

PROYECTO DE LEY ORGÁNICA REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

2016-08-22 13:08:03 D. P.

Exposición de motivos

La proporcionalidad de las penas

En la legislación penal ecuatoriana existen penas desproporcionadas, se fomenta el abuso de la prisión preventiva y se exacerba figuras delictivas que se contradicen con el Estado de derechos y justicia. El presente proyecto busca, en alguna medida, constitucionalizar el Derecho Penal y mitigar los efectos del poder punitivo. A dos años de vigencia del Código Orgánico Integral Penal (COIP) se puede establecer un balance preliminar sobre su efectividad en términos de Derechos Humanos, a partir de evidencias cualitativas (casos) y cuantitativas (cifras) que observamos en el trabajo diario de la Defensoría Pública.

El numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador exige que las penas deban ser proporcionales al daño causado por el delito, garantía que aún no se ha desarrollado en nuestro sistema penal. Las penas para muchos delitos son desproporcionadas. La doctrina ha entendido que la pena es uno de los fenómenos más complejos de establecer en el entramado de la norma penal. Desde la teoría, no se ha llegado a un consenso ni a una convicción científica de saber para qué sirven.

Sin embargo, independientemente de las teorías absolutas o relativas, la pena es un hecho político, de competencia político-criminal del legislador o gobierno de turno, surgida muchas veces de reacciones impulsivas alrededor de la conflictividad social. A pesar de ser la política quien establece la pena, esta no puede salirse de los parámetros de la proporcionalidad que demanda la Constitución. Es ahí donde se exige que el legislador no pierda los límites temporales para su construcción, evitando que su predeterminación política desborde no solo el sentido común, sino también el mínimo criterio jurídico para su cuantificación.

Las siguientes reflexiones tienen la intención de mostrar los principales hallazgos que el Código Orgánico Integral Penal (COIP) presenta respecto del quantum de la pena. La cantidad de la pena no puede ser un ejercicio ligero del azar legislativo, sino más bien el resultado de una estricta revisión criminológica, tanto cualitativa como cuantitativa. Al final, la pena es materialmente la imposición de dosis de dolor sobre quienes han cometido infracciones, la cual se mide por una sustracción física y temporal de sus cuerpos. Lejos queda la posibilidad de reinsertarlas a la sociedad, pues el encierro es simplemente un castigo. De ahí que el principio de proporcionalidad de las penas no solo deviene como un ejercicio metodológico, sino también como una crítica en sí al Derecho Penal (1).

El catálogo de delitos del Código Penal anterior mantuvo cierta rigidez en la definición de los tipos penales. No obstante, ya en el Registro Oficial No. 555 del 24 de marzo de 2009, la Asamblea Nacional – entonces Congreso Nacional– modificó la cuantía de la pena por el avalúo de los bienes en los delitos de robo y hurto para así diferenciarlos como delito y contravención (2). Antes de esta modificación, el entonces artículo 607.1 del Código Penal consideraba como contravención de robo o hurto al bien sustraído cuya cuantía no había superado un salario mínimo vital general (3), que era penable hasta con siete días de privación de la libertad.

Frente a la desproporcionalidad de la cuantía y la pena en el robo y hurto, la Asamblea Nacional decidió en 2009 elevar el techo del valor (daño cuantificable) del bien sustraído, generando una forma de despenalización, esto es, racionalizando la cantidad de la pena impuesta en función del daño causado al bien jurídico protegido. Aquello tuvo un claro sustento criminológico (4), pues la mayoría de las personas privadas de la libertad en nuestro país para el año 2009 esto es, cerca del 40% (5) estuvieron encerradas por cometer delitos contra la propiedad de baja cuantía. Se trata nada menos que de la denominada delincuencia torpe, es decir, de personas que son fácilmente ingresadas al sistema penal porque sus actividades son pesquisables sin el menor análisis en relación con los denominados delitos de “cuello blanco” o la cyberdelincuencia.

Las víctimas y detenidos por este tipo de delitos tienen un claro componente selectivo: recaen sobre personas de escasos recursos económicos. Vale recordar que los procesos de criminalización, victimización y policización (6). selectividad estructural– se ubican en su mayoría sobre estos grupos marginalizados. Así, tanto la mayoría de los infractores como la mayoría de las víctimas provienen de los sectores populares del país. De ahí que en la criminalización secundaria o de campo son atrapadas las

personas más débiles de la sociedad, algunas de ellas por ser etiquetadas con estereotipos sociales (7).

Existe una distorsión entre las normas que protegen el bien jurídico de la propiedad privada y las desigualdades estructurales que han agudizado la pobreza y pobreza extrema. Parecería que, sin importar la solución estructural, muchas normas han tendido a defender a ultranza la propiedad privada. Así, el Código Civil ha protegido la plusvalía que emerge en el hecho del matrimonio bajo la forma de sociedad conyugal o de bienes (Libro I); en las formas de dominio (Libro II); en la sucesión por causa de muerte (Libro III); y, en las formas, requisitos o modalidades de los contratos (Libro IV). La legislación penal tampoco se ha diferenciado de este núcleo, debido a la rigidez de las normas que tipifican los delitos contra la propiedad.

La reforma del año 2009, que elevó la cuantía del daño material para tipificar al robo como delito a partir de un reporte superior a tres remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general (8), colocó por primera vez en cuestión a la política criminal que protege el bien jurídico de la propiedad. El mensaje fue claro: existen otras formas más humanas y eficaces de reparar el daño. La reforma del artículo 607.1 del Código Penal marcó, sin duda, un enfoque distinto en la norma penal al establecer un parámetro de proporcionalidad en el reporte material o económico del daño causado.

Esta reforma, sin embargo, tuvo un embate conservador. Se criticó a la nueva definición de robo y hurto de “promover la impunidad” y dejar como contravención al arrebato a la propiedad que no superaba las tres remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general. Sin existir base empírica ni comprobarse que la reforma había producido más robos e impunidad, la Asamblea Nacional se aprestó a realizar su contrarreforma un año después, es decir, en marzo de 2010. Así, se volvió a modificar todo el artículo 607.1, aumentando la pena de uno a siete días por la pena de uno a treinta días de prisión que implicó también una reforma a la parte general del Código Penal, pues nunca antes se había concebido la pena de treinta días de prisión para sancionar contravención alguna. El techo de las contravenciones se cuadruplicó hasta para aquellas penas que sancionaron acciones como la visita a casinos (607.5) o la falta de respeto con cualquier gesto a los parientes en línea ascendente (607.9).

En el año 2010 se produce un giro punitivo en la política criminal, que va a reflejarse en el inicio del aumento de la tasa de encarcelamiento en el país. De forma criticable e incomprensible, la contrarreforma de 2010 no sólo que elevó de una semana a un mes la pena en las contravenciones de cuarta clase, sino que se expulsó como contravención al robo cuya cuantía se medía por la sustracción de un bien avaluado en menos de tres remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general. Desapareció el “robo contravencional”, dejándolo exclusivamente como delito en el artículo 550 del Código Penal, es decir con una escala de castigo de uno a cinco años de prisión, sea cual fuere la cuantía del bien sustraído y el daño ocasionado al bien jurídico protegido. Además, se redujo la cuantía del “hurto contravencional” de tres a media remuneración básica del trabajador en general (50% de una RMU), convirtiendo automáticamente en delito cualquier hurto superior a la media remuneración. Asimismo, el tipo contravencional de hurto sufrió graves cambios, pues cualquier reincidencia lo convirtió automáticamente en delito sin importar su cuantía o daño material.

La reforma del 2009 fue insuficiente. Lo prudente era que se distinga al robo con amenazas o violencias sobre las personas del que se comete solo con fuerza en las cosas. Los imaginarios sociales sobre el robo tienden a asociarlo con la agresión física y el estrés postraumático. Incluso, las autoridades de justicia creen erróneamente que el bien jurídico protegido en el delito de robo es la vida o la integridad física mas no la propiedad, nada más alejado del Derecho, pues el bien jurídico protegido es exclusivamente la propiedad. El sentimiento de inseguridad alrededor del robo genera un reproche social si se ejerce coaccionando la integridad física de las personas (9). Este fue uno de los elementos que la contrarreforma de 2010 aprovechó en función del punitivismo, securitismo y eficientismo penal.

Además, a partir del 29 de octubre de 2012, se implementó en el país un nuevo modelo de gestión para el manejo de la detención en los delitos flagrantes, del que el Consejo de la Judicatura de Transición (CJT) sostuvo:

“El objetivo final de este proyecto [Unidades Interinstitucionales de Flagrancia] es multiplicar el número de casos que llegan a juicio y responder al clamor ciudadano de disminuir la impunidad y contribuir a la mejora de la seguridad” (cursivas fuera del texto) (10).

El aumento acelerado de la tasa de encarcelamiento, que venía en incremento dos años antes y en coincidencia con la contrarreforma de 2010, se afianza aún más con la creación de las unidades de

flagrancia diseñadas precisamente para procesar delitos contra la propiedad. En menos de cuatro años, la tasa por 100.000 habitantes se incrementó de 78 (2009) a 166 (2016), es decir, más del 100%. Entre 2009 y 2016 se incrementó más de 17.000 personas privadas de la libertad.

Mediante la contrarreforma de 2010, la selectividad penal enfatiza la persecución de los eslabones más débiles de la sociedad, priorizando el castigo de los grupos marginalizados. Habían quedado en el aire interrogantes como: ¿encerrando a los pequeños infractores contra la propiedad se garantiza la seguridad ciudadana?, ¿existe un quantum científico para el establecimiento de la pena?, ¿se aplicaron los criterios de proporcionalidad para su determinación legal?, ¿hubo una nueva pena creada con justicia? En este sentido, Luigi Ferrajoli distingue tres facultades para la confección de las penas relacionadas con las funciones de la clásica y tripartita separación de poderes (11). De esta forma, hay una función de predeterminación de la pena en el poder o función legislativa; de determinación de la pena que se verifica en el poder o función judicial; y, de post-determinación de la pena que se realiza a través del poder o función ejecutiva por intermedio de las agencias de la administración carcelaria. Para determinar la pena, Ferrajoli reconoce la seria dificultad que encuentra el legislador en cuanto al estudio del nexo entre la parte objetiva, basada en la gravedad o daño causado por el delito, y la parte subjetiva, basada en la culpabilidad del infractor, ahondada aún más para el establecimiento del límite entre los pisos y los techos, pues subraya el referido autor:

“Más difícil es medir el coste de las penas privativas de libertad. Una de estas penas puede en efecto procurar, aunque solo sea por su carácter deshonroso, una aflicción superior a la ventaja proporcionada incluso por los delitos no leves. Por esta razón, a mi juicio, al menos para las penas privativas de libertad no está justificada la estipulación de un mínimo legal: sería oportuno, en otras palabras, confiar al poder equitativo del juez la elección de la pena por debajo del máximo establecido por la ley, sin vincularlo a un límite mínimo o vinculándolo a un límite mínimo bastante bajo” (12).

Lejos de ser potestad legislativa o judicial, lo cierto es que existe una crisis de mensurabilidad para la predeterminación de la pena que se reprodujo en el COIP, el año 2014. En este sentido, se hace necesaria la distinción entre la pena impuesta bajo la filosofía de la justicia retributiva y la pena que deviene de la justicia distributiva (13).

Ambas caen en un argumento circular que no se compadece con la realidad del encierro ni la medición del daño material. La justicia distributiva hace ver que las escalas de castigo deben ser medidas por la gravedad u objetabilidad de las infracciones en cuestión. Así, la pena debería al menos cumplir con los siguientes elementos:

1. Incluir la objetabilidad del delito, la cual se relaciona con la culpabilidad del infractor;
2. Estimar la gravedad del delito sobre la base del daño efectivo comprobado empíricamente; y,
3. No incluir la severidad del castigo como parte integrante de la relación objetabilidad/gravedad.

Esto estructuraría una base para la determinación legislativa y judicial de la pena. El tiempo de encierro de una persona culpable podría cuantificarse proporcionalmente en función de los niveles de violencia y aún más del reporte del daño material causado, develando una clara necesidad de separar y comprobar estos dos supuestos de hecho. Esta solución se funda a su vez en una racionalidad matemática de lo penable. El legislador es un cuantificador del tiempo de encierro, el cual es medido por la gravedad del delito y la culpabilidad. La objetabilidad/gravedad se relaciona por su comparación con los demás delitos, diferenciándolos entre los que tengan o no violencia. De esta forma, se evitaría el excesivo grado de discrecionalidad en la construcción de las penas, pues lo óptimo sería que la pena proyecte una relación entre la culpa y el castigo mediante un equilibrio entre el dolor del delito y el dolor del castigo.

La pena es un hecho político más que jurídico; sin embargo, el tipo penal de robo permite caracterizar y diferenciar el daño material del dolor traumático de la acción ejercida con amenazas o violencia sobre las víctimas. Por ello, es posible cuantificar el juicio de reproche si el robo solo se produce con fuerza sobre las cosas, bajo el mismo axioma que establecen los tipos penales de “enriquecimiento ilícito” (Art. 279 COIP), el “lavado de activos” (Art. 317 COIP) o los “delitos contra la administración aduanera” (Arts. 299 y siguientes COIP) al gradar sus penas, es decir, sobre la base de los salarios básicos unificados del trabajador en general reportados como daño. Asimismo, es posible caracterizar la pena si el robo se comete solo con amenazas sobre las personas.

Por otra parte, el establecimiento de las atenuantes desde la Edad Media tuvo históricamente la intención de eliminar o descartar las posibles absoluciones frente a lo que hoy conocemos como duda razonable

(14). Se trató en suma de colocar “beneficios” dogmáticos a la pena, los cuales sirven para aliviar no eliminar– su dolor al momento de la condena.

Las agravantes, por su parte, reproducen parte de la legislación del extinto Código Penal. Esta “estructura” se caracteriza por ser redundante al reiterar con otras palabras las agravantes establecidas incluso en algunos tipos penales. La redundancia no solo contribuye a un desborde irracional del poder punitivo sobre la persona procesada, sino que además podría generar impunidad sobre la víctima al no estar claras las “reglas de juego”.

De cualquier forma, el artículo 44 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece una fórmula de cálculo que es abiertamente desigual. Para las atenuantes –que solo son seis– se exige la acreditación de dos para reducir un tercio de la pena contado desde su piso; mientras que para las agravantes que son veintiocho– solo basta la acreditación de una para aumentar un tercio de la pena contada desde su techo. Así, si una persona puede acreditar atenuantes no solo que debe probar dos, sino que únicamente se haría beneficiario de una reducción menor frente a las agravantes, donde estaría más propenso a ser tachado y además recibir una pena mayor. Así por ejemplo, de comprobarse dos atenuantes en un delito sancionado con una escala entre uno y tres años de castigo, la reducción apenas sería de cuatro meses. No obstante, de acreditarse tan solo una agravante podría recibir una pena de cuatro años, es decir, un aumento de doce meses más en comparación con las atenuantes, como ha ocurrido en la reciente condena por “paralización de un servicio público” en el llamado Caso Saraguros (Proceso No. 11313-2015-00435) emitida por el Tribunal de Garantías Penales de Loja.

Aunque se hayan eliminado las causales fundadas en el peligrosismo de las personas y estén formalmente proscritas por el COIP, la fórmula de cálculo disímil entre las atenuantes y agravantes reproduce esta filosofía en la práctica (15). De ahí que es necesario establecer un mismo parámetro tanto para las atenuantes como para las agravantes, basados en el principio indubio pro reo. Para ser coherentes con el principio de legalidad, en el presente proyecto se propone que la existencia de agravantes implique la imposición de la pena máxima establecida en el tipo penal; y, que además, promuevan la reducción de un tercio de la pena mínima en caso de atenuantes.

1. *Ulfrid Neumann, “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, en Andrew von Hirsch et. al. (editores), Límites al Derecho Penal: principios operativos en la fundamentación del castigo, Barcelona, Atelier, 2012, p. 201 y ss*
2. *Esta división responde a la clasificación tripartita de las acciones punibles, y que originalmente en la legislación francesa se clasificaron como crímenes, delitos y faltas (contravenciones). El efecto es procesal, pues el procedimiento para el juzgamiento de los delitos no puede ser el mismo que el de las contravenciones.*
3. *Para el efecto de la multa en materia penal, el cálculo se fijaba como parámetro con cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 4,00).*
4. *Despenalizar es reducir la carga punitiva en un tipo penal, mientras que descriminalizar es extirpar del ordenamiento jurídico penal una infracción.*
5. *Censo Nacional Penitenciario, cerrado a julio de 2008. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la República del Ecuador.*
6. *Por ley penal debe entenderse específicamente la producción legislativa en la materia, sea ésta sustantiva, adjetiva o ejecutiva –a ello se le denomina también como criminalización primaria–. Por poder punitivo, la aplicación manifiesta o latente de la ley penal por parte de las agencias ejecutivas (a ello se denomina también como criminalización secundaria). Eugenio Raúl Zaffaroni, Estructura Básica del Derecho Penal, Ediar, Buenos Aires, 2009, pp. 27-28.*
7. *Taylor, Ian, Paul Walton y Jock Young, La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada, Amorrortu editores, Buenos Aires, [1973] 2007, p. 171.*
8. *En marzo de 2009, las tres remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general sumaron la cifra de seiscientos cincuenta y cuatro dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 654,00).*
9. *Gabriel Kessler, El sentimiento de inseguridad: sociología del temor al delito, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011, pp. 21-66*
10. *Véase Consejo de la Judicatura de la República del Ecuador, ¡Cumplimos! Rendición de cuentas julio 2011 – enero 2013, Quito, Consejo de la Judicatura, 2013, p. 185.*
11. *Luigi Ferrajoli, Derecho y Razón, Trotta, Madrid, 2009, pp. 397-410.*
12. *Ibíd., p. 400.*
13. *Thomas Mathiesen, Juicio a la Prisión, Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 79 y ss.*

14. *Para el Estado, la búsqueda de la verdad ha sido históricamente materializada a través de torturas, detenciones ilegales, autoincriminaciones, y en general, todo tipo de prácticas que desdican de la ética de un Estado de Derecho. Véase Michel Foucault, Defender la sociedad, Buenos Aires, FCE, 2000, pp. 33-47.*
15. *Para un extenso análisis del discurso de las clases peligrosas, véase Nils Christie, La industria del control del delito: ¿la nueva forma del holocausto?, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1993, pp. 65-77.*

LA NECESIDAD DE RACIONALIZAR EL USO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

En Ecuador existe un uso arbitrario de la medida cautelar de la prisión preventiva. Su uso excesivo produce una violación de los derechos fundamentales de las personas y de la presunción de inocencia, contraviniendo las disposiciones de la Constitución, los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos y los estándares internacionales. Estamos convencidos que, en el Ecuador y el mundo, la prisión preventiva es la más polémica y recurrida de las medidas cautelares en la praxis judicial. Su uso desmedido ha ocasionado serios perjuicios a los Derechos Humanos de las personas procesadas y al Estado. Una justicia penal moderna, que se precie de ser respetuosa de los Derechos Humanos, debe generar un equilibrio entre la presunción de inocencia y la seguridad ciudadana, es decir, entre el poder punitivo del Estado y los derechos y garantías de los ciudadanos procesados (aún no delincuentes). Lo importante es fortalecer un sistema de justicia penal que elimine todo tipo de arbitrariedades, sean de represión como de impunidad. No existe en el mundo un sistema de justicia penal perfecto, y en el Ecuador tampoco, pero tenemos la convicción que cada día podemos mejorar, siempre y cuando haya la voluntad para reconocer los errores y enmendarlos.

El proyecto de reformas que presentamos busca que el régimen de la prisión preventiva dentro del sistema de justicia penal en el Ecuador se apegue a los estándares internacionales; y, fundamentalmente, al principio del debido proceso, que señalan que únicamente se impondrá esta medida cuando las otras medidas cautelares no puedan garantizar la presencia del procesado a la audiencia de juicio y al desarrollo de la investigación fiscal. Lamentablemente, el uso de la prisión preventiva se ha generalizado, convirtiéndose en una pena anticipada (16). Encarcelar es el mecanismo más dañino y costoso (15 dólares diarios aproximadamente por persona) para garantizar la justicia. El mayor costo se da en moneda de Derechos Humanos, pues las personas privadas de la libertad retornan a sus hogares con menos salud, menor autoestima, menos posibilidad de llevar una vida normal y con un enorme estigma social. El uso racional de la prisión preventiva, al contrario de lo que se cree, contribuye a mejorar la seguridad pública y a humanizar los sistemas de justicia, pues permite enfrentar un proceso penal en libertad sin necesidad de romper los lazos familiares, sin descuidar el empleo o trabajo y sin desvincularse de su entorno comunitario, lo que genera mayores probabilidades para evitar la reincidencia.

A nivel universal se ha considerado que el uso de la prisión preventiva debe ser excepcional por ser ilegítima prima facie. Múltiples recomendaciones de organismos internacionales, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), han coincidido en reducir su impacto judicial para atenuar su aplicación político-criminal. Por muchas razones criminológicas, informes científicos, resoluciones de organismos internacionales y sentencias de altas cortes, la prisión preventiva debe ser de última ratio, debiendo ser las posibilidades de su exención mayores que las que empujen su aplicación; de lo contrario, estaríamos olvidando las múltiples condenas internacionales que ha recibido el Estado ecuatoriano, precisamente por su mala aplicación y abuso, como los casos Tibi, Suárez Rosero, Acosta Calderón, Chaparro Lapo, entre otros (17).

La Defensoría Pública ha identificado el problema de orden semántico que ha motivado a juezas y jueces de garantías penales a precipitar su aplicación. Este problema se mantiene nuevamente en el Código Orgánico Integral Penal (COIP). El artículo 534 se sigue alimentando de categorías abstractas, como considerar suficiente el tener “elementos de convicción suficientes” sobre la “existencia del delito” o la “autoría o participación” del procesado. Por tal razón, sugerimos incorporar el estándar establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ni aún con la existencia de elementos que determinen la responsabilidad del procesado se justifica la medida de prisión preventiva.

Para dar materialidad al uso de la prisión preventiva, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a través de la Convención Americana establece un orden jurídico según el cual, “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrario” (artículo 7.3); y, además, que toda persona “tendrá derecho a

ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (artículo 7.5). Asimismo, que: “[t]oda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (artículo 8.2).

De ahí que los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han interpretado y aplicado estas normas, estableciendo que de las mismas se desprenden, en síntesis, los siguientes estándares:

1. La detención preventiva debe ser la excepción y no la regla;
2. Los fines legítimos y permisibles de la detención preventiva deben tener carácter procesal, tales como evitar el peligro de fuga o la obstaculización del proceso;
3. Consecuentemente, la existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para decretar la detención preventiva de una persona;
4. Aun existiendo fines procesales, se requiere que la detención preventiva sea absolutamente necesaria y proporcional, en el sentido de que no existan otros medios menos gravosos para lograr el fin procesal que se persigue y que no se afecte desproporcionadamente la libertad personal;
5. Todos los anteriores aspectos requieren una motivación individualizada que no puede tener como sustento presunciones;
6. La detención preventiva debe decretarse por el tiempo estrictamente necesario para cumplir el fin procesal, lo que implica una revisión periódica de los elementos que dieron lugar a su procedencia;
y
7. El mantenimiento de la detención preventiva por un plazo irrazonable equivale a adelantar la pena.

Al fin y al cabo, lo que debería provocar de forma excepcional una pretensión de prisión preventiva no solo son los elementos de convicción, sino el grado de certidumbre en su fundamentación y motivación. Por estas razones, en este proyecto pretendemos limitar su uso excesivo, exigiendo que la agencia fiscal fundamente con base en evidencias que las otras medidas cautelares no son suficientes para asegurar la comparecencia del procesado al juicio; y, a su vez, que el juez en su decisión motive estas circunstancias. En este sentido, en la propuesta aclaramos el papel del denominado “parte policial”, como un elemento meramente referencial y no determinante en la administración de justicia penal. Por ende, no es el único insumo con que cuentan los fiscales o jueces de garantías penales, toda vez que esta información también puede ser corroborada a través de imágenes o grabaciones, versiones de testigos y del mismo sospechoso, entre otros. Por ello, de ninguna manera un parte policial puede ser considerado como “evidencia” dentro del proceso penal. Adicionalmente, la propuesta considera la creación de una unidad que evalúe riesgos y realice un monitoreo, seguimiento y evaluación de las medidas cautelares no privativas de la libertad, con la finalidad que ningún delito quede en la impunidad, como exponemos a continuación.

16. *Uno de los primeros estudios que develó el abuso de la prisión preventiva fue elaborado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) en la década de los 80's. Un resumen de esta investigación puede encontrarse en Eugenio Raúl Zaffaroni, Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina: Documentos y Cuestionarios Elaborados para el Seminario de San José, Costa Rica, 11 Al 15 de Julio de 1983, San José, ILANUD, 1984.*
17. *El antecedente del artículo 24 de la Constitución Política de 1998 fueron las constantes condenas que el Estado ecuatoriano tuvo ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El abuso judicial de la prisión preventiva es lo primero que resalta en casos como Suárez Rosero Vs. Ecuador (Sentencia 12 de noviembre de 1997), acápite XII, pp. 21-24; Tibi Vs. Ecuador (Sentencia 7 de septiembre de 2004), acápite XI, pp. 77-86; Acosta Calderón Vs. Ecuador (Sentencia 24 de junio de 2005), acápite X, pp. 32-38; entre otros. La violación de los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos nos conduce a evitar a toda costa un abuso de la prisión preventiva.*

LA INCORPORACIÓN DE LOS SERVICIOS PREVIOS AL JUICIO

Para evitar que las medidas cautelares no privativas de la libertad puedan burlar la legítima pretensión punitiva del Estado, en este proyecto promovemos la institucionalización de las “unidades de evaluación de riesgos” para establecer mecanismos que aseguren el debido manejo de la aplicación de las medidas cautelares preferentes a la prisión preventiva, que incluyan la evaluación de los riesgos, evaluación y monitoreo de su uso adecuado, así como la supervisión de las personas en libertad sujetas a medida cautelar personal y suspensión condicional de la pena.

Frente a los problemas que dimanaban del manejo judicial de la prisión preventiva, algunos países como Argentina, Chile, Estados Unidos, México, entre otros, han diseñado mecanismos de auxilio para informar a las y los jueces de garantías penales sobre la conveniencia de aplicar medidas cautelares, además de realizar un seguimiento de ellas en caso de ordenarlas a fin de evitar su incumplimiento. Se trata de un sistema que permita medir y sugerir a las y los decisores judiciales (jueces) sobre el uso de las medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva. Este sistema se conoce en la política internacional comparada como “Servicios Previos al Juicio”, para lo cual proponemos incluir un artículo a continuación del 525 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), creando esta institución. De esta forma, se garantiza técnicamente un uso más humano y eficiente de las medidas cautelares así como su real cumplimiento por parte de las personas procesadas, maximizando el derecho a la libertad y minimizando los riesgos de su potencial incumplimiento.

REFORMAS AL PROCEDIMIENTO DIRECTO

El artículo 640 del COIP, que regula el procedimiento directo, adolece de algunos vacíos y distorsiones que perjudican la aplicación de las garantías del debido proceso. Así por ejemplo, no se establece con claridad en qué momento se emite la acusación fiscal, impidiendo la aplicación del principio universal del derecho procesal acusatorio que reza que “sin acusación no hay juicio”, lo que está además contemplado en el artículo 609 del mismo COIP.

Por otra parte, la aplicación del procedimiento directo ha promovido la contaminación jurisdiccional a través de la violación del estándar de imparcialidad establecido en los instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos, al permitir que el juez que realiza la audiencia de calificación de flagrancia, y que ordena generalmente la prisión preventiva, sea el mismo que en pocos días conozca la audiencia de juicio directo y además dicte sentencia. Tampoco queda clara la necesidad de que, previo a la audiencia de juicio directo, se abra un momento de debate para conocer cuestiones prejudiciales, vicios de procedimiento, procedibilidad, etc., propias de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, y la posibilidad de una abstención fiscal y su concomitante sobreseimiento. Por ende, la propuesta corrige y aclara estas y otras disposiciones del artículo 640 del COIP a fin de maximizar las garantías del debido proceso, además de las que sistémicamente corresponden al modelo acusatorio-adversarial.

En relación al procedimiento abreviado, proponemos que el juez en la sentencia pueda dejar en suspenso la ejecución de la pena.

El modelo acusatorio de corte anglosajón tiene un dispositivo que acelera el proceso y economiza los costes del mismo. El denominado plea bargaining, implementa la institución del procedimiento abreviado, lo que promueve la celeridad y eficiencia del proceso a cambio de trato penológico benevolente. Tal es así que en la generalidad de las veces la razón de someterse a un procedimiento abreviado es la suspensión o alternativa al encarcelamiento. La suspensión de la pena es el mejor incentivo para solucionar en tiempos cortos delitos leves, evitando incurrir en grandes gastos y sacando del sistema judicial delitos que no merecen tramitarse bajo las lógicas del proceso ordinario.

Sin embargo, con el procedimiento abreviado la obligatoriedad del juicio y de la acción penal no sigue el curso de esclarecer la verdad. No son ningún secreto las posibles injusticias que pueden cometerse en su nombre, pues con la excusa de acelerar la justicia penal, producto de la “negociación” de la pena, un inocente pudiera aceptar una culpa, como ha ocurrido varias veces en la historia procesal penal de los Estados Unidos, país modelo del procedimiento abreviado donde más del noventa y siete por ciento de los casos penales se resuelven así. Vale recordar entonces las palabras que pronunció un sentenciado en el afamado caso *North Carolina v. Alford* (400 U.S. 25 [1970]):

“Me he declarado culpable de un homicidio en segundo grado porque me dijeron que había mucha prueba en mi contra, pero yo no le he disparado a nadie (...) yo solo admití mi culpabilidad porque me dijeron que si no lo hacía me enviarán a la cámara de gas...no soy culpable, pero me declaré culpable”.

Por ello, es menester evitar el encarcelamiento si se admite un procedimiento abreviado dentro de la investigación de un delito que no supere como sanción los cinco años, como propone el Consejo de la Judicatura. Aquello sin duda no solo que transparentaría su uso, sino que además lo incentiva en aras de promover una justicia que evite a toda costa la impunidad a través del esclarecimiento de la verdad. Además, reduce el encarcelamiento para delitos que no merecen privación de la libertad si al menos existe una colaboración del procesado con la justicia.

EL ABORTO NO PUNIBLE EN CASOS DE VIOLACIÓN

La violencia sexual es uno de los tipos de violencia de género más extremos y crueles que se comete contra mujeres de todas las edades. Atenta contra su dignidad humana, viola sus derechos a una vida libre de violencia, a tomar decisiones libres y voluntarias, al desarrollo libre de su personalidad, a decidir cuándo y cuántos hijos tener, y en muchos casos, viola su derecho a la vida. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la violencia sexual es:

“todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo”(18).

En Ecuador, las estadísticas de violencia sexual son preocupantes y deberían generar la suficiente alarma nacional para provocar un cambio en los patrones socioculturales de la sociedad, así como una reacción integral, inmediata y efectiva por parte del Estado que inicie con la prevención, tratamiento y reparación a las víctimas de violencia sexual. La Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres de 2011, dirigida a las mujeres de más de 15 años de edad, reveló que el 60 por ciento de las mujeres entrevistadas, habían sufrido algún tipo de violencia de género durante su vida.

Sobre la base de los cálculos realizados a partir del análisis de los datos de la encuesta, una de cada cuatro mujeres en Ecuador ha sufrido violencia sexual durante su vida. Sobre esta misma base se entiende que 379.098 mujeres, de 15 años o más, declararon haber sido víctimas de violación. Los datos sobre los responsables de la violación sexual sufrida por las mujeres muestran que esta ocurre principalmente en el ámbito familiar. La encuesta aplicó a niñas y adolescentes preguntas sobre el abuso sexual, dando como resultado que en el país, 3.684 niñas, de entre 12 y 14 años, fueron víctimas de violencia sexual en el 2010.

Las cifras del sistema de justicia también revelan que la violencia sexual es un problema grave en Ecuador. En el 2009, se reportaron 4.204 denuncias de violación, lo cual representa 11 violaciones diarias; en el 2010, esta cifra aumentó a 4.664, lo que significa 12 violaciones diarias. Esta cifra también aumentó en el 2011 a 5.273, esto es 14 violaciones diarias. Y, hasta mayo de 2012, se reportaron 2.183 denuncias de violación. Es evidente que la tendencia fue al aumento en los años siguientes. Los datos señalados no representan necesariamente la realidad de la violencia sexual en el Ecuador, pues no todas las mujeres denuncian una violación inmediatamente, y la mayoría de los casos no se denuncian por vergüenza, miedo o temor a represalias.

Además de las estadísticas oficiales que evidencian la terrible situación de miles de mujeres, la percepción generalizada de la sociedad ecuatoriana refuerza la comprensión de que la violencia contra las mujeres es un problema grave que afecta su vida. Una encuesta realizada por Sendas y Cedatos, en 2013, muestra que el 44 por ciento de la población reconoce que la violencia física, sexual y psicológica es el principal problema que afecta a las mujeres en el país; y, el 90 por ciento cree que la violencia contra ellas es una violación de sus Derechos Humanos.

La violencia sexual contra las mujeres hace trizas el artículo 66 de la Constitución, pues viola el derecho a una vida digna; el derecho a la integridad personal que incluye la integridad física, síquica, moral y sexual; atenta contra el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. Viola la igualdad formal, igualdad material y no discriminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La violencia sexual también quebranta la prohibición de la tortura y da lugar a tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes contra las víctimas de la violencia sexual.

De acuerdo con una investigación realizada por el instituto British Crime Survey, la violación es el delito al que las mujeres más temen y es percibida como un hecho que amenaza seriamente sus vidas. Además, entre las consecuencias de salud que no son mortales se encuentran: afección de estrés postraumático, trauma y lesión físicos –como fístula traumática (desgarre)–, infecciones de transmisión sexual, aborto espontáneo, embarazo no deseado, y aborto inseguro (Bruyn, 2003). Asimismo, gran parte de las afectaciones psicológicas que sufren las mujeres que han estado en situaciones de violencia sexual se acentúan con las estigmatizaciones sociales e institucionales que impiden, en muchos casos, la realización de la denuncia y la prosecución de la investigación, entre otras consecuencias.

Estas afectaciones físicas y psicológicas atentan contra la dignidad y la vida misma de las mujeres. El principio a la dignidad humana consta en varios instrumentos internacionales de derechos humanos y tiene relación con la capacidad de tomar decisiones libres y voluntarias: la Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 5, 6 y 11 hace referencia directa a la dignidad. En el artículo 5.2 lo configura como la prohibición de ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes. El principio a la dignidad humana fue reconocido como uno de los fundamentos de la despenalización del aborto en Colombia. La sentencia C-355 de 2006, consideró que:

“La dignidad humana asegura de esta manera una esfera de autonomía y de integridad moral que debe ser respetada por los poderes públicos y por los particulares. Respecto de la mujer, el ámbito de protección de su dignidad humana incluye las decisiones relacionadas con su plan de vida, entre las que se incluye la autonomía reproductiva, al igual que la garantía de su intangibilidad moral, que tendría manifestaciones concretas en la prohibición de asignarle roles de género estigmatizantes, o infringirle sufrimientos morales deliberados”(19).

El Comité Contra la Tortura señala que el principio a la dignidad y el derecho a no estar sometida a tratos crueles, inhumanos y degradantes implican que la mujer no puede ser forzada: “a adoptar comportamientos en su vida reproductiva contra su voluntad, como el embarazo forzado, la negativa a proveer servicios de aborto terapéutico, la terminación forzada del embarazo y, particularmente, la continuación forzada del mismo”.

En este sentido: “obligar a las mujeres a sufrir en su cuerpo las consecuencias del delito del que han sido víctimas supone reproducir su victimización e implica infligirles daños psicológicos y morales que configuran un trato cruel, inhumano y degradante. Por otra parte, el ideario suicida que la imposición forzada del embarazo puede provocar, constituye un trato cruel, inhumano y degradante. (Mesa de Mujeres por la Vida, 2015).

Cuando se niega la interrupción legal del embarazo, en caso de violación, se está imponiendo violentamente un embarazo. Este acto implica una instrumentalización del cuerpo de las mujeres que descansa en estereotipos de género, que vulneran su igualdad tanto en la dignidad que toda mujer merece en tanto persona. Esta situación coloca a las mujeres en situaciones de discriminación incompatible con el artículo 1.1 de la Convención Americana, que establece una cláusula de no discriminación, y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el que se define que todas las personas tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Asimismo, viola el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece que “todas las personas son iguales ante la ley (...) [y] tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

En Ecuador, el embarazo en niñas entre 10 y 14 años aumentó en un 78 por ciento en los últimos diez años (INEC, 2012), una situación estrechamente ligada a la violencia sexual. Actualmente, en el país hay más de 3.600 niñas menores de 15 años que son madres producto de violación, dato que se tiene que considerar como conservador, ya que la mayoría de casos no son registrados. De acuerdo al anuario de Camas y Egresos Hospitalarios (INEC, 2014), en Ecuador se registran 228 abortos no especificados en niñas de 10 a 14 años. ¿Por qué se embarazan niñas de esta edad? La legislación penal ecuatoriana considera que cuando existe un embarazo en menores de 14 años, este sería producto de una violación.

Según datos del Servicio de Atención Integral de la Fiscalía General del Estado, las niñas y adolescentes menores de 14 años son las principales víctimas de abuso sexual, casi siempre en entornos familiares o conocidos. Una muestra sencilla: la información de los casos que lleva la Unidad de Atención a Víctimas de Quito de la Defensoría Pública, entre 2014 y junio 2016, reafirma que los probables autores del delito son las personas que están en el entorno de las víctimas.

De cada diez víctimas de violación, seis corresponden a niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, la gran mayoría de los casos no se denuncian. De hecho, solo el 10.8 por ciento de todas las mujeres víctimas de violencia sexual logran efectuar la denuncia y: “el 40 por ciento de niñas y adolescentes abusadas no dieron a conocer el hecho a ninguna persona; esto debido a que al 28 por ciento de las que avisaron no les creyeron, y al 16.3 por ciento les pidieron que no digan nada de lo sucedido. El resultado es que solo una tercera parte del total de niñas y adolescentes abusadas fueron atendidas o recibieron alguna respuesta” (Camacho y Mendoza, 2014). No obstante, la Fiscalía reporta que recibe aproximadamente tres denuncias de violación de niñas menores de 14 años al día.

En Ecuador, según la OMS, ocurren unos 125 mil abortos al año. Este cálculo probablemente no revela la cifra real, ya que factores culturales, religiosos y legales influyen en que las mujeres no informen sobre esta realidad o practican sus abortos de forma clandestina. El aborto realizado en condiciones de riesgo representa un grave problema de salud pública en los países en desarrollo. La limitación legal del aborto, sobre todo cuando el embarazo ha sido producto de una violación es injusta además de violenta, pues condiciona las decisiones de las mujeres, su capacidad para planificar sus vidas y constituye a la reproducción como una carga con un impacto desproporcionado en su vida.

Esta realidad es particularmente grave para las mujeres de escasos recursos, quienes no tienen la posibilidad de solucionar un embarazo producto de una violación con una práctica médica segura y gratuita en el sistema de salud pública, debido a que no cuentan con el apoyo legal, los recursos ni la información necesaria. Esto se convierte en un problema de justicia social y de salud pública, pues las mujeres pobres están expuestas a riesgos innecesarios debido a la ilegalidad e inseguridad de la práctica. No criminalizar el aborto en casos de violación permite a la víctima contar con el apoyo del Estado, tanto en materia de salud como en la administración de justicia.

Además, es importante recordar que el Ecuador es signatario de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, siglas en inglés); y, como todos los países que han ratificado o suscrito la Convención, Ecuador está constitucional y legalmente obligado a poner sus previsiones en práctica. El 19 de febrero de 2015 el Comité de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la discriminación contra las mujeres, señaló que: “las discusiones parlamentarias respecto al Código Penal no tomaron en cuenta la despenalización del aborto, incluso en casos de embarazos consecuencia de una violación, de incesto o de grave malformación del feto”.

En ese sentido, recomendó al Ecuador que no criminalice el aborto en estas circunstancias. También es relevante resaltar que la sociedad ecuatoriana es sensible ante esta tragedia que viven las mujeres en el país. La encuesta de Sendas y Cedatos (2013), señala que el 64 por ciento de la población está de acuerdo con el aborto cuando ha sido producto de una violación o incesto a una mujer o una niña. De la misma encuesta se desprende que el 76 por ciento de las personas está de acuerdo que en el país se revise la ley sobre el aborto y no aprueba que una mujer que aborta pierda su libertad y vaya a la cárcel. Además, solo un dos por ciento de la población cree que la decisión de abortar le corresponde al Estado o a la iglesia, es decir, el 98 por ciento de la ciudadanía respalda el derecho que tiene una mujer a decidir libre y voluntariamente si desea continuar o no con un embarazo producto de un delito sexual.

Actualmente, en Ecuador, las mujeres que abortan son judicializadas por esta causa. Si bien es cierto que el aborto por violación es permitido solo para mujeres con discapacidad mental, es importante conocer que en el país menos del uno por ciento de mujeres en edad fértil tiene una discapacidad mental y pueden interrumpir legalmente un embarazo producto de una violación. Esto es discriminatorio para el resto de mujeres embarazadas producto de una violación, incesto u otro delito contra la libertad sexual, a quienes se les niega este derecho. Esta respuesta no es integral y genera desigualdades entre las mujeres por su condición de salud. El Estado ecuatoriano tiene la obligación de generar respuestas legales e integrales que respondan a nuestra realidad social y de todas las mujeres; y, además, propicien la eliminación de la violencia de género, la reparación integral y la restitución de los derechos de las víctimas.

La prohibición legal o las normas restrictivas para interrumpir un embarazo impuesto por una violación es un régimen jurídico que afecta únicamente a las mujeres y, por lo tanto, constituye una forma de discriminación. En situaciones como estas las mujeres son quienes sufren el acto de violencia y también quienes deben asumir la carga del embarazo y del parto. Por ello, las normas prohibitivas suponen una afectación de sus derechos en desproporción con los derechos de los varones. Judicializar a una mujer por haber interrumpido un embarazo producto de una violación, expresa la violencia estructural e institucional a la que son sometidas las mujeres en el país, es violatorio a sus derechos, genera indefensión y, lo más grave, las revictimiza.

Ante esta realidad, y bajo estas argumentaciones, consideramos que el sistema penal ecuatoriano no debe seguir criminalizando a las mujeres víctimas de violencia sexual que han decidido interrumpir un embarazo como consecuencia de un delito de violación, estupro, incesto e inseminación no consentida. No criminalizar este hecho social es indispensable para la protección de los derechos fundamentales de las mujeres.

2013, p. 2.

19. *Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, C-355/06, sobre el aborto, p. 14.*
<http://www.corteconstitucional.gov.co/>

LA NO CRIMINALIZACIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS

En Ecuador existe un estándar constitucional establecido en el artículo 364 que prohíbe criminalizar al consumidor de drogas de uso ilícito, resaltando que las adicciones son un problema de salud pública, esto es, que el fenómeno social de las drogas debe ser abordado con políticas públicas de prevención y salud y no con el Código Penal. Por ello, con la finalidad de evitar una distorsión en el sistema penal, el proyecto se encamina exclusivamente a aclarar que la tenencia o posesión de cantidades pequeñas evidencia objetivamente la existencia de consumo y no de microtráfico.

No desconocemos el grave problema social que generan el consumo y el microtráfico, ni los perniciosos efectos sobre la salud en especial de niñas, niños y adolescentes, con un dramático sufrimiento para las familias ecuatorianas. Se trata de brindar un mejor enfoque jurídico que evite a toda costa la criminalización del consumo a través del perfeccionamiento de la ley y, por ende, de la administración de justicia. La propuesta enfatiza en soluciones más humanas y eficaces que el encierro cuando se trate de cantidades muy pequeñas.

Con la disminución de los umbrales o tablas en 2015, que genera una frontera muy delgada entre el consumo y el microtráfico, se impide en la práctica diferenciar entre un consumidor y un microtraficante, lo que necesita ser aclarado en términos legislativos para evitar que las personas sean sancionadas con cantidades que superan mínimamente los umbrales. La evidencia que tenemos demuestra que existen personas que, a pesar de que en sus procesos penales se presentan pruebas científicas de que son consumidores habituales y ninguna prueba de microtráfico o comercio en su contra, sin embargo son condenadas a penas de prisión. Por otro lado, en este tipo de casos, de manera generalizada se ordena la prisión preventiva del procesado, con las graves consecuencias que esta medida acarrea como hemos dicho en líneas anteriores.

Contamos con evidencia de que los jueces resuelven sobreseimientos o sentencias ratificatorias del estado de inocencia, luego de que los procesados han estado algún tiempo en las cárceles.

Por lo tanto, se confunde a la administración de justicia al considerar que la “tenencia” o “posesión” de mínimas cantidades son verbos rectores, cuando el axioma establecido en el denominado Régimen Internacional de Control de Drogas (RICD) es el “tráfico”. De esta forma, se corregiría uno de los ámbitos de penalidad más ambiguos de la legislación sobre drogas, aquel que mediante la acción descriptiva de “poseer” o “tener” pretende convertir a sus sospechosos en traficantes pese a que las cantidades encontradas presumen razonablemente un consumo. Por eso, con el proyecto pretendemos también mejorar el trabajo de la Policía Nacional para que se realicen investigaciones más técnicas, prolijas y responsables para obtener más certezas de que los detenidos sean realmente microtraficantes.

Estas distorsiones que se convierten en mandatos para las actividades policiales— son aclaradas por la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas de 1988 (Convención de 1988), el instrumento internacional más importante de la denominada “guerra contra las drogas”, de la cual Ecuador es signatario. De esta forma, además de recomendar a nuestros estados que la pena debe ser proporcionada (artículo 3.4.a de la versión en español), se menciona que el núcleo de cualquiera de las acciones que hemos de reprimir debe ser el tráfico, es decir, el interés de actividades de producción y comercio en el mercado de las drogas de uso ilícito. Reiteramos que nuestra propuesta tiene relación exclusiva con mínimas cantidades, pues debe entenderse que cuando se trata de cantidades excesivas se presume que hay intención de tráfico que merece ser sancionado rigurosamente. Estamos convencidos que el esfuerzo del Estado debe dirigirse a la lucha efectiva contra el narcotráfico, lo que implica perseguir y sancionar a las grandes organizaciones criminales y sus finanzas (peces gordos). Así, nuestra legislación y práctica judicial debe ser fuerte y eficiente contra el lavado de activos proveniente de esta perniciosa actividad delictiva.

Cabe recalcar que, según el artículo 424 de la Constitución de la República, la Convención de 1988 es parte de nuestro bloque de constitucionalidad; por ende, tiene una jerarquía legal y hermenéutica mayor que el Código Orgánico Integral Penal (COIP), y sirve para aplicar el artículo 220 y los demás del COIP. Al establecer como núcleo del delito al tráfico, se debe corregir también la actividad procesal. La persecución penal de la agencia fiscal, por lo tanto, debe demostrar que cualquier persona aprehendida

con drogas de uso ilícito, sobre todo en pequeñas cantidades a las que se refiere nuestra propuesta, tiene como interés su comercialización.

Aquello aterriza en el imperativo que establece la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 364, y que expresamente prohíbe criminalizar a las y los consumidores.

En síntesis, la propuesta trata de corregir la lamentable paradoja que se presenta cuando la Constitución prohíbe la criminalización del consumo, mientras que la ley (COIP) criminaliza el hecho de “tener” o “poseer”.

LA POSESIÓN O TENENCIA NO PUNIBLE DE CANNABIS PARA FINES TERAPÉUTICOS

La Constitución, como se ha dicho, consagra en su artículo 364 que el consumo de drogas no será criminalizado. De igual manera, consagra en el numeral 4 del artículo 363, la garantía de las prácticas de salud alternativa.

Varios países de América Latina reconocieron las propiedades del cannabis para fines terapéutico y medicinal, tales como México y Colombia, los cuales han iniciado procesos de licenciamiento para su adquisición y dispensación en casos oncológicos y de epilepsia, así como otras enfermedades para paliar el dolor. Asimismo, en la 30ª Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas (UNGASS), realizada en Nueva York los días 19, 20 y 21 de abril del 2016, las naciones del mundo reconocieron la flexibilidad de las convenciones internacionales en materia de drogas. En este sentido, varios países de la región han regulado su uso hasta para fines recreativos, como Estados Unidos, Canadá, Jamaica y Uruguay; mientras que se han iniciado procesos legislativos para su regulación medicinal, como ocurre en Chile, Ecuador, entre otros.

Según datos del Ministerio de Salud Pública y la Sociedad de Lucha Contra el Cáncer (SOLCA), el cáncer es la segunda causa de muerte a nivel nacional: quince de cada cien fallecimientos en el Ecuador se producen a causa del cáncer. En 2013 se presentaron 134,9 casos de cáncer en mujeres y 125,9 casos en hombres por cada 100.000 habitantes, según proyecciones del Registro Nacional de Tumores. En mujeres, el cáncer que se presenta con mayor frecuencia es el de mama (34,7 casos por cada 100.000 mujeres). Según GLOBOCAN-2012, proyecto de la Organización Mundial de la Salud, en ese año en nuestro país la incidencia de cáncer en hombres fue de 162 por 100.000 habitantes, por encima de países como Perú (140,9) o Venezuela (146,9). Según la OMS cada año se detectan un millón trescientos mil casos y fallecen 458 mil personas por esta causa. En América Latina y el Caribe, el cáncer de mama es el más frecuente entre las mujeres, según la OPS: se lo detectó en más de 408 mil mujeres en 2014 y se estima que para el año 2030 el cáncer de mama se elevará un 46%. El factor común en este tipo de enfermedades es el profundo dolor crónico y físico que generan.

Además, según el “Perfil de la Epilepsia en el Ecuador”, elaborado por los profesionales médicos Arturo Carpio, Marcelo Placencia, Marcelo Román, Rafael Aguirre, Noemí Lisanti y Jorge Pesantes, del Centro Regional de Epilepsias de Cuenca, de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Cuenca, PUCE de Quito, Hospitales Baca Ortiz, Carlos Andrade Marín, Eugenio Espejo de Quito y Hospital Teodoro Maldonado Carbo de Guayaquil, en Ecuador la prevalencia de punto de epilepsia activa es de 7 a 12 por 1000, similar a la de los países desarrollados. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en estos países, la mayor frecuencia se halla en los grupos de edad de la adolescencia y edad media de vida, siendo la probabilidad de recurrencia de crisis en pacientes con epilepsia del 43% de promedio. En tal estudio, presentado en el Primer Congreso de Epilepsia en septiembre de 2000 en Santiago de Chile, se cita: “La mortalidad en pacientes con epilepsia es seis veces mayor que la población general del Ecuador”.

Algunas enfermedades que presentan crisis convulsivas pueden ser paliadas con el uso de los componentes o derivados del cannabis. Aquello se ha demostrado a través de las experiencias familiares en que se han usado los componentes del cannabis, logrando reducir o mitigar el dolor de algunas enfermedades, como las crisis convulsivas epilépticas o relacionadas con algunas discapacidades de tipo intelectual.

Según la FDA, el término marihuana medicinal se utiliza generalmente para referirse al uso de toda la planta de marihuana o de sus extractos crudos para tratar una enfermedad o síntoma. En EEUU se están realizando estudios preclínicos y ensayos clínicos sobre el uso de la cannabis y sus extractos para tratar varias enfermedades y condiciones, siendo dos drogas a base de compuestos de la marihuana

aprobadas por la FDA: dronabinol y nabilone, para tratar las náuseas y estimular el apetito. El uso medicinal, terapéutico y paliativo de la cannabis vía medicamentos derivados ya es legal desde 1987 en varios estados de los EEUU donde se prescribe Canasol, un medicamento con receta con base en marihuana que se utiliza para tratar el glaucoma; mientras un sublingual pulverizado para el dolor llamado Sativex es legal en Canadá, la República Checa, el Reino Unido y Nueva Zelanda.

En Ecuador no está penalizado el consumo; sin embargo, muchos medicamentos derivados de la marihuana se consiguen de manera reservada, pues su adquisición, tenencia o posesión son considerados como delitos. Los Derechos Humanos de los pacientes y familiares con cáncer, dolores crónicos o metastásicos, discapacidad intelectual y epilepsia, deben ser prioridad pública. Y la solidaridad social y el apoyo estatal son determinantes para prolongar las esperanzas y mejorar la calidad de vida.

BUSCANDO EL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A LA PROTESTA Y RESISTENCIA FRENTE A LOS DELITOS DE SABOTAJE, ATAQUE Y RESISTENCIA Y PARALIZACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO

En un Estado Constitucional de Derechos y Justicia no se puede pretender el uso del derecho penal para sancionar actos legítimos de protesta ciudadana. Menos aún en países como Ecuador, que reconoce en el cuerpo constitucional (Art. 98) el derecho a la resistencia de los individuos y de los colectivos (20). Sin embargo, esa tenue frontera existente entre el ejercicio del derecho a la resistencia y conductas que pueden caer en el campo penal por el uso de este derecho, obligan a que los respectivos tipos penales sean aclarados a fin de evitar el sacrificio de un derecho constitucional criminalizando conductas que devienen del ejercicio del mismo. La experiencia de estos últimos treinta años demuestra que el cierre de calles, carreteras, caminos o la ocupación de plazas u otros espacios públicos, para ejercer los derechos constitucionales a la protesta o resistencia, huelga o la libertad de asociación, han sido considerados conductas delictivas que han generado el inicio de procesos judiciales.

Abundante información de la región da cuenta de una creciente tendencia a utilizar de manera desproporcionada la legislación penal para castigar legítimos actos de protesta ciudadana. Es decir, los derechos a la resistencia y protesta pública pueden vulnerarse si son restringidos o criminalizados por una legislación que emplea tipos penales abiertos y ambiguos, como ataque y resistencia, sabotaje o paralización de un servicio público. El equilibrio se puede lograr si se aclaran los espacios que remiten al campo de lo punible aquellos actos que desbordan el campo de la protesta pacífica. No se trata de generar impunidad, sino de establecer mínimos jurídicos que permitan desarrollar la dimensión político-constitucional y la jurídico-penal. De esta forma, el injusto penal no necesariamente invadiría el ejercicio de derechos consagrados constitucionalmente.

En la dimensión interamericana, nuestra propuesta considera el caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuya sentencia la Corte sentó un precedente en nuestra región, al reconocer el fenómeno de la criminalización de la protesta social en regímenes democráticos en América Latina (21). Por su parte, Roberto Gargarella indica que: “es preocupante que un sistema democrático conviva con situaciones de miseria^[1], pero es catastrófico que tales situaciones no puedan traducirse en demandas directas sobre el poder público” (22).

Por último recuerda Zaffaroni, “en el caso de la protesta social, (...) las molestias son inherentes e inevitables al ejercicio de ese derecho. En consecuencia, toda interpretación o todo rastillaje inútil que se haga de tipos penales para abarcar esas consecuencias en una prohibición, resulta constitucionalmente aberrante” (23).

En Ecuador existen precedentes que buscaron, en la legislación, evitar la aplicación de sanciones con falta de proporcionalidad a personas o grupos que ejercitan su derecho a manifestar. La Asamblea Nacional Constituyente de 2008 resolvió amnistiar a las personas que fueron indebidamente procesadas por realizar actos de protesta pública. La amnistía se otorgó precisamente porque se utilizó normas que tipifican los delitos de sabotaje y terrorismo para acusar indebidamente a activistas de derechos humanos y de la naturaleza.

Con la propuesta de reformas, tratamos de precisar los contenidos y alcances de ciertos tipos penales para garantizar el ejercicio adecuado de los derechos a la resistencia o la protesta social. La reforma enfatiza que, cuando existe un desborde del legítimo derecho a la protesta y las conductas ingresan al campo penal, no deben imponerse sanciones severas ni desproporcionadas como consta en el COIP.

No estamos a favor de la impunidad. En todos los tipos penales referidos por esta reforma se pretende fomentar una cultura de paz, sobre la base de una sociedad que pondere adecuadamente el poder punitivo y los principios democráticos.

20. *Constitución de Montecristi: “Art. 98. Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia frente a acciones u omisiones del poder público o de las personas naturales o jurídicas no estatales que vulneren o puedan vulnerar sus derechos constitucionales, y demandar el reconocimiento de nuevos derechos”.*
21. <https://www.fidh.org/es/region/americas/chile/15839-corte-interamericana-de-derechos-humanos-condena-a-chile-en-caso-mapuche> (Visita 04/07/16)
22. Roberto Gargarella, *El derecho a la protesta: El primer derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
23. *El debate Zaffaroni-Pitrola, La criminalización de la protesta social*, Quito, UASB, 2012.

SOBRE LA ASOCIACIÓN ILÍCITA

La tipificación del delito de “asociación ilícita” en el artículo 370 del COIP, no conjuga con los delitos del capítulo en el cual se encuentra inscrito, es decir, de “Terrorismo y su financiación”, lo cual nos haría colegir que el legislador quiso que sea un tipo para cometer delitos como terrorismo. Además, adolece de un elevado grado de imprecisión con el cual una simple reunión social puede ser penalizada y rotulada como delito. Otras legislaciones como la Argentina requieren más de tres partícipes para cometer este tipo de delitos, tal como lo reza el artículo 45 de su Código Penal.

Además, el referido tipo penal cae en una abstracción al momento de no exigir al menos indicios para que la asociación ilícita se relacione con elementos materiales de la infracción, es decir, sería una presunción jura et jura el hecho que la simple “asociación” o “reunión” de personas sea considerada como delito. Por ello, es necesario establecer criterios que brinden más certeza jurídica a la referida norma en términos de materializar el curso causal de los delitos a cometerse. Por estas razones, en la propuesta pretendemos normar de forma más clara los elementos constitutivos de este delito.

LA COMPARECENCIA ADECUADA DE LA DEFENSA PÚBLICA

El cumplimiento de la garantía del servicio de defensa pública no puede convertirse en una imposición judicial. Si bien el artículo 452 del COIP conmina la comparecencia de un defensor público en caso de ausencia de uno particular o privado, esta asistencia debe al menos agotar los mecanismos que exijan primero la comparecencia del abogado o defensor particular escogido voluntariamente por el procesado. De esta forma, se garantizan los estándares de confidencialidad así como de empoderamiento y preparación técnica de la defensa.

Sin embargo, se han producido realidades judiciales que distorsionan el rol del servicio de defensa pública y del derecho a la defensa en sí. Entendemos que la intención inicial, de exigir la presencia de un defensor público en un juicio donde existe abogado particular, fue evitar la reprochable conducta de no asistir intencionalmente a los señalamientos, provocando que las audiencias sean fallidas con un elevado costo para el Estado. Actualmente se ha superado esa práctica y consideramos que obligar la presencia de un defensor público desde la primera audiencia, en los casos donde existe abogado particular, no debe mantenerse; y, proponemos que su comparecencia se produzca desde el segundo señalamiento, en caso de no asistir el defensor privado al primer señalamiento de audiencia, tal como sucede en legislaciones de otros países.

Nosotros entendemos al debido proceso como “un proceso lleno de garantías”, por lo tanto, la defensa pública está obligada a exigir el cumplimiento de todas las garantías y derechos establecidos en la constitución y los instrumentos internacionales en favor de nuestros patrocinados, los desapoderados de la sociedad, sin considerar el delito cometido y la supuesta responsabilidad que pueda tener. Por esta razón proponemos, en aras de optimizar el debido proceso, que en los casos donde no comparezca el abogado particular, se notifique con la debida antelación al defensor público a fin de garantizar la calidad y preparación técnica de la defensa. En otras palabras, de producirse una audiencia fallida como consecuencia de la inasistencia de un abogado particular, se convocará inmediatamente a un defensor público para que intervenga en el siguiente señalamiento, no solo para impedir las audiencias fallidas e impunidad judicial, sino para garantizar fundamentalmente un adecuado derecho a la defensa, evitando una defensa meramente formal.

Aspiramos que la presente propuesta de reformas inspire un debate técnico y de altura con la

participación de todos los actores sociales y públicos, como la academia, las universidades, las organizaciones de Derechos Humanos, los gremios profesionales, los medios de comunicación, las y los activistas de la sociedad civil, la Asamblea Nacional, la Función Ejecutiva; y, sin duda, la Función Judicial, con el objetivo de alcanzar una justicia penal más humana y equilibrada. Todas y todos necesitamos de una sociedad que resuelva sus conflictos con justicia y no con venganza.

[Proyecto de reformas al COIP](#)

[Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico de la Función Judicial](#)