguaje corporal, lenguaje verbal, evitando la categorización o anticiparse sin previa comprobación. Tiene que hacer notar siempre el abogado, actitudes relajadas, que demuestre que es confiable; pues, lo contrario puede causar miedo, susto, recelo o rechazo de la persona al profesional y, por consecuencia el fracaso de su presencia.

- **Actitud de escuchar de forma permanente.** La actitud de escuchar atentamente ofrece seguridad a la persona con discapacidad y a toda persona en general. Se puede mostrar al entrevistado que uno prefiere escucharle únicamente usando en la conversación intervenciones cortas, y usando lenguaje no verbal como, por ejemplo: moviendo la cabeza *-como gesto de aprobación o sorpresa o negación-*, tener una posición del cuerpo siempre relajada con manos abiertas, o escuchar sin cruzar los brazos. Se puede tener la actitud de escuchar al mostrarse ligeramente empático, con un trato humano y de respeto, evitando mostrar gestos de preocupación, sorpresa, o lástima, sin incomodar con otras emociones al entrevistado. Se puede parafrasear algunas respuestas, generando a modo de síntesis, lo relatado, sin cortar ni condicionar la narración, solo con el fin de crear un propio hilo conductor, sin calificarlo, ni corregirlo cuando use términos incomprensibles inicialmente para el abogado. Un ejemplo *el entrevistado explica que estuvo en la cocina y se encontró un felo, el abogado anota la palabra, repite, ahh el felo, ¿y qué hiciste con el felo? Sale de la entrevista y consulta con la persona de apoyo qué es el felo, en este caso felo quiere decir esferográfico o pluma de escribir.* Es decir, no perder la confianza en la persona, ni hacer notar que no entiende y asumir, peor, aspectos que no son los que transmite o comunica la persona con discapacidad.

- **Realizar preguntas simples.** Al igual que al entrevistar, hacerlo con preguntas que no infieran confusión; ni tampoco la exponer argumentos frente a la persona con discapacidad, éstas no sean acompañadas de gestos corporales que intimiden a la persona.

E) Actuaciones del abogado en materias penales

1. La persona con discapacidad en los procesos penales, puede encontrarse en calidad de víctima, presunta víctima o de investigado como actor o presunto actor o, como testigo.

En cualquiera de estas circunstancias en la que se encuentra la persona con discapacidad, deberá respetar y reconocerse la igualdad ante la ley, su voluntad y opinión. Permitir además que actúe con independencia y autonomía,

garantizando también la no revictimización, principalmente en la obtención y valoración de las pruebas. Significa que el abogado velará porque se emitan y adopten las medidas adecuadas en las que se garantice el acceso a las instalaciones; los espacios se encuentren adecuados para evitar encuentros no deseados con la contraparte (agresor) que ocasione malestar o su presencia directa intimide a la persona con discapacidad. Observará y hará respetar la condición.

2. El abogado deberá procurar se produzca una única entrevista o recepción de testimonio y, que este acto sea suficiente dentro del proceso, a menos que haya circunstancias que requieran nuevas intervenciones de la persona; en ese caso se velará que se ejecuten con las garantías que exigen los derechos humanos.

3. Al tratarse de casos en los que la persona tiene una condición de discapacidad intelectual o psicosocial, es un error que el abogado patrocinador, pretenda como opción que sea calificado como inimputable de inicio; pues, puede tratarse que la persona haya actuado con conciencia y voluntad, alegando que no comprende el significado del hecho.

4. El abogado patrocinador, deberá en todo momento velar por el derecho de la persona con discapacidad a mantener su integridad, cuanto física como emocional, durante todas las etapas del proceso; en el caso para evitar que se encuentre o cruce con la otra parte, se exigirá el uso de la Cámara de Gesell.

5. Durante las intervenciones de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, en los diferentes actos, el abogado que les patrocina, se cerciorará que los operadores de justicia se dirijan a la persona en lenguaje sencillo y se asegure que comprendió la naturaleza de dichas actuaciones.

6. Para los casos de flagrancia, es importante que, al momento de la detención, el agente sepa también identificar el tipo de discapacidad que tiene la persona, a la vez respete y haga conocer los derechos que le ampara y lo más importante asegurarse que la persona con discapacidad entendió los motivos de la detención.

7. En todos estos casos, se deberá asegurar que la persona con discapacidad se encuentre acompañada por parte de alguna persona de confianza, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

Art. 12.- Igual reconocimiento como persona ante la ley

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. *Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*
 3. *Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.*
 4. *Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*
 5. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.*
1. En casos de que la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, sea condenada a privación de libertad, el abogado de la defensa, requerirá e insistirá que se produzca a través de una medida alterna a la prisión o reclusión; ello precisamente es un ajuste razonable, conforme lo estipula el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad (Art. 2):

Por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

2. Así mismo, en este Instrumento Internacional, se establece (Art. 14):
“Art. 14.- Libertad y seguridad de la persona
 1. *Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:*
 - a) *Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; y,*
 - b) *No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad.*
 2. *Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.”*
3. Deberá evitarse a como dé lugar la privación de libertad en centros comunes de rehabilitación social o de acogida psiquiátrica (Clínicas); por el contrario, deberá propenderse a la domiciliar y con que se adopten también medidas de seguimiento y control periódicos a determinar su estado permanentemente.

F) Actuaciones del abogado en materias civiles

1. En materia civil, en la actualidad el profesional del derecho, necesariamente, deberá remitirse al análisis de la capacidad jurídica dispuesta en el Código Civil; esto es, cuando se presente un caso en el que es parte una persona con discapacidad psicosocial o intelectual y, no necesariamente para acogerse a esos postulados, sino para preparar los argumentos, de que esa persona con discapacidad tiene diversas formas de comunicación y de expresar sus ideas, con independencia de sus opiniones y valorarlas según el tipo de actuaciones de orden civil, que se demanda o se pretende.
2. Conforme el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, en el 11º Período de Sesiones, que emite la *Observación general sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*, indica que “a las personas con discapacidad se les ha negado en muchas esferas de una manera discriminatoria su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones como la legislación sobre la salud mental, la tutela y la custodia que permiten el tratamiento obligatorio. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en

igualdad de condiciones con las demás.” Y que, para ello, el artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica.

Así mismo, nos indica el comité que:

El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales en lo que respecta a la salud, la educación y el trabajo. (En muchos casos, la negación de capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha conducido a privarlas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos de reproducción, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad.)¹⁴²

1. En la generalidad de los casos, la persona con discapacidad intelectual o psicosocial, se ven afectadas por la negación de la capacidad jurídica y la sustitución en la adopción de decisiones; y, que esas condiciones de discapacidad, *“no deben ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12”* y que, así mismo lo afirma el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, párrafo 9, que *“Todas las prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”*.

2. Necesariamente el abogado para su actuación en derecho, en caso en que sean parte personas con discapacidad intelectual o psicosocial, acuden al derecho civil, norma que da por hecho que no poseen capacidad jurídica basado en algunos criterios:

- La condición, define a la capacidad jurídica solo con base al diagnóstico médico biológico de la discapacidad.
- El resultado, es decir que cuando la persona adopta cierta decisión, ésta tendrá resultados negativos o consecuencias perjudiciales.
- Lo funcional, se cuestiona la aptitud de la persona para adoptar decisiones.

¹⁴²Observación General sobre el artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Comité sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, 11º período de sesiones, Ginebra, Suiza (2014: Párr. 7-8)

3. Ante estos criterios, los abogados, deberán impulsar los procesos en favor de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, haciendo conocer y que se respeten sus derechos, en base a que la persona con discapacidad tiene diversas formas de comunicación y expresión; es decir, no deberá permitirse que los operadores de justicia o demás funcionarios del sistema judicial, se guíen por el simple hecho de que una persona tenga rasgos físicos que evidencian una discapacidad intelectual o en base solamente a un diagnóstico médico. Ello no significa que la persona es incapaz y que por lo tanto no puede actuar en hechos que demande aspectos del derecho civil.

4. Por otro lado, en los casos en los que las personas con este tipo de discapacidad, conforme el Código Civil, esta norma los califica como *incapaces absolutos*; es decir como sujetos propensos a ser declarados personas incapaces, sin considerar que la capacidad mental de las personas, se traduce en la adopción de decisiones y varían según la persona y los diferentes factores sociales y ambientales que le condicionan o le imponen barreras innecesarias para esa toma de decisiones. Así lo confirma el Comité en el párrafo 12 de la Observación General sobre el artículo 12 de la Convención, que la “capacidad jurídica y la capacidad mental son conceptos distintos. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar).”

5. Entonces, bajo ningún concepto deberá acogerse la declaratoria de interdicción, sin analizar los sistemas de apoyo como una alternativa a las figuras del modelo de sustitución; estos sistemas de apoyo, se sostienen en las relaciones de confianza, donde las personas con discapacidad puedan expresar su voluntad y deseos, a través de las diferentes formas de comunicación y con lenguajes alternativos o aumentativos.

6. Adicional a ello, los abogados patrocinadores y defensores de los intereses de las personas con discapacidad, deberán exigir a los operadores o administradores de justicia, la implementación de salvaguardias, como medidas “*adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos*”¹⁴³ lo que implica garantizar el respeto de sus derechos, su voluntad y preferencias.

7. Para que se ejerza ese respeto a la voluntad y preferencias, la Convención reconoce a las personas con discapacidad a recibir y proporcionar acceso al apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, a fin de que puedan tomar decisiones que tengan efectos jurídicos, sin que consista que alguien más, tome decisiones por ella y que ese apoyo pueda consistir o desenvolverse de diferentes formas como aquellas relacionados con la comunicación distinta o

¹⁴³Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006: Art. 12.4)

no convencional, o que sean relativas a recibir información comprensible, claro está que estos apoyos variarán de una persona a otra o de una condición a otra, no se considerarán los tipos de discapacidad como generales, se trata de personas únicas, con sus únicas necesidades y preferencias.

8. Para evitar que a la persona se limite o impida su derecho a la expresión de su voluntad y concluya el análisis en una definición de incapaz y consecuente la declaratoria de interdicción, que en muchos casos es innecesaria; pues, no existe legítimo contradictor, es decir no cabría oposición del acto a realizarse. Para estos casos, en los procesos de peritaje además de los médicos, deberán incluirse otras evaluaciones periciales, que podrían ser psiquiatras, psicólogos, sociólogos, terapeutas de lenguaje además del intérprete de lengua de señas, ellos obviamente acompañados de su círculo de confianza. Determinará entonces que la interdicción o algún tipo de tutelas o curatelas, se torna inútil ejecutarse.

- Lineamientos para la aplicación de los sistemas de apoyos

Se deberá impulsar a que el Pleno del Consejo de la Judicatura, se comprometa a realizar un reglamento que establezca los parámetros iniciales sobre la atención del acceso a la justicia de las personas con discapacidad y diferenciar, además de conceptualizar, a la medida de nuestra legislación y procesos, lo que implica: Medidas de apoyo; ajustes razonables; y, personas de confianza y voluntad. Sin ello seguirán siendo los operadores de justicia, meros ejecutores de la norma caduca e injusta frente al modelo social o de derechos humanos y de diversidad funcional, que considera a las personas con discapacidad “como personas que funcionan de una manera no habitual, en vez de aquella aceptación según la cual carecen de capacidades”¹⁴⁴.

¹⁴⁴Sánchez Montenegro, E. (2017: 9-10).

CAPÍTULO III

EL USO PROGRESIVO DE LA FUERZA POR LOS AGENTES DE LA POLICÍA NACIONAL Y LA LEGÍTIMA DEFENSA COMO EXCLUYENTE DE LA ANTIJURICIDAD

3.1 El uso progresivo de la fuerza

El Derecho Penal debe ser utilizado como mecanismo de última ratio, que significa última razón, se aplica cuando es absolutamente imprescindible imponer una pena y se lo hace a través de la intervención coercitiva estatal; esto es cuando sea necesario proteger bienes jurídicos relevantes y cuando no sea posible solucionar un conflicto existente entre las personas mediante la aplicación de normas jurídicas extra penales, en observancia del carácter fragmentario y subsidiario. En tal sentido, cada ordenamiento jurídico de un país determinado, crea las normas jurídicas penales a través de la Función Legislativa donde se especifica que ciertas conductas humanas constituyen infracciones penales, considerando siempre la lesividad que una acción u omisión produce a la víctima y su repercusión frente a todo el conglomerado social.

El ejercicio de la facultad sancionadora penal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, preceptiva que limita al Estado para que no puedan sancionar penalmente todas las conductas antisociales ni tampoco deben tipificar las que no constituyen un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o de los individuos; además, se precisa que la decisión de criminalizar una conducta humana es la determinación del legislador para imponer una pena que implique privación de la libertad, en base a un análisis de criminalidad. Se sobreentiende que la Asamblea Nacional del Ecuador, para regular nuevas conductas como delitos, debió valorar exhaustivamente los actos que están afectando considerablemente a la sociedad. (Benalcázar, M. B., & Benalcázar, E. B, 2019, pág. 117).

Es relevante considerar que el Derecho Penal, debe perseguir tanto los delitos cometidos por las personas de manera individual, así como el crimen organizado a nivel nacional e internacional, con la finalidad de garantizar la paz social; pero que en ningún caso, se debe restringir derechos fundamentales de las personas, por ejemplo la protesta social y la huelga laboral, que tienen derecho los pueblos y los trabajadores, y que en ninguna legislación penal del mundo puede ser criminalizada por constituir un aspecto jurídico de orden constitucional y supranacional.

Los agentes de la Policía Nacional son los garantes de la seguridad ciudadana, consecuentemente están facultados para hacer el uso progresivo de la fuerza, cuando están frente a la comisión de un delito o cuando su

integridad física o su vida está en peligro por ataque de un delincuente; en cuyo caso debe considerarse la legítima defensa como excluyente de la antijuricidad, donde es palpable la dicotomía entre el uso progresivo de la fuerza y la legítima defensa.

Desde la concepción del Derecho Penal, la legítima defensa debe cumplir con requisitos esenciales de estricta exigencia: agresión actual e ilegítima, necesidad actual de la defensa y la falta de provocación suficiente por parte de quien actúa en defensa del derecho, según el artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal; analizando se puede concretar que la actual agresión ilegítima por parte de una persona en contra de otra, que el medio con el cual se defiende esta última sea racional frente al ataque del cual está siendo víctima, y que la persona que se defiende no haya provocado de ninguna manera al sujeto que le está atacando. De no cumplirse estos tres requisitos se puede generar un exceso de legítima defensa, por ejemplo: si un individuo ataca a otro con un golpe de puño, el que se defiende no puede utilizar un arma blanca y afectarle a la integridad física del agresor ocasionándole lesiones graves en su humanidad; en este caso podría ser sancionado penalmente el que se defiende, imponiéndole una pena atenuada por haberse configurado el exceso de la legítima defensa.

En el momento en que se vulneran las normas penales abstractas, se está frente a la comisión de una infracción penal, cuya conducta debe ser subsumida a un tipo penal específico, el cual se caracteriza por sus propios elementos objetivos y subjetivos del tipo. En este caso, al haberse vulnerado la norma sustantiva penal, se hace necesario la aplicación del Derecho Penal Adjetivo, con la finalidad de materializar la justicia penal, con la intervención del fiscal cuando se trata de un delito del ejercicio público de la acción, sujeto procesal que tiene la facultad de buscar los elementos de convicción de manera objetiva, para adaptar una conducta penal al autor o cómplice como sujetos activos de un tipo penal determinado.

Pásara, al referirse a las características del proceso judicial expresa que: “las normas legales aplicables deben hallarse establecidas con anterioridad a los hechos materia de la controversia. Aunque, como se verá en detalle más adelante, esta garantía de la irretroactividad de la ley aparece expresamente en las normas de derechos humanos de origen internacional en relación con los casos penales, una interpretación sana debe extenderla a toda clase de juicios (Pásara, 2012, p. 48).

Siguiendo este pensamiento, se considera que todo proceso judicial y fundamentalmente el que conlleva juzgar el cometimiento de un delito, el juzgador es quien debe velar por el respeto del debido proceso, los derechos

y garantías de los sujetos procesales, considerando los convenios internacionales de derechos humanos, la Constitución de la República y las leyes vigentes en el momento de cometerse la infracción, sin perjuicio de aplicarse la ley penal con efecto retroactivo cuando se está al frente al principio de favorabilidad, que debe ser aplicado en beneficio del reo.

Es función del sistema penal y procesal, cuando se emplean medios extraordinarios de investigación en los que se ponen en juego la vida, la integridad física o la seguridad de una persona –en este caso de un policía-, se le debe garantizar todas las medidas de protección necesarias para desarrollar la labor encomendada. A pesar de ser una labor asumida de manera voluntaria, se trata del mínimo compromiso que debe asumir el sistema judicial. (Dueñas, 2016, p. 259).

La Fiscalía General del Estado es la institución que tiene la titularidad del ejercicio público de la acción, y la facultad de iniciar una investigación previa o un proceso penal en contra de una determinada persona considerada como sospechosa, la poseen los fiscales especializados, pero siempre con la colaboración directa de la Policía Nacional a través de sus ramas especializadas, siendo el objetivo fundamental descubrir la verdad procesal o material del hecho histórico del delito; para lo cual, se hace uso de toda la infraestructura física, del talento humano, así como de la ciencia y la tecnología con lo que cuenta la Fiscalía; siendo su misión fundamental el de llevar los casos investigados ante los jueces competentes para que administren justicia, dictando sentencias condenatorias o ratificando el estado de inocencia de los procesados.

Una vez ejercitado el derecho de acción y comparecidas ambas partes, acusación y defensa, en el proceso penal, se hace preciso que su postulación se efectuó en condiciones de igualdad procesal, pues una de las garantías esenciales del derecho fundamental que nos ocupa es el principio de «igualdad de armas», que ha de estimarse cumplido cuando en la actuación procesal, tanto el acusado como el investigado gozan de los mismos medios de ataque y de defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación. (Sendra, 2015, p. 118).

Si el fiscal toma la decisión de iniciar el proceso penal por la comisión de un delito del ejercicio público de la acción, lo hará frente a un juez de garantías penales en una audiencia pública y contradictoria, quien garantizará la igualdad de armas para todos los sujetos procesales que intervienen en el proceso penal. Cuando un miembro policial, a pesar de hacer uso progresivo de la fuerza, no puede evitar la consumación del hecho delictivo o en el caso de que el agente del orden se extralimite en el uso progresivo de la fuerza y como

consecuencia de ello el fiscal inicie un proceso penal por haberse extralimitado en sus funciones, afectando un bien jurídico protegido, ya sea en contra de la integridad física o la vida de una persona o del propio miembro policial.

En este contexto, el uso progresivo de la fuerza, del cual están facultados los agentes de la Policía Nacional cumpliendo las reglas de orden legal, constitucional y supranacional, deben actuar de manera prudente a fin de que se efectivice la legítima defensa, en todos sus elementos constitutivos que se encuentran regulados en el artículo 33 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con lo que regula el artículo 30.1 del mismo cuerpo legal, donde hace relación al cumplimiento del deber legal que tiene el agente policial cuando está en la prestación de servicio público, donde tiene la obligación de aplicar procedimientos de manera técnica y con conocimiento de causa sobre el uso progresivo, proporcional y racional de la fuerza, siempre y cuando esté en riesgo la vida de un tercero o del propio agente del orden o en protección de un bien jurídico protegido que se encuentra en peligro y que este legislado en la ley penal. Todo esto en cumplimiento de su deber o como garante del orden público, donde tiene la obligación de intervenir para evitar la afectación al Derecho Penal vigente en una sociedad determinada.

3.2 La legítima defensa en el Derecho Penal

La legítima defensa nace del instinto mismo de una persona, que al estar frente a un agresor, donde hay de manera inminente una afectación a un bien jurídico protegido, la reacción natural es actuar en legítima defensa, que puede ser de un tercero o de la propia persona que se defiende: “Cuando una persona agrede a otra, la víctima tiende a defenderse; este es un principio básico del Derecho Natural que se fundamenta en los instintos de conservación y de supervivencia del ser humano” (Zambrano, 2021, p. 45).

El Derecho Penal tiene finalidades fundamentales como: garantizar la paz de la ciudadanía, juzgar y sancionar a los infractores, pero en ningún caso debería ser utilizada para criminalizar la pobreza ni para controlar y mantener el poder, y, peor más aún para criminalizar la protesta social. En ampliación, la ciencia penal es de trascendental importancia en una sociedad, porque permite sancionar a las personas que violan la ley penal, con penas privativas de libertad, sanciones económicas y sanciones no privativas de la libertad, en contra de los responsables o sujetos activos, ya sea que hayan participado como autores o cómplices.

Es relevante reflexionar que, el Derecho Penal Sustantivo, no es factible que sólo tenga el carácter de sancionador, sino también que garantice que una persona que es atacada mediante una acción delictiva, tenga la facultad de

asumir una defensa actual e inmediata en contra del infractor, haciendo uso de la figura jurídica denominada legítima defensa, la cual es causa de exclusión de antijuricidad y que por cual es una figura jurídica de trascendental importancia en el actuar de los agentes del orden público.

Para Zaffaroni “el bien jurídico cuya afectación castiga el sistema punitivo es la relación de disponibilidad de un sujeto con un objeto protegido por otras normas del ordenamiento jurídico, por lo que se debe rechazar la idea de bien jurídico tutelado, que es una inversión extensiva racionalizante del concepto limitativo de bien jurídico afectado y sólo corresponde sostener éste último como expresión dogmática del principio de lesividad, que requiere también una entidad mínima de afectación” (Zaffaroni, 2008, p. 373).

En este análisis, al hacer referencia a los bienes jurídicos protegidos, que son afectados por un infractor de la ley penal y que como consecuencia de su accionar generan una lesividad en la víctima; ante este acontecimiento el fiscal que investigue sobre un hecho criminal, deberá obtener los elementos de convicción tendientes a justificar el delito y la participación del procesado, por lo que verificado estos dos presupuestos lo presentará ante el órgano jurisdiccional, para evitar impunidad del delincuente. Respecto a la aplicación del principio de objetividad, si el fiscal encuentra elementos de convicción mediante los cuales se establece que se ha violentado un bien jurídico protegido en contra de una persona, pero que el hecho se dio en legítima defensa, de un derecho propio o de un tercero, en este caso está en la facultad de solicitar el archivo de la investigación previa y de haberse iniciado un proceso penal, lo correctamente jurídico es que emita un dictamen abstentivo, y en cuyo caso el juzgador emitirá el respectivo sobreseimiento, basado en el principio “sino hay acusación no hay juicio”.

En el caso de la legítima defensa habría que diferenciar, por tanto, según que los ataques procedieran de niños, de jóvenes, de imputables parcial o totalmente, o hubiesen sido provocados intencional, dolosa o culposamente, o según el punto de vista de la relación familiar o ajena, o que los ataques fuesen contra el honor, la integridad corporal, etc. Surge así una imagen estructural de los fenómenos vitales, un mapa de la legítima defensa, en cierto modo. La inmediata tarea consiste entonces [...] en señalar los principios de autoprotección, de prevalencia del Derecho y de proporcionalidad en las distintas secciones de la descripción de la legítima defensa, como líneas rectoras -como indicadores del camino, [...]. (Roxin, 2002, p. 84)

En tal sentido, al estar frente a un hecho de legítima defensa el fiscal o el juzgador en cada caso concreto y en el momento procesal oportuno, tiene la

obligación de analizar los requisitos de legítima defensa, los cuales son: actual agresión ilegítima, falta de provocación suficiente por parte del que se defiende y la utilización de un medio adecuado para su defensa propia o de terceros; por lo que al anunciado de los principios de Roxin, se debe considerar que el orden constitucional e internacional de derechos humanos, y particularmente cumpla con los requisitos exigibles y normativos que justifiquen la antijuricidad de legítima defensa.

Por ejemplo, de acuerdo con el Derecho vigente no es lícito ampliar la penalidad en el ámbito de la legítima defensa, traspasando a esta causa de justificación de un modo general el principio de ponderación de bienes o rechazando el principio de prevalencia del Derecho y aceptando un deber de evitar el encuentro en todos los casos, en los que alguien puede sustraerse al ataque (Roxin, 2002, p. 86-87).

Por lo expuesto, se debe diferenciar entre lo que es la legítima defensa, donde deben configurarse los tres requisitos referidos anteriormente, en cuyo caso no se le puede imputar a una persona y de llegar a un juez competente, esta autoridad aplicando un verdadero criterio jurídico, debe rectificar su estado de inocencia; y que no se puede confundir con lo que constituye el error de prohibición, donde una persona, si bien cierto, hace una acción que afecta un bien jurídico, pero al desconocer que esa conducta es un delito y si es invencible no tiene ninguna responsabilidad penal y de ser vencible será sancionado con una pena atenuada; ni tampoco puede confundirse con el error de tipo, el cual se configura cuando el sujeto activo de la infracción desconoce la totalidad los elementos objetivos del tipo o alguno de ellos, si es vencible se los sanciona como delito culposo y si es invencible se elimina tanto el dolo como la culpa.

[...], quién cree erróneamente estar siendo objeto de una agresión real, y se defiende, incurre en un error de prohibición indirecto porque, quien actúa así, tiene afectado el conocimiento de la antijuricidad de su conducta; y otra parte de la doctrina, considera que se incurre en un error de tipo, pues se incurre en un error sobre el conocimiento de los hechos (Balcázar, Cedeño y Henao, 2022, pp. 23-24).

Siguiendo con este estudio, la legítima defensa se encuentra regulada en todas las leyes judiciales de los países del mundo, así como ha sido analizada por la doctrina, la dogmática y la jurisprudencia desarrollada por los máximos tribunales de justicia nacional e internacional. En tal sentido se afirma que: “La mayor parte de los códigos de Iberoamérica establecen, como circunstancia de la legítima defensa, la falta de provocación suficiente de parte del que se

defiende, cuando esa provocación sea suficiente, aparece lo que antiguos escritores llaman exceso en la causa” (Apolo, J. y Jiménez, 2015, p. 49).

Efectivamente, uno de los requisitos de la legítima defensa es, la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende; esto significa verbigracia, que si un individuo camina por la calle y es interceptado por otro sujeto que lo agrede con un arma blanca en su humanidad, el agredido está facultado para hacer uso del derecho a la legítima defensa: el que se defiende nunca debe provocar al primer agresor, por lo que en el caso propuesto se cumple este primer presupuesto de orden jurídico. A más de lo indicado anteriormente, es necesario que el acto de defensa se lo realice en el mismo momento de la agresión ilícita y que el mecanismo de defensa utilizado sea proporcional o se encuentre dentro de la racionalidad o sentido común.

“Para Kant, la defensa del agredido que causa un daño al agresor es, en sí misma, injusta. Ni la propia necesidad tiene suficiente poder para transformar la injusticia en justicia. Sin embargo, la punibilidad se elimina por ser inútil la amenaza penal en la evitación de la conducta defensoría del agredido. A esta teoría se le ha llamado inutilidad de la amenaza penal” (Cortes Ibarra citado por Montaña, 2019, p.48).

Según lo afirmado por Kant, cuando una persona es agredida, en ese momento del acto lesivo y que está en contra de la ley penal, puede ser repelida por el agredido, siempre y cuando su accionar se enmarque dentro de los parámetros legales de la legítima defensa. La calificación jurídica de la conducta la tiene el fiscal, una vez que le llegue a su conocimiento la noticia *iter criminis*, y serán los resultados obtenidos en dicha investigación los que configuren o no la presencia de la legítima defensa o si existe exceso de legítima defensa o de otra manera el que se defiende comete un delito, por el cual debe ser sancionado como responsable de un delito determinado.

En este orden de ideas, Montaña, afirma: “En general cada norma busca proteger algún bien jurídico, de ello se desprende que, las normas penales intentan proteger un bien jurídico tutelado, que la sociedad ha querido que tuviese una protección penal, [...], cabe destacar que la legítima defensa va a tutelar, el derecho de las personas a defender su vida, su persona, sus bienes, su honor y en determinado momento la vida de un tercero” (Montaña, 2019, pp. 62-63). En tal sentido la legítima defensa constituye una figura jurídica relevante en el Derecho Penal, mediante la cual se efectivice la defensa de un bien jurídico protegido que se encuentra afectado o que dicha afectación es inminente.

3.3 La legítima defensa como excluyente de la antijuricidad

Cuando se hace alusión a los elementos del delito, se puede empezar analizando lo que es la conducta humana penalmente relevante, que puede materializarse por acción u omisión, con dolo o culpa, en el cometimiento de un delito. La primera categoría fundamental es la tipicidad, lo cual se verifica cuando el sujeto activo de la infracción, conoce los elementos objetivos y subjetivos del tipo; superada la tipicidad es preciso hablar de la segunda categoría que es la antijuricidad, que se la define como el quebrantamiento al ordenamiento jurídico, que se afectó un bien jurídico protegido y que no se encuentre ninguna de las excluyentes de la antijuricidad, por ejemplo, la legítima defensa entre otras. Finalmente, corresponde analizar la categoría de la culpabilidad del procesado, el cual debe conocer la antijuricidad y ser imputable, es decir, que se debe descartar todos los casos de inimputabilidad de dicho sujeto procesal, en dicho caso el juzgador lo declarará responsable de la comisión de un delito y por ende se aplicará las penas privativas de libertad, no privativas de libertad y económicas que corresponden a esa infracción.

La existencia del delito se deriva directamente de un actuar humano que se encuentra en contra de la normatividad penal vigente, de manera que esta conducta debe acreditarse su tipicidad y por consiguiente debe darse el indicio de la existencia de la antijuricidad, [...], existe la excepción de que existen conductas que pueden ser encuadradas dentro de un tipo legal, esta misma, no revista el carácter de antijurídica, [...], como ocurre cuando se encuentran frente a las causales de exclusión de responsabilidad como es el caso de la legítima defensa (Balcázar, Cedeño, y Henao, 2022, p. 17).

Por lo explicado anteriormente, la antijuricidad constituye una categoría intermedia dentro de la teoría del delito y que tiene como excluyentes la legítima defensa personal o de terceros, el estado de necesidad, la orden de autoridad competente o el uso progresivo de la fuerza. En consecuencia, la antijuricidad es la afectación al Derecho Penal como consecuencia del accionar del sujeto activo y la lesividad a un bien jurídico protegido de la víctima.

El concepto de la antijuricidad de la agresión debe entenderse en sentido no técnico. No ha de mirarse desde el agresor, sino desde el agredido. No atañe al disvalor de la acción de agresión, sino al disvalor del hecho, que el agredido no tiene por qué tolerar. Por eso, no precisa ser antijurídica aquella agresión que el agredido no está obligado a soportar. Por eso no precisa ser ni antijurídica-adecuada al tipo, ni menos culpable. Por eso, la defensa (legítima) es admisible contra una amenaza

de daño de cosas no doloso y contra agresiones de incapaces de culpa [...] (Hans, 1956, p. 92-93).

Para Bacigalupo en relación a la antijuricidad afirma que: "...” es incorrecto plantear el problema de la antijuricidad antes de haber dado una respuesta afirmativa a la cuestión de la tipicidad. La antijuricidad se da o no se da: un hecho típico está justificado o no lo está; fue cometido en legítima defensa o no. Por lo tanto, no hay grados de antijuricidad: los hechos no pueden ser, comparativamente considerados, más o menos antijurídicos. Lo que sí puede ofrecer distintos grados (de gravedad) es lo ilícito en su conjunto: un hecho ilícito (típico y no justificado) puede ser más o menos grave (por ejemplo, por la forma en que fue cometido, "[...]" (Bacigalupo, 1996, p. 89). En este contexto, efectivamente el problema de la antijuricidad nace del análisis jurídico de un presupuesto fáctico que viola la ley penal, pero que al ser efectivamente justificado por parte del que se defiende, se configura lo que se conoce como legítima defensa.

“Es independiente porque sólo cabe plantearse la cuestión de la antijuricidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que se subsume bajo un tipo penal. A la vez es inversa porque consiste en la verificación de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación (por ejemplo, defensa necesaria, estado de necesidad, consentimiento del ofendido)” (Bacigalupo, 1996, p. 117).

Bacigalupo al referirse a la antijuricidad adiciona que la acción para que constituya delito debe ser típica y si se supera este primer elemento se pasa a la antijuricidad y al existir una causa de justificación como la legítima defensa personal o de terceros, el juzgador actuando estrictamente conforme a Derecho, debe ratificar el estado de inocencia del procesado.

Asimismo la dogmática hace un análisis de las causas de justificación las cuales están permitidas por la normativa penal; así el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal regula que no existe infracción penal cuando el accionar del infractor se encuentra justificada por la legítima defensa; de manera particular cuando un servidor de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de Seguridad de Vigilancia Penitenciaria, los cuales tienen el deber legal de proteger derechos propios o de terceros un cumplimiento de su obligación, cuando efectivamente existe una amenaza de afectar un bien jurídico protegido, en ese actuar estas autoridades del orden social deben evitar la afectación de los derechos en garantía de la seguridad ciudadana.

En este orden de ideas la doctrina afirma:

[...], en el ámbito de la antijuridicidad, puede distinguirse otra clase de normas de carácter permisivo, que subyacen a las causales de justificación, [...], las causales de justificación estarían en la Parte General por razones de economía legislativa, [...], esta teoría desemboca en la teoría de las causales de justificación como elementos negativos del tipo, para la cual el legislador describe en el tipo los elementos en que se funda el injusto, esto es, los elementos descriptivos y normativos del tipo (elementos positivos) y que no concurren los elementos de una causal de justificación (elementos negativos). Las causales de justificación son elementos no expresados que forman parte del tipo. Cada tipo especial adquiere sentido cuando se vinculan sus elementos positivos y negativos en una unidad llamada tipo total, [...], Fischer, Hegler, Mayer y Mezger descubrieron que en algunos casos en la antijuridicidad y, [...], en la tipicidad, el injusto depende de la dirección de la voluntad del autor, o sea de momentos subjetivos intraanímicos, por ejemplo, en la legítima defensa (Rettig, 2019, pp. 54-220).

Rettig, hace una explicación jurídica sobre el alcance de la legítima defensa:

No hay posición de garante si la creación del peligro está justificada por legítima defensa. La lesión del agresor no convierte, por regla general, al agredido en garante de la vida del agresor. Si la conducta previa del agredido está condicionada por una legítima defensa, la puesta en peligro hacia el agresor se encuentra en su exclusivo ámbito de responsabilidad, por lo que no puede imputarse al que se defiende, porque de lo contrario, el agresor ilegítimo gozaría de mayor protección que el agredido (Rettig, 2019, p. 484).

Siguiendo con el análisis, del alcance que tiene la legítima defensa, se puede decir que tiene una protección individual o de terceros sobre un derecho que está en peligro o que está siendo vulnerado, que al estar frente a la antijuridicidad se debe comprobar que la persona que se defiende o en calidad de garante defiende un derecho de un tercero que está en peligro, se le autoriza para asumir ese accionar que se materializa la legítima defensa para repeler una agresión que es eminentemente antijurídica; aclarando que el derecho que se está vulnerando debe ser específico para que la actuación del que lo defiende se configure lo que constituye la legítima defensa.

En este orden de ideas, la doctrina considera:

[...], el aspecto social o de prevalencia del derecho se funda, en palabras de Mir Puig, en el aforismo hegeliano: “el Derecho no tiene por qué ceder ante el injusto” [...], es que ambos sujetos se encuentran en una situación

desigual, pues el agresor niega el derecho y el defensor lo afirma, [...], Sin embargo, la explicación hegeliana de la negación del derecho ha sido más bien desechada en la doctrina actual, [...], Roxin señala que la prevalencia del derecho persigue un fin preventivo general, [...], Toda agresión repelida en legítima defensa pone de manifiesto que no se vulnera sin riesgo el ordenamiento jurídico y estabiliza el orden jurídico (Rettig, 2019, p. 661-662).

Varios autores coinciden en manifestar que el Derecho Penal, en ningún caso, debe ceder al injusto entre ellos tenemos a Mir Puig y Roxin, donde efectivamente se afirma que las acciones que son repelidas en legítima defensa se configuran como una causa de justificación y por lo tanto constituye una causal de antijuricidad. En Ecuador está vigente un Estado constitucional de derechos y justicia, el cual tiene relación con el sistema acusatorio oral adversarial, donde se tiene como base fundamental el respeto de los derechos, garantías y por ende del debido proceso, de cada uno de los sujetos procesales que intervienen en la etapa procesal y en todo el proceso penal.

Pues, el Derecho Penal se encuentra constitucionalizado e internacionalizado por constituir un sistema eminentemente garantista, donde el juzgador para administrar justicia en materia penal debe tomar en cuenta, lo indicado anteriormente, y los principios del debido proceso y que en el caso de estar frente a un actuar de legítima defensa de un derecho propio o ajeno, lo que corresponde en Derecho es confirmar que se trata de una causa de antijuricidad y como consecuencia de ello se debe ratificar su estado de inocencia, de quien asumió la defensa de un derecho propio o de un tercero, por ser una actuación en base a la doctrina, la dogmática, la Constitución de la República, los convenios internacionales de derechos humanos y la ley.

3.4 El uso progresivo de la fuerza por los agentes policiales

El uso progresivo de la fuerza garantiza el derecho a la seguridad ciudadana, para ello, la Policía Nacional está facultada a intervenir y garantizar el orden público, puesto que precautela los derechos de todos los ciudadanos, así también como los derechos de los servidores policiales. La fuerza en este contexto es necesario utilizarla respetando los derechos de las personas involucradas (Maldonado, 2022. p. 2).

En la actualidad, en el Ecuador la seguridad ciudadana constituye un problema socio-jurídico, que debe ser solucionado de manera urgente por parte del Estado, con la intervención oportuna y eficiente por parte del Gobierno Nacional, en especial el Presidente de la República, quién tiene que convertirse en un líder para coordinar con cada una de las instituciones públicas que tienen

relación con la seguridad ciudadana, identificando cuáles son las causas y los efectos del aumento de la criminalidad en los cinco últimos años, tanto la delincuencia individual, como la delincuencia organizada nacional, como internacional.

Así la Policía Nacional debe buscar mecanismos preventivos, disuasivos y por último actuaciones coordinadas y firmes en el momento de neutralizar a los autores o cómplices del cometimiento de un delito del ejercicio público de la acción; por su parte la Fiscalía General del Estado, debe tener una actuación oportuna y eficiente en el momento de llevar a los sospechosos ante los jueces competentes, formulando cargos y pidiendo medidas cautelares personales, alternativas a la prisión preventiva y de manera excepcional como disponen las normas constitucionales y supranacionales, la prisión preventiva como medida cautelar de última ratio.

Sobre la seguridad ciudadana juega un papel preponderante la Función Judicial, a través de los jueces y tribunales de garantías penales, los cuales deben actuar con competencia y cumpliendo los principios de diligencia, imparcialidad e independencia en cada uno de los casos puestos a su conocimiento y resolución.

Es de trascendental exigencia que el Gobierno Nacional de turno, dicte políticas públicas no únicamente con el fin de atacar la criminalidad, sino políticas públicas que permitan un convivir pacífico entre todos los miembros de la sociedad ya sea en el campo social, económico, político, educativo y recreacional; a las que se sumarán las políticas públicas criminológicas que sean obtenidas de un estudio científico cuya finalidad será la disminución del índice delictivo en el país. Si no hay seguridad ciudadana, la sociedad está en zozobra y no podrá desarrollar sus actividades productivas con normalidad.

Sobre la seguridad ciudadana la doctrina considera, que debe basarse en un plan estratégico: “La organización atiende a un plan estratégico de seguridad ciudadana— previamente elaborado por expertos—que debe durar un lustro como mínimo, pues se trata de resultados de difícil materialización en plazos más cortos. No obstante, cada año debe verificarse el cumplimiento de las metas previstas en el plan operativo anual y trazar las posibles acciones a emprender para su mejora. Solo esto permitirá alcanzar el objetivo primordial, que no es otro que la seguridad integral de los habitantes de un conglomerado social o país, en el entendido de que constituye la conveniencia pacífica entre sus miembros” (Benavides, 2017, p. 44).

En efecto, la seguridad ciudadana debe ser planificada por parte del Estado, con la intervención de expertos en cada una de las áreas que tienen relación con la seguridad ciudadana, con el fin de construir un plan estratégico

amplio y con fundamentos científicos, con el fin de combatir la delincuencia de manera global, partiendo de aspectos que tienen relación con el convivir diario de los miembros de la sociedad: sólo lo que se planifica en base a un conocimiento científico, genera un resultado positivo, dando como resultado la disminución de la criminalidad en un país, para luego conseguir una verdadera seguridad ciudadana, que es el clamor ciudadano en la actualidad.

El uso de la fuerza por parte de los agentes del orden o policiales no debe ser un mero elemento de defensa del Estado ante la demanda social y las protestas, ya que la misión de esta institución se encuentra destinada a la protección de la ciudadanía. Por tanto, se deben proteger rigurosamente los lineamientos creados para cumplir con este mandato, adaptando un instrumento que se incline a crear una vida en sociedad exenta de violencia (Benavides, et al., 2023).

Para conseguir una seguridad ciudadana estable y confiable para la comunidad, se debe considerar los tratados y convenios internacionales de derechos humanos, por lo que sobre esta temática se considera:

Los tratados y convenios internacionales son un importante aporte y guía para que los Estados puedan cumplir sus deberes para con sus ciudadanos. Dentro de este contexto, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha desarrollado un amplio conocimiento en materia de uso de la fuerza, para que los Estados puedan servirse y renovar conforme a los nuevos estándares de protección de derechos humanos (Benavides, et al., 2023, p. 290).

Siguiendo este pensamiento, sobre el tema materia de esta investigación, que es el uso progresivo de la fuerza y la legítima defensa, parte de las reglas jurídicas internas, sin olvidar lo que regulan los tratados y convenios internacionales de derechos humanos; con la finalidad de evitar la vulneración de derechos fundamentales de los infractores que en un primer momento son privados de su libertad por la fuerza pública, para luego ser investigados por parte del fiscal y juzgados por parte del juez, considerando que el Derecho Penal es de última ratio y que en el sistema eminentemente garantista, deben respetarse los derechos humanos de los investigados o procesados.

Los agentes que pertenecen a la Policía Nacional, tienen como obligación la prevención, disuasión, reacción y uso progresivo y proporcionado de la fuerza para garantizar la seguridad ciudadana y el orden público; pues son los encargados, no sólo de reprimir en el momento de la comisión de un delito, sino también la de hacer actos de la prevención del delito, con la finalidad de avalar que en la sociedad exista una paz duradera, siempre respetando los derechos y garantías de las personas y cuando sea necesario haciendo uso

progresivo de la fuerza, donde se debe discurrir el principio de proporcionalidad que es de trascendental importancia para evitar la vulneración de derechos, considerando que se encuentre vigente un sistema penal garantista.

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia número 59-19-IS/21, de fecha 19 de mayo del 2021, realiza un análisis sobre las medidas dispuestas para la protección del derecho a la protesta pacífica y el uso progresivo de la fuerza, donde expresamente se referencia a los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad y progresividad que son aplicables por parte de los agentes de la Policía Nacional tanto en régimen ordinario como de excepción. Eso tiene relación con lo que dispone el artículo 6 numeral 7 del Código Orgánico de la Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público, cuando de manera expresa regula que: “Art. 6.- Características generales. - Las entidades de seguridad reguladas en este Código tienen las siguientes características: 7. Su accionar deberá adecuarse rigurosamente al principio de uso progresivo de la fuerza”. (COESCOP, 2017).

28. En tanto que, la tercera condición establece que la Policía Nacional y las Fuerzas Armadas, a las cuales el decreto ejecutivo 884 dispuso su movilización y el control del orden público, desarrollen las actividades asignadas respetando el “uso de la fuerza de manera necesaria, proporcional y progresiva”. Cabe indicar que los principios del uso progresivo de la fuerza rigen normalmente a estas instituciones bajo el régimen ordinario, mientras que bajo un estado de excepción deben ser observados de manera más estricta. Por ello, esta Corte los estableció como parte de las condiciones necesarias para que la actuación de estas instituciones se ciña a la Constitución y no devenga en vulneraciones a los derechos (Corte Constitucional de Ecuador, sentencia Nro. 59-19-IS/21).

29. Respecto al uso progresivo de la fuerza, esta Corte, en el ejercicio del control constitucional de normas que regulaban la actuación de Fuerzas Armadas, hizo énfasis en que las entidades que conforman la fuerza pública deben observar de manera estricta los parámetros de legalidad, absoluta necesidad, proporcionalidad y humanidad. Estos parámetros fueron señalados de conformidad con la Constitución, instrumentos internacionales y, especialmente en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado ecuatoriano. Los principios que rigen el uso progresivo de la fuerza son de cumplimiento permanente en el marco de las atribuciones de las entidades de la fuerza pública y, de especial atención, durante los

estados de excepción (Corte Constitucional de Ecuador, sentencia Nro. 59-19-IS/21).

La Corte Constitucional hace un análisis del uso progresivo de la fuerza por parte de la Policía Nacional y de manera complementaria por las Fuerzas Armadas, constituyéndose estas dos instituciones públicas las encargadas de garantizar la seguridad ciudadana, las cuales deben cumplir ciertos parámetros en su accionar basados en los principios de legalidad, absoluta necesidad, proporcionalidad y humanidad. Es decir, que el orden público y así como la paz social está a cargo de los agentes del orden público, pero sus actuaciones deben regirse estrictamente a lo que dispone la Constitución de la República, los convenios internacionales de derechos humanos, así como la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional y la jurisprudencia emanada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Zambrano Delles vs. Ecuador. En tal virtud, la fuerza pública está prohibida de extralimitarse en el uso progresivo de la fuerza, para evitar la vulneración de derechos y garantías fundamentales de las personas e incluso se debe evitar que agentes del orden se involucren en el exceso de la legítima defensa, aspecto que es sancionado por la ley penal.

Además, la Corte Constitucional en la sentencia en análisis agrega que: “30. Complementariamente a estas tres condiciones, la Corte incorporó un recordatorio respecto del cumplimiento de las obligaciones propias de las instituciones de la fuerza pública. En el literal b) la parte decisoria del dictamen No. 5-19-EE/19, la Corte decidió “[d]emandar de la Policía Nacional y complementariamente de las Fuerzas Armadas el cumplimiento de sus deberes de prevenir y proteger la integridad y derechos de los periodistas y medios de comunicación, de los organismos e instituciones de asistencia humanitaria, así como de la ciudadanía en general.” (Corte Constitucional de Ecuador, sentencia Nro. 59-19-IS/21).

Por lo anteriormente expuesto, es necesario definir lo que es la seguridad pública que está a cargo exclusivamente del Estado y que consiste en que las personas gocen a plenitud de sus derechos y garantías. Así la doctrina considera: Según Cabrera y Villegas (2018)

La seguridad pública se entiende, [...], como la garantía que debe brindar el Estado para el libre ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos, [...], el Estado es el principal ente que debe garantizar el ejercicio pleno de derechos y obligaciones de la población, sólo se así se puede hacer referencia que existe un orden y las suficientes posibilidades sociales para que se desarrolle adecuadamente (Cabrera y Villegas, 2018, p. 42).

En la misma línea de investigación, los tratadistas antes referidos al hacer referencia a la seguridad pública agregan: Según Cabrera y Villegas (2018) “La seguridad pública, vista desde un punto más amplio, resulta ser la capacidad humana de vivir en sociedad, en donde se respete el proyecto de vida que cada uno pueda tener, [...], el proyecto no sólo se traduce en las metas personales, sino también a nivel común, en donde se busca vivir en sociedad de forma armoniosa” (Cabrera y Villegas, 2018, p. 43). En consecuencia, la seguridad jurídica es una figura jurídica que tiene el carácter de fundamental en una sociedad donde la convivencia debe ser eminentemente pacífica entre sus miembros con el fin de garantizar una vida digna donde se privilegie el bien común por encima del bien particular. Por ello le corresponde a la Policía Nacional combatir la criminalidad, en especial el crimen organizado nacional e internacional, privilegiando la comisión de delitos que afectan a bienes jurídicos protegidos como la vida, la integridad física y todos aquellos delitos de peligro que deben ser neutralizados antes de verificarse los mismos, porque caso contrario se alteraría la paz social.

Es así que los agentes de la Policía Nacional y de las Fuerzas Armadas, tienen la obligación de evitar que las personas tengan o porten armas de fuego de grueso calibre, que puede producir la muerte de una o varias personas e incluso de grandes grupos sociales que se encuentren reunidos para eventos de orden social, deportivo o artístico o de cualquier otra índole que es permitido por la ley. Es por esto: “la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito clasifica a las armas de fuego en función del daño que puede producir de la siguiente manera: “Nivel de daño capaces de producir: [1] Letal: diseñadas con el propósito de finalmente causar la muerte al objetivo. [2] No letales: diseñadas con el propósito de asustar o incapacitar al objetivo, sin causar la muerte o lesiones mayores e irreversibles” (ONU, 2020, p. 7).

En relación a las armas que pueden utilizar los ciudadanos, se las puede clasificar a las mismas así: para Angulo (2022) “En la actualidad existen diversas armas de fuego, las cuales son letales, menos letales y no letales, el ordenamiento jurídico debería de contemplar estos aspectos antes de buscar regular los mencionados artefactos” (Angulo, 2022 p. 17). Por lo expuesto, se considera que ninguna persona tenga la facultad de tener o portar armas de fuego por el peligro eminente que existe en una sociedad determinada, en tal circunstancia todas las normas legales que permitan tener o portar dichas armas deben ser derogadas para evitar una alteración del orden público, por no existir las condiciones apropiadas que eviten el mal uso de las armas de fuego.

La seguridad pública es un bien jurídico que protege a toda la sociedad, por ende, tiene que ser garantizado por parte del Estado a través de la fuerza pública, que siempre debe actuar de manera prudente en el uso progresivo de la fuerza para prevenir, disuadir y controlar la delincuencia organizada nacional e internacional y la común.

“En cuanto al bien jurídico protegido, ha quedado de manifiesto que casi la totalidad de la doctrina considera que es la seguridad, habiendo algunas discrepancias en torno a si es la interior del Estado, colectiva o supraindividual” (Valdés, 2018, p. 54).

La Corte Constitucional de la sentencia No. 33-20-IN/21, de fecha 5 de mayo del 2021, afirma que le corresponde a la Policía Nacional el mantenimiento del orden público y de manera excepcional lo hará las Fuerzas Armadas y que si bien es cierto las Fuerzas del orden público están autorizadas hacer el uso progresivo de la fuerza, no como regla general sino como excepción para defender derechos que se encuentren gravemente amenazados de las personas en general e incluso de los propios miembros que son parte de la fuerza pública. En tal sentido la Corte a dicho: “[...], la CRE establece que el rol principal de las FF.AA., se encuentra ligado a la protección de la soberanía, la integridad territorial y en circunstancias excepcionales, del control del orden interno de forma complementaria, mientras que la protección interna y el mantenimiento del orden público son funciones privativas del Estado y responsabilidad de la Policía Nacional” (Sentencia No. 33-20-IN/21, p. 95). Además, se agrega que:

[...], esta Corte estima necesario precisar que el uso progresivo de la fuerza es la respuesta excepcional, de última ratio, que pueden dar los agentes de la Policía Nacional y complementariamente los de las FF.AA. frente a la inexistencia o falta de disponibilidad de otros medios para tutelar la vida, integridad de su persona o de terceros, para lo cual pueden activar mecanismos graduales de fuerza con el único fin de frenar y contrarrestar estas conductas, teniendo como límites a la legalidad, proporcionalidad, absoluta necesidad y humanidad (Sentencia No. 33-20-IN/21, párr. 120).

En relación con la regulación del uso progresivo de la fuerza, la protección primordial del derecho la vida ha sido entendida como el principio de “protección de la vida, [...], las armas de fuego sólo podrán usarse, excepcionalmente, con el único fin de salvar una vida y bajo el supuesto de absoluta necesidad -por el cual solo se puede usar la fuerza contra personas que representen un peligro directo- pues la decisión de emplearlas exige considerar riesgos como lesiones, muerte de

participantes pacíficos o causar una intensificación adicional de la violencia que cause un mayor número de víctimas (Sentencia No. 33-20-IN/21, párr. 127 y 128).

Siguiendo las postulaciones a la cita referida, el uso progresivo de la fuerza que se basa en los principios de legalidad, precaución, proporcionalidad, necesidad y humanidad por parte de los miembros de la Policía Nacional, aclarado que no sólo tiene el carácter de excepcional, sino que las actuaciones de la fuerza pública deben desarrollarse en estricto respecto de los derechos humanos: el uso progresivo de la fuerza será materializado con racionalidad, pensando siempre en no extralimitarse a lo que está garantizado por las normas jurídicas nacionales y supranacionales, que en este caso es la legítima defensa propia y de terceros.

La Corte Constitucional en la sentencia en referencia acota lo siguiente: “[...], solo en situaciones muy excepcionales dentro de escenarios de crisis, la privación del derecho a la vida se encuentra justificada, siempre y cuando dicha privación sea una medida de última ratio para la protección de la vida de otras personas y de los agentes de la fuerza pública” (Sentencia No. 33-20-IN/21, párr. 129).

“En el caso de la fuerza letal, ésta -por regla general- está prohibida y solo puede usarse cuando “la protección de la vida sea un fin legítimo para usarla” y previo el agotamiento de los medios disuasivos no letales” (Sentencia No. 33-20-IN/21, párr. 130).

En extremo, el uso progresivo de la fuerza denominado letal sólo debe ser utilizado de manera excepcional, esto es cuando se deba proteger la vida de una persona o cuando se encuentra gravemente amenazado dicho bien jurídico protegido de un agente policial o de un miembro de las Fuerzas Armadas, o de cualquier otra agente del orden público, los cuales estén realizando controles, vigilancias, registros, allanamiento de domicilios o de oficinas o locales comerciales. En estos casos, la fuerza pública hará uso del derecho a la legítima defensa personal o de terceros donde se haya afectado la vida o esté en grave peligro la misma; lo importante es que se evite la muerte de una persona mediante una intervención oportuna de los agentes del orden público.

En esta misma consideración, la doctrina considera que el derecho a la legítima defensa es de carácter excepcional, así afirma: “[...], el derecho a la legítima defensa, es excepcional, y se ejerce cuando los auxilios de la fuerza pública no pueden llegar solícitos en ayuda del agredido, a quien el Estado, que tiene el monopolio de la fuerza y la justicia, le reconoce ese derecho como propio y natural” (Frank citado por Apolo, J. y Jiménez, 2015, p. 49).

Además, Martínez considera que la falta de protección estatal no es esencial en legítima defensa, pero si es un aspecto relevante para proteger a las personas que son afectadas en sus bienes jurídicos protegidos; pues las víctimas de delitos graves como por ejemplo asesinato, feminicidio, robo con resultado de muerte, extorsión con resultado de muerte, terrorismo en el que se ocasiona la muerte de personas y todos los delitos de lesa humanidad. En estas conductas, el uso progresivo de la fuerza por parte de la fuerza pública debe ser firme, pero al mismo tiempo congruente y prudente con el fin de garantizar la paz social con respeto a la normativa penal vigente en un país determinado, siendo obligación del Estado la de garantizar la seguridad ciudadana, que es la esencia misma del desarrollo armónico de una sociedad.

Además, Martínez, realiza un análisis jurídico adecuado sobre la intervención del Estado como garante del orden social y así se indica:

Parte de la doctrina no utiliza la falta de protección estatal como fundamento mismo de la legítima defensa, pero si como presupuesto necesario o conveniente para luego encontrar una mejor fundamentación a la mismo, [...], Mientras que un sector se basa en el instinto de conservación para aceptar la defensa, otros se fijan en la protección de los bienes jurídicos, los cuales es necesario conservar, [...], otra corriente doctrinal argumenta que si se negase la defensa al particular, [...], prevalecería la injusta agresión frente al ordenamiento jurídico y éste sería el último fin estatal (Martínez, 2017, pp. 20-21).

En la actualidad, la delincuencia ha aumentado considerablemente ante la escasa intervención del Estado, quien es el encargado de garantizar el orden público y que debe dictar políticas públicas para solucionar el problema de manera integral; entre estas políticas que son emergentes de ser emanadas con el fin de combatir el crimen organizado nacional e internacional, siendo éstas las relacionadas con políticas laborales para generar empleo, políticas públicas para atraer la inversión nacional y extranjera, políticas públicas relacionadas con el sistema educativo a todo nivel y fundamentalmente las políticas públicas criminológicas, las cuales deben ser consideradas como las herramientas para defender la paz social y la convivencia que garantice el respeto de los derechos humanos.

Si bien es cierto, que la seguridad externa del Estado le corresponde a las Fuerzas Armadas cuando es atacado por otro Estado, pero en el caso de que este ataque sea a la población civil por parte de fuerzas militarizadas irregulares existentes en otros países y que, por decisión propia sin ningún control del Estado, donde subsisten al mismo tiempo con las Fuerzas Armadas legítimas; en estos casos se hará uso del derecho a la legítima defensa en

aplicación incluso del derecho internacional. Es esencial identificar lo que constituye una agresión armada por parte de otro Estado, con el fin exclusivo de afectar a la soberanía nacional, no tiene ninguna relación con la criminalidad común. Por consiguiente, se considera que el derecho a la legítima defensa, si bien puede ser en defensa individual o colectiva de bienes jurídicos protegidos, pero en este caso los Estados en conflicto tienen la facultad de intervenir de manera conjunta en defensa del orden interno de cada uno de ellos y sólo esta causa común permitirá un combate adecuado a la delincuencia internacional.

Para el tratadista Paolillo, la intervención del Estado a través del máximo organismo de seguridad ciudadana debe ser activada y para ello considera:

Cuando un Estado es víctima de un ataque armado por parte de otro Estado no puede esperarse que se abstenga de reaccionar aguardando que el Consejo de Seguridad considere la situación y se ponga de acuerdo para poner en funcionamiento el sistema de seguridad colectiva. Los Estados tienen el derecho de contraatacar en defensa propia, un derecho que les ha sido reconocido por el derecho internacional tradicional. Por eso la Carta deja a salvo el derecho "inmanente" de los Estados a la legítima defensa, individual o colectiva, [...], el derecho internacional ha reconocido tradicionalmente el derecho de los Estados a recurrir a la fuerza para defenderse, [...], implica que el uso de la fuerza en ejercicio de la legítima defensa debe responder a una "necesidad instantánea, abrumadora, que no deja la posibilidad de recurrir a otros medios ni tiempo para reflexionar", [...], Además, la fuerza debe ser utilizada en forma razonable y proporcionada (Paolillo, 2003, pp. 41-42).

En relación al examen del uso progresivo de la fuerza, por los agentes del orden público, para batallar en contra de las organizaciones criminales nacionales e internacionales y que esto no sólo afecta a un Estado, sino a todas las sociedades de una región y que en estos casos extremos serán los Estados afectados los que unifiquen los esfuerzos para hacer frente a la delincuencia y de esa forma garantizar una sociedad segura y con libertad para desarrollar sus actividades personales y de la sociedad en general, las cuales deben ser en la máxima garantía de la seguridad ciudadana.

A consecuencia de los actos de violencia suscitados en los últimos años, en Ecuador el uso progresivo de la fuerza resulta un gran reto para el gobierno nacional. Sobre los entes de seguridad recae la responsabilidad de tener un control con responsabilidad de acuerdo con los protocolos establecidos. Para ello, es necesario tomar en cuenta los protocolos internacionales y así establecer mecanismos efectivos de supervisión y control para garantizar que el uso de la fuerza por parte de los agentes

del orden público se ajuste a los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad (Benavides, C; et al (2023). p. 292).

En base a las afirmaciones, el uso progresivo de la fuerza por parte de los agentes policiales debe ser de manera oportuna y con racionalidad, y cumpliendo los protocolos previamente regulados, y de esta forma los agentes del orden público, tengan una actuación efectiva en base a los principios de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, como se ha dicho en el párrafo anterior. Únicamente sólo la planificación previamente establecida y con fundamentos jurídicos-científicos, será posible controlar la delincuencia haciendo uso progresivo de la fuerza y sin violar los derechos humanos de los infractores.

3.5 El uso progresivo de la fuerza y la legítima defensa

Cuando se hace alusión al uso progresivo de la fuerza que de manera exclusiva les corresponde a los agentes del orden público, se debe tomar en cuenta ciertos aspectos para que se cristalice y no se caiga en lo que es el exceso de la legítima defensa o el delito de extralimitación del cumplimiento de sus funciones, conducta esta última que se encuentra tipificada y sancionada en la ley penal vigente en el país. Ante esta situación, el agente policial tiene una responsabilidad por tener el deber de proteger a los miembros de una sociedad determinada, así por ejemplo, si el agresor se encuentra con un arma blanca y el agente del orden público quiere hacer uso de un arma de fuego para poder repeler la agresión que puede ser en su contra o de otra persona, en este caso la distancia debe ser aproximadamente de 6.4 metros de distancia, en dicho caso está facultado a efectivizar el uso progresivo de la fuerza que tiene una relación directa con la legítima defensa, este dato ha sido analizado por el Tribunal Supremo Europeo.

Zambrano al referirse a la legítima defensa afirma que: “Ya en el contexto ecuatoriano, [...], la legítima defensa es la legalidad (juridicidad) de repeler una agresión ilegítima, actual o inminente, para salvaguardar un bien jurídico propio o de un tercero, esto es defenderse de una agresión ilegal sin esperar que el Estado actúe porque, por la inmediatez y la urgencia, la reacción personal es la única alternativa” (Zambrano, 2021, p. 45).

En deducción, el agente del orden público está facultado para hacer el uso progresivo de la fuerza, en defensa de un bien jurídico protegido afectado a un tercero o suyo propio, pero esta actuación tiene que ser en el mismo momento de la agresión ilegítima del agresor, utilizando la racionalidad en cada caso concreto, con la finalidad de evitar la materialización de un delito en contra de una víctima, tiene en cuyo caso la obligación de evitar que se cometa un

delito, pero al mismo tiempo debe evitar la extralimitación en su actuar que puede devenir en la comisión de otro delito o en la afectación de derechos humanos en contra del agresor.

En este orden de ideas, la doctrina considera que:

El legislador también ha previsto la posibilidad de que la víctima que se defiende de la agresión se exceda en la misma, lo que puede pasar en dos sentidos: el primero es la irracionalidad del medio empleado para repeler la agresión, lo cual se presenta cuando (i) “quien se defiende tiene de forma inmediata y racional otros medios, menos dañosos, para repeler la agresión y, sin embargo utiliza el que más detrimento puede causar sin que esto sea necesario” [...], o (ii) al “continuar con la utilización del medio utilizado para repeler la agresión, una vez que éste tuvo éxito, esto es, cuando la agresión ha cesado, [...], lo cual se relaciona con la figura del ensañamiento” (Rodríguez Moreno citado por Hurtado, J. y Zambrano, H, 2021, p. 46).

Por las concreciones hechas, cuando un agente policial debe hacer uso progresivo de la fuerza no puede tener una actuación irracional, pues debe utilizar mecanismos menos lesivos para poder repeler una agresión ilegítima; por ejemplo, si una persona amenaza a otra con un arma blanca con la finalidad de sustraerse bienes muebles de propiedad de la víctima, el agente del orden que se encuentra presente en el lugar debe hacer una acción preventiva como pedirle que el agresor se lance al piso y de no obedecer esta orden de la autoridad policial, podrá utilizar su arma de fuego en contra del agresor evitando que se le ocasione la muerte del mismo, y si luego de estar herido el referido agresor continúa con su actuar delictivo, el agente del orden público disparará su arma de fuego siempre y cuando exista un alto riesgo de que la víctima sea afectada en su integridad física o vida por parte del delincuente. Esto hace pensar que el uso progresivo de la fuerza nace de un actuar inmediato, que debe tener el agente policial y que, en cada caso concreto, su actuación es diferente, considerando las circunstancias en las que una persona ataca a otra afectando un bien jurídico protegido.

Vera al relatar a los medios de defensa más eficaces, que deben ser utilizados para repeler un ataque considera que:

Sobre la pregunta acerca de qué medios de defensa son eficaces para garantizar el cese inmediato de los ataques y eliminar el riesgo final, hay que tomar en consideración la fuerza del ataque, el peligro del agresor y los medios de defensa que están disponibles. Aun cuando el agredido debe aplicar el medio mínimo, puede llegar incluso hasta la muerte si este es el último medio para la defensa. Dependerá, en definitiva, de la

fortaleza del autor y víctima, de las perspectivas de resultados y de los medios defensivos disponibles, no importando, incluso, la proporcionalidad de los medios afectados (Vera, 2017, pp. 271-272).

En la realidad, hay delincuentes que son totalmente agresivos y peligrosos y que cuando están frente a la víctima, lo único que hacen es cometer el delito sin ninguna reflexión positiva, más por el contrario lo que busca es ejecutar la infracción de manera inmediata, para luego de ejecutarla darse a la fuga, evitando que los agentes del orden público puedan aprehenderle en delito flagrante. En esto, el agente de orden público hará uso progresivo de la fuerza de manera oportuna, porque caso contrario será tardía su intervención porque se habría afectado a la víctima en su integridad física o incluso en contra de su vida. Siendo así que el miembro policial debe tener un conocimiento jurídico sobre lo que constituye la legítima defensa, por lo que su intervención a más de estar facultada por la ley, debe tener una reacción positiva que garantice la seguridad ciudadana.

Martínez en relación a la legítima defensa expresa:

Por un lado, por la imposibilidad que tiene el agresor de quedar impune con la retribución del defensor, entendiéndose que se le impone un doble castigo con la pena. Esta posición podría llevar a que la población tomase la venganza por su mano ejerciendo potestades punitivas a su libre albedrío, además de ponerse en duda la defensa frente a individuos inculpables o aquellos no afectados por ningún tipo de responsabilidad, ya que al carecer ésta, no tendría eficacia el efecto retributivo” (Martínez, 2017, p. 18).

El autor antes mentado, agrega que existen bienes jurídicos de carácter personal; en cuyo caso los agentes del orden público tienen la obligación de actuar con prontitud y de manera efectiva cuando se trata de la integridad física o de la vida; pero si esos bienes jurídicos protegidos tienen relación con el derecho a la propiedad, el patrimonio u otros que no tienen una afectación grave en la persona de la víctima, el actuar del agente policial deberá ser a través del uso progresivo de la fuerza, garantía del derecho a la seguridad ciudadana, sin que le esté permitido en ningún caso o de ninguna manera la extralimitación de la agresión, que afecte fundamentalmente a los derechos humanos.

En este contexto Martínez, asevera:

[...], dentro de la defensa pueden englobarse conductas activas y omisivas, tanto impropias como propias, a diferencia de lo que ocurría con el requisito de agresión ilegítima. La defensa puede consistir en no socorrer al agresor cuando éste, durante su conducta agresiva, se

coloque en una situación de desesperanza y de peligro manifiesto y grave (Martínez, 2017, p. 55).

Aparte precisamente, en la legítima defensa pueden presentarse conductas delictivas ya sea por acción sean reales y personales, u omisión sean propias e impropias; pues es necesario en este caso, hacer un estudio sobre las categorías de la omisión, las cuales pueden ser desde el punto de vista de la dogmática propias e impropias, a las mismas que se conoce como puras y comisión por omisión, respectivamente. En lo referente, a esta temática la dogmática y la doctrina, han desarrollado ampliamente su conceptualización de cada una de estas categorías, las cuales son de mucha relevancia para el Derecho Penal.

La defensa putativa, que se relaciona con una inadecuada conceptualización de lo que constituye la legítima defensa y que ciertamente es cuando una persona tiene una actuación de defensa, aparentando que está siendo afectada en un bien jurídico protegido y que en tal circunstancia está en la facultad de hacer uso del derecho a la legítima defensa; en dicho caso, al no ser esa la realidad su actuación será castigada por la ley penal.

Dentro de este conocimiento, este tema es conceptualizado así:

Es necesario indicar un concepto genérico de defensa putativa, [...], relacionada directamente como la posible configuración en los casos que se malinterprete la configuración de la legítima defensa, [...], generando que se encuentre en presencia de la defensa putativa, que se puede definir de manera genérica, como aquella acción realizada por el autor en la falsa creencia de encontrarse ante una situación de legítima defensa (Balcázar, J. Cedeño, Y. & Henao, J, 2022, p.23).

Otros estudiosos del Derecho Penal al hacer hincapié a la defensa putativa consideran que:

Cuando hablamos de ataque o agresión basta que haya voluntad, de agredir, y se debe exigir aquí un animus, de defensa. Cuando no haya voluntad de agresión, nos encontramos con la defensa putativa; y cuando no hay ánimo de defensa nos hallamos ante el pretexto de la legítima defensa, [...], la necesidad debe ser requisito de la defensa, pero no una condición de la que podamos prescindir y sin la cual habría defensa excesiva, sino auténtica *CONDITIO SINE QUA NO*" (Apolo, J. y Jiménez, P, 2015, pp.23-25).

Hablando sobre el uso progresivo de la fuerza y la legítima defensa, es preciso considerar algo que es de mucha preponderancia en la sociedad y que tiene relación con los delitos intrafamiliares, en particular cuando la víctima es la

mujer y que tiene relación con la violencia física, psicológica, sexual, política y patrimonial; en tal apreciación López considera:

La legítima defensa en los delitos de parricidio en el contexto de violencia conyugal física, se debe interpretar desde una perspectiva de género bajo un tratamiento jurídico especial o diferenciado de los delitos comunes, teniendo en cuenta la condición emocional y psicológica, por lo que se debe de interpretar el ordenamiento jurídico desde la perspectiva de género (López, 2021 p. 34).

En este contexto, la legítima defensa debe ser utilizada en defensa propia o de terceros, ya que se encuentre la víctima frente a un delito común o a la delincuencia organizada nacional e internacional, pero hay que darle una categoría especial a los delitos intrafamiliares, considerando que no únicamente se debe proteger a la mujer sino también a los miembros del núcleo familiar, especialmente evitando que se cometan delitos que afecten a la vida, a la integridad física, integridad psicológica, sexual y otras clases de violencia que todavía no se encuentran incluidas como delitos en la ley penal, como la violación patrimonial, política, entre otras.

Cuando se hace un estudio sobre la antijuricidad, se llega a establecer que el infractor viola la ley penal, afectando al bien jurídico específico en contra de la víctima; pero se debe pensar que existen causas de justificación, entre las cuales se encuadra el derecho a la legítima defensa, específicamente en delitos dolosos, cuando se está frente a una agresión real inminente, que se utilice la racionalidad en la defensa y que en ningún caso a provocado por parte del sujeto que se defiende. En cuanto a la legitimidad defensa en delitos culposos, se considera que no es posible el uso de esta figura jurídica, porque se está frente únicamente al incumplimiento del deber objetivo de cuidado, el cual tiene relación con la impericia, imprudencia, negligencia, el incumpliendo de la *lex artis*; únicamente debe considerarse el resultado de una acción exclusiva, así como las condiciones objetivas, la previsibilidad y la evitabilidad de un hecho delictivo. El autor de este artículo concluye, que no es procedente el uso al derecho a la legítima defensa en delitos culposos, sino únicamente en los delitos dolosos.

Al respecto, la dogmática considera:

[...], la LEGITIMA DEFENSA, como la causa de justificación que reviste a los ciudadanos, del derecho a repeler agresiones ilegítimas, susceptibles de lesionar los bienes jurídicos personalísimos, siempre y cuando estas agresiones sean reales, inminentes y no provocadas por quienes ejercen la acción defensiva, [...], Quienes son partidarios de negar la legítima defensa ante agresiones imprudentes, parten de la

concepción de un injusto con tono subjetivo, se ha firmado que el injusto confirma como dos de sus requisitos: la conciencia de realizarlo y la voluntad lesiva (Apolo, J. y Jiménez, P, 2015, pp. 10-11).

En este aspecto, se coincide con Apolo y Jiménez respecto al derecho a la legítima defensa en delitos dolosos y no en delitos culposos, ya que estos últimos se materializan únicamente cuando el sujeto activo de la infracción incumple el deber objetivo de cuidado, aspecto que se encuentra regulado en el artículo 146 en sus cuatro numerales finales del COIP.

3.6 El uso progresivo de la fuerza y el exceso de la legítima defensa

El uso progresivo de la fuerza, que debe ser utilizado por el agente policial a más de tener racionalidad debe cumplir con todos los parámetros que establece el Derecho Penal incluso de instructivos y reglamentos que tienen relación con esta figura jurídica a fin de no caer en lo que se conoce como exceso de la legítima defensa, en cuyo caso el actuar del que defiende de un derecho propio ajeno, será sancionado penalmente pero con una pena atenuada según sea el tipo penal cometido, que puede ser una pena privativa de la libertad en un tercio de la mínima prevista en la ley penal.

Olmedo, al conceptualizar lo que constituye el exceso intensivo a la legítima defensa considera:

Se ocasiona cuando el individuo que se defiende excede de su razonabilidad mediante su acción que podrá terminar cuando se impide la agresión ocasionada, por ende, es absurdo continuar insistiendo a través de la defensa, existe irracionalidad en cuanto a los medios cercanos que permitan repeler la agresión de su atacante (Olmedo, 2022, p. 27).

El mismo tratadista anteriormente referido, al hacer relación al exceso extensivo o cronológico asevera: “Este tipo de exceso se considera únicamente como el acto de la agresión que permitía ejecutar la defensa en el momento y no luego.” (Olmedo, 2022, p. 28). En definitiva, el acto de defensa que debe realizar el agente del orden público es en el mismo momento de sufrir la agresión personal o de un tercero, porque caso contrario ya no estaríamos frente al derecho a la legítima defensa, porque se incumple el requisito sine qua non de esta figura jurídica: agresión actual e ilegítima. Consecuentemente, desde el punto de vista de la doctrina, es necesario que se considere estos dos tipos de excesos: el intensivo que tiene relación con el exceso de racionalidad en la acción de defensa, mientras que el exceso extensivo se configura cuando el acto de defensa que realiza la persona que se defiende es tardía, que no es en el mismo momento el actuar del agresor.

Sobre este tema Martínez, al abordar a estas clases de excesos considera:

En primer lugar, el error sobre los presupuestos objetivos de la legítima defensa, que deberá tratarse como un error de tipo conforme a la teoría del tipo global de injusto, puesto que las causas de justificación se incluyen dentro de los elementos negativos del tipo. En segundo lugar, el error sobre los requisitos inesenciales de la legítima defensa, en el que será la aplicación simultánea de las reglas de la eximente incompleta junto con las del error de tipo, pues así se tiene en cuenta de forma global el grado de injusto cometido, [...], y que el exceso intensivo cometido por el sujeto no ha sido dolosamente, sino debido al error. Por último, el error sobre el alcance o los límites de la legítima defensa, que supone nuevamente que le sujeto habrá cometido un exceso intensivo, en este caso debido a una errónea interpretación sobre los límites jurídicos de los requisitos inesenciales de la legítima defensa. Por tratarse de un exceso intensivo motivado por el error, la solución más acertada es la que aplica las reglas de la eximente incompleta junto con el error de prohibición (Martínez, 2017, p. 96).

Por lo analizado, es preciso hacer referencia a la tipicidad y a la culpabilidad, pero respecto de lo que jurídicamente son el error de tipo y el error de prohibición.

El error de tipo, es parte de la tipicidad como el elemento del delito, consiste en que no existe infracción penal o de orden penal cuando el sujeto activo desconoce uno o algunos de sus elementos objetivos del tipo penal, existiendo error de tipo vencible e invencible. El error de tipo vencible, es cuando el sujeto activo de la infracción si estaba en capacidad de prever sobre los elementos objetivos del tipo, por lo que será sancionado por la ley penal; y el error de tipo invencible, es cuando el sujeto activo está imposibilitado de conocer los elementos objetivos del tipo penal, por lo que su conducta es atípica, no puede ser sancionada por la ley.

En cambio el error de prohibición, es parte de la culpabilidad que se configura cuando el sujeto activo de la infracción por error, desconocimiento o ignorancia invencible no puede prever que su actuar constituya una infracción de carácter penal y en consecuencia no tiene ninguna responsabilidad, así se haya violado la ley e incluso lesionado un bien jurídico protegido; pero si el error de prohibición es vencible, esto es cuando el sujeto activo del delito si estaba en capacidad prever que su conducta está enmarcada en el Derecho Penal, será sentenciado pero la pena privativa de la libertad y así como las penas económicas o no privativas de la libertad, serán atenuadas en la forma que se encuentra regulado en la ley.

[...], el principio de racionalidad en referencia al exceso de legítima defensa desde una perspectiva jurídica que ubica al ser humano en primera instancia antes que la normativa legal, lo que implica que el individuo ante un ataque injustificado por su semejante reaccionará inmediatamente, pero guiado de su instinto racional de defensa para evitar la vulneración de su bien jurídico (Olmedo, 2022, p. 64).

Por lo que, el exceso de legítima defensa, cuando no se utiliza un medio racional para poder repeler la agresión, efectivamente se está frente a esta figura jurídica donde el que se defiende actúa de manera irracional; por ejemplo, si una persona le lanza un golpe de puño a otra ocasionarle una lesión en su rostro, el agredido en defensa toma un arma blanca lesionándole en la humanidad del agresor afectando órganos vitales y como resultado de eso fallece. En este caso, estamos frente al exceso de legítima defensa y, en consecuencia, el que se defendió de manera irracional debe ser sancionado en la forma que dispone la ley penal.

El exceso de legítima defensa se desorienta en su accionar, pierde la cordura y la racionalidad y actúa ya sea con furia o con miedo, aspecto que no es permitido por la ley penal y que por lo tanto su actuación será calificada como típica, antijurídica y culpable.

[...], se debe recalcar que la no exigibilidad desvanece la culpabilidad siendo este elemento sine qua non para la configuración como delito por el exceso de legítima defensa, ya que no es viable precisar cuando la persona está frente a una amenaza que afecte sus intereses, pierda la compostura y sea presa del miedo (Olmedo, 2022, p. 65).

Cuando se incumplen los tres requisitos de la legítima defensa o uno de ellos únicamente, se configura lo que constituye el exceso de la legítima defensa. Martínez sobre este tema, afirma:

[...], la legítima defensa como derecho individual necesita ser limitada en algunas ocasiones, ya que se están otorgando derechos a un individuo que incluso se niegan al Estado, [...], por ejemplo, cuando los bienes del agresor se lesionan en mucha mayor proporción a los bienes que se pretenden defender o en caso de que en la figura de agresor concorra un sujeto no culpable (Martínez, 2017, p. 28).

La legítima defensa tiene que ser regulada por la ley, la Constitución, la dogmática, la doctrina y la jurisprudencia con las respectivas limitaciones que esta figura jurídica requiere, porque si bien es cierto, que el agredido tiene derecho a defenderse de un delito en el mismo momento de la comisión de la infracción, sin embargo no puede extralimitarse en especial cuando ya ha cesado el peligro y por ende la actuación del que se defiende no puede ir más

allá de lo que se requiere para defender un bien jurídico protegido, que está siendo afectado por parte del agresor.

La normativa jurídica establece los parámetros para que se configure la legítima defensa, los cuales tienen que ser precisos, en lo que tiene que ver con el momento en que se defiende la víctima y reacciona ante una agresión ilícita; momento en el cual, el que se defiende se encuentra alterado su sistema nervioso, poniéndose ansioso y por ende con seguridad se altera su estado de ánimo influyendo directamente en su racionalidad. Ante este estado anímico, la persona que se defiende no puede darse cuenta cual es el límite racional con el que debe actuar para poder repeler la agresión; por ejemplificar, si una persona es atacada por otra con un arma blanca ocasionándole lesiones en sus extremidades superiores, no puede medir hasta qué punto puede ser atacado por esa persona, que puede quedar sólo en lesiones o tiene la intención positiva de ocasionarle la muerte, cometiendo un delito de asesinato en su contra; en el caso propuesto el que actúa en legítima defensa, si se encuentra con otra arma blanca en ese mismo momento del ataque, puede defenderse dándole una puñalada a la altura del corazón y como consecuencia de ello el agresor muere.

En este caso, se está frente a un exceso de legítima defensa y para ello se debe considerar por parte del fiscal que investiga y el juzgador que administra justicia ante esta conducta, está en la obligación de analizar el caso en su conjunto para poder determinar si se trata del derecho a la legítima defensa o el exceso de legítima defensa. En el primer caso, el juzgador ratificará el estado de inocencia y de probarse el exceso de legítima defensa habrá una sentencia condenatoria en contra del que se defendido, pero con una pena atenuada. En este tipo de actuaciones, siempre existe incertidumbre e inseguridad en cuenta a la respuesta que da un sujeto que está frente a un ataque ilícito generado por otra persona.

Sobre esta temática, Martínez agrega:

La legítima defensa frente a agresiones de violencia doméstica y de género. Se descarta la aplicación de la teoría de las restricciones ético-sociales a la amplitud de la legítima defensa en la violencia ocasional; desde el momento en que el DP considera delito de cierta entidad el maltrato ocasional, no procede plantear límites a esta causa de justificación recurriendo al principio de proporcionalidad entre los bienes jurídicos” (Martínez, 2017, p. 96).

Cuando se está frente a un delito en el que el sujeto pasivo de la infracción es una mujer o algún miembro del entorno familiar, se debe considerar aspectos con mayor protección a la víctima, porque el sujeto activo de la infracción es

generalmente un hombre, de lo cual se puede considerar que esté último al tener poder sobre la víctima y tener mayor fuerza, por lo que frente a un ataque la mujer que se defiende se le facultará la utilización de un instrumento o arma, tomando en cuenta siempre que ese medio sea racional para poder repeler la agresión. En un caso supuesto, si un hombre le da un golpe de puño en el rostro a la mujer, un medio racional para poder repeler esta agresión, sería un cuerpo contundente duro como un trozo de madera, pero si toma una arma blanca y repele el ataque del hombre, se estaría frente a un exceso de legítima defensa; siempre se debe realizar una investigación global del hecho en sí para que luego sean las autoridades competentes las que diluciden, si el actuar de la que se defendió esta dentro de la legítima defensa o si se excedió en el mecanismo de defensa y por ende tiene responsabilidad penal.

Al respecto, la doctrina y la dogmática consideran que existe la posibilidad del exceso a la legítima defensa cuando se incumple en deber objetivo de cuidado y así se piensa: “Para Manzini cuando el exceso es debido a la culpa, el mismo constituye una violencia punible, y por ende injusta, de la cual no es causa eficiente el primer agresor que, por lo tanto, tiene facultad de obrar en legítima defensa” (Castellanos citado por Montaña, 2019, p. 81). En los delitos culposos, es un tanto subjetivo de llegar a determinar que se puede aplicar la legítima defensa cuando se está frente a un acto que es típico, antijurídico y culpable, porque resulta que sería la reacción por parte del que se defiende tardía, no actual y no cumple con los requisitos exigibles para que se configure la legítima. Es respetable que varios autores penalistas, consideren la existencia de esta defensa en los delitos culposos; personalmente no he encontrado un fundamento jurídico violado para defender esta tesis.

Sobre lo que constituye el exceso a la legítima defensa se afirma:

Jiménez Huerta expresa, que no puede haber legítima defensa contra quien realiza una legítima defensa excesiva, pues, aunque es exacto que la defensa excesiva es siempre antijurídica, exíjase para su configuración la presencia de una agresión ilegítima creadora de un peligro actual, y, por consiguiente, quien empieza siendo injusto agresor dando causa inmediata y suficiente a la defensa excesiva (Jiménez Huerta citado por Montaña, 2019, p. 82).

El Estado tiene la obligación de garantizar a toda la población la paz social, a fin de que viva la población de manera armónica y para ello debe capacitar adecuadamente a los agentes del orden público, llámense policías o militares, y estos actúen utilizando el uso progresivo de la fuerza y no se extralimiten violando derechos humanos, ya que tanto la Policía Nacional como las Fuerzas

Armadas se basan en la jerarquización la disciplina el profesionalismo, la especialidad, siendo su objetivo el de proteger la seguridad ciudadana, con el propósito que las personas que forman parte de una sociedad determinada, tengan garantía respecto a sus derechos fundamentales, logrando una convivencia pacífica.

Según la ley penal vigente en el país, no constituye delito cuando una conducta encontrándose tipificada en la ley, pero que al existir una causa de justificación no constituye infracción penal, verbigracia la legítima defensa y el uso progresivo de la fuerza, cuando son aplicados en un caso concreto e investigadas por el fiscal; la persona que tuvo ese tipo de actuación no puede ser sancionada por el juez, pero esto deberá ser justificado con la correspondiente prueba, la cual puede ser pericial, testimonial o documental y valorada por parte del juzgador, para llegar a una conclusión jurídicamente válida.

Si la misión de la Policía Nacional y de manera excepcional de las Fuerzas Armadas es la protección de las personas que están siendo víctimas de la comisión de un delito, en particular cuando se afecta a los viene jurídicos protegidos que tiene mucha relevancia para la sociedad, por ejemplo la integridad física, la vida, la integridad sexual y otro delitos que generan una lesividad irreparable a la víctima; dichos agentes del orden público deben actuar de manera oportuna haciendo uso progresivo de la fuerza en defensa de terceros o propia de dichos agentes policiales. El uso progresivo de la fuerza debe ser ejercido cumpliendo los estándares legales, constitucionales y supranacionales por parte de los agentes del orden público y será utilizado este mecanismo de manera excepcional, esto es cuando el caso lo requiere por existir una actual e inminente conducta que afecte a un bien jurídico protegido, que efectivamente genere una grave lesividad a la víctima.

Por lo mentado el Estado, debe generar políticas públicas criminológicas que no sólo repriman o controlen la delincuencia organizada nacional o internacional, así como la delincuencia común, sino que esas políticas públicas sean en todos los órdenes a fin de prevenir la organización criminal. Es por esto, que deben fortalecerse a todas las instituciones públicas encargadas de la seguridad ciudadana y el orden público para que su actuación no se base únicamente de mera formalidad por parte de la Policía Nacional, sino por el contrario todo el aparato estatal tenga una actuación coordinada, sistemática, ordenada, para conseguir el propósito que es la seguridad ciudadana.

En ampliación a lo investigado, la doctrina considera:

En el caso de que la agresión se haya producido en una “riña” que sea mutuamente aceptada, tanto la jurisprudencia como la doctrina han ido

mencionándose al respecto argumentando que en este caso no cabe observar la existencia de legítima defensa. Esto amparándose en dos argumentos, por un lado, que al ser la agresión recíproca no puede ser ilegítima y por otro que no cabe su ilegitimidad porque es provocada y por tanto también esperada. No obstante, por muy recíprocas que las agresiones sean, no dejan de ser antijurídicas. Esto ha llevado a muchos expertos en la materia a pensar que tal vez si exista una agresión ilegítima, pero la situación carezca de una necesidad de defensa, [...], en el transcurso de la riña tiene lugar una variación muy relevante de las circunstancias iniciales, provocando que alguno de los contendientes se encuentre con factores nuevos que es capaz de controlar y a los que no había consentido puede admitirse defensa (Mestre, 2018, pp. 63- 64).

Mestre al tratar sobre la legítima defensa cuando se está frente a un delito, en cual participan varias personas (riña), donde el actuar de cada uno de los grupos es agresivo y recíproca en cuyo caso no puede ser considerado como ilegítima, porque los dos grupos que se enfrentan se provocaron simultáneamente por lo que no puede considerarse que uno de estos grupos actúe en legítima defensa. En la mayoría de estos casos, no existe la necesidad de defensa frente a una agresión ilegítima, por cuanto los que actúan en riña no se puede llegar a determinar la forma en como están actuando al margen de la ley cada uno de sus intervinientes. Siendo factible que se materialice a la legítima defensa de manera excepcional, cuando hay una actuación ilícita en riña, siempre y cuando se identifique a una persona que está siendo objeto de la comisión de un delito de manera particularizada y si la persona que se defiende actúa no en el momento preciso de la agresión o sin racionalidad o de manera provocativa no se está frente a un caso de legítima defensa, pero si la actuación es únicamente tiene el carácter de irracional, se podría estar frente a un exceso de legítima defensa.

En el estudio del uso progresivo de la fuerza, es necesario considerar toda la normativa jurídica en su conjunto, como los convenios internacionales de derechos humanos, las normas constitucionales, las normas legales y reglamentarias, con el objetivo de tener una concepción clara que lo que constituye esta excluyente de la antijuricidad. Desde esta perspectiva la Policía Nacional utilizará las correspondientes técnicas y tácticas de control, neutralización de las amenazas inminentes de agresión que afectan a un bien jurídico protegido; significa que sólo de manera excepcional utilizarán armas de fuego en los casos que sean necesarios, cuando se encuentren frente a actos violentos o agresivos que tienen como propósito lesionar bienes jurídicos

protegidos de relevancia en contra de los ciudadanos o de los propios miembros policiales.

Le corresponde a la Policía Nacional, intervenir frente a la comisión de un delito que esté afectando a una persona, porque caso contrario el miembro policial que no actúa teniendo el deber jurídico de serlo, comete el delito por omisión. Al ser esta institución jerarquizada, le corresponde a la máxima autoridad impartir las órdenes a todos los miembros policiales para que cumplan con sus obligaciones, sin que tenga responsabilidad de las actuaciones extralimitadas y que al ser delitos cae bajo la responsabilidad directa del que actúa. El uso progresivo de la fuerza tiene que ejercérselo tomando en cuenta los requisitos de la legítima defensa, para que sus actuaciones sean legítimas en defensa de la seguridad ciudadana.

Con esta lectura, los miembros del orden público para hacer uso legítimo de la fuerza y cumplir su misión de garantizar la paz social, deben planificar cada una de sus operaciones y sólo podrán actuar haciendo uso legítimo y progresivo de la fuerza, considerando el peligro inminente como la gravedad del caso la posibilidad de neutralizar al infractor para evitar que se atente contra la vida o la integridad física de una persona o del propio agente del orden; por lo cual se debe utilizar mecanismo preventivos, disuasivos, a fin de que sus actuaciones se encuentren dentro de la racionalidad. Si no se interviene de manera racional en el uso progresivo de la fuerza, se estaría frente a la comisión de un delito, que bien puede ser el de extralimitación en el cumplimiento de su deber.

Cuando los miembros de la Policía Nacional, tengan que actuar frente a un conglomerado social o a una protesta social pacífica, no están facultados hacer uso de sus armas de dotación en un primer momento, sino que tienen que realizar acciones disuasivas o de dispersión de los manifestantes sin que se afecte a sus derechos fundamentales, considerando que para la protesta social pacífica, es un derecho de carácter constitucional y supranacional y es inaceptable que la protesta social sea criminalizada y por ende sancionada por la ley penal, lo cual es inconcebible en un mundo donde predomina el respeto de los derechos humanos y de la libertad individual y colectiva.

La Policía Nacional debe regirse a lo que señala la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 163 en el inciso segundo: “Los miembros de la Policía Nacional tendrán una formación basada en derechos humanos, investigación especializada, prevención, control y prevención del delito y utilización de medios de disuasión y conciliación como alternativas al uso de la fuerza”.

La capacitación policial debe ser permanente, sobre todo en la actualización de las normas que regulan los derechos humanos, y en la formación del carácter para actuar frente a la defensa de la ciudadanía cuando está en peligro de ser agredida; de allí la importancia de emplear medios persuasivos, con el uso de la palabra procurando que las partes involucradas arriben a una conciliación, antes de hacer uso progresivo de la fuerza. Por su parte el Estado, no sólo debe preparar a las fuerzas del orden para repeler las agresiones de toda índole, sino implantar un plan estratégico como respuesta ante la delincuencia común, el crimen organizado transnacional y la violencia en general, y no el incremento de fuerza policial, que más puede llevar a la confrontación con la ciudadanía.

El plan estratégico debe ser desarrollado por el Gobierno Nacional, en coordinación con los ministerios que tengan relación con la seguridad ciudadana, incluyendo con los gobiernos autónomos descentralizados, no pudiendo faltar los miembros policiales y en forma adicional las fuerzas armadas.

El plan estratégico es un proceso permanente planificado en forma sistemática para enfrentar una crisis social eminente que pone en riesgo a una sociedad organizada, como lo es el Estado constitucional de derechos y justicia, que está ante un fenómeno de inseguridad como respuesta al desempleo, a la falta de educación, a las políticas públicas no delineadas para el buen vivir ciudadano en todos los ámbitos. Una acepción del plan estratégico es: "... un esfuerzo disciplinado para producir decisiones y acciones fundamentales que dan forma y guían aquello que una organización es, qué hace, y porqué lo hace" (Plaza, G, 2015, p. 5). Al hablar de disciplina implica que se lo realiza con el apoyo de varios organismos para cumplir con un objetivo propuesto de antemano y que está diseñado para el futuro, y en el caso tratado sirve para evitar el enfrentamiento entre los que figura el orden público y la ciudadanía. Prevenir la violencia y el crimen, demanda una serie de planes y programas que deben enfrentar las instituciones y la ciudadanía, he ahí la necesidad de implantar el plan estratégico contra la delincuencia, la corrupción y todos los males de una sociedad.

No será suficiente únicamente organizar un plan estratégico sino se pone en la mira los planes operativos, que monitoreen la planificación propuesta y vigilen que los objetivos se cumplan de acuerdo a lo establecido en dicho plan. El plan operativo estará basado en un objetivo general, un objetivo específico, en las acciones a seguir, los protocolos a cumplirse, la corrección de errores, en el cumplimiento de las responsabilidades y la evaluación general, donde se verificará si se ha cumplido el plan estratégico.

3.7 A manera de conclusiones

El Derecho Penal es una ciencia jurídica que tiene como objetivo estudiar el delito, la pena y al delincuente; siendo sus finalidades fundamentales las de garantizar la seguridad ciudadana que comprende una serie de políticas públicas que el Estado debe ponerlas en vigencia con el fin de garantizar la paz social y cuando esta última se encuentra altera en la sociedad es necesario que el Estado busque mecanismos jurídicos eficaces a fin de que sirvan como herramientas para la intervención eficiente de los miembros de la Policía Nacional como la Fiscalía General del Estado y los jueces y tribunales competentes para conocer y resolver cada uno de los casos puestos a su conocimiento y decisión.

El uso progresivo de la fuerza debe ser regulado por las normas jurídicas de manera precisa, estableciéndose incluso ciertos protocolos que deben seguir los agentes del orden público para repeler a las personas que cometen delitos del ejercicio público de la acción y que como consecuencia de ello da como resultado un control adecuado de la delincuencia común y de la delincuencia organizada nacional como internacional. Todo este actuar debe estar enmarcado en el respeto de los derechos humanos, que es la característica fundamental del sistema acusatorio oral adversarial vigente en el Ecuador. Para combatir la delincuencia común y la delincuencia organizada, es necesario diseñar un plan estratégico donde consten políticas públicas laborales, educativas, sociales, y de manera general construir un ambiente familiar y social, donde debe primar el amor y el respeto que permitan construir la nueva sociedad donde prime la paz y la solidaridad.

La legítima defensa constituye una excluyente de la antijuricidad, siendo el pilar fundamental que sirve para garantizar la seguridad ciudadana y que debe ser materializada ya sea cualquier persona que se sienta de manera inminente amenazada de la comisión de un delito grave, por ejemplo, la vida, la integridad física, la integridad sexual, entre otros. Pero también es aplicable en la legítima defensa por parte de los miembros del orden público, en defensa de los ciudadanos que están siendo víctima de la comisión de un delito del ejercicio público de la acción, donde se debe considerar los tres requisitos que tienen relación con la legítima defensa siendo estos los siguientes: que la agresión sea actual, que se utilice un medio racional para repeler la agresión y que no exista provocación por parte del que se defiende.

El uso progresivo de la fuerza, que debe ser utilizado por los agentes policiales cuando están frente a la comisión de un delito del ejercicio público de la acción y que al ser los garantes de proteger a las personas deben hacerlo de manera prudente y racional, porque de extralimitarse en su actuar caería en

la comisión del delito de extralimitación de funciones en el cumplimiento de su deber. Una idea máxima del Derecho Penal es que “nadie puede ser sancionado por el fiel cumplimiento de sus obligaciones”. En consecuencia, son los agentes policiales los que tienen la facultad de hacer uso progresivo de la fuerza en defensa de la seguridad ciudadana, figura jurídica que tiene relación directa con la legítima defensa.

Cuando un agente policial interviene haciendo uso progresivo de la fuerza frente a la comisión de un delito flagrante, debe hacerlo en base a la normativa jurídica vigente, es decir, lo que está regulado en el Código Orgánico Integral Penal y las normas constitucionales y supranacionales que tienen relación con estos aspectos jurídicos que son de mucha trascendencia para garantizar el orden público. Pero si ha pretexto de actuar en legítima defensa, los agentes del orden público no interviene de manera irracional, caen en lo que se conoce en el Derecho Penal como exceso de la legítima defensa, en cuyo caso deberá ser sancionado penalmente; considerando todas y cada una de las circunstancias en la que tuvo la obligación de intervenir en el momento de cometerse una infracción penal en contra de una persona y es por esto que la ley prevé una pena atenuada.

El Estado, no sólo debe preparar a las fuerzas del orden para repeler las agresiones de toda índole, sino implantar un plan estratégico como respuesta ante la delincuencia común, el crimen organizado transnacional y la violencia en general, y no el incremento de fuerza policial, qué más puede llevar a la confrontación con la ciudadanía. El plan estratégico tiene que ser monitoreado y verificado, en cuanto a su cumplimiento, conforme a los planes de acción que deben ser naturalizados por ser responsables de la seguridad ciudadana.

CAPÍTULO IV
EL SICARIATO

4.1 El sicariato

En Ecuador el sicariato ha estado presente en la legislación ecuatoriana desde el siglo XIX, analizando los fenómenos sociales, que convergen actualmente para el recrudecimiento de este delito es necesario desglosar el tipo penal, conforme a la normativa penal, analiza las nuevas realidades entre los actores inmersos dentro de los niveles de planificación, participación, ejecución y consumación del delito; en las zonas del país más afectadas. Revisar estadísticas aproximadas que merecen ser analizadas en el contexto actual sobre las víctimas; y el incremento de otros fenómenos delictivos, como la participación de adolescentes en esta conducta delictiva, nos vamos a referir a las causas, consecuencias y de ser posible establecer acciones para combatir la delincuencia.

Es imprescindible fijar el concepto de este delito específicamente, remitiéndose a cómo se conceptualizaba desde los orígenes del derecho en Roma: sicariato. Homicidio de una persona por precio, pago, recompensa, promesa remuneratoria u otra forma de beneficio. sicariato. (Diccionario Panhispánico, 2020)

Históricamente el sicariato tiene su origen desde la antigua Roma, proviene del latín “Sicarius” que significa asesino u homicida y ha estado presente en varias legislaciones del mundo.

Actualmente en Ecuador constituye un delito grave, que debe abordarse desde varios enfoques, esta investigación se apoya mayormente en fuentes bibliográficas con un enfoque cualitativo abordando el problema de la criminalidad, la afectación al orden público, y el hecho de irrumpir con la paz social, identificar ¿qué factores inciden para el crecimiento de los niveles de violencia en el país? ; ¿cuáles son las causas que permiten el florecimiento de la delincuencia? no solo desde el derecho penal; sino desde el punto de vista de la criminología, estudiar un problema estructural que afecta a la población ecuatoriana y determinar en qué ciudades, o circunscripciones geográficas dentro de este contexto, se presenta el aumento de los niveles de violencia por este tipo penal, donde el crimen y violencia se agudiza en torno a otros fenómenos delictivos sumada la presencia de las bandas delictivas.

Lo amerita actualmente replantearse al Estado y sus instituciones el combate a la delincuencia junto con la implementación de una política criminal acorde a esta nueva realidad de nuestro país.

4.2 Concepciones

El sicariato se concibe como el hecho violento de cegar la vida de otra persona a cambio de una compensación económica, matar por encargo o beneficio económico. Las cifras del sicariato en el Ecuador han ascendido en un porcentaje alarmante en relación a los niños víctimas de muertes violentas en la vía pública. Carolina Mela en la publicación del Diario del País señala “más de 500 niños y adolescentes han sido asesinados desde el año 2020 en Ecuador; los menores de edad son víctimas colaterales de la guerra entre bandas criminales, que se recrudeció en los últimos años”. El recrudecimiento de la violencia se presenta en cifras cuyas edades oscilan entre 0 y 18 años, según la nota periodística Solinet.

Este fenómeno delictivo en el contexto, se analiza la presencia del narcotráfico en Ecuador y las conductas delictivas derivadas de este delito, como: el micro tráfico, expendio, lavado de activos, terrorismo, asociación ilícita, trata de personas, captación ilegal de dinero, tráfico de armas, enriquecimiento ilícito entre otros, que incrementan la situación de inseguridad en las poblaciones donde este delito se produce en forma frecuente.

El sicariato es un delito que tiene características propias, en la estructura del tipo penal en la dogmática y, así también en los niveles de participación. Es necesario realizar el análisis normativo sobre los hechos y circunstancias para tener la claridad sobre la aplicación de la norma en el tipo penal, desde la formulación de los cargos en el proceso penal para identificar ¿a quién se define como autor, coautor, cómplice y participe del hecho delictivo según su modo de determinarse en la cooperación o ejecución del delito?; tanto desde la fase de la planificación del hecho delictivo, como los actos preparatorios, de determinación y de consumación del delito. Es importante estudiar los elementos conforme a la dogmática para establecer claramente las consecuencias legales a quienes se determinan en la participación de este hecho delictivo.

En Ecuador desde la implementación Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) en el 2014, pese a los avances normativos, a esta conducta y la drasticidad de las penas, este delito sigue perturbando la seguridad y el orden en la ciudadanía. Amerita que el Estado incluya una política criminal y penal responsable acorde a esta nueva realidad que el país enfrenta en la actualidad. Es indispensable la investigación articulada desde la academia en

forma conjunta con otros sectores, que tienen la responsabilidad de mantener la seguridad y el orden en la población ecuatoriana.

4.3 El sicariato en el Ecuador

4.3.1 Concepto de delito

“El sistema del delito fue inaugurado por Franz von Liszt, quien, en base al método naturalísimo, el método destinado a las ciencias naturales propuso su estructura: acción antijurídica y culpable: el delito es acción más antijuridicidad más culpabilidad”. (Fernández, 2017).

El delito de sicariato actualmente está tipificado en nuestro ordenamiento jurídico penal, en el Código Integral Penal en el artículo 143.- Sicariato. La persona que mate a otra por precio, pago, recompensa, promesa remuneratoria u otra forma de beneficio, para sí o un tercero, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. La misma pena será aplicable a la persona, que en forma directa o por intermediación, encargue u ordene el cometimiento de este ilícito.

Se entenderá que la infracción fue cometida en territorio y jurisdicción ecuatorianos cuando los actos de preparación, organización y planificación, sean realizados en el Ecuador, aun cuando su ejecución se consume en territorio de otro Estado.

La sola publicidad u oferta de sicariato será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

4.3.2 Concepto de tipo penal

“El concepto del «tipo» asume la expresión de total delito. Significará el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal”. (Ramos, s.f.).

La estructura del tipo penal, desde el punto de vista jurídico penal, la categoría más importante dentro de las categorías dogmáticas es justamente la tipicidad, donde el legislador para criminalizar una conducta, debe tipificarla regulando las conductas según el comportamiento humano de las personas sean estas de acción u omisión, que afectan o pongan en riesgo los bienes jurídicos, y; que su cometimiento valorado negativamente tiene la consecuencia de una pena, el tipo penal que se incluye en la parte especial del catálogo de delitos.

El tipo penal se encuentra conformado de una norma penal que contiene el supuesto de hecho (descripción de la conducta y la consecuencia jurídica, que se constituye en la pena) para su aplicación en sentido estricto es necesario referirse a los elementos que lo conforman.

Los elementos comunes que conforman el tipo penal son:

Sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico y la acción u omisión.

Los elementos descriptivos que conforman el tipo penal

Estos elementos son aquellos que se refieren a los términos gramaticales conforman el tipo penal, para conocer su significado, alcance y comprensión; para que los ciudadanos conozcan que la comisión de este delito, o su participación tiene como consecuencia jurídica una pena. Enumerando los elementos del tipo penal, incluyendo las circunstancias, las características propias del tipo penal, abordando los elementos normativos y descriptivos sobre la conducta antijurídica que implica un juicio de reproche, sobre el injusto.

Describir la conducta o el hecho conforme a los elementos descriptivos y normativos que conforman el tipo penal, puesto que ningún hecho que se considere antijurídico o que va en contra del ordenamiento jurídico, es delito; sino se encuentra tipificado en la ley penal de conformidad al principio de reserva legal, así se establece que el tipo penal, es la descripción de la conducta que el legislador prohíbe, para efectos de proteger un bien jurídico.

4.3.3 La clasificación de los tipos penales

Delitos de resultados

Son aquellos en los que se exige que se produzca un resultado concreto, que en el resultado se encuentre la consumación del delito, lo que representa una modificación en el mundo exterior, producida por una conducta de acción u omisión cuyo resultado es la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico.

Delitos de Peligro

Se caracterizan por poner en peligro un bien jurídico, sin que necesariamente se produzca el resultado concreto, sino que se considera específicamente que se haya creado una, aunque no se haya producido efectivamente el daño, situación de riesgo que entrañan peligro que por lo general producen un riesgo para sí mismo o para terceros.

Delitos de Mera Actividad

Se castiga la mera actividad tan solo por cumplir la conducta de prohibición sin que necesariamente haya un resultado. El simple hecho de realizar la conducta, la acción típica es suficiente para configurar el delito sin que necesariamente se produzcan consecuencias. Es decir, se considera que el autor ha cometido un delito sin que se hayan producido resultados.

El tipo penal tiene una triple función:

Función seleccionadora del comportamiento humano penalmente relevantes

El legislador selecciona las conductas relevantes, más severas, y graves que lesionan los bienes jurídicos

Función de garantía, es decir que solo los comportamientos subsumibles en la norma penal pueden ser sancionados

En el Estado de derecho, sirve como garantía para proteger a los ciudadanos del poder arbitrario del Estado.

Función motivadora de la norma general, que indica a los ciudadanos que comportamientos están prohibidos y se espera bajo ese conocimiento que los ciudadanos se abstengan de realizar esas conductas.

Los conocimientos de las normas, motivan al ciudadano a ejecutar o abstenerse de la comisión de las infracciones penales cuya consecuencia jurídica es una pena.

Los tipos penales, la norma penal debe estar estructurada conforme al principio de taxatividad, de tal forma que facilite su comprensión y aplicación para el intérprete de la norma, evitando los términos vagos y ambiguos.

Principio de taxatividad. – Principio jurídico que exige al legislador que las leyes penales describan de modo preciso y estricto las conductas delictivas. El principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica [...] que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). (Real Academia Española, 2023)

Los elementos descriptivos que conforman al tipo penal, deben estar redactados conforme al principio de taxatividad, de forma que los elementos gramaticales sean fácilmente comprendidos, redactados gramaticalmente en forma clara, lo hará posible la comprensión al destinatario de la norma, en un Estado de derecho, una norma penal que pretende regular el comportamiento humano para preservar el orden social, por ejemplo: que cualquier persona comete delito si mata a otra persona; así también facilita al juzgador al momento del aplicar la norma en los casos concretos sometidos a su conocimientos y deliberación, sobre el injusto penal acorde a las circunstancias del hecho delictivo; sin embargo, estos elementos necesitan ser interpretados y valorados por la dogmática, para la racionalización del derecho penal, para equilibrar el poder punitivo del Estado ya para la aplicación de la norma, que habrá que remitirse a analizar otros conceptos.

4.4 Los elementos del tipo penal sicariato

También se les denomina como condiciones objetivas de punibilidad, que se incluyen en el tipo penal, pero se encuentra fuera del tipo penal, que se constituyen en un presupuesto para el actuar típico-antijurídico y que tenga como consecuencia la pena, lo que origina grandes discusiones y debates dentro del derecho procesal, desglosando el tipo penal y las circunstancias de acuerdo a como está descrito el supuesto de hecho en la norma penal que incluye varios elementos normativos que describen la conducta principal y las circunstancias de la infracción.

Art. 143 (COIP) Bien jurídico protegido = vida

Verbo rector = matar

Elemento subjetivo= dolo (directo)

Ar. 26.- Dolo. - Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.

Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar y será sancionado con dos tercios de la pena.

En referencia a la norma, podemos decir que la preterintencionalidad abarca que la acción del autor ha producido un el resultado más grave que el daño que quiso causar.

4.5 En el segundo aparato del Art.-143.Coip

La misma pena será aplicable a quien en forma directa o indirecta encargue u ordene el cometimiento del ilícito.

Partiendo del segundo inciso del artículo motivo de este estudio, se refiere principalmente a quien actué en forma directa, se denomina autor a quien domina el hecho para ejecutar el delito, y; a quien actué a través de otra persona por encargo, o porque ejecute una orden, a modo de intermediario para la consumación del delito, es decir en forma clara se refiere al, coautor, en esta circunstancia hacemos referencia un autor material, que es aquel que ejecuta el hecho, y; podríamos hacer referencia al autor intelectual quien encarga u ordena y participa de modo principal en el reparto de funciones delictivas, sumando la actividad principal determinante, necesaria para consumir el delito, lo que bien podría identificarse como el autor mediato o coautor.

Se entenderá que la infracción se ha cometido en territorio y jurisdicción ecuatoriana cuando los actos de preparación, organización y planificación, sean realizados en el Ecuador aun cuando su ejecución se consume en territorio de otro Estado. En este apartado se refiere a la fase del inter - criminis haciendo alocución de los actos de planificación, preparación y ejecución

independiente del lugar donde se dé la consumación del ilícito. La sola publicidad u oferta será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

4.6 Autoría y participación

Esencialmente, el derecho penal surge para regular la conducta humana, para mediante la vigencia de la norma penal, obtener la paz social, imponiendo sanciones y penas, a los ataques más drásticos a los bienes jurídicos, para que los ciudadanos se abstengan de cometer delitos mediante normas prohibitivas y mandatorias que tendrán la consecuencia de una pena. Es indiscutible que las conductas que regula el derecho penal son las conductas de las personas, el actuar humano, cuya base es la acción, u omisión siempre y cuando se actúe con conciencia y voluntad, y el hecho sea materialmente típico, de forma que pueda realizarse la imputación tanto objetiva y subjetivamente a su autor. Para determinar si una persona es autora, o cómplice del delito haremos un análisis de los conceptos principales que recoge nuestro (Código Orgánico Integral Penal, 2021)

4.6.1 Art.41.- Participación

Las personas participan en la infracción como autores o cómplices. Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal.

De lo que desprende de este trabajo que las personas que participen en el cometimiento de la infracción penal de acuerdo con las circunstancias, podrían responder como autores o cómplices, dependiendo de las acciones u omisiones concretas en el hecho o del reparto funcional de las acciones delictivas en la participación, desde los actos preparatorios, planificación, ejecución, hasta la consumación del delito, por lo tanto, hay que identificar e individualizar las acciones principales, o secundarias para efectos de establecer la responsabilidad penal y los niveles de participación.

El COIP establece en su artículo 42 la autoría y participación.

Art. 42.-Autores. - Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

4.6.2 Autoría directa

a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.

a. Sujeto Activo. -Analizamos el tipo penal del sicariato, la persona que mate a otra persona, por precio, pago, recompensa, promesa remuneratoria,

se refiere específicamente a la persona que ejecuta el delito, al sicario; al que mata a otra persona, será sancionado con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. El homicidio, dar muerte a otra persona, desde ya podemos decir que este actuar frente a la vida humana, es doloso, puesto que acabar con la vida de una persona es un delito grave, cuya pena es de reclusión especial, esto sin considerar aún las respectivas sobre la aplicación de agravantes que podrían modificar la pena, aumentándola al máximo de la pena más el tercio, que en este caso será de treinta y cinco años.

b. Sujeto Pasivo. -Víctima podría ser cualquier persona que recibe las consecuencias dañosas del hecho, que afecta el bien jurídico, vida.

Podríamos decir que evidentemente estamos frente a un delito de resultado y que admite la fase de responsabilidad penal a título de tentativa, que se frustrase el delito igual responderá por los actos ejecutados desde la puesta en marcha de la acción.

c. Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

Este literal refiere directamente a quienes tiene el deber jurídico de protección a la ciudadanía, por ejemplo: podemos considerar a los miembros de la policía nacional en su deber específico de brindar seguridad a la ciudadanía, de socorrer, ayudar e impedir, puesto que la ley les obliga a los miembros de la policía nacional dentro de sus deberes específicos de actuar, cumplir con el imperativo de la norma. No impedir o procurar, impedir, el no hacer, teniendo la obligación por mandato expreso de la ley, equivaldrá a dejar hacer, equiparando la acción a la conducta relevante en derecho pena, para que se configure el nexo causal con el resultado, particularmente por tener la posición de garante que sería una conducta omisiva, específicamente dentro de los actos de servicio específico como servidores públicos y agentes del orden.

4.6.3 Autoría mediata

a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha sido determinada su comisión.

b) De la norma se desprende que quienes utilicen a otra persona como instrumento para cometer el delito; una persona en la ejecución del delito sin el cual no podría perpetrarse el mismo; sin embargo, para efectos de la responsabilidad penal, el autor mediato sería considerado como el autor principal del delito, podrían ser varias las circunstancias que se analizaran, y consideraran al momento de efectuar el juicio de reproche sobre el injusto, para

establecer a ¿quién utiliza para el cometido del delito? Es una persona imputable que sabe, conoce las consecuencias y comprende las consecuencias de su actuar doloso, que está plenamente consciente y guiado por su voluntad para ejecutar el acto delictivo, porque todas sus capacidades intelectivas son normales, conoce que matar es un delito grave y aun así lo ejecuta. Pero analicemos otras circunstancias dentro de la participación ¿qué sucede si a quien se emplea para perpetrar el delito actúa por error, creyendo en la instigación de quien aconseja? o que piensa que su actuar está justificado de alguna manera, o la utilización de otras personas para perpetrar el delito ejemplo: utilizar a un inimputable, o a personas con adicción a sustancias sujetas a fiscalización, drogo dependientes. Una circunstancia especial es la utilización de menores de edad, que por circunstancias extremas de orden social se vean abocados al cometimiento del ilícito o por obedecer disposiciones negativas dentro de una organización criminal.

4.7 La utilización de menores de edad en los niveles de participación

Esta es una nueva realidad compleja que enfrenta el Ecuador, que merece un análisis especial sobre esta situación específicamente la participación de los menores de edad, ante la posibilidad de que pueden ser absorbidos por la delincuencia organizada, esta circunstancia actualmente en nuestro ordenamiento jurídico constituye un agravante, la utilización de menores para actividades delictivas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4.8 La inimputabilidad por minoría de edad frente a la responsabilidad penal

La participación de menores no puede remitirse únicamente a conceptos tradicionales sobre la inimputabilidad, es decir si bien el dique principal indiscutiblemente es la minoría de edad, una vez establecida la responsabilidad penal, conforme al acervo probatorio para declarar ser responsable del delito, necesariamente se analizaran otras circunstancias, al respecto de los menores en la participación criminal, que van ligadas al ilícito, no únicamente la minoría de edad, la imputabilidad, la reincidencia, la peligrosidad, para la aplicación de la norma y que el juez pueda deliberar, valorar, si dentro del injusto penal, se presentan causales de justificación, si la inimputabilidad no está presente dentro de la capacidad de razonamiento y voluntad, o hay presencia de alteración de la conciencia por distintos fenómenos de orden mental, o padecimientos de trastornos mentales, deficiencias, que podrían afectar la psiquis, su razonamiento y capacidad de actuar o determinarse frente al cometimiento del ilícito. De lo expuesto hay que analizar otros principios, que

son la excepción en la ley penal, para que, por la protección constitucional, el sistema de justicia tenga un tratamiento diferente a la participación de menores frente al principio de culpabilidad.

Desde el concepto de inimputabilidad, por la minoría de edad, frente a la sustanciación del proceso penal, apartaría al juez ordinario el procesamiento del menor puesto que se debe remitir al sistema especial de menores infractores, para su procesamiento, de conformidad al derecho de régimen de menores que impide la aplicación de penas privativas de libertad, por las medidas socio educativas a las que tienen derecho conforme al Código Orgánico de Niñez y Adolescencia. Por ejemplo: el instigador aconseja que debe acabar con la vida de una persona, para poder ingresar a una banda delictiva, porque es una persona que se encuentra en situación de abandono, circunstancias de orfandad y extrema pobreza, no tiene familia.

Quienes ordenen la comisión del delito valiéndose de otras personas inimputables o no, mediante precio dádiva, promesa ofrecimiento orden o cualquier otro medio fraudulento directo o indirecto.

Ahora, analicemos los niveles de participación quién más puede estar inserto dentro de los partícipes del delito de sicariato: la persona que, valiéndose de otras personas, inimputables o no mediante precio, promesa, encargo, acuerda, paga, para beneficio propio o de un tercero, es decir, el intermediario del delito, que en su propósito delictivo puede decidirse a contratar a otra persona, a un tercero para la comisión del delito de forma directa o indirectamente.

4.9 Quienes ejerzan poder un poder de mando en la organización delictiva

Esta forma de participación, respondería penalmente como coautor, es decir, la misma pena que el autor del delito, puesto que contribuye en la acción delictiva con un acto principal, contratar, pagar, acción principal, sin la cual el delito no se hubiera perpetrado, conforme lo determina nuestro ordenamiento penal. Revisemos como establece el código integral penal, la autoría y participación.

3. Coautoría. –Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción. Para quien decide participar en el delito, voluntariamente y decide determinarse en la ejecución del hecho delictivo, como quien encargue, ordene, es decir, haga una intermediación para asegurar el cometimiento del delito; bien podría ser contratar, acordar, pagar, beneficiarse del crimen deberá responder ante el sistema de justicia penal de acuerdo a su nivel de participación y se entenderá como coautor por haber

realizado un acto principal dentro del plan delictivo, ya que sin ese acto no se hubiese perpetrado el crimen.

“Se denomina cómplice a una persona que colabora en la ejecución de un delito o está ligada a la comisión del mismo sin haber participado directamente en él”. (Conceptos Juridicos.com, 2019)

Art.43 COIP. - Cómplices. - Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido. No cabe complicidad en las infracciones culposas.

Si de las circunstancias de la infracción, resulta que la persona acusada de complicidad, coopera en un acto menos grave que el cometido. No cabe complicidad en las infracciones culposas. Si de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, coopera con un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena solamente se ejecutará en razón del acto que pretendió ejecutar.

El cómplice será sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para el autor.

Ejemplo:

A), es amigo de B), conoce que hay un plan para acabar con su vida, y a sabiendas le invita a un lugar donde se consumará el hecho, para que C) consume el hecho.

4.10 Circunstancias de la infracción penal

Para el derecho penal, es importante las circunstancias propias del hecho delictivo, más cuando se va a establecer la responsabilidad penal, de estas circunstancias depende la pena, para disminuirla o agravarla. En nuestro ordenamiento jurídico se establecen las circunstancias atenuantes o agravantes modificatorias de la pena, con la presencia de una agravante, se impondrá el máximo de la pena más el tercio y con la presencia de dos atenuantes se impondrá el tercio de la pena.

4.11 Definición de agravante en materia penal

“Circunstancia modificativa de la responsabilidad que determina un aumento de la pena correspondiente al delito por suponer una mayor peligrosidad”. (Diccionario Panhispánico, 2020)

Art. 44 COIP- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes

Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en el Código Integral Penal. No constituyen circunstancias atenuantes, ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva. Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena, se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción. Si existe al menos una circunstancia agravante, no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio. Son circunstancias especiales que en el cometimiento del delito pueden modificar la pena y se conocen como atenuantes o agravantes. Dependiendo desde el emprendimiento del desarrollo de la acción, estrictamente en el sicariato estamos frente a un acto violento donde consideraremos únicamente las agravantes en las que se pudiera incurrir en este tipo penal como, por ejemplo: Cometer el sicariato, con premeditación y ensañamiento a la víctima.

4.12 La alevosía y fraude

En nuestro ordenamiento jurídico, no está definida la alevosía.

“El que obra con alevosía no solamente aprovecha la indefensión de la víctima, sino quebranta la confianza especial que la víctima le proporcione poniéndose en sus manos”. (Donna, s.f. p.113).

Para que la alevosía se configure se requiere de tres elementos:

- a) Indefensión
- b) Abuso y
- c) Hostilidad

Para el derecho penal, actuar con alevosía significa actuar sobre seguro, buscando todos los medios adecuados, idóneos para cometer el delito sin dar la mínima posibilidad a la víctima de que se defienda, lo fundamental es la situación de indefensión, haber estudiado a la víctima con anterioridad, saber sus movimientos, buscar a propósito la indefensión de la víctima determinarse conforme la planificación para el acto criminal, el delincuente actúa con toda seguridad y a traición para ejecutar el acto. Por ejemplo: buscar cometer el sicariato en la noche, el despoblado.

4.13 Cometer la infracción por promesa o precio

Ofrecer una promesa remuneratoria para efectos de asegurar el cometimiento del hecho delictivo o pactar un precio previo a la ejecución del delito siempre va a considerarse como una agravante propia del sicariato, puesto que el solo

ofrecimiento del pago es haber actuado a título de tentativa así el sicariato no se hubiera consumado.

4.14 Aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo, calamidad pública, fenómeno de la naturaleza para ejecutar la infracción

Las circunstancias especiales a las que refiere este apartado buscan beneficiarse de esos espacios en concentraciones grandes de personas para asegurar el cometimiento del delito, teniendo la posibilidad de confundirse en la multitud, haciendo difícil la identificación de quien o quienes participen en la ejecución del delito, independiente de la conmoción que causen a las personas que posiblemente presencian el hecho y a la ciudadanía a consecuencia del hecho delictivo, lo que causa alarma social y se evidencia los niveles de inseguridad en este tipo de eventos.

Así también aprovecharse de fenómenos de la naturaleza como catástrofes, terremotos, o bien pueden ser fenómenos atmosféricos, lluvia, niebla, etc., que faciliten la realización del delito.

4.15 Cometer la infracción con la participación de 2 o más personas

Esta agravante se establece en el cometimiento del delito o la participación de dos o más personas, varias personas se considera que actúan en forma libre y voluntaria, en complicidad, bajo un plan colaborativo de reparto de funciones, en el plan criminal para el cometimiento del delito, lo que tendría efectos graves al momento de establecer la responsabilidad penal, individualizando las conductas de las que cada persona ha realizado, para la ejecución del hecho delictivo imponiendo el máximo de la penal más el tercio de conformidad a la legislación ecuatoriana.

Aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o para cualquier otra persona.

Determinarse al momento de la ejecución del hecho que podrían afectarse a otras personas a víctimas colaterales, o el simple hecho de que quien va a ejecutar el delito se represente como probable producción en su pensamiento, la afectación necesariamente de otras víctimas, lo que en derecho penal conocemos como el dolo eventual que es necesariamente actuar bajo el conocimiento de que se producirán afectaciones a otras víctimas, y que asume como probable un riesgo no permitido, pese a tener claras las consecuencias aun así se fija la decisión de ejecutar la producción del delito.

4.16 Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima

Ensañamiento significado según la Real Academia de la lengua. Acción y efecto de ensañar o ensañarse. Circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en aumentar inhumanamente y de forma deliberada el sufrimiento de la Víctima, causándole padecimientos innecesarios para la comisión del delito. (Diccionario Panhispánico, 2020)

El ensañamiento hace referencias a términos normativos a uno de los agravantes específicos del sicariato, aumentar en forma inhumana el dolor de la víctima, el padecimiento a consecuencia del daño proferido en el desenlace de la ejecución del hecho delictivo, acciones innecesarias que de formas extrema causan dolor execrable, deliberado a la víctima. Reflexionando en estas líneas, una vez comprendido el significado de ensañamiento, cabe interrogarnos ¿cuándo hay ensañamiento en la comisión del delito?

En la acusación que sea objetivamente identificable e innecesario para acrecentar el dolor de la víctima y asegurar el cometimiento del delito. Este requisito se refiere a la esfera del pensamiento del autor del hecho delictivo, la conciencia, la voluntad de ejecutar el hecho con el mayor daño posible.

Ejemplos:

1: el sujeto autor del delito primero dispara a quemarropa, en las extremidades y posteriormente en otras partes del cuerpo y finalmente con un tiro mortal acaba con la vida de la víctima.

2: el sujeto activo del delito, mato de veinte puñaladas a la víctima.

4.17 Cometer la infracción total o parcialmente desde un centro de privación de libertad

La mencionada agravante es una realidad que ha estado presente dentro del sistema carcelario en el Ecuador, donde la corrupción que permea estos centros de privación de libertad, se da en forma continua, puesto que pese a la privación de la libertad, las personas que no han abandonado la criminalidad buscan formas de cometer delitos, dar órdenes, buscar a los actores, ejecutores de los hechos delictivos, puesto que no existe mayor control del ingreso de objetos prohibidos, armas de fuego de todo calibre, armas corto punzantes, dispositivos móviles de comunicación, sustancias sujetas a fiscalización; es decir tienen capacidad de acción pese a limitación del derecho a la libertad a consecuencia de los hechos delictivos por los que estén cumpliendo la pena.

Los agentes guías penitenciarios, es evidente que falta el refuerzo sobre el control de seguridad de los internos, pero sobre todo falta la decisión de combatir a la corrupción al interno de las cárceles, este fenómeno especial que merece atención prioritaria del Estado para que las organizaciones del ramo

cumplan con el deber ser de la norma reduciendo los niveles de delitos al interior del sistema penitenciario.

Concepto de connivencia

“Acuerdo o complicidad entre dos o más personas. "se fugó de la prisión con la connivencia de algunos carceleros" Tolerancia de un superior en relación con las faltas que cometen sus subordinados”. (Diccionario Español BAB.LA, 2023)

La connivencia se entiende como el acuerdo entre varias personas, alternos y subalternos en relación con las faltas que cometen en la vigilancia, faltas y delitos de todo orden con los agentes penitenciarios, y con las fuerzas del orden que son de común acuerdo con varias organizaciones criminales que realizan acciones delictivas, desde los pabellones de internos.

Esta conducta del sicariato es una de las más graves dentro de los delitos contra la inviolabilidad de la vida, que se encuentran en el capítulo II Delitos Contra Los Derechos de Libertad, puesto que agrede en contra el bien jurídico más importante de las personas, la vida.

Actualmente, en el país, ante la escalada de violencia a consecuencia de esta conducta delictiva merece un estudio especial, por el incremento de muertes violentas que se reportan en los medios de comunicación a diario que alarman a la ciudadanía, en varias ciudades de las regiones costa, sierra y oriente se evidencian que los niveles de violencia crecen de manera preocupante, generando en las personas miedo, terror, desconfianza e inseguridad. La mirada de la comunidad internacional avizoran en nuestro país una crisis de inseguridad, que se extiende incluso dentro del sistema carcelario, es nuestra responsabilidad en nuestro estudio aproximarnos en la investigación a identificar las poblaciones donde evidentemente el Estado necesita intervenir canalizando la organización articulada, para incrementar el esfuerzo a nivel nacional, por reducir los niveles de violencia con instituciones como la Policía Nacional, SNAI y demás instituciones cuya misión principal es brindar la seguridad a la ciudadanía.

4.18 Concepto de organización criminal

“Agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”. (Diccionario Panhispánico, 2020).

Según reportes de la policía nacional, se identifican la presencia de bandas criminales en la costa identificadas como: chineros y tigueros, y en

la sierra loba, esto por la presencia del narcotráfico en varias zonas del país, Manabí, Esmeraldas, Guayas, Galápagos, Orellana, esto se debe principalmente a la posición geográfica del país, con relación a los puertos principales de salida al Océano Pacífico y la zona de fronteras, este fenómeno se ha ido incrementando a otros países en Latinoamérica y Europa. Nuestro país se ha convertido en los últimos años en varios sectores como zonas de acopio de grandes cantidades de droga que responden a distintos carteles narcocriminales de México, Sinaloa, Jalisco Nueva Generación, por la nueva ruta para la comercialización de la droga, que hoy sus principales mercados se encuentran en Europa. Este fenómeno incrementa las cifras de violencia por las rivalidades entre bandas, defensa de territorio, ajustes de cuentas, lavado de activos, venta ilegal de las armas, sumado los liderazgos nocivos desde las penitenciarías, a nivel nacional, que se suman en el incremento de la delincuencia y las brechas de criminalidad.

4.19 ¿Cuáles son las causas que inciden en la población de los niveles de violencia en el Ecuador?

“La violencia es el uso intencional de la fuerza física o el poder real o como amenaza contra uno mismo, una persona, grupo o comunidad que tiene como resultado la probabilidad de daño psicológico, lesiones, la muerte, privación o mal desarrollo” (Organización Panamericana de la Salud, 2020).

Dentro de los fenómenos que afectan a la población ecuatoriana, se evidencia principalmente que la Educación desde la fase inicial, presenta en índices preocupantes la deserción escolar infantil, en las escuelas públicas, por las que los niños y jóvenes deciden abandonar el proceso educativo, y quienes están a su cargo principalmente sean sus progenitores o en su ausencia varios factores sociales, familiares, económicos causas endógenas y exógenas que inciden en la desintegración o fraccionamiento de su propio desarrollo, en edades tempranas, lo que significa un quiebre en cuanto al proceso educativo y de inclusión masiva, que impide la concientización, la orientación, desde la fase inicial educativa, donde no se pueden desarrollar competencias, ni destrezas básicas educativas, en su acceso a la educación pública que debería ser en forma universal para toda la población a nivel nacional, acorde a los objetivos del desarrollo del buen vivir, y; a los objetivos de desarrollo sostenible, dentro de la agenda 2030 de los países de Latinoamérica y del Caribe entendiendo que el espíritu de la norma es fundamental, para cumplir con esta tarea estatal.

La falta de voluntad política y de los organismos del ramo, desde el Ministerio de Educación deben sumarse a este esfuerzo a nivel nacional,

justamente en forma inclusiva, oportuna y planificada que permita seguir incidiendo ante el reto de cumplir con este objetivo esencial con énfasis en los sectores vulnerables, para fortalecer el tejido social, donde se evidencia mayor deserción escolar.

En el Ecuador, el 11 de enero del 2024, ante la escalada de violencia, se dieron hechos violentos en forma grave a nivel nacional, circunstancias especiales en que el “Presidente de la República del Ecuador emite decretos ejecutivos No 110 y 111” ante la situación de emergencia, declara Estado de Excepción, sobre: “El conflicto armado interno contra grupos terroristas; que se fundamenta en la grave afectación a los derechos de los ciudadanos, y por ende surge un Estado de excepción para precautelar los derechos de las personas.

El Estado de Excepción es una institución jurídica, de interés nacional e internacional, un mecanismo constitucional y político que altera orden jurídico ordinario, que permite que se suspendan o limiten ciertos derechos y libertades a los ciudadanos y deber ser decretado de acuerdo a lo previsto en la norma constitucional vigente. El interés de la investigación sobre esta figura jurídica se da en el contexto actual por haberse declarado basándose en el principio de necesidad que atraviesa el Estado, para combatir la crisis, a la que las organizaciones delictivas arremeten contra la seguridad del país. Concepto de Estado de Excepción.

En nuestro país desde la Constitución del 2008, al contemplar el *ius cogens* y la ley efecto erga omnes necesarias para proteger y mantener en vigencia los derechos constitucionales. Decretos ejecutivos No.110 de 08 de enero de 2024 y No.111 de 09 de enero de 2024, el presidente de la República del Ecuador declaró el estado de excepción en todo el territorio nacional por grave conmoción interna y por existencia de conflicto armado interno, de acuerdo al artículo 164 de la Constitución de la República. En este contexto, el estado de excepción durará sesenta días.

A consecuencias de estos fenómenos delictivos se han retenido a guías del sistema penitenciario en calidad de rehenes, a fin de forzar el diálogo con el gobierno, y hacerse escuchar los internos a través, de mensajes, redes sociales, panfletos y amenazas pidiendo al Gobierno un cese en los operativos de las cárceles, la violencia si bien ha disminuido, se han perpetrado varias extorsiones, secuestros y el sicariato de varios personajes de la vida pública, alcaldes, concejales, fiscales, esto bajo la amenazas de bombas, artefactos explosivos, en varias inmediaciones de las instituciones del Estado, unidades de vigilancia policial, coches bomba, así mismo se han hecho incautaciones de armamento letal, en grandes cantidades lo que se visibiliza que los grupos

delincuenciales se abastecen de armas en forma irregular, para seguir perpetrando hechos violentos.

Esto sumada las fuertes incautaciones de drogas (cocaína) en toneladas, a nivel del país, zonas de frontera, puertos marítimos, sumergibles y semi sumergibles, utilizado para el transporte y comercialización de la droga. Una muestra clara en el contexto, de cómo operan los grupos dedicados al narcotráfico a nivel nacional. De esto podemos evidenciar que el país enfrenta una grave crisis de la seguridad y el Estado debe salvaguardar la protección y los derechos de los ciudadanos.

Existe la discusión normativa de varios juristas sobre los decretos, para saber si se ha fundamentado en forma correcta y se han observado los principios constitucionales con relación a la crisis para haber declarado el conflicto interno. Actualmente a raíz del decreto ejecutivo, el país se ha militarizado, en las zonas de conflicto las fuerzas armadas, el ejército principalmente se ha desplegado a nivel nacional, en las provincias en donde es más latente la violencia, y donde principalmente se han posicionado el crimen organizado y las bandas delictivas.

Desde el gobierno central se han conseguido articular acciones para combatir a la delincuencia organizada y así muchos han sido detenidos y privados de la libertad, para ser llevados ante el sistema de justicia, así también en el sistema penitenciario, se hacen registros y operativos en forma permanente para retirar artículos prohibidos al interno de las cárceles, armas de fuego, sustancias sujetas a fiscalización; además se ha producido, evasión y fuga de varios reclusos y; se han retenido a guías del sistema penitenciario en calidad de rehenes, a fin de forzar el diálogo con el gobierno.

Expertos en seguridad manifiestan que el crimen organizado controla el sistema penitenciario. En estos días se han cometido una serie de hechos delictivos, así secuestros, sicariato de varios personajes de la vida pública, violencia televisada captada en vivo en la televisión pública, en las que trece personas irrumpen en el canal y envían mensajes de las consecuencias, por combatir a la delincuencia.

Esta fuerza de tarea conjunta, en la que también se articula la policía nacional, es vista por la población como el único camino para restaurar la paz y el orden dentro del país, lo cual la mayoría considera que ha sido una decisión acertada por el presidente en tan corto tiempo. Debemos cuestionarnos sobre nuestro tema central el delito de sicariato, que tan efectivos han resultado los estados de excepción para que reduzcan las muertes violentas.

En Santa Elena las muertes violentas se redujeron de siete a tres. Es decir, hubo una disminución del 57%. En Los Ríos pasaron de 28 fallecidos a

seis, el decremento fue del 79%. En Guayaquil pasaron de 71 muertes a 58, la reducción es del 18.3%. En el distrito Nueva Proserpina la disminución fue del 29% (EL Comercio, 2023).

4.20 El Sicariato y los Estado de Excepción

La cifra de muertes violentas ha disminuido en forma considerable, además cabe destacar que con las tareas de fuerza conjunta ha mejorado el control del Estado en el sistema carcelario, lo que trae consigo pacificación y orden en las calles. Sin embargo, las muertes siguen dándose en determinados sectores específicos donde también se hace presente grandes incautaciones de drogas, presumiblemente se trataría de ajuste de cuentas.

La cuestión ahora preocupante es que se devuelva el control carcelario al SNAI, lo cual provoca desconfianza, puesto que antes de declararse el estado de excepción se revelaron a diario varios temas de corrupción, en las mismas instalaciones, se encontraron armas ocultas en los techos, al igual que grandes cantidades de dinero, lo que es una muestra de los niveles de corrupción que comprometen a funcionarios del sistema carcelario cuya misión principal es brindar seguridad a los internos.

Por lo tanto, la lucha por erradicar la corrupción es esencial, y definitiva a todos los niveles; sumada la necesidad urgente de mejorar y fortalecer los sistemas de justicia, esta es una tarea coordinada que debe hacerse con Fiscalía, Policía Nacional, Consejo de la Judicatura, Sistema de Justicia todos los jueces y todas las cortes unidos en el combate a la corrupción, a fin de lograr que el Estado recupere la seguridad, el orden y la paz, para la ciudadanía; así las fuerzas vivas del país volverán a converger con su trabajo y compromiso por el desarrollo del país.

4.21 A manera de conclusiones

Mercantilización del crimen como fuente de ingresos

El posicionamiento de este crimen y las cifras alarmantes sobre las víctimas surgen en desmedro de la población, en forma grave donde se aprecia el crecimiento de las organizaciones delictivas, una forma ilegal de obtener recursos económicos, a cambio de cegar una vida, normalizando la violencia, el negocio del crimen, la oferta y demanda a nivel nacional e internacional. El mercado del crimen organizado a vista y paciencia, donde evidentemente, el Estado debe sumar acciones, para el control efectivo del orden, a nivel interno y externo, a través de sus instituciones, esto requiere el compromiso de varios sectores, para enfrentar la violencia, el crimen y la delincuencia organizada, policía nacional, sistema de justicia y fuerzas del orden.

Falta de Educación y la deserción escolar en la población infantil

“La deserción escolar es un proceso de alejamiento sucesivo de la escuela que culmina con el abandono por parte del adolescente” (Corzo Salazar, 2020).

El proceso de abandono de los estudios primarios es masivo, a niveles de las poblaciones donde más se presenta los niveles de violencia, en el último semestre el Ministerio de Educación en el Ecuador, estableció en cifras de 56.675.000 niños y niñas de las poblaciones infantiles, abandono el proceso escolar en la región sierra - oriente.

En la costa 40.000 estudiantes no se han matriculado al proceso educativo, evidentemente el desarrollo educativo afecta a la población de niños, niñas y; también a los adolescentes, es decir, aproximadamente en cifras 96.500 personas, no ingresan a educarse, por varias causas económicas, sociales, laborales, afectando a un gran sector de la población nacional, privándolos de uno de los derechos fundamentales, la educación primaria, justamente donde se sientan las bases de la educación.

Estas circunstancias se constituyen en muros infranqueables, que afectan su formación integral, y la posibilidad de insertarse luego al mercado laboral, de tal modo que sin educación y sin competencias, ni habilidades y destrezas para el trabajo, imposibles de insertarse en condiciones de igualdad, para apostar por el desarrollo social.

Ante esta realidad, la población se vuelve más vulnerable en temas de prevención, concientización y otras campañas en contra de la violencia, así como surgen otras formas de abuso a la población infantil, por lo que la población sin educación mínima, buscará la sobrevivencia donde fácilmente puede ser absorbida por la delincuencia en su mayoría, y ser reclutados en forma nociva, para ser utilizados en el cometimiento de delitos y su participación; lo cual ya es un nuevo fenómeno de la criminalidad en las formas de participación de menores de edad.

Lo que amerita buscar alternativas para asegurar y propender a la inclusión universal del proceso articulado de educación pública, nacional. Presentándose varios tipos de deserción escolar, en esta investigación se evidencia la deserción escolar temprana, puesto que las edades entre la población infantil son de 7 a 10 años en la educación primaria, sumado el cierre de varios centros educativos, ante la escalada de violencia que agrava esta realidad.

Mendicidad infantil situación de los menores en riesgo de abandono

Según el reporte del (MIES), Ministerio de Inclusión Económica las cifras sobre los niños que vienen en condiciones de mendicidad y trabajo infantil, son

elevadas y se presentan en los principales cantones donde el Ministerio para la prevención y atención invierte alrededor de 12 millones de dólares, para el combate a la mendicidad no solo debe ser a nivel interno, sino nacional; puesto que hay bandas criminales dedicadas a la captación de niños para la mendicidad que es otra forma de esclavizar a los menores para conseguir dinero en las calles, según las entrevistas pueden conseguir entre 15, 20 y 60 dólares diarios.

Estos menores por lo general sus hogares no disponen de recursos económicos para satisfacer sus necesidades elementales, y por lo general tampoco cuentan con adultos responsables que los representen y estén para su cuidado. Muchas veces son los mismos adultos que han distorsionado las pautas sociales nocivas, deformando el proceso de desarrollo de los niños, sometiéndolos a la explotación en las calles a cambio del dinero que proviene de la mendicidad infantil.

Orfandad e ingreso de menores de edad a las bandas delictivas

En las poblaciones identificadas, donde esta conducta delictiva, es más recurrente, en esta investigación se evidencia en las ciudades de: Esmeraldas, Guayaquil y Duran, Los Ríos, San Lorenzo se incrementan cifras preocupantes. Las estadísticas de muertes violentas, la violencia y la presencia de las bandas delictivas acrecientan el riesgo a la población, en especial, a los niños en situación de abandono o de vulnerabilidad, muchos son captados por la delincuencia organizada, para ampliar su organización, y participación en las bandas narco delictivas entre las edades iniciales de 8, 9 y 10 años de edad, el incremento de menores a formar parte de estas agrupaciones delictivas, incluso utilizándolos para cometer varias conductas delictivas.

Este fenómeno en nuestro país normativamente se establecía dentro de las agravantes de la infracción penal, la utilización de menores, para el cometimiento de delitos, amerita replantear la situación de un estudio criminológico crítico, incluso en el campo social, para prevenir y minimizar los riesgos a los menores, si no también amerita una reforma legal, de tal forma que se pueda, prevenir, educar y sancionar, con miras a penalizar y criminalizar actos delictivos que se encuentran fuera de la norma penal y que por su gravedad, secuestros, extorsiones entre los principales, ya forma parte de una nueva realidad frente al cometimiento de los delitos.

4.22 Recomendaciones

El Estado debe desplegar acciones efectivas que tiendan a mitigar las necesidades principales en las poblaciones identificadas donde se asienta la

delincuencia organizada, y, por lo tanto, la escalada de violencia va en aumento, con especial atención en los cinturones de pobreza, en las sociedades frágiles, donde se presentan mayormente grupos vulnerables y donde la presencia estatal es insuficiente, factores determinantes para la falta de acceso a servicios públicos y derechos fundamentales, educación, salud, trabajo, seguridad, acorde al plan de desarrollo nacional del buen vivir haciendo efectiva la norma constitucional, que posibilite la convivencia de las personas, implementando varios programas periódicos a corto, mediano y largo plazo que tiendan a fortalecer y cohesionar el tejido social en varios sectores principalmente educación pública, salud y fomento productivo, volviendo a crear confianza en las instituciones del poder público; reforzando la presencia del Estado, con acciones concretas orientadas en cada área, para favorecer a la población a nivel nacional, midiendo mediante resultados, los objetivos realizables en torno a la eficacia de las acciones, como elemento de la democracia, construyendo en el día a día una sociedad inclusiva de orden, pacífica y de oportunidades.

Educación. El Estado debe cumplir con el eje principal de transformación de la Educación Pública, ampliando el radio de acción, a nivel nacional, en educación primaria, secundaria, media y superior. Este derecho humano no depende de ningún gobierno, sino que es un derecho fundamental de las personas, único que promueve el desarrollo integral, creando condiciones de igualdad y de futuro. Priorizar la inversión en el conocimiento, replantándose ante las circunstancias, cambiar el modelo educativo de forma que no existan limitantes de ningún tipo y que se optimicen los recursos en las poblaciones de más difícil acceso por distancia, adecuaciones, que cuenten al menos con las escuelas a distancia, bajo supervisión de las direcciones seccionales o distritales del Ministerio de Educación, únicamente a través de la educación se pueden insertar a las personas al desarrollo y fomento productivo.

Seguridad Nacional. Es necesario articular un plan de seguridad a nivel nacional, esto pese a las limitaciones representa un reto fundamental, devolver las competencias a la policía nacional, puesto que las calles están ausentes de agentes del orden, para que cumpla en forma activa con la seguridad ciudadana, que signifiquen un giro en la gestión de la política de seguridad del Estado como su tarea fundamental, redoblando los esfuerzos donde se ha identificado mayor crecimiento de los índices de violencia, con el apoyo de los elementos de la fuerza de tarea conjunta, intensificando las acciones de inteligencia policial en las actividades del eje preventivo; y lucha contra la delincuencia, juntamente con organismos a fines, intensificando el control progresivo en las calles, y sectores donde deben extenderse los operativos anti

delincuencias a nivel nacional, incluidas las cárceles, en forma permanente respecto quienes tienen la tarea de vigilar por la seguridad en los centros penitenciarios. Elementos del orden que debe rotar y obligatoriamente deberían tener formación policial, dotando también de apoyo logístico, técnico y tecnológico para cumplir este objetivo. Alineándose con el ministerio del ramo y sus organismos al estricto control migratorio, que desborda la capacidad del país ocasionando grave desplazamiento de la mano de obra ecuatoriana en el sector laboral y de este resultado surgen otros fenómenos sociales que agudizan el problema actualmente.

Fortalecimiento del Sistema de Justicia. Es crucial fortalecer el sistema de justicia, ya que su acceso constituye un derecho humano haciendo un diagnóstico a nivel nacional, identificando los sectores donde se requiere implementar la presencia de la justicia penal, incluyendo la paridad y alternabilidad en la administración de justicia, de manera que jueces, fiscales, y defensores públicos, respondan ante las necesidades de la población, con una justicia de calidad, la preparación constante a través del organismo encargado del proceso de selección de jueces y juezas, en procesos transparentes, que además se incluya el enfoque de género como un instrumento integral que promueva la importancia en términos de derechos humanos.

Independencia Judicial protegiendo a los jueces y juezas de presiones políticas, mediáticas o de otros poderes, mejorando la calidad de vida de las personas en los casos sometidos a su conocimiento tengan una respuesta frente a las circunstancias propias de cada caso, incluyendo en su actuar la ética judicial, la probidad, en los operadores de justicia, mejorando los sistemas de control internos de rendición de cuentas y los sistemas de participación ciudadana denunciando los casos de corrupción, previniendo y sancionando a los malos elementos que mancillan el honor de hacer justicia, devolviendo la confianza a la ciudadanía.

La justicia debe representar el más alto valor de los países democráticos; así también la institucionalidad, para la protección de derechos de las personas, de los justiciables, es esencial para la protección de los grupos vulnerables y así garantizar el goce efectivo de los derechos humanos. La justicia y la institucionalidad actualmente son un reto, para todos los organismos nacionales e internacionales que tienen esta tarea fundamental para la legitimidad del Estado y su capacidad de gobernar.

Desterrar la corrupción en la justicia es un deber primordial ya que sus consecuencias son nefastas y significan un debilitamiento del Estado de

Derecho del sistema democrático que fomentaría que impere la impunidad y el crimen, lo cual sería lo contrario a los principios propios del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Gaviria, Vicente Emilio (2005): "Responsabilidad civil y responsabilidad penal". En Derecho Penal y Criminología Nro. 78 [25-52].
- Irigoyen, Luciana (2005): "Problemas constitucionales a partir de la indeterminación temporal en la medida de seguridad de reclusión manicomial prevista en el Art. 34 inc. 1º del Código Penal Argentino". En Pensamiento Penal, núm. 4 [1-76].
- Martos, Juan Antonio (1988): El principio de intervención penal mínima. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Molero, Paz (2008): "Derechos Fundamentales y Dignidad Humana". En Cuenta y Razón, núm. 4. [35-56].
- Rivadeneira Guijarro, Giovanni (2018): En Rutas para la Protección de Derechos de las Personas con Discapacidad. CONADIS, Quito
- Sánchez Martínez, María Olga (2004): Los principios en el derecho y la dogmática penal. Madrid: Dykinson S.L.
- Sánchez Montenegro, Elkin A (2017): "¿Diversidad funcional o discapacidad?: reflexiones para el debate" En Ciencia y Tecnología para la Salud Visual y Ocular, núm. 2 [7-11].
- Trujillo, Omar; POVEDA, Jorge (2012): Manual de Derechos Humanos para servidoras y servidores del Ministerio del Interior. Quito: Ministerio del Interior.

CASOS

- CIDH, Ximénez López Vs. Brasil, 4 de julio de 2006.
- CRPD, Manuway (Kerry) Doolan Vs. Australia, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del artículo 5 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación Nro. 18/2013, de 30 de agosto de 2019

JURISPRUDENCIA

- Alda.S. (2019). "Fuerzas Armadas entrenadas para la defensa exterior, apoyando la lucha contra el crimen organizado. ¿Qué cambios se requieren? ¿Adaptación, modernización o transformación?"
- Angulo, A. T. S. (2022). La tenencia y porte de armas traumáticas frente a los procesos penales en Ecuador. Tesis de doctorado. Universidad Regional Autónoma De Los Andes "Uniandes".
- Apolo, J. y Jiménez, P. (2015). La Legítima Defensa, como Causal de Destrucción de la Antijuridicidad, en el Ordenamiento Jurídico del Proceso Penal.

- Aristegui, Julio (1994). *Violencia, sociedad y política: la definición de la violencia*, pág.37. Recuperado de: <https://n9.cl/edesp1>
- Asamblea Nacional. (2021). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Lexis Finder. Conceptos Juridicos.com. (2019). *Cómplice*. Recuperado de: <https://n9.cl/0o67q>
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de Derecho Penal*. Editorial Temis S. A.
- Balcázar, J., Cedeño, Y., & Henao, J. (2022). *Análisis sistemático de la defensa legítima privilegiada en marco del estado social de derecho y sistema penal acusatorio en Colombia*. Universidad Cooperativa De Colombia Programa De Derecho Campus Arauca.
- Basabe, S. PRIMICIAS. *Diario de Septiembre 4 de 2014*. Artículo. ¿Opera una mafia en Ecuador? PRIMICIAS. *Diario*. Recuperado de: <https://n9.cl/4v5eap>
- Benavides Benalcázar, M (2017). *La aplicación del principio de oportunidad como mecanismo de política criminal en la administración de justicia penal en Ecuador*, tesis doctoral, Universidad de Salamanca.
- Benavides, C. F; Benavides, J. C; Santillán Molina, A. L; Ned V. Quevedo. N. V. (2023). *Seguridad ciudadana, uso progresivo de la fuerza y su aplicación en las manifestaciones de Ecuador, 2019-2022*.
- Cabrera, F., & Villegas, A. (2018). *Razones jurídicas para modificar el artículo 279 del código penal, respecto a la posesión ilegítima de armas de fuego por parte de los integrantes de la pnp que se encuentran en situación de retiro por medida disciplinaria*. Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo.
- Carta al Presidente Noboa sobre el “conflicto armado interno” y las violaciones de derechos humanos en Ecuador. Recuperado de: <https://n9.cl/1m3lu>
- Cevallos, E. C. (2020). *Uso progresivo de la fuerza policial. Estudio de los lineamientos en Ecuador en perspectiva comparada con Perú y Colombia*. (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar.
- Código Orgánico de la Función Judicial, Quito (2009)
- Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional, Quito (2014)
- Comité Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas
- Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONIE. *Con Difamaciones De Lasso Arrancaron Las 10 Mesas De Diálogo*. <https://acortar.link/r9cboz>
- Constitución de la República del Ecuador, Quito (2008)
- Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Asamblea General de las Naciones Unidas (2006)

- Corzo Salazar, C. (2020). Deserción escolar. <https://n9.cl/ti72>
- COUNCIL OF EUROPE. Manual de Educación en los Derechos Humanos con jóvenes. <https://n9.cl/dew8z>
- Declaración de las Naciones Unidas de 1994 sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional. Anexo de resolución de la Asamblea General de la ONU 49/60, "Medidas para eliminar el terrorismo internacional", 9 de diciembre de 1994. [1] S/RES/2178 (2014). CONSEJO DE SEGURIDAD DE LA ONU. Recuperado de: <https://n9.cl/8zwutz>
- Decreto Ejecutivo N.111. Enero 9 del 2024. Recuperado de: <https://n9.cl/ndzhov>
- Decreto N. 730 del 3 de mayo del 2023. Presidente Guillermo Lasso. Recuperado de: <https://n9.cl/16azyz>
- Decreto N. 730. Presidente Guillermo Lasso.
- Diccionario Español BAB.LA. (10 de octubre de 2023). Significado de Convivencia. Recuperado de: <https://n9.cl/yw3a4>
- Diccionario Panhispánico. (12 de 10 de 2020). Sicariato. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/sicariato>
- ECUAVISIA. Noticia a Fondo. Julio 15 del 2024. Los seis meses de conflicto armado interno dejan dudas de su efectividad. Recuperado de: <https://n9.cl/yv6ve>
- El Comercio. (2023). Muertes violentas disminuyen en provincias que rige estado de excepción, asegura Gobierno. Recuperado de: <https://n9.cl/qw29q>
- El Mercurio. (2020). ETAPA EP monitorea 30.000 sumideros para prevenir represamientos e inundaciones. Recuperado de: <https://n9.cl/frko2h>
- El Universo. (21 de enero de 2022). Bandas criminales "se han dividido territorios" en Monte Sinaí y en Guasmos, sectores de los dos distritos más violentos de Guayaquil. <https://n9.cl/z3i4i>
- El universo. Diario del 19 de enero del 2024. Consulta popular: Noboa propone otorgar indultos a policías y militares antes de que se determine su inocencia o culpa por uso de la fuerza. Recuperado de: <https://n9.cl/oj05c>
- Enciclopedia Jurídica. (2022). Delito. Recuperado de: <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/delito/delito.htm>
- Fernández Lecchini, J. C. (2017). La concepción del delito. Recuperado de: <https://n9.cl/g988k>
- Hans, W. (1956). "Derecho Penal. Parte General." Roque Depalma Editor Buenos Aires.
- Hernández Alvear N., González Garzón M., Sandoval Vallejo V. «¿Pueden las fuerzas armadas intervenir en el crimen organizado transnacional?».

- USFQ Law Review, Vol 9, no 2, octubre de 2022, pp. 19 - 39, doi: 10.18272/ulr.v9i2
- Human Rights Human. Carta al presidente Noboa sobre el “conflicto armado interno” y las violaciones de derechos humanos en Ecuador. Recuperado de: <https://n9.cl/6ealc>
- Human Rights Human. Carta al Presidente Noboa sobre el “conflicto armado interno” y las violaciones de derechos humanos en Ecuador. Recuperado de: <https://n9.cl/6ealc>
- Human Rights Watch. Recuperado de: <https://n9.cl/6ealc>
- Human Rights. <https://n9.cl/4htr34>
- Hurtado, J. y Zambrano, H. (2021). La Legítima defensa en el Ecuador: Un estudio actualizado.
- INFOBAE. <https://n9.cl/mkxv36>
- Kelsen, Hans. Principios de Derecho Internacional Público. Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1952.
- LA HORA. Diario. Septiembre 27 del 2023. Puertos marítimos de Ecuador son considerados “centros logísticos” del tráfico de droga. Recuperado de: <https://n9.cl/ujda6m>
- LAVOZDEAMERICA. Human Rights Watch denuncia violaciones a los DDHH en Ecuador tras decreto de conflicto armado. Recuperado de: <https://acortar.link/DtBnEs>
- Ley Orgánica de Discapacidades, Quito (2012)
- Lissardy, G. (12 de julio de 2019). Por qué América Latina es la región más violenta del mundo (y qué lecciones puede tomar de la historia de Europa). Recuperado de: <https://n9.cl/yxgmrz>
- López, M. (2021). La Aplicación de la Legítima Defensa como Eximente de Responsabilidad Penal en los Delitos de Parricidio en el Contexto de Violencia Conyugal Física, en la Fiscalía Provincial Mixta del distrito Surcubamba, 2020. Universidad César Vallejo
- Maldonado Paredes, M., & López Soria, Y. (2022). El uso progresivo de la fuerza de los servidores policiales frente a los derechos humanos. Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas, 5(S1)
- Martínez García, Nahia. “LA LEGITIMA DEFENSA”. Tesis Doctoral, Universidad de León, 2016-2017.
- Mela, C. (26 de enero de 2023). Más de 500 niños y adolescentes han sido asesinados desde el año 2020 en Ecuador. El País. <https://n9.cl/v4ywx>
- Mestre, E. (2018). Legítima defensa: Estudio Doctrinal y Jurisprudencial.

- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Comunicado de prensa: Fuerzas Armadas combate el terrorismo en el territorio nacional. Recuperado de: <https://n9.cl/2f53d>
- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL. Comunicado de prensa: Fuerzas Armadas combate el terrorismo en el territorio nacional. Recuperado de: <https://n9.cl/2f53d>
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, Derecho internacional público. Cuarta edición. Editorial Temis, Bogotá 1998.
- Montaño, S. (2019). "Estudio Jurídico de la Legítima Defensa". Universidad Autónoma del Estado de México
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2020). Fundamentos sobre armas de fuego y municiones. Todos los derechos reservados.
- Olmedo Caiza, Silvia. "El exceso de la legítima defensa y la responsabilidad penal". Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Chimborazo, Ecuador, 2022.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1373 (2001). Numerales 3,4,5.
- Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Seguridad. Resolución 1566 de 8 de octubre de 2004.
- Organización Panamericana de la Salud. (2020). Prevención de la violencia. <https://n9.cl/0cl9c>
- Paolillo, F. (2003). Evolución del Principio del no uso de la Fuerza.
- Paredes, C. (2003). Sobre el concepto de derecho penal del riesgo: algunas notas. Universidad de León (España). Revista Nº 4 jul.-Ago. 2003. Recuperado de: <https://n9.cl/0o0l18>
- Patricio Alarcón. Presidente de la Cámara de Comercio y del Comité Empresarial. <https://acortar.link/UTA5g9>
- Plaza, G. (2015). Plan Estratégico Institucional 2011-2015. Dirección de Planeamiento y Reingeniería Organizacional.
- Primicias. (9 de noviembre de 2022). 374.000 personas viven en mendicidad o son niños trabajadores. <https://n9.cl/b9iih>
- PRIMICIAS. Diario. Septiembre 4 del 2024. Aumenta en 41% la incautación de cocaína en puertos marítimos. <https://n9.cl/i6sifm>
- PRIMICIAS. Periódico. Martes, 3 de septiembre de 2024. Bancadas ofrecen amnistía a policías y militares que "den de baja a criminales". Recuperado de: <https://n9.cl/p1vrq>
- Quintana, Juan. Derecho Internacional Público Contemporáneo. (Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2001). p. 67.

- Radio Centro 101.3 Fm. (28 de agosto de 2023). Presuntos extorsionadores en Guayaquil reciben medidas cautelares y no irán a prisión. Recuperado de: <https://n9.cl/8jn37>
- Ramos Rodríguez, E. (s.f.). En Torno a la Teoría del Delito. Universidad de Oviedo.
- Real Academia Española. (2023). Principio de Taxatividad. Recuperado de: <https://n9.cl/agu3i>
- Reglamento a la Ley Orgánica de Discapacidades, Quito (2017)
- Rettig, M. (2019) Derecho Penal Parte General
- Rodríguez, D (2019). El involucramiento militar en materia de seguridad pública: una cuestión inconclusa que se reinstala en Latinoamérica ante el desafío del crimen organizado transnacional. Revista Cielo. Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos versión On-line ISSN 2477-9245 versión impresa ISSN 1390-8081. <https://n9.cl/1vd00v>
- Rodríguez, D. (2019). El involucramiento militar en materia de seguridad pública: una cuestión inconclusa que se reinstala en Latinoamérica ante el desafío del crimen organizado transnacional. Investigador en la Universidad Del Salvador, Argentina. <https://n9.cl/g6hj6q>
- Roxin, C. (2002). Política Criminal Y Sistema Del Derecho Penal, 2a edición. Buenos Aires, Hammurabi.
- Sentencia No. 33-20-IN/21 y acumulados
- Solinet. (26 de febrero de 2024). Ecuador: Los niños no son víctimas colaterales, son víctimas directas de la violencia. Recuperado de: <https://n9.cl/pxxtb3>
- The Washington Post. Por Samantha Schmidt y Arturo Torres. Recuperado de: <https://n9.cl/udnu1>
- TORRES, H. (2019). La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de terrorismo: El terrorismo, ¿riesgo en el tráfico jurídico y empresarial? Universidad de Almería. Recuperado del sitio Universidad de Valparaíso Chile.
- Valcárcel, Juan. Beligerancia, terrorismo y conflicto armado: no es un juego de palabras.
- Valdés, D. P. (2018). ¿Es el porte y tenencia ilegal de armas un delito permanente?
- Verá, J. (2017). La legítima defensa y elección del medio menos lesivo. Revista Ius et Praxis.
- Voz de América. "Ecuador es el país más inseguro de Latinoamérica, según Gallup. Recuperado de: <https://n9.cl/i3myz9>

- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. 2008. "Manual de Derecho Penal. Parte General". 2ª edición 2ª reimpresión. Bs.As.
- Zalaquett, José. Conceptualización del terrorismo: un punto de vista normativo. En Revista UDH / instituto Interamericano de Derechos Humanos. – N.1 (enero /junio 1990) -San José, C.R.: El Instituto. pp. 39-72.

FIECYT EDICIONES

[Cámara Ecuatoriana del Libro]

Nº Radicación: 157059



Este libro se terminó de diagramar el 21 de octubre de 2024 en los talleres de la Editorial FIECYT de la Fundación Internacional para la Educación la Ciencia y la Tecnología, "FIECYT" —se usó como tipografía base Arial 13 pt, papel bond de 0,75 gramos para un tiraje de 200 ejemplares— siendo presidente ejecutivo de FIECYT, el MSc. Luis Alberto Castillo Sánchez



Fundación Internacional para la Educación la
Ciencia y la Tecnología

USO DE LA FUERZA Y LA JUSTICIA:
DESAFÍOS JURÍDICOS ANTE LA
VIOLENCIA Y LOS DERECHOS HUMANOS

ISBN: 978-9942-7233-7-6

