



**UNA MIRADA A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA  
DESDE EL ENFOQUE DEL DOCENTE UNIVERSITARIO  
TOMO II**

**compas**  
Grupo de Capacitación e investigación pedagógica



**UNA MIRADA A LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA  
DESDE EL ENFOQUE DEL DOCENTE UNIVERSITARIO  
TOMO II**

**Una mirada a la investigación jurídica desde el enfoque del docente  
universitario  
TOMO II**

**Compilado  
Sunny Bores F,**

**Primera edición, junio 2017**



Libro sometido a revisión de pares académicos.

Edición  
Diagramación  
Diseño  
Publicación

**Maquetación.**

Grupo Compás

Cámara Ecuatoriana del Libro - ISBN-E: 978-9942-760-30-2

Guayaquil - Ecuador

## PRÓLOGO

Como toda disciplina del conocimiento, se requiere de un método a saber, y para la ciencia jurídica no es la excepción, pues para su estudio y conocimiento se demanda de un método y este es el método jurídico. Hans Kelsen, conceptualiza al método jurídico, diciéndonos que “El método del derecho es normativo pero no para crear normas sino porque trata de captarlas o de comprenderlas dirigiéndose a la idealidad, tiene además las características de ser puramente formal o conceptual. En donde se libere a la ciencia jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas, evitando con ello un sincretismo metódico” La exégesis como un método consiste en la interpretación literal a lo que la ley dice, y no a lo que probablemente se haya querido decir. Por lo tanto mediante este método, los escritos del derecho Positivo, convertido en ley vigente deben leerse, interpretarse y aplicarse, de acuerdo con los alcances literales y normativos del deber ser”.

En esta recopilación de Grupo Compás, la investigación jurídica está incorporada a muchas actividades, en efecto, es una función que realizan personas de conocimientos en distintas disciplinas. En este sentido, no existiría diferencia sustantiva entre el investigador jurídico y el investigador en el campo de las ciencias naturales o de las ciencias sociales. La investigación jurídica es así una especie del género investigación. Sin embargo, la investigación jurídica debe realizar su enfoque desde distintos puntos de vista: el social, la teoría jurídica, la adaptación de la ley, el tema del desarrollo económico-social, la ética, etc. La investigación jurídica científica empírica es una disciplina que, en general, tiende a ser desplazada por la docencia. No obstante, es claro que hay una necesidad evidente de entender cómo se inserta el Derecho en la sociedad y cómo lo asume el grupo social. Es por eso que, en una primera instancia, fueron los sociólogos los que se preocuparon de ese problema. Luego, los juristas han intentado avanzar en ese tema. En todo caso, lo que resulta incuestionable es el convencimiento de que el fenómeno jurídico es un fenómeno sociológico. En consecuencia, para estudiar el Derecho es necesario avanzar más allá de los límites estrechos a que tiende a encerrarse la ciencia del Derecho. En este sentido es que se habla de la sociología jurídica. Pero también la investigación jurídica se relaciona estrecha-mente con la Filosofía del Derecho. En realidad se trata de disciplinas complementarias; tanto es así que varios filósofos se han preocupado del fenómeno jurídico y algunos juristas se plantean aspectos filosóficos del Derecho.

**PRÓLOGO** ..... 4

**EL CONCUBINATO: CONCEPCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA COMO ALTERNATIVA  
VÁLIDA AL MATRIMONIO Y SU INCLUSIÓN COMO UNIÓN DE DERECHO EN  
ECUADOR** Juan Reinaldo Martínez Yntriago  
..... 6

**LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN DE LOS  
PROCESOS DE DESARROLLO** Carmen León Segura, Carmen Mesa León  
..... 29

**"CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD"** Abg. Ángel Barrios Miranda. Mgr. Dr.  
Gerardo Vásquez Morales, Msc.  
..... 52

**EL PANICO FINANCIERO Y LOS DELITOS ECONOMICOS EN EL ECUADOR.** Ab.  
Miguel Eduardo Costaín Vasquez. Msc. Ab. Maritza Gómez Mora, MSc  
..... 65

**“EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA NORMATIVA ECUATORIANA,  
ANÓMIA O REALIDAD”** Dr. Rene Astudillo Orellana. Mgs  
..... 80



# **EL CONCUBINATO: CONCEPCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA COMO ALTERNATIVA VÁLIDA AL MATRIMONIO Y SU INCLUSIÓN COMO UNIÓN DE DERECHO EN ECUADOR**

Juan Reinaldo Martínez Yntriago<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialista y Máster en Derecho Empresarial. Profesor Titular de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad de Guayaquil. Investigador y Asesor Jurídico Empresarial. E-mail: [juan.martinezy@ug.edu.ec](mailto:juan.martinezy@ug.edu.ec)

## **RESUMEN**

El concubinato como institución ha sido objeto de cuestionamientos sociales, no obstante, ha sido aceptado por su inevitable vigencia en la realidad hasta alcanzar actualmente cobertura legal. En Ecuador, como en otros países, se denomina “unión de hecho”, lo cual era inicialmente aceptable por su creación al margen de la ley matrimonial civil, sin embargo, a partir del momento en que se le dio protección constitucional y se la reguló en el Código Civil, se convirtió en una unión de Derecho. El presente trabajo tiene como objetivo realizar un análisis del concubinato como alternativa válida al matrimonio con pleno status jurídico.

**Palabras clave:** concubinato, unión de hecho, actos de hecho, uniones maritales.

## **DESARROLLO**

En el entorno de nuestros días, las uniones de convivencia no matrimoniales resultan muy frecuentes, manifestándose de diversas formas que van, desde aquella en que los miembros de la pareja están libres de vínculo nupcial; pasando por aquella que se forma entre una persona no casada y una persona que no se ha desvinculado de su matrimonio con otra pareja de la cual se encuentra separada; hasta llegar a aquellas relaciones que se constituyen por personas que, aunque sean libres maritalmente, no se encuentren desvinculadas matrimonialmente de

sus anteriores parejas conyugales. Y ello sin mencionar a las uniones de personas del mismo sexo de tipo homosexual<sup>2</sup>.

Al respecto, este trabajo presenta un estudio de la concepción histórica que ha tenido la institución del concubinato y la forma como fue tácitamente aceptado en la realidad social, para luego ser objeto de reconocimiento jurídico; aspectos que lo presentan como una alternativa válida al matrimonio, y demuestra que actualmente es equivocado nominarlo “unión de hecho”, cuando en realidad se trata de una unión de Derecho.

En Ecuador, la denominación “unión de hecho” sirve para designar a aquella relación que se establece entre dos personas que deciden vivir juntas como pareja marital sin contraer matrimonio; sin embargo, y, contradictoriamente, a pesar de ser denominada como un acto de facto o de hecho, el ordenamiento jurídico de este país la reconoció como una figura legal a partir de su inclusión en la Constitución del año 1978, con efectos similares al del matrimonio. Frente a este antecedente, llama la atención que a un acto que se considera de hecho, se le otorgue la posibilidad de generar efectos jurídicos; sobre todo porque aquellos actos que se consideran de facto o de hecho, son aquellos que se realizan fuera del sustento del Derecho. Consecuentemente, resulta evidente que, si actualmente en Ecuador las uniones de convivencia marital sin matrimonio están reguladas por su Derecho y producen efectos legales, mal puede denominárselas como uniones de hecho.

Con relación a las uniones maritales sin reconocimiento legal, POMA LAGOS<sup>3</sup> ha sostenido que, cualquier hecho, conducta o acontecimiento que pueda minar la esencia íntima de la institución matrimonial, se estima, prima facie, como impropio por naturaleza para recibir la aprobación de la ley. Al respecto, vale preguntarse: ¿será acertado denominar unión de hecho a un acto de unión marital aceptado por la legislación ecuatoriana? o, cuestionarse, ¿si las relaciones maritales reconocidas legalmente son uniones de hecho, o uniones de Derecho?

En base a estas consideraciones, es necesario realizar un estudio que aclare las dudas presentadas, en pos de lograr una armonía entre la terminología utilizada en la normativa ecuatoriana que regula las uniones maritales, y la realidad de su actual reconocimiento jurídico con plenos derechos para sus miembros y su descendencia.

El estudio parte de la premisa de que lo que ha sido reconocido por el ordenamiento jurídico, no puede ser denominado como un acto de facto o de hecho, y tiene como principales objetivos los siguientes: 1) Sistematizar

---

<sup>2</sup> ACOSTA VÁSQUEZ Luis. 2007, *El nuevo concubinato en Venezuela. Cuestiones Jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta de Venezuela, Volumen I, número 1, enero-junio, 1 - 21.

<sup>3</sup> POMA LAGOS, Luis Alberto. 2014. *En busca de una nueva perspectiva legal del fenómeno concubinario en la legislación peruana*, Revista Científica Los Andes, Volumen No. 1, 24.



el estado de la ciencia relacionada al concubinato y su concepción histórica, para luego confrontarla con su plena vigencia en la sociedad ecuatoriana donde ha sido considerado como una alternativa legal al matrimonio; y, 2) Fundamentar desde una perspectiva analítica que la expresión “unión de hecho” no es adecuada para este tipo de relación que ya ha sido reconocida como unión de Derecho, debiendo limitar su uso a aquellos casos de concubinato establecido entre personas que no están libres de vínculo matrimonial.

### **I.1. La unión de hecho o concubinato. Evolución histórica y definición**

El estudio del concubinato exige inevitablemente fijar su origen en cuanto a la expresión utilizada para nominarlo, por lo cual ACOSTA VÁSQUEZ<sup>4</sup> sugiere que viene del sustantivo concubium, que significa unión sexual, el cual guarda relación con el verbo concumbere que expresa “acostarse con alguien”. De su parte, PARRA BENÍTEZ<sup>5</sup> menciona que viene del latín concubinatus, que se deriva de concubina, expresión originada en de cum, que significa con, y cubare que significa comunidad de lecho. Acorde con esto, VARGAS Y RIFFO<sup>6</sup> sostienen que proviene de la expresión latina cum cubare, comunidad de lecho, lo que evoca una idea más o menos exacta de lo que es la institución.

Este origen etimológico sugiere de manera general que se trata de un tipo de relación sexual y comunitaria, plenamente libre y sin formalidad legal, debido a lo cual siempre ha sido cuestionada y, en algunos casos, rechazada; así por ejemplo GÓMEZ DUQUE<sup>7</sup> señala que en el Código de Hammurabi se estableció que si alguien tomaba a una mujer por esposa sin contrato, esta no sería su esposa, acotando que el Cristianismo castigó severamente al concubinato, considerando a los hijos habidos en él como seres humanos de inferior categoría.

En el antiguo régimen, como afirman ARANGUREN Y ESCUDERO<sup>8</sup>, el concubinato era una unión duradera de un hombre con una mujer distinta a la esposa, o una unión similar entre una pareja de solteros; agregando que, en el primer caso, cabía denominarlo amancebamiento, aun cuando este incluía las relaciones no necesariamente permanentes entre un casado con otra mujer, y que desde la época romana, se consideró una unión lícita – y por tanto no sancionable- que no gozaba de protección

---

<sup>4</sup> ACOSTA VÁSQUEZ Luis. 2007, *El nuevo concubinato en Venezuela. Cuestiones Jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta de Venezuela, Volumen I, número 1, enero-junio, 1 - 21.

<sup>5</sup> PARRA BENÍTEZ, Jorge. 2008, *Derecho de Familia*, Editorial TEMIS S. A, Bogotá, 298.

<sup>6</sup> VARGAS, David. y RIFFO, Juan Carlos, *De los efectos patrimoniales tras la ruptura de la unión de hecho en el ordenamiento jurídico chileno*, Revista Bolivariana de Derecho, 98.

<sup>7</sup> GÓMEZ DUQUE, Arturo. 2002, *Elementos de Derecho de Familia*, Editorial LEYER, Bogotá, 162.

<sup>8</sup> ARAGUREN ROLDÁN, Jimeno., y ESCUDERO Josè Antonio, 2015. *Matrimonio y otras uniones afines en el Derecho histórico navarro (siglos VIII-XVIII)*, Editorial Dykinson, Madrid, 391.

jurídica ni producía efectos jurídicos, de allí que el concubinato romano fuera ampliamente difundido entre las clases sociales inferiores.

Complementando esta idea, CABANELLAS DE TORRES<sup>9</sup> ha definido el amancebamiento como el trato carnal ilícito y continuado de un hombre y una mujer, y que dentro de este se comprende al concubinato; mientras que PARRA BENÍTEZ<sup>10</sup>, haciendo un análisis desglosado, define como concubina a la manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si fuera su marido y como concubinario al que tiene concubina y hace vida marital con una mujer sin estar casado con ella.

Se afirma además<sup>11</sup>, que cuando no se daban los requisitos de convivencia exteriorizada y la voluntad de tenerse como marido y mujer de forma paralela al vínculo marital, surgían uniones extramatrimoniales de carácter puramente ocasional, parejas de hecho o relaciones sine conubio, cuyo número fue aumentando progresivamente en el Imperio Romano ante la dificultad para obtener el conubium ius conubii, la capacidad jurídica o, en términos generales, el derecho al matrimonio.

Por esta razón, se ha sostenido que el concubinato tuvo desarrollo en la Roma antigua, así, TABORDA LEÓN<sup>12</sup> menciona que la época romana representa el antecedente histórico a las figuras de las uniones maritales de hecho, situación que en principio se denominó amancebamiento o concubinato, lo cual era una institución de inferior jerarquía que el matrimonio; acotando que, específicamente, en el Bajo Imperio fue que se terminó dando un reconocimiento a este fenómeno, sin embargo, los cuestionamientos no cesaron por las dificultades que estas uniones representaban para determinar el parentesco.

En el concubinato, la mujer no disfrutaba de la consideración de mujer casada, pues le faltaba el honox matrimonii y, con el advenimiento del Cristianismo, se opera una reacción contra esta clase de unión, por lo cual CONSTANTINO, para estimular que las parejas de concubinos se unieran en legítimas nupcias, creó la legitimación de esta por el subsiguiente matrimonio<sup>13</sup>.

Posteriormente existió la concepción de que había una notable diferencia entre la unión matrimonial y el concubinato, por la ausencia de la llamada

---

<sup>9</sup> CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. 1993, *Diccionario Jurídico Elemental*, Nueva Edición actualizada, corregida y aumentada por Cabanellas de las Cuevas, G., Editorial HELIESTA S.R.L, Undécima edición, ISBN: 950-9065-98-6, Buenos Aires, 21.

<sup>10</sup>PARRA BENÍTEZ, Jorge. 2008, *Derecho de Familia*, Editorial TEMIS S. A, Bogotá, 298.

<sup>11</sup> MUÑOZ CATALÁN, Elliisa., 2014. *Perspectiva evolutiva de las tradicionales parejas de hecho frente a las uniones intersexuales en Nómadas*. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Complutense de Madrid, ISSN: 1578-6730, 3.

<sup>12</sup>TABORDA LEÓN, Iván Darío. 2010, *Problemática probatoria frente al tema de las uniones maritales de hecho*, Revista VÍA JURIS, Núm. 9, julio-diciembre, Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia, ISBN: 1909-5759, 112.

<sup>13</sup> ARGUELLO, Luis Rodolfo. 2000, *Manual de Derecho Romano*, Tercera edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 436.

affectio maritalis, es decir, por una denominada inexistencia de honor para el matrimonio.

GÓMEZ DUQUE<sup>14</sup> cita que la figura del concubinato fue señalada como trasgresión de la ley, siendo considerado pecaminoso, por lo cual fue a regirse en una figura delictiva. El mismo autor acota, que en el Concilio de Trento se establecieron gravísimas penas contra esta clase de unión marital.

Esta reacción al concubinato también es analizada por BRUGI<sup>15</sup>, quien sostiene que en las ordenanzas feudales y en las corporaciones y castas privilegiadas existía desprecio por la prole ilegítima; a lo cual TABORDA LEÓN<sup>16</sup> agrega que en el Derecho Canónico el concubinato adquirió un sentido delictual que restringía el concepto de familia y se dirigía sólo a dar importancia a las relaciones carnales que eran tildadas de ilícitas, y constituían un delito canónico distinto al delito común.

Este antecedente provocó, como afirman SANTACRUZ LÓPEZ y BLANCO RODRÍGUEZ<sup>17</sup>, que el concepto de familia adoptado por el Derecho positivo estuviera restringido en toda Latinoamérica, desde la época de la conquista hasta el presente siglo, estableciendo como parámetro que la familia era únicamente aquella que se constituía por el matrimonio entre un hombre y una mujer, a la cual se agregaban los hijos procreados por ellos; concepto que no admitía cualquier otra forma de integración afectiva entre parejas, siendo este el motivo por el que las uniones de hecho y las de las personas del mismo sexo fueron excluidas de su amparo.

A pesar del rechazo que experimentó, los contextos sociales debieron aceptar la existencia del concubinato como una realidad ineludible que parte de la libertad humana y del instinto carnal que une al hombre y a la mujer.

La evolución del desarrollo social ratifica que el concubinato siempre tuvo vigencia, por lo cual ARANGUREN Y ESCUDERO<sup>18</sup> afirman que parecería que ni la implantación cada vez mayor de la Iglesia lo hubiera detenido; agregando que el Canon 17 del Primer Concilio de Toledo (400) prescribió que tan verdadera mujer era para un cristiano la uxor -considerada como la ingenua con la que se contraía el iustum matrimonium según el Derecho Romano-, como la concubina o considerada esclava o libre con la que, en conformidad con ese mismo Derecho, no podían celebrar las iustae

---

<sup>14</sup> GÓMEZ DUQUE, Arturo. 2002, *Elementos de Derecho de Familia*, Editorial LEYER, Bogotá, 162.

<sup>15</sup> BRUGI, Biagio. 2000, *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen No. 4, Editorial Oxford University Press, México, S.A, 330.

<sup>16</sup> TABORDA LEÓN, Iván Darío. 2010, *Problemática probatoria frente al tema de las uniones maritales de hecho*, Revista VÍA JURIS, Núm. 9, julio-diciembre, Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia, ISBN: 1909-5759, 112.

<sup>17</sup> SANTACRUZ LÓPEZ, Raúl y B. RODRÍGUEZ JINYOLA, 2015. *La protección penal de las uniones de hecho en Latinoamérica*, Vniversitas, No. 130, Enero-junio, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, 276.

<sup>18</sup> ARAGUREN ROLDÁN, Jimeno y ESCUDERO José Antonio, 2015. *Matrimonio y otras uniones afines en el Derecho histórico navarro (siglos VIII-XVIII)*, Editorial Dykinson, Madrid, 391.

nuptiae; sosteniendo además, que la Iglesia aceptaba cualquier unión firme, matrimonial o concubinaria, en tanto estaba dirigida a la constitución de la familia, y la contraponía a las uniones que buscaban la concupiscencia.

El concubinato, también fue reconocido por el Derecho Español de las Siete Partidas, donde se acogió y se le dio continuidad mediante una nueva denominación, “barraganía”, que implicaba que los amancebados tenían que vivir juntos, cohabitar y carecer de cualquier impedimento que les impidiera contraer nupcias; agregando que en el Derecho Francés, en una etapa más moderna, por ser un derecho de costumbres, el concubinato continuó como institución reconocida<sup>19</sup>.

Sin embargo, para GÓMEZ DUQUE<sup>20</sup>, después de la Revolución Francesa, se asimiló la unión libre al matrimonio, pero que, por reacción a ésta, el Código Napoleónico desconoció tal figura, echando sobre ella, como dice JOSSEMAND, púdicamente un velo impenetrable, de lo cual ha derivado este trato despectivo y antes repudiado, que luego pasó del Derecho francés al chileno y de éste al colombiano.

Estos antecedentes no sólo permiten graficar los orígenes y concepción histórica del concubinato; sino que también fijaron las bases para su posterior reconocimiento como unión de hecho, delimitando sus características básicas<sup>21</sup>. Al respecto, ACOSTA VÁSQUEZ<sup>22</sup> ha sostenido que el concubinato se configura, en términos precisos, cuando un hombre y una mujer cristalizan una unión que, aunque no matrimonial, brinda ante la sociedad la apariencia de tal, por las características y cualidades de tal unión, entre la que se destaca la permanencia y el convencimiento de existencia de lazos de afecto entre los miembros de la pareja, con la condición de que ninguno de ellos esté unido por vínculo de matrimonio a otra persona distinta; consecuentemente, agrega que el concubinato no se configura cuando la unión es periódica, aunque estos períodos sean más o menos prolongados; ni se configuraría cuando la relación es accidental o discontinua, en razón de que ello contradice el espíritu de afecto que debe caracterizar esa unión cuasi – matrimonial.

Un aspecto primordial que encierra la figura del concubinato es la creencia que se ha tenido entre el conglomerado social en el sentido de que se trata

---

<sup>19</sup>TABORDA LEÓN, Iván Darío. 2010, *Problemática probatoria frente al tema de las uniones maritales de hecho*, Revista VÍA JURIS, Núm. 9, julio-diciembre, Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia, ISBN: 1909-5759, 112..

<sup>20</sup>GÓMEZ DUQUE, Arturo. 2002, *Elementos de Derecho de Familia*, Editorial LEYER, Bogotá, 162.

<sup>21</sup> En este caso se reconocen la convivencia permanente, el deseo de presentarse como pareja ante la sociedad y la obligación de no estar vinculados matrimonialmente con otras personas.

<sup>22</sup>ACOSTA VÁSQUEZ Luis. 2007, *El nuevo concubinato en Venezuela. Cuestiones Jurídicas*, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta de Venezuela, Volumen I, número 1, enero-junio, 1 - 21.

de una relación que se constituye y se desarrolla sin formalidades legales o ilegalmente<sup>23</sup>.

La unión marital de hecho, como también se lo ha denominado, constituye, a criterio de PARRA BENÍTEZ<sup>24</sup>, en primer lugar, una fuente de la familia, que consiste en una situación jurídica en la que se encuentran un hombre y una mujer que, sin matrimonio, pero imitándolo, conviven establemente, lo cual no significa que el matrimonio y la unión marital de hecho sean iguales.

De su parte, SOMARRIVA UNDURRAGA Y PUIG PEÑA<sup>25</sup> definen cercanamente al concubinato, pues el primero sostiene que se trata de la unión de un hombre y una mujer que mantienen relaciones sexuales y que comparten una vida en común; mientras que el segundo lo considera como la unión verdadera y estable de dos personas del sexo opuesto, que hacen vida marital con todas las apariencias de un matrimonio legítimo.

El Código Civil de Ecuador<sup>26</sup>, en su artículo 222, lo define como una unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, mayores de edad, que formen un hogar de hecho, la cual genera los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio y da origen a una sociedad de bienes; a lo cual se agrega la posibilidad de formalizarla ante la autoridad competente en cualquier tiempo.

Se denota aquí la utilización del término unión de hecho para diferenciarlo del concubinato, que era exclusivo entre un hombre y una mujer, mientras que en la definición legal ecuatoriana se deja abierta la posibilidad de la unión entre personas del mismo sexo.

## **I.2. La unión de hecho como una alternativa al matrimonio**

---

<sup>23</sup> En este sentido, COSSIO ejemplifica que el concubinato se produce cuando una señora y un señor se encuentran vinculados de hecho en una relación que origina una convivencia, como la que se desarrolla en los matrimonios pero no formalizada jurídicamente como tal. *Vid.* COSSIO, José Ramón, *Concubinato, analogía y justicia familiar*, Edición digital a partir de *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 28 México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Edición digital de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes por cortesía del editor, abril 2008, 208. Por su parte, VALLETA, también comparte ese criterio al afirmar que se trata del estado adoptado por dos personas con la intención de llevar una vida en común, pero sin observar las formalidades impuestas por la ley a través de la celebración del matrimonio. *Cfr.* VALLETA, MARÍA LAURA, *Diccionario Jurídico*, Segunda Edición, VALLETA ediciones, Buenos Aires, 2001, 154.

<sup>24</sup>PARRA BENÍTEZ, Jorge. 2008, *Derecho de Familia*, Editorial TEMIS S. A, Bogotá, 298.

<sup>25</sup>VARGAS, David y RIFFO, Juan Carlos, *De los efectos patrimoniales tras la ruptura de la unión de hecho en el ordenamiento jurídico chileno*, Revista Bolivariana de Derecho, 98.

<sup>26</sup>El artículo 222 del Código Civil de Ecuador establece: La unión estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señala éste Código, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, inclusive en lo relativo a la presunción legal de paternidad, y a la sociedad conyugal.

Hoy en día la diferencia entre la unión marital y el matrimonio están marcadas únicamente por el sentido religioso y por los convencionalismos sociales no superados. Todavía es difícil, sobre todo para las sociedades conservadoras, aceptar una alternativa distinta al matrimonio para consolidar las relaciones de pareja con miras a formar una familia.

Para llegar a esta realidad, el concubinato o unión de hecho, como institución social, ha tenido que superar las controversias señaladas en líneas anteriores respecto a distintas épocas de la humanidad, sobre todo porque se ha considerado como una antítesis al matrimonio dentro de las relaciones de familia. Pero también es verdad, como afirma LUDEÑA BENÍTEZ<sup>27</sup>, que la sociedad actual va por otros derroteros y que el Derecho no puede desconocer ni obviar esas otras formas que surgen en la sociedad.

Como base de esta realidad, GARCÍA RUBIO<sup>28</sup> había sostenido que hay que recordar que el derecho a contraer matrimonio incluye el derecho a no contraerlo y, por consiguiente, el derecho a no ser sometido contra la propia voluntad a un status matrimonial. En la misma línea de pensamiento, ROCA TRÍAS<sup>29</sup> sostenía que justamente la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos constituye una razón jurídicamente relevante para que los poderes públicos decidan regular situaciones de convivencia; debiéndose ello, entre otras cosas, como afirma a LUDEÑA BENÍTEZ<sup>30</sup>, a que, en la mayoría de los casos hay menores a los que hay que proteger y no se les puede discriminar por la situación legal de convivencia en la que se encuentren sus progenitores.

Este antecedente ha generado una tendencia que ha permitido la aceptación del concubinato dentro de las relaciones familiares, no existiendo dudas<sup>31</sup> que en la actualidad existe un movimiento social a favor de este tipo de uniones, por la tendencia a expandir la libertad del individuo hasta límites a menudo incompatibles, ya no con la regulación jurídica del Derecho de Familia, sino dentro de cualquier ámbito del Derecho privado en general. En este sentido, las llamadas “uniones de hecho” están adquiriendo en la sociedad de estos últimos años un

---

<sup>27</sup> LUDEÑA BENÍTEZ, Óscar Daniel, 2014. *El Derecho de Familia de la Unión Europea: Cuestiones de Cooperación Jurídica Comunitaria entre los Estados miembros*, Revista Jurídica de Castilla y León, No. 32, ISSN: 2254-3805, 40.

<sup>28</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, 2006. *Las Uniones de Hecho en España. Una visión jurídica*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 122.

<sup>29</sup> ROCA TRÍAS, ENCARNA., 1999. *Familia y Cambio Social (De la casa a la persona)*, Editorial Civitas, Madrid, 134.

<sup>30</sup> LUDEÑA BENÍTEZ, Óscar Daniel, 2014. *El Derecho de Familia de la Unión Europea: Cuestiones de Cooperación Jurídica Comunitaria entre los Estados miembros*, Revista Jurídica de Castilla y León, No. 32, ISSN: 2254-3805, 40.

<sup>31</sup> Criterio que ha sido defendido por el citado autor. *Vid.* PINEDO Oria. Patricia, *El concubinato romano y las parejas de hecho actuales*, en *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*. Editorial Dykinson, Madrid, 2010, 475.

especial relieve, por lo cual, ciertas iniciativas insisten en su reconocimiento institucional, e incluso equiparación con las familias nacidas del compromiso matrimonial<sup>32</sup>.

Sin embargo, no han faltado los criterios que cuestionan esta corriente social, tales como la que refiere POMA LAGOS<sup>33</sup>, al decir que uno de los factores que influyen en esa tendencia es la disminución de la fe y la incredulidad, en razón de que los seres que han recibido una crianza de carácter materialista, anteponen el bien personal al social, y por ende, eligen el concubinato y no el matrimonio, porque este último implica una aceptación recíproca de deberes en bien de los cónyuges y de sus hijos<sup>34</sup>.

Haciendo un análisis de motivos que validan la necesidad de reconocer el concubinato, se puede destacar el uso actual que han hecho las parejas de su libertad para optar por la cohabitación sin casarse, así como la inevitable llegada de hijos concebidos como producto de esta unión. Esta realidad pone en duda la hegemonía que ha mantenido el matrimonio como célula familiar y convoca a desarrollar nuevos criterios legislativos y políticos.

GARCÍA RUBIO<sup>35</sup>, pese a su posición contraria al concubinato, reconoce que en la institución del matrimonio se producen cambios a nivel legal que parecen ir a la dirección contraria, esto es, a la de las parejas no formalizadas. Esto se debe, a criterio de LUDEÑA BENÍTEZ<sup>36</sup>, a que esas parejas exigen una respuesta jurídica a los problemas que plantea su convivencia.

Tanta es la evolución que ha tenido esta figura en el desarrollo social, que SANTACRUZ-LÓPEZ y BLANCO-RODRÍGUEZ<sup>37</sup> confirman que en la actualidad, tal concepto ha cambiado y ahora comprende, en algunos países, las uniones de hecho entre personas de diferente sexo e incluso a las homosexuales; agregando que el reconocimiento de las uniones de hecho –heterosexuales y homosexuales–, como formas alternativas de familia establecidas mediante vínculos naturales, constituye una irrefutable realidad para la sociedad latinoamericana actual.

---

<sup>32</sup> Pontificio Consejo para la Familia. Familia, Matrimonio y Uniones de Hecho. EDITRICE. Ciudad del Vaticano. 2000. p 2.

<sup>33</sup> POMA LAGOS, Luis Alberto. 2014 *En busca de una nueva perspectiva legal del fenómeno concubinario en la legislación peruana*, Revista Científica Los Andes, Volumen No. 1, 24..

<sup>34</sup> Igual criterio sostiene GARCÍA RUBIO, quien afirma que los motivos para elegir la convivencia fuera del matrimonio, como forma de vida de pareja, son muy variados y escapan a cualquier tipo de generalización, pero parece que los más frecuentes son de tipo ideológico, coyuntural (matrimonio de prueba) o económico (evitar determinadas consecuencias de esta naturaleza). *Vid.* GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, 114.

<sup>35</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, 2006. *Las Uniones de Hecho en España. Una visión jurídica*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 122.

<sup>36</sup> LUDEÑA BENÍTEZ, Óscar Daniel, 2014. *El Derecho de Familia de la Unión Europea: Cuestiones de Cooperación Jurídica Comunitaria entre los Estados miembros*, Revista Jurídica de Castilla y León, No. 32, ISSN: 2254-3805, 40.

<sup>37</sup> SANTACRUZ-LÓPEZ, Raül y BLANCO RODRÍGUEZ, Jinyola., 2015. *La protección penal de las uniones de hecho en Latinoamérica en Universitas*. Bogotá (Colombia), No. 130: 273-308, enero-junio, 276.

Esta tendencia mantiene un criterio acorde a la evolución social, sobre todo porque como manifiesta GÓMEZ DUQUE<sup>38</sup>, el concubinato siempre ha existido al lado del matrimonio legítimo y se considera, a criterio de GARCÍA FALCONI<sup>39</sup>, como elemento constitutivo de la familia y como un hecho sociológico. Tal es su reconocimiento que, contradictoriamente, García Rubio<sup>40</sup>, a pesar de su posición inicial, reconoce que la pareja de hecho es una modalidad de convivencia plenamente aceptada, que no sólo conforma una alternativa al matrimonio, sino que en muchas ocasiones lo precede a modo de matrimonio de prueba (trial marriage).

Los criterios que han presentado argumentos para esta tendencia alternativa, recogen como fundamento la libertad individual del ser humano tanto para contraer matrimonio como para no hacerlo, libertad que, ni el factor religioso, ni el convencionalismo social, ni la ley, pueden restringirlo; porque como sostenía MONTESQUIEU<sup>41</sup>, la libertad filosófica consiste en el ejercicio de la propia voluntad, o a lo menos, en la creencia de que se ejerce la propia voluntad.

Estos razonamientos sobre la evolucionada concepción de las relaciones de pareja, confirman que el concubinato o la unión de hecho sea una alternativa válida al matrimonio, por lo cual, su concepción debe estar matizada en el principio de igualdad social en vista de que, como afirma FERRAJOLI<sup>42</sup>, el principio de igualdad legitima la democracia y se establece, sea porque somos diferentes, sea porque somos desiguales: para tutelar las diferencias o para eliminar o reducir las desigualdades.

### **I.3. El estatus jurídico de la unión de hecho**

La inevitable presencia que ha tenido el concubinato en la realidad de las relaciones de pareja y su aceptación en la sociedad moderna como una alternativa al matrimonio, obligaron a las legislaciones a reconocerlo con el objeto de conceder protección jurídica a sus miembros y a las familias que se formaren como consecuencia de esta relación marital, no obstante, se ha venido denominando equivocadamente “unión de hecho”.

En Ecuador, la unión de hecho como figura jurídica apareció con la Constitución del año 1978, que en su artículo 25 la definió como “la unión

---

<sup>38</sup> GÓMEZ DUQUE, Arturo. 2002, *Elementos de Derecho de Familia*, Editorial LEYER, Bogotá, 162.

<sup>39</sup> GARCÍA FALCONI, JOSÉ. 2005, *Manual de Práctica Civil: Los juicios de inventario, tasación, liquidación de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes en unión de hecho*, Tomo I, Ediciones RODIN, Quito, 228.

<sup>40</sup> GARCÍA RUBIO, María Paz, 2006. *Las Uniones de Hecho en España. Una visión jurídica*. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 122.

<sup>41</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, *El espíritu de las leyes*. Córdoba, 1748, El Cid Editor, 1145.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi, 2007. *La igualdad y sus garantías*, Editorial Palestra, 25.



estable y monogámica de un hombre y una mujer, libres de vínculo matrimonial con otra persona, que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, dando lugar a una sociedad de bienes, que se sujeta a las regulaciones de la sociedad conyugal, en cuanto fueren aplicables, salvo que hubieren estipulado otro régimen económico o constituido en beneficio de sus hijos comunes patrimonio familiar”.

Esta definición revela el deseo de protección que tuvo el legislador para amparar aquellas relaciones de convivencia como fuente de inicio familiar, desarrollándola con mayor amplitud a partir de la vigencia de la Ley 115 publicada en el Registro Oficial No. 399 del 29 de diciembre de 1982 que, a criterio de YÉPEZ ANDRADE<sup>43</sup>, estableció a la unión de hecho como institución jurídica, tutelando así a las parejas que no habían contraído matrimonio, y que, por tanto, carecían de legitimidad y protección legal, ya sea en favor de sus hijos, o de las mujeres que al finalizar la relación no podían exigir ningún derecho patrimonial ni para ellas, ni para sus hijos.

Este reconocimiento jurídico no fue exclusivo del Ecuador, pues a nivel global, se ha aceptado que el Derecho debe cobijar todas las estructuras e instituciones sociales, sobre todo por el pleno reconocimiento del principio de igualdad que tutela a todos los seres humanos, lo cual impide que siga vigente aquella distinción discriminatoria entre el matrimonio y la unión marital<sup>44</sup>.

La revisión de algunos cuerpos constitucionales latinoamericanos permiten establecer que la unión de hecho ha sido considerada una institución que genera similares o iguales efectos al matrimonio, como en el caso de la Constitución Política de Bolivia del año 2009 (Vid. Artículo 63); la Constitución de la República Federativa del Brasil del año 1988 (Vid. Artículo 226), la Constitución Política de Panamá del año 2004, en la cual inclusive se la denomina matrimonio de hecho (Vid. Artículo 58); la Constitución de Paraguay del año 1992 (Vid. Artículo 51); y, la Constitución Bolivariana de Venezuela del año 1999 (Vid. Artículo 77).

Para el caso ecuatoriano, la llamada unión de hecho se estructura actualmente por la definición del reformado artículo 222 del Código Civil, que la considera como una unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial, siempre que sean mayores de edad; y, por el soporte constitucional que le brinda el artículo 68 de su ley

---

<sup>43</sup> YÉPEZ ANDRADE, Mariana., 2015. *Reformas al Código Civil y la Unión de Hecho*, en Revista Judicial, 1.

<sup>44</sup> Como ejemplos referentes de aquella corriente universal de aceptación, PINERO ORIA sostiene, con relación al Derecho español, que estas nuevas concepciones sociales sobre las relaciones de pareja habían sido ya recogidas por el legislador catalán al promulgar la ley 10/1998, de 15 de julio, la cual incorpora modos de convivencia alternativos a la institución matrimonial, como la llamada pareja de hecho, unión extramatrimonial, convivencia *more uxorio* o unión libre; mientras que CHAUX ROJAS y BLANCO RODRÍGUEZ afirman, con relación a la legislación colombiana, que el reconocimiento de la unión marital de hecho se produjo a través de la Ley 54 de 1990. Vid. PINEDO, Oria Patricia., *op. cit.*, 475 y CHAUX ROJAS Daniel Felipe & BLANCO RODRÍGUEZ, Jinyola., *La celebración de capitulaciones en la unión marital de hecho* en Universitas, Bogotá (Colombia), No. 126: 65-88, enero-junio de 2013, 68.

suprema, habiendo alcanzado tal grado de desarrollo que inclusive se equipara al matrimonio, con los mismos efectos de este, y con la posibilidad de formalizarse ante un Notario Público conforme a lo que determina el numeral 26 del artículo 18 de la Ley Notarial<sup>45</sup>.

Algo parecido ha sido destacado por ADAME GODARD<sup>46</sup>, dentro de la Ley de Sociedades de Convivencia de México, donde se prescribe, en su artículo 6, que la sociedad tiene que convenirse por escrito y si los interesados lo quieren, pueden ratificar su voluntad e inscribir el documento en un registro público.

Destaca también el reconocimiento que se hace a la unión de hecho en el artículo 332 del Código Civil ecuatoriano como una forma de estado civil, con obligación de inscribirlo como tal en el Registro Civil, al tenor de lo que ordena el numeral 13 del artículo 10 de la Ley Orgánica de la Gestión de la Identidad y Datos Civiles; lo cual permite deducir que ya no se trata de una unión libre y generada como un acto de hecho, sino por el contrario, que se edifica como un verdadero acto jurídico<sup>47</sup>.

Este aspecto del reconocimiento de la unión marital como estado civil, también se aprecia en la legislación colombiana, por lo cual Parra Benítez<sup>48</sup>, siguiendo la corriente sostenida por LAFONT PIANETA, hace un análisis de las tesis que consideran a la unión de hecho como un estado civil, argumentando que esta surge de la definición del Código Civil colombiano<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> El artículo 68 de la Constitución del Ecuador dispone que la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. El artículo 18 de la Ley Notarial de Ecuador en su numeral 26 establece que es atribución exclusiva de los Notarios solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil; debiendo levantar el acta respectiva, que debidamente protocolizada, entregará en copias certificadas a las partes. Asamblea Nacional del Ecuador.

<sup>46</sup> ADAME GODDARD, Jorge. 2007, *Análisis y juicio de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal de México*, Universidad de La Sabana, Dikaion, Bogotá, 53.

<sup>47</sup> Artículo 332 del Código Civil de Ecuador establece: El estado civil de casado, divorciado, viudo, unión de hecho, padre e hijo se probará con las respectivas copias de las actas del Registro Civil. El artículo 10 de la Ley Orgánica de la Gestión de la Identidad y datos Civiles menciona que: La Dirección General del Registro Civil, Identificación y Cedulación solemnizará, autorizará, inscribirá y registrará, entre otros, los siguientes hechos y actos relativos al estado civil de las personas y su modificaciones: 13. La unión de hecho.

<sup>48</sup> PARRA BENÍTEZ, Jorge. 2008, *Derecho de Familia*, Editorial TEMIS S. A, Bogotá, 298..

<sup>49</sup> *V.gr.* La sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-174-del 29 de abril de 1996 estableció que “en razón de las consecuencias jurídicas que la unión libre, o unión marital de hecho, trae consigo, tal unión, en determinadas circunstancias, establece o modifica el estado civil de quienes hacen parte de ellas”. En ese mismo sentido, PÉREZ ESTUPIÑÁN, GUEVARA VARGAS y ARIA GARCÍA sustentan esta tesis en el fallo C-050013100062004-00205 del 18 de junio del 2008 emitido por la Corte Suprema de Colombia que expresa que “la unión marital de hecho, al igual que el matrimonio, es una especie de estado civil, pues aparte de no ser una relación cualquiera, no es algo externo a las personas que la conforman, por el contrario, trasciende a ellas, es decir, a la pareja misma y a cada uno de sus miembros individualmente considerados, con cierto estatus jurídico. *Cfr.* PÉREZ ESTUPIÑÁN, Martha, GUEVARA VARGAS Walter y ARIA GARCÍA Josè., *Unión marital de hecho: análisis jurisprudencial desde el derecho a la igualdad para los compañeros permanentes*, en Revista DIXI, Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, 2013, 92.

Empero, su pleno reconocimiento jurídico, sustentado en los antecedentes de este trabajo, se ha considerado a nivel global y, para generar efectos similares al matrimonio, que la llamada unión de hecho debe cumplir determinados requisitos básicos, como son la formación de un hogar común, la mayoría de edad de quienes la constituyen y el no estar ligados a vínculos matrimoniales con otras personas; tesis que comparten los Códigos Civiles de Ecuador, Colombia y Perú, y la Ley de Sociedades de Convivencia de México citada por ADAME GODDARD<sup>50</sup>.

En cuanto a los efectos jurídicos que genera la denominada unión de hecho, hay criterios todavía divididos en la doctrina. Así por ejemplo, PAREJO CARRANZA<sup>51</sup> afirma que existe un acuerdo generalizado en cuanto a que la unión extramatrimonial no es equivalente al matrimonio, y que, por tanto, no son aplicables automáticamente las normas matrimoniales; sin embargo, contrariamente a esta posición, ESTRUCH y PÉREZ UREÑA, citados por el mismo autor, afirman que empieza a existir diferencias cuando se admite que, a falta de un pacto expreso, se puede advertir la existencia de un pacto tácito entre los convivientes, una voluntad de formar un patrimonio común a partir de hechos concluyentes, y que por ello pueda conducir, tras la ruptura, a la adjudicación a uno de ellos, de una parte de los bienes adquiridos por el otro durante la convivencia.

Pero más allá de las posiciones criteriosales, es menester hacer un resumen de los principales efectos de la unión marital en Ecuador, el cual permitirá arribar a una conclusión sustentada en la realidad de las relaciones de pareja.

Referente a los efectos jurídicos personales, se puede señalar que existe una igualdad en cuanto a los derechos y obligaciones de los miembros de la pareja marital con relación a los derechos y obligaciones que tienen los cónyuges en el matrimonio, igualdad que se reconoce en la definición legal de unión de hecho que presenta el referido artículo 222 del Código Civil de Ecuador, destacándose por ejemplo, el derecho y obligación de auxilio mutuo como base de la unión matrimonial o no matrimonial; el derecho a dar por terminada la unión; el derecho de sucesión por causa de muerte; el derecho al ejercicio de la patria potestad de los hijos concebidos por la pareja; y, el reconocimiento de los hijos comunes con todos los derechos que les asisten, tales a estos como la paternidad, maternidad, alimentación, cuidado, sin distinción por causa de su origen matrimonial o extramatrimonial.

De la misma manera, se destacan los efectos jurídicos patrimoniales reconocidos a la pareja marital, como si se tratase de un matrimonio, tales como la formación de una sociedad de bienes comunes y su administración, así como la disolución y liquidación de esta; la

---

<sup>50</sup> ADAME GODDARD, Jorge.2007, *Análisis y juicio de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal de México*, Universidad de La Sabana, Dikaion, Bogotá, 52.

<sup>51</sup> PAREJO CARRANZA, Antonio Josè, 2014. *El derecho a una compensación económica tras la ruptura de la unión no matrimonial*, Revista de Derecho Civil, Vol. I, Número 2 (abril-junio), Estudios, 116.

individualización de bienes propios adquiridos previo a la formación de dicha sociedad, o adquiridos a título gratuito durante su vigencia; y, la obligación de proveer, según sus posibilidades, a la satisfacción de las necesidades de la familia.

Como epílogo actual del reconocimiento jurídico que se le ha dado a la unión marital, la doctrina se ha visto en la necesidad de presentar opiniones respecto a si debe estar integrada únicamente por parejas heterosexuales, o también puede incluir a las parejas homosexuales<sup>52</sup>.

Sin embargo, la realidad humana ha obligado a expandir la mira de la legislación a nivel mundial, pues la presencia de las parejas homosexuales y, su derecho a ser reconocidos como seres humanos iguales, sin discriminación, no puede escapar al amparo de los ordenamientos jurídicos, sobre todo porque se parte de un sentido de justicia social; tal y como lo señala JOHN RAWLS<sup>53</sup>, quien afirma que la justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento<sup>54</sup>.

Tratando de sostener el criterio inclusivo de la parejas homosexuales frente al estatus jurídico de la unión marital, la sentencia C-075 de febrero de 2007 de la Corte Constitucional de Colombia declaró la exequibilidad de la Ley 54 de 1990, argumentando que: “la falta de reconocimiento jurídico de la realidad conformada por parejas homosexuales es un atentado contra la dignidad de sus integrantes porque lesiona su autonomía y capacidad de autodeterminación, al impedir que su decisión de conformar un proyecto de vida común produzca efectos jurídicos patrimoniales...”<sup>55</sup>.

Frente a este último criterio contrapuesto, este trabajo acepta la posición inclusiva, ya que las normas jurídicas y el Derecho en general deben evolucionar para adaptarse a los cambios sociales y a las dinámicas que presenta la vida diaria. Si se ha reconocido en la misma Declaración

---

<sup>52</sup> Al respecto, en el artículo 326 del Código Civil peruano se establece que para considerar la unión estable de hecho, ésta tiene que ser heterosexual: entre varón y mujer, libres de vínculo matrimonial y con el objetivo de formar un hogar de hecho. *Vid.* DÍAZ DELGADO, Tania., 2012. *Sobre el pretendido reconocimiento civil de las uniones homosexuales*, Revista de Investigación Jurídica, Red Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 5.

<sup>53</sup> PÉREZ ESTUPIÑÁN, Martha, GUEVARA VARGAS, Walter, ARIA GARCÍA, José, 2013. *Unión marital de hecho: análisis jurisprudencial desde el derecho a la igualdad para los compañeros permanentes*, Revista DIXI, Editorial de la Universidad Cooperativa de Colombia, 91.

<sup>54</sup> En ese mismo sentido, Rueda sostiene que el Derecho en la actualidad se ve enfrentado a diversos problemas del desarrollo de las sociedades según parámetros de las libertades individuales, de protección de derechos fundamentales, cuyo respaldo se garantiza a nivel constitucional en el orden interno. *Vid.* RUEDA, Natalia., *Corrección del Registro Civil por “cambio de sexo”. A propósito de una sentencia italiana: ¿ruptura del paradigma heterosexual del matrimonio?*, Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, 2016, 396.

<sup>55</sup> Por este motivo, en algunos países, determinados derechos que surgen de la convivencia marital se reconocen a parejas del mismo sexo; *V.gr.*, España, Argentina, Colombia, aunque dichos derechos no son los mismos en cada uno de ellos.

Universal de los Derechos del Hombre, tanto en su preámbulo como en sus artículos 1, 2 y 7, la igualdad de los seres humanos, tanto en dignidad, como en derechos, y en cuanto a la protección de esos derechos, sin distinción por causa del sexo, no debe existir inconveniente para que el Derecho proteja a las parejas maritales constituidas por personas del mismo sexo.

Ese postulado universal ha servido de base para que modernos preceptos constitucionales adopten una concepción de las uniones maritales bajo el sustento de estar integrada por personas sin hacer distinción en cuanto a los aspectos de identificación sexual; precepto que también se reconoce en el citado artículo 68 de la Constitución del Ecuador.

#### **I.4. La realidad actual del concubinato como unión de Derecho**

La existencia histórica del concubinato o unión de hecho y su actual reconocimiento como alternativa de integración familiar han obligado a su inclusión dentro de los ordenamientos jurídicos, por lo cual, dichas premisas conducen a la interrogante: ¿El concubinato constituye en el presente una unión de hecho o una unión de Derecho?

La única respuesta que la lógica jurídica permite es que se trata de una unión de Derecho, por lo cual, la denominación que se le ha venido otorgando aparece equivocada para el contexto legal.

Como acto entre humanos, el concubinato se convierte en un acto jurídico y no en un acto de hecho. Esto porque objetivamente, los actos de hecho no ingresan al mundo del Derecho y están fuera sus perímetros; mientras que el acto jurídico es aquel que ha sido reconocido por la legislación y, como tal, genera efectos obligatorios, por ello, se puede afirmar que la unión de hecho, constituye un ejemplo valedero de un acto jurídico, sobre todo porque su finalidad es específicamente jurídica.

Es menester enfatizar en este punto que, para que el concubinato sea concebido como un acto jurídico, debe cumplir con los requisitos esenciales exigidos para este, como son: manifestación de voluntad, capacidad, objeto, finalidad y forma; lo cual deriva en que, siendo el concubinato un acto jurídico en la actualidad, sería equivocado y a la vez contradictorio seguir nominándolo como una unión de hecho.

La concepción jurídica actual que incluye a la unión de hecho dentro de las instituciones del Derecho de Familia se presenta incuestionable, ya que si bien surgió fuera de la formalización exigida por el ordenamiento legal, dicho aspecto no impide que, durante su desarrollo en la vida de pareja, genere consecuencias que el Derecho está obligado a proteger.

La unión marital no formalizada mediante matrimonio ha dejado de ser una relación de hecho y se ha convertido en una institución que ha sido objeto

de regulación inicial a través de la jurisprudencia y de acogimiento posterior por parte de la ley, así como en un objeto de estudio por parte de la doctrina, lo que ha permitido fomentar una tendencia hacia el reconocimiento de sus efectos jurídicos personales y patrimoniales, tal como ocurre en el matrimonio, con un horizonte centrado en la eliminación de diferencias discriminatorias que no tienen cabida en un Estado constitucional de justicia y derechos como es el caso de Ecuador.

Vinculando el cuestionamiento que este trabajo realiza sobre el equivocado uso que se le ha venido dando a la expresión unión de hecho para nominar a las uniones maritales no matrimoniales, se afirma que debería denominársele “pareja no casada”<sup>56</sup>; inclusive en Colombia, al analizar el artículo 1 de la Ley 54 que define la unión marital, se ha sostenido que la expresión unión marital de hecho y compañeros son las únicas que deben darse a la unión extramatrimonial y a quienes la componen.

No obstante la conclusión jurídica que presenta este trabajo, no se puede descartar totalmente la denominación unión de hecho, que puede ser utilizada con corrección para la designación de aquellas uniones que se constituyen entre personas que no estén en posibilidad de casarse, sobre todo porque jurídicamente tampoco sería aceptable reconocer una relación entre personas que no estén libres de vínculo matrimonial.

Toda relación que se constituya entre una persona vinculada con un matrimonio no disuelto y una persona libre de vínculo matrimonial; o entre quienes están vinculados matrimonialmente con otras personas, aunque estén separadas de estas, generan actos de facto no aceptados por el Derecho, por consiguiente, en estos casos específicos, lo apropiado sería nominarlas uniones de hecho.

Este trabajo no pretende presentar potenciales denominaciones para las relaciones maritales no matrimoniales hoy reconocidas por el Derecho, ya que aquello debe ser objeto de nuevos estudios que permitan precisar una denominación que se ajuste a la realidad social y jurídica de esta institución.

## **CONCLUSIÓN**

El concubinato es una institución histórica que ha existido como consecuencia de la realidad social de las relaciones de pareja, por lo cual fue ineludible su concepción y aceptación, aunque no siempre a nivel legal. Se afirma que surgió y fue frecuente en Roma, distinguiéndose de las nupcias matrimoniales, tanto por la posición jurídica inferior que

---

<sup>56</sup> TURNER SAELZER, Susan., 2007. *Reseña de la pareja no casada. Derechos y obligaciones*, de N. J. NOVELLINO, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XX, Valdivia, 363.

ocupaba la mujer, como por la condición jurídica de los hijos concebidos en este.

El desarrollo de la concepción de la libertad humana y de los derechos fundamentales de las personas, permiten destacar no sólo el derecho a contraer matrimonio, sino también el derecho a formar una vida de pareja sin casarse, en base a lo cual, el concubinato se convierte en una alternativa válida al matrimonio.

El origen de las familias se ha cimentado tanto en las uniones matrimoniales como en aquellas relaciones maritales sin vínculo nupcial, consecuentemente, la protección del Derecho de Familia y del Derecho Patrimonial debe alcanzar a todos los grupos sociales con independencia de ese origen, generando iguales efectos jurídicos para todos ellos, tanto para los miembros de la pareja, como para los hijos concebidos por esta.

Como resultado de la vigencia del concubinato en la realidad social, el Derecho en Ecuador y a nivel global se vio obligado a regularlo con normas similares o iguales a las prescritas para el matrimonio, por lo cual mantiene un status jurídico equivalente a este, que lo convierte, no en una unión de hecho, sino en una unión de Derecho, aplicable incluso para las parejas homosexuales.

En Ecuador, adicionalmente, el concubinato, inclusive, ha sido reconocido legalmente como una forma de estado civil, con posibilidad de inscribirlo en el registro respectivo; lo cual permite identificarlo como una institución que genera efectos jurídicos similares a los que derivan del matrimonio.

La denominación unión de hecho, debe quedar limitada únicamente para aquellos casos de parejas constituidas por quienes se encuentren vinculados con matrimonios no disueltos legalmente, ya que aquellas uniones no mantienen amparo jurídico en la actualidad.



## **REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

Fuentes doctrinales:



ACOSTA VÁSQUEZ Luis. 2007, El nuevo concubinato en Venezuela. Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta de Venezuela, Volumen I, número 1, enero-junio, 1 - 21.

ADAME GODDARD, JORGE., Análisis y juicio de la Ley de Sociedades de Convivencia para el Distrito Federal de México, Universidad de La Sabana, Dikaion, Bogotá, 2007.

AMADO RAMÍREZ, ELIZABETH DEL PILAR., La unión de hecho y el reconocimiento de derechos sucesorios según el Derecho Civil Peruano, Revista Vox Juris, Universidad San Martín de Porres, 2013.

ARAGUREN ROLDÁN, JIMENO. y ESCUDERO JOSÉ. ANTONIO, Matrimonio y otras uniones afines en el Derecho histórico navarro (siglos VIII-XVIII), Editorial Dykinson, Madrid, 2015.

ARGUELLO, LUIS RODOLFO., Manual de Derecho Romano, Tercera edición, Editorial ASTREA, Buenos Aires, 2000.

BRUGI, BIAGIO., Instituciones de Derecho Civil, Volumen No. 4, Editorial Oxford University Press, México, S.A, 2000.

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO, Diccionario Jurídico Elemental, Nueva Edición actualizada, corregida y aumentada por Cabanellas de las Cuevas, G., Editorial HELIASTA S.R.L, Primera edición 1979, Undécima edición 1993, ISBN: 950-9065-98-6, Buenos Aires, 1979.

CHAUX ROJAS., DANIEL. FELIPE & BLANCO RODRÍGUEZ, JINYOLA., La celebración de capitulaciones en la unión marital de hecho en Universitas. Bogotá (Colombia), No. 126: 65-88, enero-junio de 2013.

Cossío, JOSÉ RAMÓN, Concubinato, analogía y justicia familiar, Edición digital a partir de Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, núm. 28 México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Edición digital de la Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes por cortesía del editor, abril 2008.

FERRAJOLI, LUIGI., La igualdad y sus garantías, Editorial Palestra, 2007.

GARCÍA FALCONI, JOSÉ. 2005, Manual de Práctica Civil: Los juicios de inventario, tasación, liquidación de la sociedad conyugal y de la sociedad de bienes en unión de hecho, Tomo I, Ediciones RODIN, Quito, 228.

GARCÍA RUBIO, MARÍA PAZ, Las Uniones de Hecho en España. Una visión jurídica. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 2006.

GÓMEZ DUQUE, ARTURO., Elementos de Derecho de Familia, Editorial LEYER, Bogotá, 2002.

LUDEÑA BENÍTEZ, ÓSCAR. DANIEL, El Derecho de Familia de la Unión Europea: Cuestiones de Cooperación Jurídica Comunitaria entre los Estados miembros, Revista Jurídica de Castilla y León, No. 32, ISSN: 2254-3805, enero 2014.

MUÑOZ CATALÁN, ELLIISA., Perspectiva evolutiva de las tradicionales parejas de hecho frente a las uniones intersexuales en Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Complutense de Madrid, ISSN: 1578-6730, 2014.

PAREJO CARRANZA, ANTONIO JOSÉ, El derecho a una compensación económica tras la ruptura de la unión no matrimonial, Revista de Derecho Civil, Vol. I, Número 2 (abril-junio, 2014), Estudios.

PARRA BENÍTEZ, JORGE., Derecho de Familia, Editorial TEMIS S. A, Bogotá, 2008.

PÉREZ ESTUPIÑÁN, MARTHA, GUEVARA VARGAS, WALTER, Y ARIA GARCÍA, JOSÉ., Unión marital de hecho: análisis jurisprudencial desde el derecho a la igualdad para los compañeros permanentes, Revista DIXI, Editorial de la Universidad Cooperativa de Colombia, 2013.

PINEDO ORIA. PATRICIA., El concubinato romano y las parejas de hecho actuales, en Experiencias jurídicas e identidades femeninas. Editorial Dykinson, Madrid, 2010.

POMA LAGOS, LUIS ALBERTO., En busca de una nueva perspectiva legal del fenómeno concubinario en la legislación peruana, Revista Científica Los Andes, Volumen No. 1, 2014.

ROCA TRÍAS, ENCARNA., Familia y Cambio Social (De la casa a la persona), Editorial Civitas, Madrid, 1999.

RUEDA, NATALIA., Corrección del Registro Civil por “cambio de sexo”. A propósito de una sentencia italiana: ¿ruptura del paradigma heterosexual del matrimonio?, Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, 2016.

SANTACRUZ-LÓPEZ, RAÛL. y BLANCO RODRÍGUEZ, JINYOLA., La protección penal de las uniones de hecho en Latinoamérica en Universitas. Bogotá (Colombia), No. 130: 273-308, enero-junio de 2015.

TABORDA LEÓN, IVÀN DARÌO, Problemática probatoria frente al tema de las uniones maritales de hecho, Revista VÍA JURIS, Núm. 9, julio-diciembre, Fundación Universitaria Los Libertadores, Bogotá, Colombia, ISBN: 1909-5759, 2010.

TURNER SAELZER, SUSÀN., Reseña de la pareja no casada. Derechos y obligaciones, de N. J. NOVELLINO, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XX, Valdivia, 2007.

VARGAS, DAVID. y RIFFO, JUAN CARLOS, De los efectos patrimoniales tras la ruptura de la unión de hecho en el ordenamiento jurídico chileno, Revista Bolivariana de Derecho.

YÉPEZ ANDRADE, MARIANA., Reformas al Código Civil y la Unión de Hecho, en Revista Judicial, 2015.

Fuentes legales:

Código Civil de la República de Argentina de 25 de septiembre de 1869, edición al cuidado del Dr. Ricardo DE ZAVALIA, Buenos Aires, 1996.

Código Civil de Perú, Decreto Legislativo No. 295, promulgado el 24 de julio de 1984, publicado el 25 de julio de 1984, en vigencia desde el 14 de noviembre de 1984.

Código Civil de la República Federativa de Brasil, Ley 3071 de 1ro. de enero de 1916, 2da. edición, revisada y actualizada (hasta octubre de 1997), Editora Revista dos Tribunais, Sao Pablo, 1997.

Código Civil de la República de Bolivia, Decreto Ley N° 12760 de 6 de agosto de 1975, edición de 1998.

Código Civil de la República de Colombia, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por Ley 57 de 1887, edición a cargo de Luis César PEREIRA MONSALVE, Medellín, marzo, 1994

Código Civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, 16<sup>ta</sup>. Edición, Editorial Civitas S. A., Madrid, 1993.

Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal, de 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge OBREGÓN HEREDIA (concordado), Editorial Porrúa, México, 1988.

Código Civil de la República de Panamá, contenido en Ley 2 de 22 de agosto de 1916 y en vigor desde 1° de octubre de 1917 según Decreto 95 de 1° de junio de 1917, 3<sup>ra</sup>. Edición, Editorial MIZRACHI and PUJOL, S. A., Santa Fe de Bogotá, Abril, 1993.

Código Civil de la República de Paraguay, Ley N° 1183, en vigor desde el 1° de enero de 1987, 3<sup>ra</sup>. Edición, Intercontinental Editora, Asunción, Agosto de 1993.

Código Civil de la República Oriental del Uruguay sancionado en 1914, edición al cuidado de la Dra. Jacqueline BARREIRO DE GALLO, BARREIRO Y RAMOS S. A. Editores, Montevideo, 1994.

Código Civil de la República de Venezuela, reformado en julio de 1982, Editorial Panapo, 1986.

Constitución Bolivariana de Venezuela, proclamada por la Asamblea Nacional Constituyente de Caracas del 20 de diciembre de 1999, publicada en la Gaceta Oficial de Venezuela del jueves 30 de diciembre de 1999, No. 36860.

Constitución de Paraguay, promulgada el 20 de junio de 1992 por la Convención Nacional Constituyente. Asunción, Paraguay.

Constitución Política de Bolivia, aprobada el 7 de febrero del 2009, ciudad de El Alto de la Paz, Bolivia.

Constitución Política de Panamá, aprobada el 11 de octubre de 1972; incluye reformas por los Actos Reformatorios No. 1 y No. 2 del 5 y 25 de octubre de 1978, respectivamente; por el Acto Constitucional aprobado el 24 de abril de 1983; por los Actos Legislativos No. 1 de 993 y No. 2 de 1994; y, por el Acto Legislativo No. 1 del 2004.

Constitución de la República Federativa del Brasil promulgada el 5 de octubre de 1988, Asamblea Nacional Constituyente. Diario Oficial del 5 de octubre de 1988.

Constitución de la República del Ecuador. Incluye las reformas aprobadas en el Referéndum y Consulta Popular de 7 de mayo de 2011. Publicada en el Registro Oficial No. 449 el 20 de octubre de 2008.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Organización de las Naciones Unidas. Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. París, Francia.

Ley 0 (2016), Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles, aprobada el 28 de enero de 2016 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 684 de 4 de febrero de 2016, Quito, Ecuador.

Ley de Sociedades de Convivencia de México, Asamblea Legislativa del Distrito Federal de México. Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de noviembre del 2006. México.

Ley 54 de 1990 de Colombia, publicada en el Diario Oficial 39615 del 31 de diciembre de 1990.

Ley No. 115 que regula las uniones de hecho en Ecuador. Cámara Nacional de Representantes, publicada en el Registro Oficial No. 399 del 29 de diciembre de 1982.

Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. París, Francia.

Fuentes Jurisprudenciales:

La sentencia C-174-del 29 de abril de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia

El Fallo C-050013100062004-00205 de 18 de junio del 2008 emitido por la Corte Suprema de Colombia

La sentencia C-075 de febrero de 2007 de la Corte Constitucional de Colombia



## **LAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE GESTIÓN DE LOS PROCESOS DE DESARROLLO**

Carmen León Segura <sup>57</sup>

Carmen Mesa León<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Economista, PhD en Ciencias Económicas. Docente a tiempo completo en la Universidad de Guayaquil, Facultad de Ciencias Jurídicas, Sociales y Políticas. Contacto: [cleonsegura@gmail.com](mailto:cleonsegura@gmail.com)

<sup>58</sup> Economista. Account Manager Project, Turnes Industries, L. A. Baton Rouge, E; Unidos de América, [carmen.mesa95@gmail.com](mailto:carmen.mesa95@gmail.com)

## RESUMEN

Los retos de un mundo globalizado con una creciente deuda ecológica replantean la urgencia de alcanzar un nuevo paradigma de desarrollo humano sustentado en los pilares de: equidad, sostenibilidad, crecimiento económico, participación y seguridad ciudadana. Asumiendo el paradigma de la complejidad, se trata entonces de una construcción permanente que enlace lo público con la triple sostenidad del desarrollo.

El término Políticas Públicas está asociado a la intervención del Estado en la elaboración de medidas que tributen a solventar dificultades sociales. Diferentes científicos sociales han realizado diversos análisis que han enriquecido la literatura teórica sobre estos temas y se han convertido en una importante herramienta en diferentes áreas económicas como el mercado laboral, las finanzas públicas, el desarrollo social y económico, la organización industrial, etc.

No obstante es insuficiente el debate es amplio y en construcción, lo que nos lleva a identificar como pregunta de investigación: ¿Constituyen las políticas públicas diseñadas, ejecutadas y evaluadas un instrumento efectivo de gestión, capaz de lograr los objetivos y propósitos del enfoque de desarrollo que lo sustenta?

Lo anterior, ha motivado la construcción del presente trabajo, que tiene como objetivo sistematizar una metodología para la formulación de políticas públicas, estructuradas en tres partes: la primera brinda los elementos generales para diseñar una política; la segunda, muestra los aspectos a cumplir para lograr una correcta implementación y la tercera, se presenta la secuencia para obtener una evaluación precisa.

Se ha utilizado una metodología de tipo cualitativa, revisión bibliográfica, utilizando la técnica del análisis documental

**Palabras clave:** desarrollo, sostenibilidad, políticas públicas, deuda ecológica

## 1. LO PÚBLICO Y LA TRIPLE SOSTENIDAD DEL DESARROLLO

Lo público se asocia a aquello que es de interés y utilidad común, que debe ser protegido en forma pública y se entiende que el mecanismo más apropiado para ello son las instituciones creadas por el Estado, y la acción de ellos mediante políticas públicas.

Lo público es gestionado a través de políticas públicas, las cuales a su vez se sustentan en enfoques de desarrollo que permiten establecer las relaciones, implicaciones y acciones para la intervención de las autoridades públicas (Ochoa, 2013) .

Los diferentes enfoques de desarrollo pueden ser una perspectiva para guiar la acción e intervención de las autoridades públicas, a través de los diferentes planes y programas de desarrollo económico y social (Sen, 2000).

El uso de los conocimientos como fuerza productiva directa en la época de la IV Revolución Industrial crea nuevos retos y posibilidades para hacer un uso más eficiente de los recursos públicos , enfocándose a aspectos de creciente importancia como la interculturalidad , la subordinación del capital en la vida individual y social al trabajo, la conciencia ecológica , entre otros y generar/adecuar las políticas públicas a las exigencias contemporáneas de los procesos de desarrollo económico y social. El objetivo es mucho más complejo se trata de alcanzar el crecimiento incorporándole la variable ecológica (Sachs, 1981)

Asumiendo el paradigma de la complejidad, se trata entonces de una construcción permanente que enlace lo público con la triple sostenidad del desarrollo. 59

Crecimiento económico sostenido;

Aumento del bienestar y el empleo;

Cuidado, preservación del medio ambiente y recuperación de la deuda ecológica<sup>60</sup>.

Como señalo la Cumbre de Rio en su principio 4: A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente debería constituir

---

<sup>59</sup> El uso del concepto de sostenibilidad se ha tornado excesivo y fraudulento convirtiéndolo en poco operativo y en ocasiones se subordina a los fundamentos del sistema económico dominante. Como critica a este concepto ha surgido la teoría del decrecimiento sostenible que plantea la alternativa de deslocalizar la actividad productiva hacia los países en desarrollo que realmente son los que asumen el impacto negativo de la deuda ecológica (Russi, 2003)

<sup>60</sup> La deuda ecológica se entiende como la obligación contraída por parte de los países enriquecidos a consecuencia del expolio continuado de los recursos naturales de los países empobrecidos , un intercambio comercial desigual con estos y el aprovechamiento exclusivo del espacio ambiental como sumidero de sus recursos ( Russi, et al 2003)

parte integrante del proceso de desarrollo ( Organización de Naciones Unidas , 1992)

## **2- CONCEPTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

El término Políticas Públicas tiene un carácter polisémico, pero desde la perspectiva de las Ciencias Sociales, según (de Kostka, 2013), se refiere a un conjunto de acciones para la resolución de problemas concretos. (Subirats, 1989) fundamenta este criterio al expresar que el término se suele emplear dentro de un campo de actividad como medio para alcanzar determinados fines por parte de las autoridades públicas. Su uso, por tanto, está asociado a la intervención del Estado en la elaboración de medidas que tributen a solventar dificultades sociales.

“Toda acción pública persigue incidir en la sociedad al intervenir sobre aquellas necesidades y problemas que hayan sido detectados con el objetivo de generar un impacto o cambio positivo en esa realidad. Para ello se concretan y articulan objetivos a los que debe darse respuesta a través de la puesta en marcha de una serie de instrumentos.” (Bueno, 2013, pág. 25)

Las políticas deben ser concebidas teniendo en cuenta varias áreas de análisis: los beneficios y repercusiones en la sociedad; el desarrollo social, la economía, la infraestructura y expansión de las vías generales de comunicación, de las telecomunicaciones, de la salud y de la seguridad pública, entre otras; los planes de desarrollos anuales, quinquenales, etc.; los presupuestos de los estados y las administraciones autónomas y municipales; la administración pública o sistema burocrático y sus planificaciones.

El éxito de las políticas públicas depende del adecuado cumplimiento de las fases de diseño, implementación y evaluación. Cada una de estas etapas es clave para que las políticas alcancen la mayor efectividad social posible (Maggiolo & Perozo, Políticas públicas: Proceso de concertación Estado-Sociedad, 2007), deben ser concebidas inicialmente y no como procesos independientes y externos. Su correcta concatenación y engarce resulta decisivo en la obtención de efectos favorables. Díaz (2013) refiere que los gobiernos deben seguir de cerca todo el proceso de implementación, de manera que se logre un mejor aprovechamiento de los recursos y un diagnóstico más certero de la situación que se quiere transformar (de Kostka, 2013). Se debe partir de las necesidades de los mismos grupos sociales a quienes van a ir dirigidas, para poder llevar a



cabo la implementación de proyectos reales, viables y sustentables, para lo cual se necesita del trabajo de equipos multidisciplinares.

La concepción de cualquier política debe realizarse sobre la base de tres componentes sustanciales: los principios que la orientan (la ideología o argumentos que la sustentan); los instrumentos mediante los cuales se ejecutan (incluyendo aspectos de regulación, de financiamiento, y de mecanismos de prestación de las políticas) y los servicios o acciones principales que se llevan o deberían llevarse a cabo de acuerdo a los principios propuestos. Además, debe incluir la realización de la fase de evaluación, la cual determina la efectividad lograda en el programa. El presupuesto destinado al cumplimiento de la misma, debe contener al proceso de evaluación, pues este es sumamente importante en la determinación de los errores cometidos y en la identificación de los aspectos que se deben mejorar.

### 3. LAS FASES DE ELABORACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS.

#### 3.1 La Fase de Diseño.

La formulación de Políticas Públicas se realiza a partir del cumplimiento de varias etapas. En la bibliografía consultada, los distintos autores estudiados refieren diferentes pasos a seguir para el cumplimiento de cada una de estas etapas, como se muestra en el cuadro 1. Señalan como elementos comunes en la formulación de las políticas: al reconocimiento del problema, la identificación de la cartera de alternativas, la implementación de la acción que más se adecúe a una solución óptima y la evaluación de los resultados obtenidos.

Cuadro 1: Pasos para la formulación de Políticas Públicas, por autores (1984-2013)

Autor	Fases de las Políticas Públicas
(Rose, 1984)	1) Identificación y definición del problema; 2) formulación de las alternativas de solución; 3) adopción de una alternativa; 4) implementación de la alternativa seleccionada; 5) evaluación de los resultados obtenidos.
(Subirats, 1989)	1) Percepción y definición del problema; 2) intereses afectados; 3) grado de organización; 4) acceso a los canales representativos; 5) consecución del estatuto propio del tema a incluir en el programa o agenda de actuación de los poderes públicos; 6) formulación de una solución o acción de respuesta; 7) establecimiento de objetivos y prioridades; 8) soportes políticos presupuestarios y administrativos de la solución propuesta; 9) implementación o puesta en práctica de la política; 10) evaluación y control de los efectos

	producidos y mantenimiento; 11) revisión o terminación de la política.
(Maggiolo & Perozo, Políticas públicas: Proceso de concertación Estado-Sociedad, 2007)	1) Reconocimiento del problema e inclusión en la agenda del gobierno; 2) posibles soluciones al problema; 3) aceptación y reconocimiento de la propuesta de solución; 4) implementación y evaluación de la propuesta; 5) seguimiento y evaluación de los resultados; 6) evaluación y seguimiento del impacto.
(Díaz E. , 2013)	1) Selección del problema; 2) análisis de la posible política; 3) toma de decisiones; 4) monitoreo; 5) evaluación de los resultados.

Fuente: Elaboración propia

La formulación de las políticas públicas depende de tres fases fundamentales (ver figura 1), las cuales obedecen al encadenamiento de una secuencia de acciones. Cada una, a su vez, depende de la realización de la anterior y es determinante en el resultado de la política. La formulación puede resultar un proceso complejo pues la determinación de cada uno de los elementos que conforman las fases no siempre ocurre de forma óptima. Lo anterior puede incidir luego en el enfrentamiento de obstáculos durante el curso del programa. Por tanto, el cumplimiento de cada eslabón en las tres etapas es fundamental en la obtención de resultados exitosos.

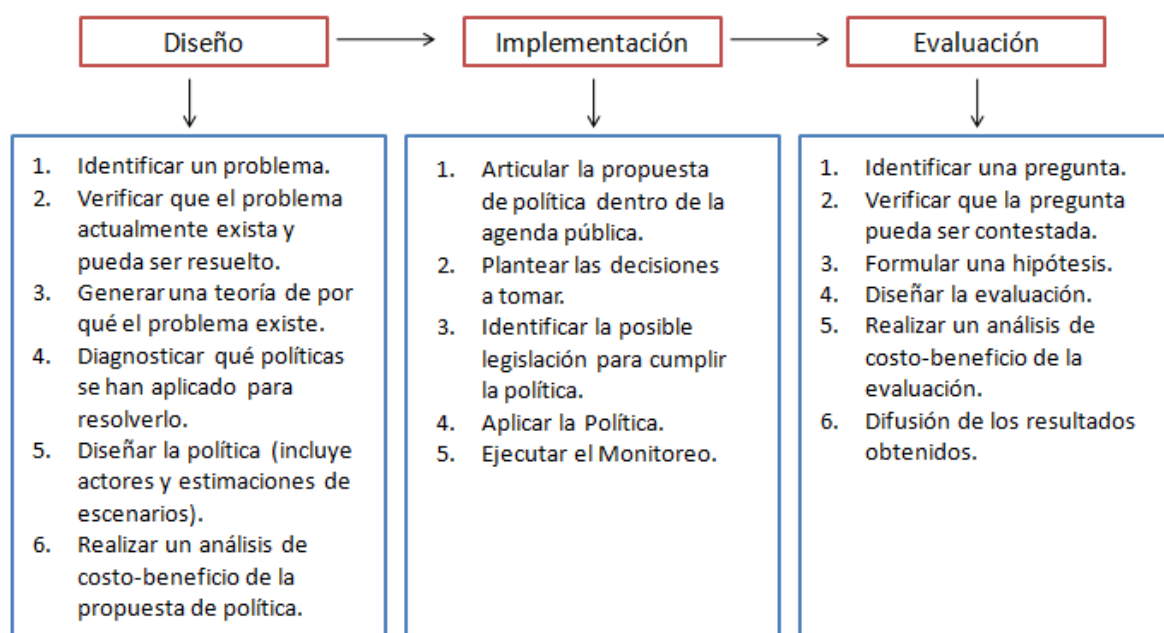


Figura 1: Mapa Metodológico para la Formulación de Políticas Públicas.

Fuente: Elaboración propia.

El punto de partida en la formulación es el desarrollo del proceso de diseño, que tiene el objetivo de seleccionar la propuesta de política más viable. Esta fase parte de la identificación inicial de un problema cuya resolución es de interés para las autoridades públicas, ya sea por demandas sociales, necesidades identificables, compromisos políticos, etc. Es importante resaltar que la simple identificación del problema no da idea de cómo solucionarlo. Es por eso que este paso está acompañado de un estricto estudio de las causas que lo provocan y del sistema de problemas que puede generar a su vez, para elaborar una teoría que explique por qué existe dicho problema. Esta es la base para la concepción de la política pues permite esbozar cuáles variantes usar para una adecuada solución (Ruiz, 2013).

Sobre el estudio del problema (Martínez, 1995) y (Díaz C. , 2014) señalan la importancia de definir elementos que faciliten la comprensión de sus causas, su impacto, su naturaleza, su dimensión temporal, entre otras, como parte del análisis del fenómeno a tratar.

En la figura 2 se sintetizan los principales aspectos a tener en cuenta para la identificación del problema a tratar:

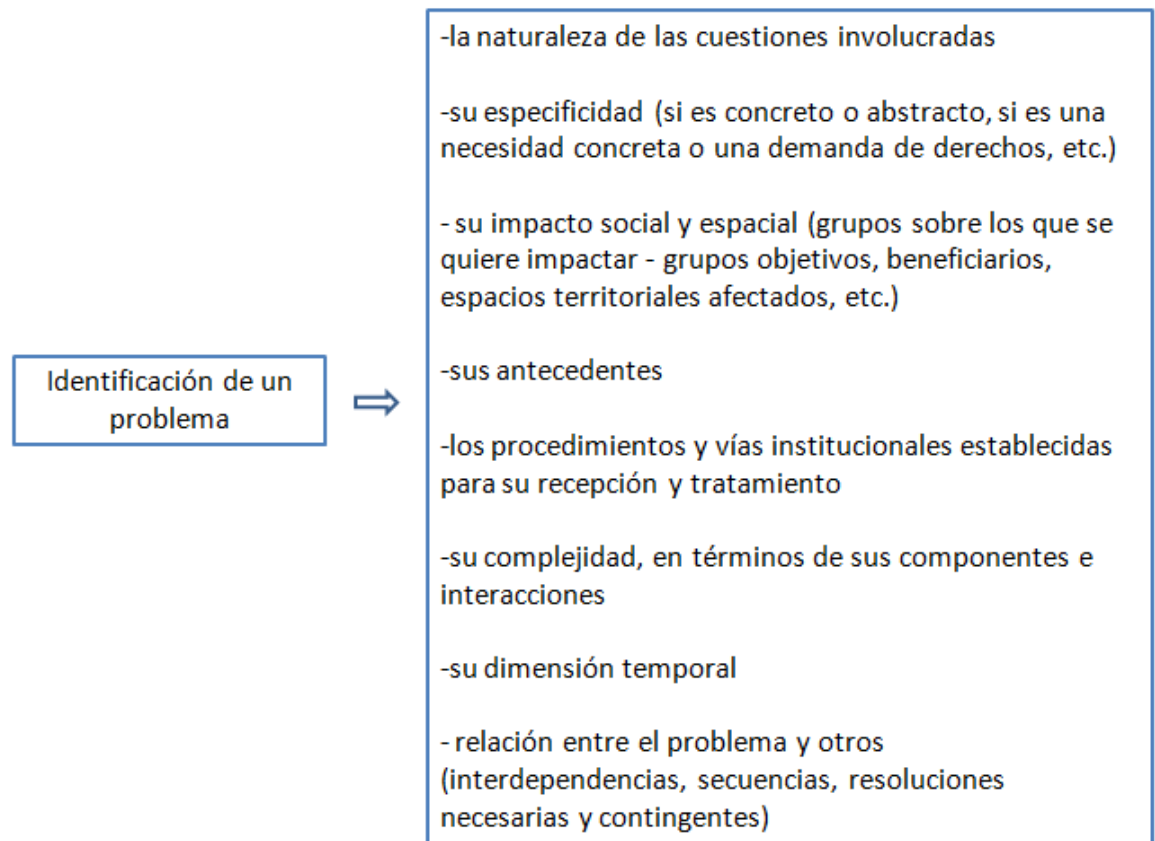


Figura 2: Identificación de un problema

Fuente: Elaboración propia a partir de (Martínez, 1995) y (Díaz C. , 2014).

Martínez (1995) también propone que la identificación del problema se realice en dos sentidos:

- Mediante la visión retrospectiva: Depende de la comprensión histórica del problema y de las ideas desplegadas en su entorno. Esta comprensión es fundamental para identificar tendencias y para generar hipótesis sobre su desenvolvimiento futuro.
- Mediante la visión prospectiva: Supone la disponibilidad de proyecciones sobre el curso de los eventos, tanto como consecuencia de las distintas alternativas de la acción como en ausencia de acciones. Esta visión debe considerar la incertidumbre propia del proceso mismo de formulación. Este no es lineal sino iterativo, pues desde el momento en que se define el problema hasta la concepción de la política, se pueden desencadenar episodios que modifican las bases de la elaboración y que alteran los datos relevantes para establecerla.

Luego de haber identificado el problema previa y se procede a la elaboración de una posible política alternativa teniendo en cuenta los recursos disponibles. En este paso, se debe comprobar que la propuesta que se está elaborando realmente resuelva el problema en cuestión, pues no siempre el diseño responde a la verdadera causa que lo genera. Ruiz (2013) destaca que se debe realizar una jerarquización del sistema de problemas y posibles soluciones identificados, con el fin de poder enmendar paulatinamente cada uno, teniendo en cuenta la distribución del financiamiento y la prioridad de objetivos.

Las propuestas de solución al problema deben ser analizadas desde la óptica de viabilidad, factibilidad y permisibilidad. La primera se refiere a la coincidencia del programa con los lineamientos políticos del gobierno; mientras que la segunda y tercera, a la posibilidad de dar cumplimiento al objetivo de la política con eficacia y eficiencia a través del uso óptimo de la tecnología, los recursos, la organización administrativa y operativa. Sobre la viabilidad de la política Martínez (1995) agrega que puede ser analizada desde cuatro perspectivas, que comprenden:

- La viabilidad política: Consiste en la previsión de la disponibilidad de recursos por parte del gobierno para la conducción del ciclo de la política sin sometimiento a restricciones impuestas por los comportamientos de otros actores. Debe incorporar la capacidad de generar apoyos, de movilizar recursos suficientes para llegar al público que se quiere beneficiar, debe estimar la vigencia efectiva del programa y la preservación de su legitimidad.<sup>61</sup> Así mismo, al establecer que el diseño

---

<sup>61</sup> Según Martínez (1995) la vigencia efectiva de la política y la preservación de su legitimidad pueden estar sujetas a variaciones, pues puede suceder que frente a cierta política un grupo con alta reputación en la sociedad - por su trayectoria o por constituir la expresión simbólica de valores altamente estimados - se oponga al curso de la misma. En este caso, el programa puede perder legitimidad aun cuando no se afecte de forma inmediata su vigencia. Consultar (Martínez, 1995, págs. 35-37).

es un proceso cognitivo que alimenta a la decisión política, este se concibe sobre la base de establecer estrategias para la recepción y aceptabilidad de la propuesta de política.

- La viabilidad técnica: Se define por la disponibilidad y la utilización del conocimiento adecuado en las fases de diseño (sobre todo, en la definición de la situación, la elaboración de previsiones y la determinación de las relaciones de causa-efecto operantes) y de implementación (con respecto a las tecnologías, los modos operativos, sistemas de información, etc.).
- La viabilidad institucional y operacional: Está dada por la capacidad de gestión dependiente del marco organizacional de la política, de los recursos movilizados y de su administración.
- La viabilidad social: Está referida a la aceptabilidad de la política por parte de los supuestos beneficiarios o destinatarios.

Cabe señalar que, según sea ponderado el peso de cada una de las dimensiones de la viabilidad en el proceso de conformación de la alternativa de política se podrá interpretar, de manera más segura, las posibles deformaciones que generan en la etapa de implementación. Si el peso fundamental está dado en la viabilidad política se puede incurrir en posturas voluntaristas; si se ubica sobre el conocimiento (viabilidad técnica) se puede penetrar en el campo de las orientaciones tecnocráticas; si se considera que son críticas las variables vinculadas a las estructuras y los procedimientos organizacionales (viabilidad institucional y operacional), se corre el riesgo de terminar en formulaciones formalistas, con frecuencia de tipo juricista; y finalmente, si el énfasis determinante se localiza en la viabilidad social, se puede caer en deformaciones sobre la interpretación de las posturas de los beneficiarios o sobre las bases de la propia política. (Martínez, 1995, págs. 35-37).

Bueno (2013) apunta que las propuestas de políticas alternativas se diseñan tomando como referencia los distintos enfoques basados en las teorías del problema, de la implementación, del programa, de la racionalidad o de la coherencia. En el cuadro 2 se sintetizan los principales aspectos que distinguen a cada uno de estos enfoques.

Cuadro 2: Enfoques de Diseños de Políticas Públicas basados en la teoría

(1991-2012)

Enfoques de Diseño	Elementos distintivos
Basado en la teoría del problema (1991)	La estrategia política debe partir de un análisis riguroso de la realidad mediante el establecimiento y caracterización de los problemas y necesidades de base para observar sus causas y consecuencias en pos de formular objetivos y metas que contribuyan a su superación. El análisis de la evaluación del contexto asociado a la estrategia, permitirá determinar el grado de cobertura de la intervención pública al detectar si esta se ha sobreestimado o subestimado.
Basado en la teoría de la implementación (1998)	Aunque parte del análisis del contexto, estableciendo las relaciones causa-efecto, estudia las acciones que conforman el contenido estratégico de las políticas a través de un mapa de relaciones fines-medios entre instrumentos, medidas y objetivos. No necesariamente, las estrategias de intervención aparecen explicitadas en un documento programático de forma estructurada y clara, pero su concertación, desde los objetivos hasta los instrumentos, permite insertar, con facilidad, una propuesta de indicadores asociados a cada nivel establecido que serán, en caso de cumplirse, los que viabilicen el seguimiento y evaluación de la política.
Basado en la teoría del programa (2001)	Indaga sobre aquellos aspectos que determinan las condiciones y las razones bajo las cuales las políticas funcionan o no. A través de este enfoque se determinan también las hipótesis de acción que reflejan, en la población objetivo, comportamientos derivados de la propia acción de intervención.
Basado en la teoría de la racionalidad (2008)	La evaluación de la racionalidad propicia un marco clarificador en fases, incluso previas a la aplicación de la intervención pública, sobre los aspectos clave en las relaciones causa-efecto derivados de la teoría del problema, a los que debe dirigirse la política. A través de este enfoque se detectan las interrelaciones entre la política diseñada y los problemas presentes en el contexto, así como los comportamientos generados en la población objetivo, derivados de la propia acción de intervención.
Basado en la teoría de la coherencia (2012)	Analiza la afinidad y vertebración de la estrategia estructurada para divisar las posibles sinergias entre objetivos o actuaciones en el contexto político e

	institucional que acompaña la acción del gobierno aplicada.
--	---

Fuente: Elaboración propia a partir de (Bueno, 2013).

Posteriormente, es conveniente identificar los posible actores interesados en la aplicación de la política en aras de clarificar las posiciones de estos o de los participantes con respecto a su papel en la misma; delimitar los factores que alimentan u obstaculizan la percepción y evaluación del problema por los grupos sociales; definir los recursos de cada uno de estos actores que son movilizados a lo largo del proceso; hallar las relaciones entre ellos y el carácter de las mismas (colaboración, competencia, conflicto), así como las actitudes frente a distintas alternativas de resolución. Los actores suelen ser miembros de distintos grupos de poder del Estado (Congreso y Poder Ejecutivo), de diferentes organizaciones públicas (que procesan los aspectos sustantivos, presupuestarios y formales), de ámbitos particulares de los Ministerios y otros, que incluye organizaciones que representan intereses o perspectivas particulares, círculos profesionales, entidades académicas, especialistas, etc. (Martínez, 1995).

Cabe destacar que la inclusión (o exclusión) de actores explica la estructura que asuma la política, los temas sobre los que se focaliza, las propuestas consideradas y la legitimidad del proceso. Por consiguiente, dicha incorporación debe resultar a partir de una adecuada apreciación de costos y beneficios. A mayor número de participantes, mayor el tiempo demandado por el proceso, mayor generalidad de las cuestiones resueltas, mayor dificultad para conseguir consenso y mayores dificultades para arribar a conclusiones (Martínez, 1995). Por tanto, debe elegirse con cuidado los actores que participarán en la política, teniendo en cuenta las conveniencias o no, que implican su posible incorporación.

Una cuestión fundamental durante esta fase, consiste en la anticipación y explicitación de las consecuencias, ventajas y desventajas que se pueden presentar en el curso de la política, así como la estimación de efectos inducidos y efectos buscados. En esta etapa se realiza el tránsito hacia lo concreto y lo específico de la acción requerida para la superación del problema. Por tanto, el diseño de la propuesta final de política debe incluir la formación de la capacidad de superar las posibles adversidades y obstáculos a enfrentar en las fases posteriores. Es importante referir, que no siempre este análisis se incluye en esta fase. Sin embargo, en la medida que exista una proyección más fiable de los posibles escenarios será más certera la efectividad del programa. Algunos analistas incorporan el uso de técnicas prospectivas para la estimación de los escenarios. Esta etapa culmina con la realización de un estimado sobre el costo de la implementación de la política, en cuanto a recursos humanos, físicos, financieros y tecnológicos.

Finalmente, la propuesta de política que es seleccionada se debe dar a conocer mediante una declaración que explicita la decisión adoptada,

definiendo sus objetivos, su marco jurídico, administrativo y financiero. La posterior aplicación de esta alternativa depende de la adecuada determinación del instrumento requerido para la formulación de la política, de la tramitación legislativa, la promulgación y la divulgación. Todas estas tareas exigen técnicas de negociación efectiva, de toma de decisiones, de planificación y programación, de diseño de normas atendiendo a análisis de coherencia política y adecuación jurídica, de determinación de mecanismos de coordinación, consulta y asignación de recursos (Díaz C. , 2014).

### 3.2 La Fase de Implementación

La fase que sucede al diseño es la implementación, que corresponde al momento donde se pone en marcha el programa y que debe responder a su concepción inicial. Revuelta (2007) expone que se trata de la etapa que ocurre entre las declaraciones formales de la política y el resultado final alcanzado. Puede ser influenciada por diversas variables independientes –actores y factores– que pueden apoyar, alterar u obstruir el cumplimiento de los objetivos originales. Comienza por la articulación de la política dentro de la agenda pública a partir de la planificación y organización del aparato administrativo y de los recursos humanos, financieros, materiales y tecnológicos necesarios para la ejecución.

Este primer paso, concebido como articulación, tiene como propósito coordinar puntualmente cada uno de los momentos necesarios dentro del proceso de implementación. Es donde se realiza el planeamiento de la política, de modo, que quede establecida cada acción a cumplir en función de los objetivos propuestos. Para ello se deben analizar, a detalle, los objetivos generales y específicos que fueron construidos en la fase anterior y el rol que asumen los diferentes actores. Además, se debe seleccionar el nivel de ejecución de cada etapa del programa; establecer la estrategia organizacional para la ejecución, monitoreo y evaluación; elaborar mecanismos de coordinación y comunicación; declarar las unidades ejecutoras y responsables; estimar el cálculo de los cronogramas físicos y financieros a cumplir; constituir el sistema de informaciones; programar la capacitación y concientización tanto de actores como de beneficiarios; y definir las formas de difusión y publicidad (Díaz C. , 2014).

Seguidamente, se deben establecer decisiones sobre posibles acciones de emergencia ante conflictos potenciales entre lo previsto y lo contingente; entre lo formalizado y realizado; entre los juicios de valor y las consideraciones técnicas, entre las posibilidades y las restricciones; entre los mandatos de la jerarquía política y las demandas de los receptores de las prestaciones. Esta fase implica la confrontación de tensiones, ambigüedades y conflictos que hacen que el desarrollo efectivo de las acciones de la política siga senderos, muchas veces, alejados de las previsiones contenidas en la fase de diseño. Según Martínez (1995) la



implementación es concebida también como un proceso de aprendizaje, de evolución y de innovación pues desarrolla la capacidad de tomar rápidas decisiones ante contextos inesperados. Permite incorporar información que luego, se introduce en marcos conceptuales, se procesa y se evalúa, para transformar una realidad específica.

Una vez completada la articulación de la política dentro de la agenda gubernamental, se procede a la elaboración de la legislación que garantice el cumplimiento de la política. Generalmente, las autoridades públicas (Estado, gobiernos, instituciones, etc.) aprueban legislaciones para registrar los procedimientos que deben efectuarse en la aplicación de la política, con el objetivo de dejar establecido el cronograma adecuado que se debe desarrollar. Posteriormente, se aplican las acciones previamente legisladas por parte de los ejecutores que, a su vez, están sujetos a las orientaciones y el control establecido. La implementación requiere acciones interrelacionadas, algunas de las cuales pueden ser realizadas por distintos ámbitos organizacionales. Esto abre la posibilidad de recurrir a distintos mecanismos, cada uno de los cuales permite la coordinación mediante la programación de tareas, el ajuste mutuo, los mecanismos de intermediación, etc. (Martínez, 1995).

Las políticas públicas pueden implementarse de forma directa por la administración gubernamental o a través de mecanismos indirectos. Para ello deben considerarse las capacidades de los agentes que intervienen en el programa. Según (Revuelta, 2007) el rol que asuman los actores involucrados, es decisivo en el funcionamiento de la política. Las imperfecciones en la colaboración entre ellos, la falta de comunicación, y las capacidades o actitudes que no desarrollen pueden ocasionar dificultades en el curso de la política. La implementación no es un proceso despersonalizado. Supone actores cuyos comportamientos deben articularse y coordinarse, responden a una estrategia de construcción de apoyos y promueven lealtades y compromisos.

Cuando no existe coordinación entre los actores por razones de distancia social, espacial o jerárquica, las probabilidades de distorsiones en la implementación son elevadas. Las instituciones que lideran una política juegan un papel central: constantemente hacen apreciaciones de las situaciones enfrentadas y redefinen las prioridades. Sus comportamientos no sólo alteran los cursos de acción, sino que también modifican su contexto de operación entablando alianzas, fortaleciendo a algunos actores sociales, generando expectativas y demandas, y creando la imagen pública de la política (Martínez, 1995).

Es necesario delimitar la relación entre instituciones líderes y las participantes en función de definir los márgenes de autonomía y libertad de acción de los segundos en relación a los primeros. Este es un aspecto que incide notablemente en la alteración del diseño de la política. Debe existir jerarquía entre las instituciones que participan, el establecimiento

de responsabilidades y de actividades a realizar, así como control sobre las acciones y recursos.

Sin embargo, el exceso de centralización de responsabilidades pudiera ser nocivo para el desempeño de la política. Por tanto, es preciso que cada institución juegue el rol que le corresponde sin alterar el funcionamiento de las otras participantes. La construcción de redes entre Estado, organizaciones no gubernamentales y comunidades de base es clave en el engranaje de cada una de las posiciones a jugar dentro de la política. Debe existir retroalimentación de la información obtenida, espacios de conversación y de análisis sobre los procedimientos, teniendo en cuenta las restricciones a las que están sujetas las instituciones, así como la conciliación de los requerimientos de la política con las capacidades organizacionales.

La implementación no se concibe como el resultado de una enunciación de propósitos, sino como la convergencia de un conjunto de decisiones y de lógicas organizacionales que van concretando resultados e impactos (Díaz C. , 2014). Esta fase permite crear oportunidades para aumentar el valor público que genera la política a partir de la capacidad que los actores involucrados tengan para identificarlas dentro del flujo de acontecimientos que se desarrollan (Cortázar, 2007). La implementación generalmente se acompaña del proceso de monitoreo, pues este permite verificar qué participantes toman el tratamiento, qué tan rápido se expande el programa, qué recursos se han gastado y qué actividades se han ejecutado según lo planeado. Adicionalmente, brinda información sobre los costos que, también, es necesaria para el análisis costo-beneficio de la política. Es importante señalar que el monitoreo y la evaluación son procesos distintos dentro de la política:

1. El monitoreo: se lleva a cabo de manera continua para verificar, día tras día lo que sucede en el programa a través de la información recolectada. Permite contrastar la actuación de la política contra los resultados esperados, realizar comparaciones entre diferentes programas y analizar tendencias a largo plazo. El proceso sistemático de supervisión de la ejecución de actividades (y de sus diversas dimensiones), que tiene por objetivo suministrar la información necesaria para introducir eventuales correcciones que aseguren el logro de los objetivos establecidos (Díaz C. , 2014).
2. La evaluación: es periódica y objetiva sobre programas completados. Es usada para responder preguntas específicas sobre el diseño, la implementación y los resultados. Constituye un proceso metódico y neutral que hace posible el conocimiento de los efectos de un programa, relacionándolos con las metas propuestas y los recursos movilizados. Asimismo, facilita la identificación, la recolección y la interpretación de informaciones útiles a los encargados de tomar decisiones y a los responsables de la ejecución y gestión de los programas (Abdala, 2004). Al contrario del monitoreo, es susceptible a shocks externos que pueden transcurrir en el período de tiempo donde se ejecute o depende de la

interpretación de los técnicos expertos. El monitoreo indica que un cambio ocurrió; la evaluación examina si el cambio fue debido al programa (Angeles, Bautista, & Gadsden, 2011). Según el tipo de pregunta que trate de responder el analista se realiza su diseño, la metodología de la política y se elabora su presupuesto.

### 3.3 La Fase de Evaluación.

La evaluación es la última de las fases en la formulación de políticas públicas. Es el momento donde se mide si el programa ha funcionado según lo planeado, cuál es su impacto y cuál es su magnitud. Se apoya de los datos recolectados mediante el proceso de monitoreo en aras de comprobar si, efectivamente, la política se implementó de la manera en que se había concebido. Según Díaz (2014) consiste en la medición y análisis, a posteriori, de los efectos producidos en la sociedad por las políticas públicas, especialmente en lo que se refiere a las realizaciones obtenidas y a las consecuencias previstas y no previstas. En esta última fase, también se demuestra la efectividad del costo de la política, es decir, cuál ha sido el costo total comparado con otras alternativas dirigidas a resolver el mismo problema.

Sobre la importancia de la evaluación Gertler (2011) destaca que si se realiza de manera acertada puede proveer un conjunto de instrumentos útiles para verificar y mejorar la calidad, la eficiencia y efectividad de las intervenciones en los distintos pasos de la implementación. Por su parte, Borraz (2014) fundamenta dicha importancia a través de dos elementos: la realización de una comparación que permita distinguir la efectividad relativa de diferentes programas para adoptar el óptimo, y la elaboración de un análisis costo-beneficio de los mismos, lo cual puede ser relevante en presencia de restricciones en las finanzas públicas. Feinstein (2007) defiende que la evaluación se lleva a cabo con dos propósitos principales: para aprender de la experiencia, extrayendo lecciones que puedan aplicarse con el fin de mejorar el diseño y la implementación de políticas públicas, y para la rendición de cuentas al público y/o a quienes han aportado los recursos utilizados.

Bueno (2013) considera que es un instrumento de análisis sistemático que se aplica a los programas de intervención pública con el fin de determinar la calidad de su conceptualización y diseño, la eficacia y eficiencia en su gestión y ejecución, así como los resultados e impactos de sus actuaciones y medidas. Su función principal es valorar su oportunidad y utilidad, una vez que se halla verificado que los recursos previstos se aplicaron correctamente. No debe ser considerada, sólo, como una herramienta analítica-descriptiva, sino como un instrumento que proponga las mejoras necesarias para su diseño o gestión en virtud de los problemas socioeconómicos a los que ha de hacer frente.

Finalmente, Gertler (2011) añade la necesidad de evaluar en el contexto donde los hacedores de políticas y la sociedad civil demanden resultados

creíbles y confiables. Además, consideran que el impacto de la evaluación es crucial en la construcción del conocimiento sobre la efectividad de programas de desarrollo que se preocupan por temas como la reducción de la pobreza, el mejoramiento de la salud, etc. El principal desafío para lograr evaluaciones efectivas consiste en identificar la relación causal entre el programa y los resultados que son de interés. De modo que, una buena implementación de la política, provee evidencia transparente y convincente que puede ser usada en las decisiones de políticas y en la opinión pública.

En el proceso de evaluación se debe tener en cuenta el público al que va dirigida, es decir, quién demanda su realización (académicos, proveedores, hacedores de política, técnicos, ejecutores, beneficiados, etc.). La evaluación no es un proceso externo o independiente de los implementadores. Sin embargo, en dependencia del tipo de público al que esté dirigida se diseñan las preguntas que debe contestar. Básicamente, la evaluación responde a tres tipos de interrogantes:

- Preguntas descriptivas: para determinar la muestra y describir procesos, condiciones, relaciones organizacionales y puntos de vistas de los “stakeholders” o “actores claves interesados”.
- Preguntas normativas: para comparar la muestra escogida con la que hubiese podido tomarse, determinar los objetivos cumplidos, aplicar acciones, inputs y outputs.
- Preguntas de causa y efecto: para examinar resultados y los efectos que tuvo la intervención en los mismos.

Las interrogantes antes señaladas permiten identificar los enfoques sobre los cuales se realiza la evaluación, según (Winchester, 2011), estos se clasifican en tres tipos fundamentales: la evaluación de procesos, de impactos y económica o de costo beneficio (ver cuadro 3). La presente investigación se suscribe al criterio de evaluación de procesos, pues permite: registrar y analizar todas las experiencias (positivas y negativas), a través de la sistematización de la política; evaluar el contexto socioeconómico y político en que se da la experiencia de interés; identificar los actores involucrados y su peso específico en los resultados; estudiar la articulación interinstitucional y el público al que se dirige; e informar de forma clara y objetiva a los responsables de la toma de decisiones sobre la marcha de los programas estimulando la retroalimentación (Abdala, 2004).

Cuadro 2: Enfoques para la evaluación de Políticas Públicas  
(2011)

Evaluación de Procesos	¿Cómo se implementó la política? ¿Por qué se implementó la política en aquella forma?	Preguntas Descriptivas
Evaluación de Impactos	¿Qué diferencia tuvo la política? ¿Por qué la política generó el impacto, o no?	Preguntas de Causa y Efecto
Evaluación Económica	¿Los beneficios generados justificaron los costos incurridos? ¿Cómo se generaron los costos y beneficios?	Preguntas Normativas

Fuente: Elaboración propia a partir de (Winchester, 2011).

El proceso de evaluación se define tras el cumplimiento de cinco objetivos fundamentales. El primero 1) establece la formulación de una interrogante que debe ser contestada. Por lo general, esta interrogante define el enfoque que tomará la evaluación (procesos, impactos, o económica). Seguidamente 2) se debe verificar si la misma puede ser contestada a partir del diseño metodológico que se propone para la evaluación, o si es necesario elaborar otro que responda de manera exacta a la pregunta. Una vez realizado este análisis, se debe declarar 3) una hipótesis sobre la posible respuesta a la pregunta. Por ejemplo, la política tendrá X impacto sobre este tipo de población determinada. Posteriormente, 4) se aplica la evaluación y se verifica la hipótesis. Finalmente, 5) se determina el costo que implica la realización de la evaluación.

Los objetivos anteriores se concretan en el desarrollo de cinco etapas: la toma de decisión respecto al cumplimiento de la evaluación y su reestructuración; la constitución del marco de referencia; la selección de los evaluadores y planeación de la evaluación (incluyendo costos, organigrama y cronograma); la implementación y gestión; y finalmente, la difusión de los resultados. En la primera etapa se se lleva a cabo el acuerdo citado previamente entre los diferentes actores y su compromiso con la evaluación, clarificando las responsabilidades y las orientaciones del proceso. En la segunda, se establecen los términos de referencia que dan origen al marco-guía del proceso, y en la tercera se eligen los evaluadores responsables de llevar a cabo el proceso (Abdala, 2004).

En esta etapa, se deben recoger los criterios del acuerdo marco generado a partir de la decisión de realizar la evaluación, incluidos en los términos de referencia, y transformarlos en los subprogramas a ser evaluados (organigrama) y en las dimensiones e indicadores a medir, junto a la selección de las herramientas a utilizar. Le sigue, la ejecución y la gestión,

donde se aplica el proceso de evaluación a partir del diseño metodológico, la recolección de datos y los sistemas de análisis propuestos. Por último, se procede a la difusión y valoración de los

## **RESULTADOS OBTENIDOS.**

La evaluación puede ejecutarse apoyada de técnicas econométricas, en dependencia de los datos recopilados para este proceso. Entre los instrumentos econométricos más utilizados se encuentran: la selección aleatoria, la discontinuidad en la regresión, diferencias en diferencias y el matching. Cada uno de ellos presenta ventajas y desventajas en su implementación.

## **CONSIDERACIONES FINALES**

Las políticas públicas son entendidas como programas o intervenciones que realiza una institución con poder gubernamental, ya sea el Estado o gobiernos locales, con el fin de influir sobre el bienestar social de los habitantes de una localidad determinada. Su formulación comprende el cumplimiento de tres procesos fundamentales: el diseño, la implementación y la evaluación.

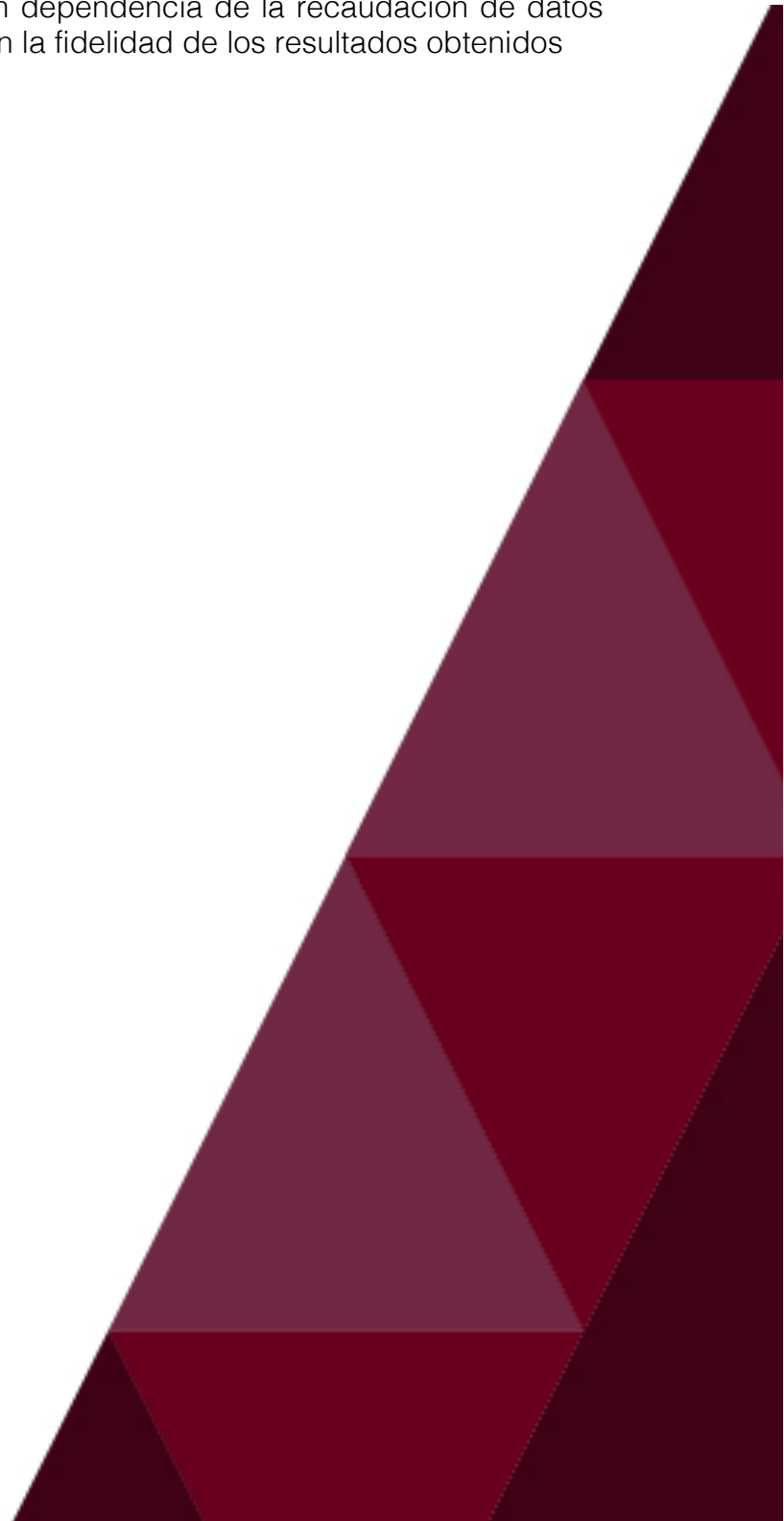
La fase de diseño inicia con la identificación del problema a tratar, que constituye objeto de interés por parte de las autoridades públicas. Para su tratamiento, se deben estudiar las causas que lo generan y sus posibles formas de manifestación, así como los programas anteriores (si existen) que se han desarrollado para resolverlo. Seguidamente, se proponen las posibles variantes de programas que pueden solucionar el problema y se analizan los costos que conllevan la aplicación de los mismos. Estos comprenden recursos financieros, físicos, tecnológicos y humanos.

El siguiente paso viene dado por el proceso de implementación, momento donde se ejecuta la política según el diseño propuesto. Inicia con la inclusión de la propuesta de política dentro de la agenda pública, sigue con la declaración de decisiones a tomar frente a emergencias y situaciones no previstas, continúa con el establecimiento de la legislación para cumplir los objetivos propuestos dentro de la política y culmina con la propia aplicación del programa. Esta fase se acompaña del monitoreo, instrumento que permite comprobar la forma en que está siendo desarrollado el programa, así como realizar el análisis sobre los costos. Una vez culminada esta etapa, le sigue el proceso de evaluación, que tiene como objetivo medir el impacto que ha tenido el programa sobre el objetivo planteado, así como la efectividad de su costo.

Esta última fase tiene gran importancia como parte de la construcción de políticas públicas, pues fomenta el aprendizaje sobre cómo mejorar la calidad, la eficiencia y efectividad en los distintos momentos que componen la formulación de las mismas. Es un proceso costoso, pero necesario para garantizar resultados exitosos. Puede responder a diversos enfoques, en dependencia del interés de los evaluadores. Sin embargo, la

evaluación de procesos se destaca dentro de los distintos enfoques, dada la posibilidad que brinda para el análisis de las distintas fases que conforman el proceso de formulación de políticas.

La principal fuente para realizar la evaluación es la recopilación de datos y comprende cinco momentos esenciales: la toma de decisión respecto al cumplimiento de la evaluación; la elaboración del marco de referencia; la selección de los evaluadores y la planeación del proceso; la implementación y gestión; y la difusión de los resultados. Puede apoyarse de técnicas econométricas en dependencia de la recaudación de datos realizada, las cuales fortalecen la fidelidad de los resultados obtenidos



## • REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Organización de Naciones Unidas. (1992). Declaración de Río sobre medio Ambiente y Desarrollo . Rio de Janeiro: Naciones Unidas .
- Abdala, E. (2004). Manual para la evaluación de impacto en programas de formación para jóvenes. CINTERFOR, 3-148.
- Albuquerque, F. (2001). Desarrollo económico local y cooperación para el desarrollo. Conferencia cooperación local para el desarrollo. Desarrollar lo local para una globalización alternativa. San Sebastián: HEGOA, Euskal Fundazioa.
- Albuquerque, F. (2004). Desarrollo económico local y descentralización en América Latina. Revista de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe. No. 82, ISSN:1682-0908, 157-171.
- Angeles, G., Bautista, S., & Gadsden, P. (2011). Evaluación de Impacto de Programas de Salud y Nutrición. Training-in-IE-methodologies-for-the-health-sector-session-1, (pág. 5). México.
- Arocena, J. (1995). El desarrollo local: un desafío contemporáneo. Venezuela: Nueva Sociedad.
- Becattini, G. (1979). Dal settore industriale al distretto industriale. Alcune considerazioni sull'unità di indagine dell'economia industriale. L'industria. Rivista di economia e politica industriale. No.1, 7-21.
- BID. (2006). La política de las políticas públicas. Progreso económico y social en América Latina. México: Planeta Mexicana.
- Boisier, S. (1994). Universidad, inteligencia y desarrollo regional. Revista Latinoamericana de Estudios Urbanos y Regionales. No.60, Santiago de Chile, ISSN: 0250-7161, 7-24.
- Borraz, F. (2014). Conferencias para la Asignatura de Evaluación de Políticas Públicas de la Maestría de Economía de la Facultad de Economía. La Habana: Inédito.
- Bueno, C. (2013). Diseño y evaluación de políticas públicas: un reto al alcance de Cuba. Economía y Desarrollo. Vol.150, No.2, 23-39.



- Campos, J. (2011). Cuba frente al desarrollo local: consideraciones teóricas- metodológicas y reflexiones para su aplicación. *Revista de Economía y Desarrollo*. No.1-2, Vol.146, 19-41.
- Colectivo de Autores. (2002). *Guide to evaluate Public Policies*. Bogotá, Colombia: Kimpres Ltda.
- Cortázar, J. (2007). *Entre el diseño y la evaluación. El papel crucial de la implementación de los programas sociales*. Washington, DC: Banco Interamericano de Desarrollo.
- de Kostka, E. (2013). *Políticas Públicas. Materiales Docentes del Diplomado en Administración Pública para la Escuela Superior de Cuadros del Estado y el Gobierno de Cuba*, 50-61.
- de Kostka, E. (2013). *Políticas Públicas. Materiales Docentes del Diplomado en Administración Pública para la Escuela Superior de Cuadros del Estado y el Gobierno de Cuba*.
- de Kostka, E. (2013). *Políticas Públicas. Materiales Docentes del Diplomado en Administración Pública para la Escuela Superior de Cuadros del Estado y el Gobierno de Cuba*, 51.
- Díaz, C. (2014). *El ciclo de las Políticas Públicas. Notas para su abordaje y construcción*. Documento de Trabajo.
- Díaz, E. (2013). *Resumen de algunos contenidos de políticas públicas. Materiales Docentes del Diplomado en Administración Pública para la Escuela Superior de Cuadros del Estado y el Gobierno de Cuba*, 38-50.
- Díaz, E. (2013). *Resumen de algunos contenidos de políticas públicas. Materiales Docentes del Diplomado en Administración Pública para la Escuela Superior de Cuadros del Estado y el Gobierno de Cuba*, 38-50.
- Ferriol, A., Therborn, G., & Castiñeiras, R. (2005). *Política Social: El mundo contemporáneo y las experiencias de Cuba y Suecia*. Montevideo: Trádinco.
- García, M., & Hidalgo, V. (2013). *Modelo económico y social cubano: nociones generales*. La Habana: UH.
- Garófoli, G. (1991). *Modelli locali di sviluppo*. Milán: Franco Angeli.
- Gertler, P., Martinez, S., Premand, P., Rawlings, L., & Vermeersch, C. (2011). *Impact Evaluation in Practice*. Washington: World Bank.
- Guzón, A. (2006). *Estrategias territoriales para el desarrollo*. La Habana: Academia.
- Herrera, Y. (2013). *Arreglos Productivos Locales: una propuesta para Cuba*. La Habana: Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias.

- Imbens, G., & Wooldridge, J. (2009). Recent Development in the Econometrics of Program Evaluation. *Journal of Economic Literature* 47:1, 1-58.
- Imbes, G., & Wooldridge. (2009). Recent Developments in the Econometrics of Program Evaluation . *Journal of Economic Literature* 47:1, 5-86.
- León, C. (2013). *Territorio y Desarrollo*. La Habana: Félix Varela.
- Maggiolo, I., & Perozo, J. (2007). Políticas públicas: Proceso de concertación Estado-Sociedad. *Revista Venezolana de Gerencia*. Vol.12, No.39.
- Maggiolo, I., & Perozo, J. (2007). Políticas públicas: Proceso de concertación Estado-Sociedad. *Revista Venezolana de Gerencia*. Vol.12, No.39, 63-84.
- Martínez, R. (1995). *Análisis de las Políticas Públicas*. Trabajo preparado para el Instituto Nacional de la Administración Pública.
- Mella, J. (1998). *Economía y Política Regional en España ante la Europa del siglo XXI*. Madrid: AKAL.
- Mesa, C. (2013). ¿Puede contribuir la cadena de valor de soya al desarrollo local? El caso de Ciego de Ávila. *Economía y Desarrollo*. No.2, Vol. 150, Julio-Diciembre, 183-194.
- Mesa, C. (2014 йил enero-junio). Evaluación de políticas públicas. Una perspectiva desde las ciencias sociales . (V. d. Publicación semestral. Centro Nacional de Investigaciones en Ciencias Sociales y Humanidades (CENICSH), Ed.) *Revista de Humanidades y Ciencias Sociales*, número VI., págs.161- 180. .
- Mesa, C. (2014). La cadena de valor como herramienta para lograr competitividad en las empresas. *Memorias del Congreso Internacional de Investigación e Innovación en la Universidad Centro de Estudios Cortázar*. Celaya, Guanajuato, México.
- Mesa, C. (2014). La política de Subsidios: Su impacto en la localidad de La Habana Vieja en el período 2012-2013. Tesis en opción al grado científico de Máster. La Habana: Inédito.
- Mesa, C. (2014 йил Septiembre-Diciembre). Políticas Públicas y Desarrollo Local en Cuba: una propuesta para el debate. *Estudios del Desarrollo Social: Cuba y America Latina*. Vol.2. No.3, 29-44.
- Mesa, C. (2015). Políticas Públicas en América Latina: Avances y Desafíos. *Revista Temas de Economía Mundial VI Edicion Especial*, Evento de Jovenes del Centro de Investigaciones de la Economía Mundial., 12-27.
- Mesa, C., & León, C. (2014). Producción de soya en Cuba: su impacto en el Desarrollo Local. En P. Puente, *Caribe en Contexto* (págs. 189-218). Barranquilla.

- Mesa, C., León, C., & Enríquez, M. (2013). Iniciativas de Desarrollo Local: el caso del municipio Plaza de La Revolución. Estudios del Desarrollo Social: Cuba y América Latina. Vol.1, No.2, <http://www.revflacso.uh.cu/index.php/flacso/article/view/23>.
- MINJUS. (2012). Gaceta Oficial de la República de Cuba. No.001. Edición Ordinaria. La Habana.
- Ochoa, G. (2013). Políticas públicas y enfoques de desarrollo : un arelación posible. Bogota: Publicaciones Económicas .
- OHC. (2013). Plan de Desarrollo Integral de La Habana Vieja. Avances. La Habana: Inédito.
- Peñate, O. (2011). Los factores socioculturales en el Desarrollo Local en Cuba. Tesis en opción al grado científico de Doctor. La Habana: Inédito.
- Revuelta, B. (2007). The Implementation de Public Policies. Díkaion, ISSN 0120-8942, Año 21 - Núm. 16 - Noviembre- Chía, Colombia., 135-156.
- Ruiz, M. (2013). Manual para la elaboración de políticas públicas. DF.: Inédito.
- Russi, D. (2003). Los pasivos ambientales. Revista Iconos, No.15. ene , 123-131.
- Sachs, J. (1981). The courrent account in the macroeconomic adjustment processs. Allocational and structural consequences of short -run stabilization policy in open economies (págs. 18-36). Stocholm : Cambridge MA.
- Sen, A. (2000). Desarrollo y Libertad . Madrid: Planeta, Primera Edición .
- Subirats, J. (1989). Análisis de Políticas Públicas y Eficacia de La Administración Pública. Madrid: Imprenta Nacional del Bolentín del Estado.
- Vázquez Barquero, A. (2000). Desarrollo Local y Territorio. En B. Pérez, & E. Carrillo, Desarrollo Local: Manual de Uso (págs. 93-109). Madrid: ESIC EDITORIAL-FAMP.
- Winchester, L. (2011). Políticas Públicas: Formulación y Evaluación. Curso Internacional "Planificación Estratégica y Políticas Públicas" (pág. 32). Guatemala: ILPES, CEPAL.

## **"CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD"**

Abg. Ángel Barrios Miranda. Mgr.<sup>1</sup>  
Dr. Gerardo Vásquez Morales, Msc.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Docente Universidad de Guayaquil.

<sup>2</sup> Docente Universidad de Guayaquil

## **RESUMEN**

La problemática del control constitucional de los jueces surge con el rompimiento del sometimiento del Juez únicamente a la ley, entendiéndose ésta a la ley formalmente creada, vinculándose además a la Constitución, comprendiendo que ésta también es Ley, pero que a ésta se deben de someter todas las creaciones del órgano legislativo. Es decir, la Ley no puede contradecir a la Constitución, por ser ésta la fuente primaria del sistema normativo de un Estado de Derecho. Por lo tanto, ocurre una ruptura donde el Estado de Derecho ya no se identifica únicamente con el principio de legalidad, sino, además, con la Constitución, surgiendo el Estado Constitucional de Derecho.

**Palabras Clave:** inconstitucionalidad, control, constitución, europeo, norteamericano

## **La problemática de la vinculación de los Jueces a la Constitución y a la Ley**

La inaplicabilidad de la Constitución por parte de los operadores de justicia causa desconcierto en su rol de juez de garantías, será talvez por desconocimiento de los diversos controles de constitucionalidad o de convencionalidad que deben tener los representantes del órgano jurisdiccional, lo que revela el desconocimiento de normas de aplicabilidad de la Constitución en sus funciones, ya que, es deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos establecidos en la misma y en los instrumentos internacionales de derechos humanos y estos serán de inmediata aplicación por los servidores públicos, administrativo o judicial.

De esta forma en materia de derechos y garantías constitucionales las y los servidores públicos y administrativos deben aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia. Siendo el más alto deber del Estado respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El operador de justicia, no solo debe de aplicar la supremacía de la norma constitucional o convencional en el accionar de sus funciones ya que lleva implícito la aplicación de principios rectores constitucionales para su aplicación y vigencia, requiriendo establecer si efectivamente el control constitucional del sistema normativo es mixto o abstracto, de ahí la indecisión de los representantes del órgano jurisdiccional, causan malestar en el procedimiento y la seguridad jurídica por inaplicabilidad de la norma constitucional, el desconocimiento de los diversos tipos de controles que debe aplicar y su indecisión en el procedimiento conlleva a demorar la tramitación de los procesos puestos a su conocimiento y decisión

Por lo expuesto, El Estado es responsable por el error judicial causado por retardo injustificado y la mala administración de la justicia y la violación del derecho a la tutela judicial efectiva, por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, se hace necesario que los operadores de justicia a más de ser considerados garantistas del procedimiento no dilaten los casos puestos a su conocimiento en desmedro de la buena imagen de la administración de justicia.

En ese orden de ideas, Las juezas y Jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicaran directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean mas favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.<sup>62</sup> De la misma manera, no podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las

---

<sup>62</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 426.

normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución.<sup>63</sup>

Cuando la jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional<sup>64</sup>.

No obstante, cuando el juez encuentre dicotomía entre la norma ordinaria y la Constitución, realiza el control incidental o vía de excepción, suspende la tramitación del proceso y lo envía a la Corte Constitucional, para que ésta resuelva sobre la inconstitucionalidad consultada, en concordancia a lo dispuesto al artículo *up supra* de referencia.

La Corte Constitucional realiza la consulta puesta a su disposición realizando el control concentrado considerando que es la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados de derechos humanos ratificados por el Ecuador, sus decisiones son de carácter vinculante<sup>65</sup>.

Esta suspensión se considera innecesaria, por cuanto al advertir que en la norma constitucional está dispuesto lo contrario a lo establecido en la Constitución, por lo previsto en el inc. 3° del numeral 3 del Art. 11 *ibidem*: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), simple y llanamente deben aplicar lo que ella dispone, ya que la falta de adecuación formal y material de la norma, no puede lesionar los derechos de las personas.<sup>66</sup>

No obstante, el Art 428 de la CRE, en concordancia con el Art. 141 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (Asamblea Nacional, 2009) dispone que: “El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales”. Es decir, que al dictar su resolución la Corte tiene como objetivo o propósito, el control concreto de constitucionalidad, que las normas ordinarias del ordenamiento jurídico guarden estrecha relación y conformidad con las constitucionales, esto es, en la aplicación que realicen los jueces de estas disposiciones no se vulnere derechos consagrados en la Constitución de la República.

---

<sup>63</sup> Constitución de la República del Ecuador, *Ibidem*

<sup>64</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 428

<sup>65</sup> Constitución de la República del Ecuador, Art. 436, número 1.

<sup>66</sup> Luz Yunez, Alfonso, Tesis, Análisis de las Diversas vías de control de constitucionalidad

Resulta evidente que, un sistema de control de esta naturaleza, somete la conducta de todo juez a la rigurosidad de la norma constitucional, lo cual resulta beneficioso para el mantenimiento de la hegemonía de aquella sobre la secundaria y también podría a través de la jurisprudencia desarrollar las garantías constitucionales, pero para quienes están involucrados en los procesos, en los que se suspende la tramitación, sólo por desafecto del operador de justicia, por evitar que se lo sanciones por no haber cumplido el debido proceso habiendo excedido en demasía el tiempo de resolver, entre otras, infundadas razones, resulta lo contrario.

Respecto del tema, son concluyentes las valiosas opiniones de Escobar, expuestas en el Compendio de la Constitución del 2008 en el Contexto Andino (Escobar Garcia, 2008), cuando sostiene:

Que existe consenso sobre la necesidad de garantizar la supremacía y fuerza normativa de las constituciones políticas, para que pasen de ser un documento meramente político a un texto jurídico en el sentido pleno de la palabra (...) En el denominado control concreto de constitucionalidad, todos y cada uno de los jueces son considerados constitucionales, y en este sentido cada uno de ellos debe asegurar que la aplicación de las normas jurídicas que sirven de base a la resolución de los problemas jurídicos sometidos a su conocimiento, se ajusten a los preceptos constitucionales; por este motivo, cuando la aplicación de una norma jurídica al caso particular genera una situación de inconstitucionalidad, el juez debe inaplicarla.<sup>67</sup>

## **¿POR QUÉ ES NECESARIA LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS?**

El sistema normativo no es completo ni aislado, tampoco es cerrado, presenta vacíos, falacias, errores, contradicciones, y según el tiempo en que se han generado pueden ser hasta obsoletos, por ello es necesaria su interpretación. Súmese a esto, que el Colegio legislativo no está compuesto únicamente por profesionales del derecho, sino que llegan a él representantes del pueblo de diversos grupos, colectivos, nacionalidades, entre otros, lo que enriquece la interculturalidad, pero a su vez presenta falencias de técnicas legislativas que se advierten por las disposiciones contradictorias que contravienen a las asistemáticas. De ahí que la interpretación de las normas recaerá, entre otros, en los juzgadores, para su correcta aplicación. Pero esa interpretación no puede estar en contradicción con los preceptos constitucionales ni con las reglas de la interpretación que ella le fija.

Por ello, prevalece su aplicación a la norma de menor rango, mucho más si está en contradicción, ya que se produce un vacío legal. Porque no se trata de buscar el sentido a la norma o cuál fue la intención que tuvo el

---

<sup>67</sup> Luz Yunez, Alfonso, Tesis, Análisis de las Diversas vías de control de constitucionalidad.



legislador al dictarla sino que en un Estado constitucional de derechos, este se debe desarrollar, y no alegar falta de norma para dejar de reconocer los derechos, y esa falta de reconocimiento de los derechos se produce, cuando los operadores judiciales, bajo el pretexto de consultar la norma suspenden el trámite y colocan en estado de indefensión a los usuarios, hasta que la Corte Constitucional resuelva, cuando bien pueden aplicar directamente la Constitución, pues advertida la contradicción, se evidencia que la norma existe y es de mejor rango. Están llamados aplicar el silogismo jurídico para validar una norma, ya que el ordenamiento jurídico, siempre sirva para resolver un problema jurídico planteado y los jueces están llamados aplicarla.

## **TIPOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL**

### **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO**

Constituye la facultad de examinar la supremacía constitucional a través del Poder Judicial. Este modelo lo aplica España, Italia a través del Tribunal Constitucional, y según García Ruiz (2012) (García Ruiz, 2012) donde se examina la inconstitucionalidad de una ley de forma abstracta sin que se la relacione su aplicación específica dentro de un proceso, y debe ser a petición de quien esté autorizado para ejercer esta acción. Uruguay, Panamá lo hace a través de la Corte Suprema; en Costa Rica, El Salvador se realiza a en la Sala Constitucional de la Corte Suprema; Paraguay y Nicaragua, reconoce el Sistema judicial biconcentrado: Corte Suprema y Sala Constitucional. En Chile, se ejecuta según los casos: Corte Suprema de Justicia, que conoce vía incidental, como por el Tribunal Constitucional, que ejerce el poder de carácter preventivo, además ejerce - un control a posteriori -sobre los derechos del Poder Ejecutivo con fuerza de Ley.

El control de constitucionalidad concentrado consiste en la monopolización de la constitucionalidad de la ley a un solo órgano jurisdiccional del Estado, normalmente denominado Tribunal Constitucional. El predicho órgano es ajeno e independiente del Poder Judicial, creándose la jurisdicción constitucional. Esto nace en Europa, específicamente en Austria, donde predominaron las ideas del jurista del mismo país, <sup>68</sup>Hans Kelsen, quien enfatizaba en la importancia de la existencia de una autoridad independiente de los tres poderes del Estado, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, para que someta a éstos a la Constitución.

Como lo indica David Mendieta González refiriéndose a Kelsen, para éste último era importante que los diferentes poderes del Estado, especialmente el Poder Ejecutivo y Legislativo, se sometieran a un Tribunal

---

<sup>68</sup> Mendieta González, David, Derecho Constitucional General, 4ª Edición, Medellín, Universidad de Medellín, 2012, p. 366

ajeno a los tres poderes del Estado, para que sea este Tribunal quien los controle, por estas razones:

“1) No se puede ser juez y parte.

2) Por su naturaleza eminentemente política.

La salvaguarda de la Constitución no puede estar sujeta a los antojos de las mayorías políticas conyunturales, la función política de la Constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder...”<sup>69</sup>

Las normas que son declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional son expulsadas del ordenamiento jurídico, teniendo efecto “erga omnes”, a diferencia de lo que sucede mediante el sistema de control difuso de los Estados Unidos de América.

## **CONTROL DIFUSO**

El control difuso de constitucionalidad es el modelo estadounidense, cuyo control es mediante la jurisdicción ordinaria, correspondiendo al Juez Federal ordinario dictaminar si una norma contradice a la Constitución.

En los Estados Unidos de América, sin embargo, el control concreto de constitucionalidad es inter partes, teniendo los Jueces la facultad de efectuar el control de constitucionalidad, donde la decisión “... consiste en una orden de “inaplicación” normativa es decir, el juez da la orden de inaplicar la norma en el caso en cuestión por ser contraria a la Constitución y la decisión cobijará solo a las partes...”<sup>70</sup>En cambio, en los países de tradición romana-germánica, quien puede únicamente inaplicar una norma jurídica es el Tribunal Constitucional respectivo.

Por lo tanto, en los Estados Unidos de América, al encontrarse una norma que es inconstitucional, no es expulsada del ordenamiento jurídico, sino que sus efectos son “inter partes”. Sin embargo, la sentencia dictada en el caso concreto debe de ser aplicada en casos similares, ya que aquella introduce las reglas a seguirse cuando los mismos elementos fácticos se presenten.

## **CONTROL ABSTRACTO**

El control abstracto de Constitucionalidad se encuentra en países de tradición germánica-romana, donde la decisión del Tribunal o Corte Constitucional con respecto a la declaratoria de inconstitucionalidad de

---

<sup>69</sup> ibidem

<sup>70</sup> Ibídem, p. 364

una norma jurídica, ocasiona que la predicha norma sea expulsada en su totalidad del ordenamiento jurídico, con efecto erga omnes.

## **SISTEMA POLÍTICO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD**

De conformidad con la teoría Rossiniana, en la que existe un contrato social, el sistema político de control de constitucionalidad consiste en que éste control lo ejerce el parlamento, por ser éste quien tiene la legitimidad democrática de declarar una norma inconstitucional, por estar ahí representado la voluntad popular. Por lo tanto, los Jueces están incapacitados de ejercer la interpretación de la Constitución, estando únicamente obligados a interpretar la Ley. Esto ocurre en sistemas donde existe un partido único, como en China y Cuba.

## **CONTROL MIXTO**

El control mixto es aquel en donde los Jueces ordinarios tienen que aplicar la Constitución de forma directa, pero al mismo tiempo, no pueden dejar de inaplicar la Ley. Es en estos casos, los Jueces tienen la potestad de remitir al Tribunal Constitucional el caso que dirimen en consulta a éste. Y es el Tribunal Constitucional quien declara la inconstitucionalidad con efecto erga omnes de una norma jurídica que procede de un caso remitido por los Jueces ordinarios.

Este es el sistema ecuatoriano, donde los Jueces ordinarios al encontrar una contradicción entre Constitución y Ley, suspenden temporalmente la causa, remitiendo el expediente a la Corte Constitucional, que deberá en el plazo máximo de cuarenta y cinco días resolver sobre la cuestión planteada<sup>71</sup>. Con este mecanismo, que es el control concreto de constitucionalidad, los Jueces pueden estar sometidos tanto a la Constitución y a la Ley.

Este control mixto existente en Ecuador, esta facultad de los Jueces de suspender temporalmente la causa y remitirlo a la Corte Constitucional, es a consecuencia del “Control Concreto de Constitucionalidad”.

## **CONTROL CONCRETO DE CONSTITUCIONALIDAD**

El Control Concreto de Constitucionalidad es aquél en donde los Jueces tienen que aplicar directamente la Constitución en los casos que llegan a conocer, y cuando encuentran una contradicción entre la Constitución y la Ley, están obligados a dos cosas, y dependiendo del país: 1) a aplicar la constitución directamente, como ocurre en los Estados Unidos de América; o, 2) a remitir en consulta al Tribunal Constitucional.

---

<sup>71</sup> Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional, artículo 142.

En Ecuador, se sigue el segundo caso, es decir, se remite a consulta a la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional ecuatoriana dictaminó que la naturaleza del control concreto de constitucionalidad consiste en "... garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales...", por lo que los Jueces deberán aplicar de manera general "... las normas constitucionales de modo directo y sin necesidad que se encuentren desarrolladas. Por lo tanto, los Jueces, en caso de observar que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos, tendrá la obligación de suspender la causa en remisión al artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Constitucional y Control Constitucional.

## **PROBLEMÁTICA DE LA VINCULACIÓN DE LOS JUECES A LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY**

### ANTECEDENTES

Durante la época de posguerra del siglo pasado, en Europa continental, "... se pone en práctica... un modelo de justicia constitucional que se separa del kelseniano"<sup>72</sup>, por lo que la Constitución deja de ser exclusivamente "... fuente del Derecho, sino también fuente inmediata de derechos (y de competencias de los órganos públicos) y como tal aplicable para todos los jueces y no solo al Tribunal Constitucional."<sup>73</sup> Esto significa que todos los Jueces estarán obligados a interpretar el ordenamiento jurídico de conformidad con la Constitución.

Dicho lo anterior, el tribunal de casación deja de ser el órgano máximo de Justicia, y llega a serlo, después de la época de posguerra del siglo anterior, el Tribunal Constitucional, siendo éste el máximo órgano de interpretación e intérprete de la Constitución. Pero, a pesar de que todos los Jueces están obligados a aplicar la Constitución, surge un problema: debido al principio de legalidad que ata a los Jueces a la Ley, y al hecho de que la Constitución es aplicable para todos los Jueces, ¿qué sucede cuando los Jueces observan que una norma jurídica contradice a la Constitución?

### PROBLEMÁTICA

En respuesta a lo que deben de hacer los Jueces cuando observan que una norma jurídica contradice la Constitución, en nuestro sistema continental europeo romano-germánico, los Jueces no pueden inaplicar una norma jurídica por considerarla inconstitucional, por ser una facultad exclusivamente reservada al Tribunal Constitucional o Corte

---

<sup>72</sup> Aragón Reyes, Estudios de Derecho Constitucional, 3ª. Edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, p. 366 Director: Francisco Rubio Llorente.

<sup>73</sup> *ibidem*

Constitucional, según el país. Por la atadura que liga a los Jueces a la Ley, no pueden dejar de aplicarla por su invalidez. Sin embargo, la solución a esta problemática entre la Constitución y la Ley, cuando la segunda se contradice a la primera, encuentra su solución en la “inconstitucionalidad”.

Y, ¿qué sucede con aquellas normas jurídicas que violan derechos constitucionales? El numeral 3 del artículo 11 de la Constitución ecuatoriana prescribe lo siguiente:

“3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

Como se puede apreciar, esta norma indica que los derechos son de inmediata aplicación ante cualquier servidor público, administrativo o judicial, lo que significaría que en un caso donde se violenten derechos constitucionales, el Juez debería aplicarlos de oficio o a petición de parte. Sin embargo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ecuatoriana, en su artículo 142, contradice esta norma constitucional al dictar que al encontrar los Jueces una contradicción entre lo que prescribe la ley y la constitución, debe de remitirlo a consulta de la Corte Constitucional, en vez de ser ellos mismos quienes decidan.

En sentencia No. 006-14-SCN-CC, la Corte Constitucional ecuatoriana interpretó la naturaleza del Control Concreto de Constitucionalidad, al resolver que ésta tiene por

“... finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales. El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, por lo que...” el juez... “...deberá tener siempre en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. De manera general...” los jueces... “aplicarán las normas constitucionales de modo directo y sin necesidad de que se encuentren desarrolladas. Sin embargo, en caso que el juez en el conocimiento de un caso concreto considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos debe suspender la tramitación de la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional...”<sup>74</sup>

Por lo tanto, como se puede colegir de lo acabado de citar, el sistema ecuatoriano se diferencia del norteamericano, donde en el segundo los jueces ordinarios tienen la potestad de declarar una norma inconstitucional, pero al caso concreto, con efecto inter partes, mientras el

---

<sup>74</sup> Casos 0036-10-CN y 0006-11-CN Acumulados, No. 006-14-SCN-CC, Corte Constitucional ecuatoriana, 2014

sistema ecuatoriano, la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma se encuentra concentrada en la Corte Constitucional.

Las constituciones europeas y algunas latinoamericanas, cargadas de principios, han creado una especie de “aristocracia de jueces”, donde aquellos que presiden el Tribunal o Corte Constitucional, son los “elegidos” para expulsar del sistema normativo aquellas normas jurídicas que contradicen a la Constitución.

Todos los jueces, entendiéndose ordinarios, y constitucionales, están llamados a salvaguardar los principios de la Constitución, a interpretarla y aplicarla, pero esto resulta ineficaz cuando se presenta una situación de inconstitucionalidad, ya que los jueces ordinarios suspenden la causa, ya que solamente un órgano concentrado tiene la potestad de decidir sobre ello.

Cabe preguntarse si los derechos fundamentales, que son inmediatamente aplicables, y que son derechos en cuanto son además constitucionales, ¿acaso se desligan de la ley? ¿Cómo es posible aplicar inmediatamente un derecho fundamental si existe una norma de inferior jerarquía que la contradice? Por ejemplo, el enunciado constitucional de “se garantiza la libertad de expresión” se contradeciría con una ley de comunicación que restrinja el derecho fundamental de expresarse libremente, y el juez al encontrarse atado al principio de legalidad, no podría resolver, sino el Tribunal o Corte Constitucional, y al elevarlo a consulta, se retarda la justicia.

## **CONCLUSIÓN**

La Constitucionalidad de las normas jurídicas dentro de los procesos judiciales a los que se enfrentan los jueces ordinarios, para no retardar Justicia, deberían ser ellos mismos quienes declaren, siguiendo el sistema norteamericano, la inconstitucionalidad de la norma con efectos inter partes. El modelo continental europeo romano-germánico, a su vez, tiene un modelo concentrado en el Tribunal o Corte Constitucional, quienes son únicamente los que pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma, llevando inclusive a que los procesos se saturen.

Mientras en Estados Unidos, resalta la practicidad, donde los jueces son intermediarios entre la sociedad y el Estado, tal como lo indicó Hamilton en El Federalista, en nuestro modelo de tradición romana-germánica, principalista, se desconfía de la labor de los jueces ordinarios, confiando la potestad de la declaratoria de inconstitucionalidad a un órgano concentrado, trayendo como consecuencia que se saturen de causas, siendo ésta la solución encontrada para los casos en que la ley contradice a la Constitución.



## Referencias bibliográficas

- Ahumada Ruiz, M. Á., Gómez Montoro, Á. J., López Castillo, A., Rodríguez Álvarez, J. L., & Rubio Llorente, F. (2012). *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina Jurisprudencial) (Reimpresión ed.)*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A.
- Aparicio Pérez, M. A., & Serramalera, M. B. (2012). *Manual de Derecho Constitucional*. Barcelona: Atelier.
- Aragón Reyes, & Rubio Llorente, F. (2013). *Estudios de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Asamblea Nacional . (2009). *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Registro Oficial.
- Asamblea Nacional Constiuyente. (2008). *CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. QUITO, PICHINCHA, ECUADOR: EGISTO OFICIAL*. Recuperado el 11 de SEPTIEMBRE de 2016
- Baquerizo Minuche, J., & Leuschner Luque, E. (2011). *Sobre Neoconstitucionalismo, Principios y Ponderación: Notas desde la teoría y la Filosofía del Derecho*. Guayaquil: EDILEX S.A.
- Casos 0036-10-CN y 0006-11-CN Acumulados, 006-14-SCN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 11 de septiembre de 2014).
- Escobar Garcia, C. (2008). *Del Tribunak a la Corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia cosntitucional? (Vol. Primera edición)*. (R. Santamía Ávila, Ed.) Quito, Pichincha, Ecuador: Imprenta: V%M Gráficas.
- García Ruiz, J. L. (2012). *Derecho en Red*. Recuperado el 15 de 08 de 2016, de *Derecho Constitucional*: <http://www.derechoconstitucional.es>
- Hamilton, Madison, & Jay. (1868). *El Federalista*. Buenos Aires: Imprenta del Siglo.



Martínez Sospedra, M. (2007). Manual de Derecho Constitucional: Parte General. Valencia: TIRANT LO BLANCH.

Pérez Royo, J., & Carrasco Durán, M. (2010). Curso de Derecho Constitucional. Madrid: MARCIAL PÓNS EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S.A.

## **EL PÁNICO FINANCIERO Y LOS DELITOS ECONOMICOS EN EL ECUADOR**

Ab. Miguel Eduardo Costaín Vasquez. Msc. <sup>1</sup>

Ab. Maritza Gómez Mora, MSc <sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Docente Universidad de Guayaquil

<sup>2</sup> Docente Universidad de Guayaquil

## **RESUMEN**

Uno de los temas más debatidos en Latinoamérica en los últimos tiempos, ha sido la instauración, establecimiento y tipificación, de los denominados Delitos Económicos y Financieros.

En el Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, se une a esta tendencia al tipificarlos; empero: ¿Qué se entiende por delitos económicos?

Para iniciar este ensayo, debemos tener clara la diferencia entre Derecho Penal Económico, Delito Económico y Delincuencia Económica, para luego entrar al análisis de los elementos objetivos del tipo, así como también la correcta comprensión de las teorías de la imputación en el Derecho Penal Económico.

Podemos conceptualizar al Derecho Penal Económico, como el “conjunto de infracciones que afectan a un bien jurídico patrimonial individual”<sup>1</sup>; mientras que el Delito Económico, representa “aquellos comportamientos descritos en las Leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y por lo tanto ponen en peligro la propia existencia.

## **DESARROLLO**

Al Derecho Penal Económico, podemos indicar que se abarcarían delitos: aduaneros, tributarios, contra la eficiente administración pública, estafa, apropiación indebida, insolvencia fraudulenta, etc; sin embargo, nuestro Código Orgánico Integral Penal, en su Capítulo Quinto, sección octava, agrupa a los denominados “Delitos Económicos” los cuales tienen como bien jurídico tutelado a la protección del orden económico y sobre todo protegen un bien supraindividual, a diferencia del resto de delitos que pueden ser abarcados por el Derecho Penal Económico, pero excluidos del último concepto. Insistimos, el Derecho Penal Económico protege bienes jurídicos individuales, mientras que los Delitos Económicos, tutelan bienes jurídicos supraindividuales.

Podemos concluir que todo “Delito Económico” forma parte del “Derecho Penal Económico”, sin embargo, este último no siempre se relaciona con un delito económico. Al hablar de Derecho Penal Económico, existe una afectación dual, en primer término existe una lesividad sobre el patrimonio individual; y como consecuencia de ello, existe la puesta en peligro del orden económico, es por este motivo que muchos injustos penales pueden ser considerados como delitos que afectan el orden económico, sin embargo, no por ello, deben ser considerados como delitos económicos.

Para CEVINI, la conceptualización de los delitos económicos nace Alemania, particularmente en la denominada: “Ley Para la Simplificación del Derecho Penal Económico en el Campo de la Economía” dictada en 1949, según la cual una infracción será delito económico cuando vulnere intereses del Estado en la permanencia y conservación del orden económico<sup>3</sup>, lo cual es acertado desde nuestra perspectiva, sin embargo, no hubiera sido posible iniciar la tipificación formal, sin que exista el antecedente de la Constitución Weimar de 1919 -que sirvió como sustento para la Constitución Alemana de 1949- donde nace el llamado Derecho Constitucional Económico, consistente en el conjunto de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica.

Podríamos sintetizar, que los antecedentes históricos para la vigencia de los delitos económicos, tienen diferentes factores, entre estos políticos, sociales o sociológicos, pero sobre todo jurídicos, y nos referimos en estos términos porque la esencia de estos delitos es proteger el orden económico establecido en el marco constitucional de los Estados, en el económico, sin embargo, debemos aclarar que la finalidad del derecho penal económico, a diferencia del derecho económico en sí, no es conducir la economía, sino ocuparse de un sector específico de la vida social y sobre todo comprender que al menos en el Ecuador, los delitos económicos están debidamente establecidos y tipificados en la sección octava del Código Orgánico Integral Penal, y su objetivo es evitar el que ciertas acciones alteren el orden económico social, individual y colectivo.

En el Ecuador, la tipificación de los delitos Económicos, no hubiese sido posible sin una nueva Constitución. En la actualidad, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, vigente desde el año 2008, desplazó al viejo Estado Social y Democrático de Derecho. El cambio del modelo de Estado, también cambió el sistema económico.

El Estado Social y Democrático de Derecho, vigente desde 1998 hasta el 2008, tenía como modelo Económico a la denominada “Economía Social de Mercado”, definida caso del Ecuador, la denominada: “Economía Social y Solidaria.

Estas consideraciones han provocado que un sector de la doctrina determine que la tipificación de este tipo de delitos, corresponde a una expansión excesiva del derecho punitivo de los Estados, dado el concepto amplio del derecho penal como la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos; este sistema trataba de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa; por su parte, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, vigente en la actualidad, sustituye esa concepción económica por otra más tutelar, denominada “Economía Social y Solidaria” la misma que “reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir. El sistema económico se integra por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regula de acuerdo con la ley e incluye a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios.”

Este nuevo concepto económico constitucional, fue el promotor para el establecimiento de los denominados Delitos Económicos en el Ecuador, los cuales tuvieron que ser tipificados por parte de la Asamblea Nacional, como consecuencia de las garantías normativas obrantes en la misma Constitución de la Republica,<sup>8</sup> pues era función del Asambleísta, adecuar formal y materialmente la normativa constitucional a las diferentes Leyes. El Código Orgánico Integral Penal, no podía ser la excepción.

Ahora bien, el Código Orgánico Integral Penal, dentro de la sección octava, agrupa a los denominados “Delitos económicos” y “Delitos Financieros”, los cuales, como ya hemos visto en líneas anteriores, son parte del Derecho penal Económico. Para los efectos de este ensayo,

nos concentraremos en el delito denominado: “Pánico financiero”, sus elementos objetivos y la forma de atribuir el resultado en base a la aplicación de la teoría moderna del delito e imputación objetiva.

Para iniciar nuestra narrativa, debemos indicar que el Código Orgánico Integral Penal, tipifica y reprime este delito en el Art. 322<sup>9</sup>, sancionando a su autor con una pena privativa de libertad de cinco a siete años; empero ¿Qué elementos objetivos tiene este delito y sobre todo como se puede atribuir el resultado a su autor?

El primer elemento objetivo que se debe analizar dentro del tipo penal es: “La divulgación de una noticia”, la misma que obligatoriamente, debe ser falsa. Analizando este primer elemento objetivo, se debe tener en cuenta, que el hecho generador de este delito es y será siempre una noticia, la cual es distinta al comentario. El diccionario de la Real Academia Española, define a la noticia como el contenido de una comunicación antes desconocida o un hecho divulgado; <sup>10</sup> es decir, para que la comunicación o el hecho conocido, se convierta en noticia, obligatoriamente deberá ser publicada o puesta al alcance del público. Desde este punto de vista, si el comentario –aunque sea falso- nunca se hace público o nunca se lo pone a su alcance, nos enfrentaríamos a una conducta atípica, pues la comunicación nunca fue una noticia.

La publicidad o divulgación del hecho, atendiendo el concepto de publicidad<sup>11</sup>, deberá entenderse como la declaración notoria por un medio que permita la comunicación. Si bien no consta así en la descripción típica del primer elemento objetivo, es innegable que la forma idónea de ejercer la divulgación, es a través de algún medio de comunicación o que permita la circulación, por la cual, la colectividad tenga acceso a esa noticia. Un ejemplo, a más de los medios, puede ser el uso de los correos electrónicos.

diferencia del Ecuador, la descripción típica del pánico financiero, está dentro del pánico económico, el cual en nuestro país, está tipificado de forma independiente. Podemos observar que en Colombia, los elementos objetivos del tipo son muy similares; especialmente su primer elemento, el cual taxativamente indica: “El que divulgue al público o reproduzca en un medio o en un sistema de comunicación público”.

El Código Penal Colombiano, fortalece un poco más el concepto de la divulgación, al expresar de forma categórica que la noticia debe ser puesta a conocimiento del público, incluso a través de un medio de comunicación.

Podemos concluir, que el primer elemento objetivo del tipo es la divulgación, la cual debe ser obligatoriamente puesta a conocimiento del público por algún medio que permita el acceso a la comunicación. Ahora bien, los criterios respecto a la posible responsabilidad penal en la que podría incurrir un medio de comunicación, cuando este sea el titular de la noticia, serán materia de otro ensayo.

El segundo elemento objetivo del tipo, es la falsedad de la noticia. La publicación de información veraz y real, no es punible.

La “falsedad” de la noticia, tiene múltiples vertientes y se puede producir de varias formas.

Podemos definir a una noticia falsa, como un hecho simulado, incierto o contrario a la verdad. El hecho simulado constituye un acto que existe únicamente en la psiquis de su autor, es decir, el sujeto activo de la infracción finge<sup>13</sup> los hechos en base a su propia ideación. La noticia falsa carece de los siguientes criterios: autoridad, realidad, coherencia lógica, y evidencia.

La autoridad de la noticia, como criterio para calificar la falsedad consiste en el alcance o credibilidad que se dé a la fuente de la información, si esto no ocurre, existe una falsa autoridad para la información que se divulga.

BRUNILDA FIGUEROA, sostiene que para identificar una correcta autoridad en la información impresa, se debe verificar que los documentos contenidos en las bases de datos incluya elementos esenciales tales como: nombre del autor, el título de la publicación, la fecha de publicación y más,<sup>14</sup> sin embargo, para el caso concreto, la información que se divulga, tiene autoridad cuando su autor es un experto en la materia, de tal suerte que la persona que por simple referencia o en su defecto por criterios poco probables, divulgue un comentario falto de autoridad, estaría transmitiendo una falsa noticia.

Tomando estos conceptos podemos decir, que la opinión de un experto en la materia, que con bases sólidas y comprobadas emita un comentario u opinión sobre la realidad económica, estaría actuando con autoridad, y por ello, la noticia que se divulga no sería falsa.

En Guatemala, el pánico financiero, recoge un poco más este concepto al indicar que: “Se excluyen del alcance del presente artículo, a los autores de los estudios, análisis y opiniones de carácter científico o académico que, con base a información auténtica y verificable, estén orientados a evaluar o calificar el sistema financiero o sus actores, buscando maximizar su eficiencia y desarrollo”<sup>15</sup>

La realidad de la información, consiste en la verificación tangible de los elementos que sirven de sustento a la autoridad, es decir, los antecedentes facticos que permiten al experto sustentar su tesis, mientras que la coherencia lógica consiste en la armonía el hecho real y la divulgación.

Finalmente, la noticia que se divulga, será falsa, si no existe la evidencia respectiva para sustentar la información. La evidencia, que es conceptualizada como la certeza clara y manifiesta de la que no se puede dudar<sup>16</sup> es quizás el elemento más importante para determinar la exactitud de la noticia o en su defecto determinar su falsedad.

Al examinar este elemento objetivo del tipo, es importante identificar los elementos señalados en líneas anteriores (autoridad, realidad, coherencia lógica y evidencia), los cuales dan la naturaleza de la noticia; es decir, puede existir una noticia que sea divulgada, pero sin embargo, esta no necesariamente puede ser falsa.

El tercer elemento objetivo del tipo, lo compone la denominada alarma social. El Art. 322 del Código Orgánico Integral Penal, señala que la noticia divulgada debe “causar alarma en la población”, y hablar sobre este concepto puede resultar sumamente extenso, así que lo sintetizaremos como el provocamiento de susto o sobresalto que aparece de forma repentina en una sociedad.

La alarma social, no es paulatina y no se genera poco a poco. Siempre es repentina, no se construye y no es sistemática. Estalla en un momento determinado y sus efectos se van a mantener o amentar.

En el Derecho Penal moderno, no todas las acciones producen este tipo de alarma, sino únicamente las relevantes. Claro está, que este concepto siempre es de naturaleza difusa o colectiva, jamás individual, de tal suerte que el sobresalto que le puede causar a un ciudadano determinada acción relevante, no necesariamente genera alarma social. En el caso que nos

ocupa, la única forma de identificar esta alarma social como elemento objetivo del “pánico financiero”, es cuando la divulgación ha provocado sobresalto o incertidumbre, no a nivel individual sino colectivo.

Por ejemplo, (x) remite un correo electrónico a todos sus contactos, incluso a través de redes sociales, sosteniendo una noticia falsa, y producto de ello, se genera incertidumbre en la colectividad y ese accionar genera una ola expansiva. Este correo electrónico en ese sentido si generó alarma en la población y se cumple con el tercer elemento objetivo del contacto, nunca genera esa ola expansiva, pues entonces, no se puede evidenciar la alarma, pues no se llegó a complementar la afectación a la sociedad como tal.

Hay que indicar que en el derecho penal, existen circunstancias constitutivas y no constitutivas de la infracción. Tradicionalmente la alarma social no ha sido una circunstancia constitutiva de la infracción, sino una agravante. En el caso que nos ocupa, resulta trascendental entender que esta alarma “social” es una circunstancia constitutiva de la infracción y forma parte de los presupuestos objetivos del tipo.

El cuarto elemento objetivo, viene a ser la consecuencia de la divulgación de la noticia falsa y la generación de la alarma social, esto es, el retiro masivo de los depósitos de cualquier institución del sistema financiero y las de la economía popular y solidaria. Ahora bien: ¿Qué podemos entender por retiro masivo de depósitos y cuál es el factor para determinar esta masividad?

El término “retiros masivos” resulta hasta cierto punto muy subjetivo. En Colombia, este presupuesto objetivo se redacta de otra manera, pues se castiga el provocar o estimular el retiro del país de capitales nacionales o extranjeros<sup>17</sup>, a diferencia del Ecuador, donde se castiga el retiro masivo de las instituciones del sistema financiero. El pánico financiero en Colombia solo castiga el retiro del país del capital, es decir la salida de divisas.

Otra situación muy particular en este delito es que el retiro de los depósitos debe de ser obligatoriamente de una institución que forme parte del sistema financiero y de la economía popular y solidaria. Si las instituciones donde se retiran estos depósitos no están reguladas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, según lo dispone la Constitución de la República y el Código Orgánico Monetario y Financiero,<sup>19</sup> entonces, la conducta a su vez, será atípica.



La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 309 define que el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado y del popular y solidario.

El Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Registro Oficial Suplemento 332 de fecha 12-sep-2014, establece que el sistema financiero nacional está integrado por el sector financiero público, el sector financiero privado y el sector financiero popular y solidario.<sup>21</sup>

El sector financiero público está compuesto por: bancos y corporaciones, mientras que el sector financiero privado está compuesto por: bancos múltiples, especializados, servicios financieros y servicios auxiliares del sistema financiero.

Se define como banco múltiple a la entidad financiera que tiene operaciones autorizadas en dos o más segmentos de crédito y especializado a la entidad financiera que tiene operaciones autorizadas en un segmento de crédito y que en los demás segmentos sus operaciones no superen los umbrales determinados por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera.<sup>22</sup>

Los servicios financieros, según la norma citada lo componen almacenes generales de depósito, casas de cambio y corporaciones de desarrollo de mercado secundario de hipotecas, mientras que los servicios auxiliares del sistema financiero, lo representan el software bancario, transaccionales, de transporte de especies monetarias y de valores, pagos, cobranzas, redes y cajeros automáticos, contables y de computación y otras calificadas como tales por la Superintendencia de Bancos en el ámbito de su competencia.

Ahora bien, a más de las instituciones del sistema financiero, se protege al sector de la economía popular y solidaria, la mismas que según el citado código, está compuesto por: cooperativas de ahorro y crédito, cajas centrales, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro; y, servicios auxiliares del sistema financiero, que son las mismas que las establecidas en los servicios financieros, con la única diferencia de que son calificadas como tales por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria en el ámbito de su competencia.

Existen otro tipo de asociaciones que también encajan en la descripción objetiva, tales como las entidades asociativas o solidarias, cajas comunales y cajas de ahorro, las cuales se rigen por la Ley Orgánica de la Economía

Popular y Solidaria, publicada en el registro oficial No. Registro Oficial 444 de fecha 10 de mayo del 2011 y reformada con fecha 12 de septiembre del 2014.

En Guatemala, el cuarto elemento objetivo del tipo es distinto, pues incurre en el mismo, quien elabore, divulgue o reproduzca, información falsa o inexacta que menoscabe la confianza de los clientes.<sup>24</sup> Nótese que el elemento objetivo del tipo en este país, no consiste únicamente en el retiro masivo de los depósitos, sino el menoscabo a la confianza del cliente o usuario del sistema financiero nacional, sin embargo, el mismo Código Penal Guatemalteco, elimina la subjetividad y define el deterioro a la confianza del cliente, como el atentado contra su reputación o prestigio financiero o que la misma sea objeto de retiro masivo de depósitos o inversiones, mayores o superiores a su flujo normal u ordinario.

Finalmente, el quinto y último elemento objetivo del tipo, consiste en que la divulgación ponga en peligro la estabilidad o provoque el cierre definitivo de la institución.

Entonces: ¿Cómo podemos indicar cuando se ha puesto en peligro la estabilidad de la Institución Financiera?

Sostenemos que este elemento objetivo del tipo, no puede quedar a discreción del juzgador, pues debe ser específico. La única institución capaz de determinar en base a un análisis reglado, si la estabilidad de la institución financiera estuvo en peligro, es la Superintendencia de Bancos y Seguros.<sup>25</sup>

El análisis que debe realizar la Superintendencia de Bancos, es a través de un informe de auditoría, que permita identificar, con criterios técnicos, si la Institución Financiera pudo desestabilizarse o no.

El Código Orgánico Monetario y Financiero, establece que los informes de auditoría, tienen dos características especiales: son escritos y reservados. Ahora bien, esas características serán aplicables al proceso penal en una etapa de investigación previa, eso sí, la reserva jamás podrá ser para las partes, caso contrario se estaría afectando el derecho a la defensa.

Cuando se trate de una instrucción fiscal, el informe de auditoría será público, no podrá tener el carácter de reservado, pues de ser así, estaríamos

retrocediendo hacia el viejo sistema inquisitivo. El derecho penal moderno es público y transparente.

Estos conceptos no son distantes de lo expuesto en el Código Orgánico Monetario y Financiero, pues el Art. 72 claramente afirma que: “Cuando se hubiese iniciado un proceso de investigación en una institución del sistema financiero, los informes de auditoría no tendrán el carácter de reservados ni gozarán de sigilo bancario ante la Asamblea Nacional, Fiscalía General del Estado y Contraloría General del Estado”

De esta forma podemos indicar, que pueda que exista la divulgación de una noticia, que según sus características sea falsa, que cause alarma en la población y provoque que los usuarios del sistema financiero nacional retiren “masivamente” los fondos de las instituciones financieras, reguladas por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera, sin embargo, si en la auditoría a cargo de la Superintendencia de Bancos, determina que estos hechos no afectaron la solidez de la Institución Bancaria, la conducta será atípica.

Una vez analizados los presupuestos objetivos del tipo, resta entonces resolver de forma objetiva, como atribuir el resultado de este delito a su autor.

Para ello, debemos comprender la nueva teoría del delito, obrante en el nuevo Código Orgánico Integral Penal, donde se modifica la caduca teoría clásica, técnica o causalista que regía en el Ecuador.

El cambio de un sistema clásico o neoclásico, por decirlo menos, consiste en dar paso al derecho penal posmoderno, criticado por unos y respetado por otros. En un derecho penal posmoderno, la teoría del delito, despide la vieja concepción del denominado “acto” y da paso a lo que se conoce como “una acción penalmente relevante” bajo los presupuestos de la imputación objetiva.

Aplicar la imputación objetiva, no es otra cosa que dejar de constatar realidades empíricas, e imputar objetivamente a una persona un comportamiento socialmente intolerable y, dado el caso, un resultado socialmente desvalorado. En este sentido, KINDHAUSER sostiene que la causación de un resultado no es objetivamente imputable cuando la producción de un resultado aparece solamente como efecto causal del comportamiento del autor.

La acción penalmente relevante, la podemos encontrar en los Art. 22 y 24 del Código Orgánico Integral Penal, debiendo indicar además, que en la actualidad, hablar de concepciones finalistas tampoco sería apropiado, por cuanto el concepto de la acción penalmente relevante, va más allá

de la finalidad del sujeto activo del delito y expresamente requiere que esa finalidad y el resultado le sea objetivamente imputable a su autor.

Con relación a la conducta típica, se ratifica la existencia –ahora si a nivel de derecho positivo y no doctrinario- de un “tipo complejo” con elementos objetivos y subjetivos. La tipicidad en esta Código, ya no es meramente descriptiva. El elemento subjetivo, esto es, el dolo o la culpa, debe encontrarse expresamente determinados para que la conducta sea típica.

La antijuridicidad, ratifica la verificación sobre inexistencias de causas de justificación que actúen como eximentes. Se ratifica y se define al llamado “estado de necesidad” y a la “legítima defensa” como causas de justificación.

La culpabilidad, deja de ser meramente normativa y verifica dos aspectos. En primer lugar la capacidad de pena del procesado y finalmente que este debe actuar con conocimiento de la antijuridicidad de la conducta. Con relación a este último requisito, debemos indicar que en el proyecto inicial del Código Orgánico Integral Penal, se lo denominaba como “error de prohibición” el cual a nivel dogmático, reemplaza el viejo “error de derecho” donde el hechor desconoce la norma. Este error de prohibición fue duramente criticado y por ello, se lo excluyó del proyecto, sin embargo, su esencia, se encuentra vigente en el Art. 34 del Código Orgánico Integral Penal, donde se determina que “la persona solo puede ser culpable, si actúa con conocimiento de la antijuridicidad de la conducta”.

Ahora bien, como hemos visto, la aplicación de la imputación objetiva, es necesaria para visualizar de forma correcta la atribución de un resultado lesivo, y en tratándose del pánico financiero, la aplicación de esta teoría no puede ser la excepción.

La imputación objetiva surgió como una teoría contrapuesta por tópicos en los que era necesario corregir con criterios normativos la determinación de la causalidad. No obstante, esta teoría se ha ido extendiendo a todo el tipo objetivo, de manera tal que se ha procedido a normativizar también la propia conducta típica y el resultado típico. Esta normativización de la parte objetiva del tipo ha determinado que la teoría de la imputación objetiva, formulada originalmente para los delitos activos dolosos de resultado, se haya ampliado a todas las formas de manifestación del delito. En la actualidad, la teoría de la imputación objetiva es un instrumento conceptual que sirve para determinar la tipicidad objetiva en los delitos de

merca conducta y de resultado, de acción y de omisión, de peligro y de lesión, dolosos y culposos.

Para aplicar la imputación objetiva en este tipo de delito, debemos observar: La creación de un riesgo no permitido.

En primer término, hay que reconocer que no todo riesgo está prohibido. GARCÍA CAVERO, define al riesgo no permitido como un proceso de determinación con base en normas jurídicas, normas técnicas y reglas de la prudencia que rigen en los sectores sociales en los que actúa el ciudadano que realiza la conducta riesgosa.<sup>29</sup>

Esto obliga a que la consideración de la creación del riesgo no permitido se observe en primer término desde el mismo ámbito jurídico, es decir, la revisión de las disposiciones o normas jurídicas pertinentes que determinen los riesgos que van a ser socialmente aceptados y los que no lo serán.

En el caso que nos ocupa, un analista económico, experto en la materia, con autoridad sobre sus afirmaciones, que genera una noticia que contiene realidad, coherencia lógica, y evidencia, difícilmente puede estar creando un riesgo jurídicamente desaprobado, por cuanto las condicionantes que generan la falsedad de la noticia no aparecen, más bien, la noticia cuenta con los elementos que permiten visualizarla como legítima.

Así mismo, es importante diferenciar la imputación objetiva del resultado, pues la conducta de un individuo que divulgue una noticia carente de autoridad, realidad, coherencia lógica, y evidencia, no sería objetivamente imputable, si el retiro masivo de los depósitos se produce por otros factores. Esto se conoce como teoría de la evitabilidad, que indica que existen efectos exoneradores al hecho de que el resultado lesivo resulte inevitable porque igualmente habría tenido lugar con un comportamiento arreglado a derecho del autor.<sup>30</sup>

Como bien cita FEIJOO SANCHEZ, el hecho de que alguien que desarrolle un rol económico haya creado un riesgo no significa que la conducta se encuentre ya jurídico penalmente desvalorada sin ulteriores valoraciones. En estos supuestos las normas extrapenales representan un útil instrumento de ayuda como indicios para determinar

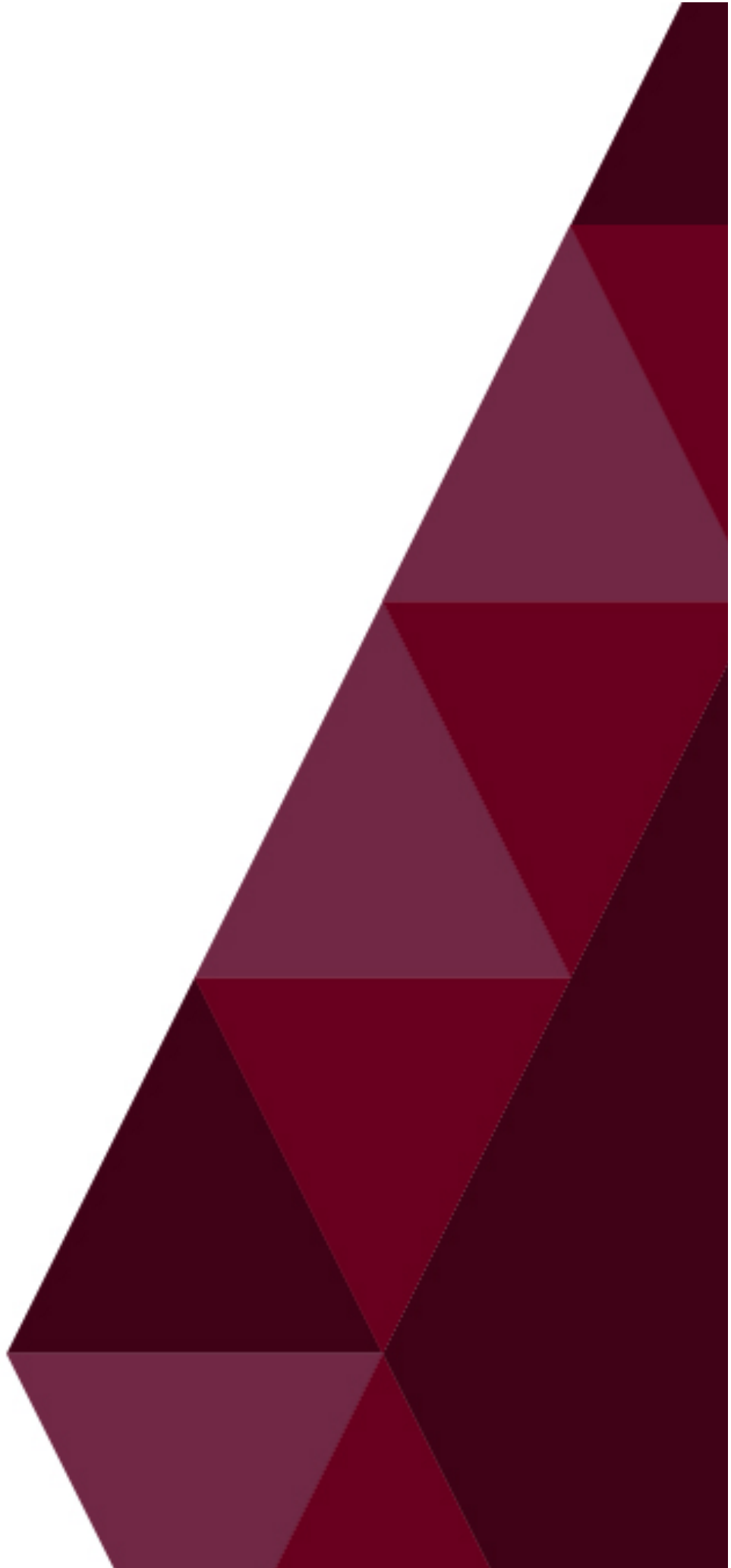
el umbral de permisión de conductas de acuerdo con las valoraciones específicas del sistema jurídico-penal.<sup>31</sup>

Las normas extrapenales que deben observarse, están reguladas por la Ley, las cuales han sido desglosadas en este ensayo, de tal suerte que de no encontrarse reunidas, aun existiendo la creación de un riesgo, este no necesariamente podría ser prohibido o jurídicamente desaprobado.

Finalmente, un elemento que ha ganado terreno dentro de las consideraciones para la aplicación de la imputación objetiva, ha sido la llamada “prohibición de regreso” diseñada por JAKOBS, y definida por KINDHAUSER, como el hecho de que no puede hacerse responsable a una persona por un resultado si lo ha causado mediante un comportamiento que está conforme a su rol social.<sup>32</sup>

Bajo esta teoría, el experto –analista financiero- que mediante una entrevista televisiva da su punto de vista con relación a la situación financiera o bancaria, no puede atribuírsele el posible resultado de retiro masivo de depósitos, por cuanto se está comportando conforme a su rol social, sin embargo, en el momento que ese analista financiero, centra su análisis en documentos o auditorias que él, como experto, conoce que son poco probables o inexactas, entonces deja de comportarse conforme a su rol social, crea un riesgo socialmente no aceptado e incurre en el delito KINDHAUSER, aclara el panorama al indicar, que el rol social no libera a nadie de su deber de evitar la creación de los riesgos que conoce, porque el rol social que reviste a una persona no le da derecho a actuar conscientemente en perjuicio de la víctima. Sin embargo, el caso es distinto cuando el autor no conoce las circunstancias que hacen que su comportamiento sea arriesgado.

Como lo hemos visto, la aplicación de la imputación objetiva en los delitos económicos, así como en el resto de delitos, dejó de ser una opción y se ha convertido en una necesidad, por ello, resulta indispensable que en la esfera jurisdiccional, y en las resoluciones de la función judicial, se la utilice como el mecanismo más eficaz para visualizar la forma de atribuir el resultado lesivo a los presuntos autores de esos delitos.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bajo Fernández: “Derecho Penal Económico, aplicado a la actividad empresarial”, 1. Ed, Madrid, 1978 P. 32.
- Raúl Cevini, Internacional Center of Economic Penal Studies, Secretaria General para América Latina Consejo Consultivo Internacional.
- Fabián Balcarse, Derecho Penal Económico, Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su parte general.
- Bernardo Feijoo Sánchez, Esbozo de una teoría general de los delitos económicos, Universidad Autónoma de Madrid, Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal
- Diccionario de la Real Academia Española (REA).
- Brunilda Figueroa, MLS, UIPR, Recinto de Ponce, Junio de 2007, Criterios para evaluar la información.
- Código Penal de Guatemala.
- Código Penal de Colombia.
- Código Orgánico Monetario Y Financiero del Ecuador.
- Código Penal de Guatemala,
- Percy García Cavero, Derecho Penal Parte General.
- Urs Kindhauser, “Cuestiones Actuales de Derecho Penal Parte General y Patrimonial”
- Bernardo Feijoo Sánchez, Imputación objetiva en el Derecho penal económico y empresarial.
- Urs Kindhauser, Imputación objetiva y subjetiva en el delito doloso

## “EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD EN LA NORMATIVA ECUATORIANA, ANÓMIA O REALIDAD”.

Dr. Rene Astudillo Orellana. Mgs<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> washington.astudillo@ug.edu.ec

DOCENTE TITULAR: FACULTAD DE JURISPRUDENCIA



## **RESUMEN**

Como consecuencia del estado de derecho que vivimos dentro de estas corrientes del neoconstitucionalismo de garantías y derechos, consideramos importante enfatizar la importancia que debe de primar en el equilibrio de la sanción y prevención mediante la proporcionalidad de las penas al infractor. Así mismo abordaremos la importancia en indicar que no solamente se debe de contar con una política criminal de prevención para poder regular la armonía y convivencia dentro de una sociedad bajo la amenaza de un simbolismo penal, sino que es consustancial que se legisle en preceptos legales que permitan salidas alternativas al proceso ordinario y evitar activar el órgano jurisdiccional de manera innecesaria.

Haremos un análisis exegético en razón a la normativa procesal ecuatoriana y el Imperio Constitucional, basando el trabajo de estudio bajo la óptica de ciertos tratadistas que analizaremos con respecto a la aplicación del principio de oportunidad y mínima intervención penal, otorgándole un

protagonismo a la víctima en poder decidir antes y durante un proceso penal en aplicación del garantismo penal vigente en nuestro sistema acusatorio penal.

En la parte final se explicarán la conveniencia de la aplicación del principio de oportunidad en razón de los derechos humanos de los sujetos procesales bajo la lupa del Juez de Garantías Penales y del representante de la Fiscalía General del Estado y evitar activar el organismo jurisdiccional del Ius Puniendi.

**PALABRAS CLAVE:** Ius Puniendi, mínima intervención penal, garantismo penal, principio de oportunidad.

## INTRODUCCIÓN

El ser humano estará siempre sometido a simbolismos penales, exigencias del entramado de leyes, para regular su conducta dentro de una sociedad. Nuestro sistema procesal penal está blindado por las normas y principios constitucionales dentro del garantismo penal o la corriente del Neoconstitucionalismo, que no es otra cosa que la aplicabilidad inmediata de principios y tratados internacionales con sujeción a los derechos humanos. Por ello considero que nuestra Constitución garantiza y ratifica que vivimos inmersos en principios procesales y constitucionales erga omnes con respecto al debido proceso mediante la Tutela Judicial que el Estado garantiza a todo ciudadano.

Indicaremos también que el principio de mínima intervención está recogido en nuestra normativa ecuatoriana COIP, "... La intervención penal que está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas (...) Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales..." (López Cedeño & Chimbo Villacorte, 2014) por ello se concluye que el derecho penal no protege absolutamente todos los bienes jurídicos, teniendo característica subsidiaria

por ello la intervención penal se constituye como "ultima ratio" estableciéndose un límite esencial al poder punitivo del Estado, de ello se desprende el *Ius Puniendi* "...Que no es otra cosa, la sanción que impone el Estado al infractor..." según lo defino en mi obra *homicidio por encargo o Sicariato* (Astudillo Orellana, 2011)

La lucha a la criminalidad no es solo un problema local, sino una anomia en las sociedades del mundo. Durante algunos siglos el Estado como titular del monopolio del *Ius Puniendi*, a través de sus organismos públicos por intermedio del Gobierno Central, mediante los organismos de control como la Fuerza Pública y la Fiscalía General del Estado que dentro de sus facultades atribuidas por mandato constitucional investigan los delitos a todo nivel, los mismos que deberán ser basados en una realidad procesal mediante el principio de objetividad y de debida diligencia, con relevancia al debido proceso penal. De lo expuesto nace la interrogante ¿El simbolismo penal o la sanción punitiva ha dado resultado para mitigar el auge delictivo o resarcido el daño ocasionado por el infractor mediante una sentencia condenatoria?

Continuando con este análisis, es importante resaltar que la aplicación del principio de oportunidad se basa en el interés público y a una necesidad actual con el fin de darle celeridad al sistema judicial en casos de delitos menos gravosos o de cuantía ínfima o injustos penales que comprometan gravemente a los intereses del Estado. Además hay que resaltar que en la atribución constitucional del principio de oportunidad otorgada a la Fiscalía, siendo este organismo del Estado que está facultado mediante el principio de oficialidad o dispositivo en aplicar el aludido principio, aclarando que los Jueces de Garantías Penales no tienen iniciativa procesal, pero son los llamados a ejercer un control de constitucionalidad en la aplicación de este procedimiento, tanto en la parte fase pre procesal o procesal penal según nuestro ordenamiento jurídico.

En esta esta misma línea del pensamiento, indicaremos que la aplicabilidad de principios se desprenden la subjetividad del funcionario que tiene la investidura por el Estado y solo recurriendo a la literatura jurídica podemos afianzar criterios, por ello, "...La doctrina señala que la característica principal del principio de oportunidad, es la discrecionalidad, de la que puede

hacer uso la o el fiscal, al ejercer la acción penal, para abstenerse de continuar con la persecución penal, pese a haber suficientes elementos que determinen una posible existencia del delito, de tal manera que la o el fiscal debe actuar con discrecionalidad, especialmente al analizar lo que debe considerarse como grave interés público...”. (García Falconí, COIP: Principio de Oportunidad, 2015). Mismo criterio que compartimos, porque el Estado por intermedio del Fiscal como titular del ejercicio de la acción pública penal, es el llamado a optimizar los recursos y activar el organismo penal solamente en lo necesario, bajo el control de legalidad obligatorio y automático por parte de la jueza o juez de garantías penales, tal como lo dispone el Art. 413 del Código Orgánico Integral Penal.

En esta misma perspectiva, cabe resaltar que la política criminal y el reproche penal, no debe dejar de lado a la ecuación del debido proceso, en razón que constituye un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento en una lucha por la defensa de los derechos de los ciudadanos y procesos penales donde se torna imperioso y justo que se respeten las garantías básicas consagradas en nuestra carta magna, mediante el principio de mínima intervención penal y el principio de oportunidad (CRE 2008).

Ut Supra, podemos indicar con solvencia, que la amenaza de una pena mediante el reproche penal, sería sancionar a la conducta antijurídica para mantener el orden social y la conciencia ciudadana. Empero aunque parezca incongruente el propio Estado mediante las leyes que impera auto limita los derechos y garantías de los ciudadanos, tornándose en algunos casos sumamente peligrosos si nos regimos solo por simbolismo penal, pudiéndose tornar nuestra sociedad en un Estado legalista y no garantista. Consideramos entonces que es muy beneficioso y acertado que el legislador promueva salidas alternativas al procedimiento ordinario, mediante el principio de oportunidad, dándole la titularidad en sus derechos a la víctima y en si un rol protagónico de decisión respecto de poder escoger salidas alternativas al proceso ordinario, tal como es la mediación penal, el principio de oportunidad y mínima intervención penal, mecanismos extrapenales que son válidos para resarcir al sujeto pasivo sea por la responsabilidad penal de personería jurídica o natural, mediante la reparación integral, sin necesidad de recurrir al reproche penal y esperar todo un tortuoso proceso ordinario y llegar a una sentencia

condenatoria, tal como se lo estudiará durante el progreso del presente trabajo de investigación en torno a nuestra realidad socio jurídica penal ecuatoriana.

## **DESARROLLO**

El sistema oral acusatorio como garantía básica del debido proceso, frente al principio de oportunidad.

Dentro de algunos criterios de procesalistas a ultranza, la piedra angular en el debido proceso está precisamente en respetar y valorar estas reglas no vulnerando el debido proceso y en respetar la condición de cada ser humano como intrínsecamente le asiste su estado de inocencia. El estado de inocencia, en su esencia construye el modelo del proceso penal, puntualmente en la corriente liberal donde se fundamenta las reglas y garantías básicas para el procesado. Desde este punto de vista, el estado de inocencia instituye en el ámbito legislativo, como un principio limitador del derecho penal, creado por el legislador frente a la distribución de leyes penales. Sabido es que para hablar de presunción de culpabilidad, se debe de destrozarse el estado de inocencia que intrínsecamente le asiste a cualquier ciudadano inmerso dentro de un proceso penal. En esa corriente del pensamiento nos han adoctrinado a creer que los problemas se solucionan por la vía del *ius puniendi*, castigando al infractor y olvidándose de la víctima de su indemnización o reparación integral.

Debemos precisar que el clásico procesalismo arraigado en nuestras mentes y sociedades siempre nos vendieron la idea, que la sanción punitiva impuesta por el Estado al infractor, era la solución para mitigar el dolor a la víctima mediante la vindicta pública. Sabido es que dichos mecanismos se tornaron estériles e inoperantes a través de varias decenas de años, donde no se reparaba el daño irrogado a la víctima, lo que tornó en una percepción de desconfianza al sistema de justicia.

De lo expresado en el párrafo que antecede, en ningún momento pretendemos insinuar la aplicación de ley del Talión, ni que el Estado debería de despojarse de su política criminal como es la prevención, sanción, rehabilitación y reinserción social, ya que es adherente al derecho sustantivo penal dentro de una sociedad de garantías y derechos. Entonces el punto de

discusión es que no todo debe de ser procesado mediante un proceso penal, porque en algunos casos se tornaran ineficaces, por eso consideramos que para evitar la recarga al aparato jurisdiccional en casos que no sean execrables o que merezca el tratamiento del Estado, estos sean solucionados por la vía de descongestionamiento, mediante la aplicación del principio de oportunidad, donde se obliga a la reparación integral de la víctima y dar por terminado lo resuelto en el conflicto, cosa que en algunos casos por la vía ordinaria demoraría su tratamiento y solución mediante sentencia, aclarando que no en todos los casos quedan a satisfacción de los sujetos procesales.

Fue necesario implementar una Constitución acorde a la realidad social y judicial de nuestro país, como en efecto sucedió con la Norma Suprema de la República del Ecuador vigente desde el 2008, donde se institucionalizó los principios de oportunidad y mínima intervención penal, que están referidos en el artículo 195 el mismo que dispone "... La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal (...) Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley..." (Ecuador, 2008)

Entonces es evidente que la Constitución de la República del Ecuador refiriéndonos al derecho a la seguridad jurídica que no es otra cosa que la garantía proporcionada por el mismo poder estatal a través de su legislación, pues ésta se apuntará a la protección del honor, la vida, la integridad personal, el patrimonio entre otros derechos tutelados; de ahí es que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, Pactos y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y leyes secundarias (Art. 11 Nro. 9), en síntesis el mismo Estado se auto impone reglas para controlar el debido proceso, lo que algunos tratadistas lo

consideran como principios limitadores del derecho penal, pero también el legislador implementa la solución de conflictos en materia penal, mediante mecanismos extrapenales. (CRE 2008)

De lo referido en esta misma línea del pensamiento, se tornó necesario indicar que en nuestro ordenamiento jurídico penal, se implementen ciertos principios conceptuales o también llamados procesales, como el de oportunidad y mínima intervención penal de acuerdo con el imperio Constitucional vigente en concordancia con los instrumentos y mecanismos de solución de conflictos que nuestro país ha firmado y ratificado en sede internacional “Pacto sunt servanda”, lo que infiere que el estado interviene exclusivamente en contra de los delitos más escandalosos que merezcan reproche penal.

El derecho penal tiene una característica subsidiaria a determinados bienes jurídicos, ya expuestos en párrafos precedentes y constituyen el último recurso habiendo agotado los otros, el principio de mínima intervención se aplica como última ratio, o sea agotarse los mecanismos extrapenales de cara a solucionar los conflictos penales y administrativos. Para dar veracidad al presente trabajo investigativo fue necesario recurrir a algunas definiciones de tratadistas que hablan del principio de oportunidad, formulando varias premisas. “Es la facultad del fiscal en suspender, interrumpir o renunciar (Bedoya Sierra, Guzmán Díaz, & Vanegas Peña, 2010). El autor en alusión infiere que efectivamente es potestad del representante del ejercicio de la acción penal a quien le corresponde impulsar este beneficio extrapenal. En esa misma línea del acervo del conocimiento se indica que el principio de oportunidad es: “La discrecionalidad en el ejercicio y continuidad de la acción penal (Moreira Morales, 2012). Convencido que es facultad del Fiscal en armonizar este principio con respeto a la reglas del debido proceso, no cabe duda que al momento de aplicarse el mismo se lo debe de hacer con discrecionalidad e inclusive podrá negociarse entre la fiscal y el procesado a favor de los intereses de estos.

Así mismo consideramos importante extraer algunas premisas con respecto al principio de mínima intervención penal, que en esencia son pilares fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico constitucional, donde se

dinamiza el proceso penal ya iniciado e inclusive se evita entrar al litigio mediante salidas extrapenales en atención del uso alternativo del derecho penal, siempre y cuando los injustos penales no atente al interés público e interés del Estado. Debiendo de resaltar que el Estado intervendrá sólo en el sentido estricto, de impedir los atentados más gravosos que se dirijan contra el bien jurídico protegido de la sociedad, en el derecho penal, como el homicidio, delitos sexuales entre otros.

Es pertinente resaltar entonces que el derecho penal cuando se fundamenta en este principio de mínima intervención, lo hace bajo ciertas medidas: a) El ser un derecho fragmentario, al no proteger todos los bienes jurídicos, se limita a tipificar las conductas que atacan de manera más intensa a aquellos bienes; b) El ser un derecho subsidiario, como última ratio operar únicamente cuando el orden jurídico no pueda ser reparado en su plenitud, mediante otros procesos menos punitivos. (Villegas Fernández, 2009)

En consecuencia este principio es uno de los más importantes, por estar en contraposición del principio de legalidad, y aplicar el principio de mínima intervención penal, donde se aplica de última ratio al derecho penal por ser la última instancia y/o mecanismo de solución.

Por ello se relaciona con el principio de celeridad y cumplimiento obligatorio en el marco de nuestra constitución en agilizar procesos y de inmediata solución, el fiscal tiene que buscar mecanismos para no llegar el último momento del proceso penal, pasar por una investigación previa, instrucción fiscal y etapa de juicio, consecuentemente estos principios son garantías y de no aplicarlos se estaría violando el debido proceso.

De lo que precede, es evidente que en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano el constituyente le entregó los instrumentos jurídicos a los operadores de justicia y especialmente a la Fiscalía General del Estado como titular del ejercicio de la acción pública penal o de investigación criminal, para que se aplique de forma imperativa la solución de conflictos, mediante otros procedimientos alternativos el proceso penal ordinario y evitar recargar innecesariamente las estadísticas en el orden de sede judicial.



De lo expuesto es necesario hacer un análisis de los artículos inherentes al principio de oportunidad y su debida aplicación, recurriremos a lo preceptuado en nuestro ordenamiento jurídico que establece, que el Estado no aplicará el poder punitivo dejando de lado la infracción penal en casos que puedan transigir o que deban ser tratados en otras instancias de solución de conflictos, tal como lo prevé la normativa orgánica en su Art. 2 que establece que en materia penal se debe de aplicar de manera imperativa todos los principios Supranacionales establecidos en los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y los desarrollados o contemplados por la Constitución. De igual forma enfatiza en el Art. 3 la prioridad del principio de mínima intervención penal, es decir que nuestra legislación pre procesal y procesal penal debe de agotar todos los mecanismos para aplicar cualquier salida alternativa al proceso o procedimiento ordinario pues solo el proceso penal se debe de aplicar cuando constituye el último recurso o cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales. (COIP 2014)

Dentro del hilo conductivo del pensamiento a la Fiscalía se le proporciona las herramientas para que este, en atribuciones de sus facultades puedan optimizar los recursos en la aplicación del principio de oportunidad, mediante el principio de oficialidad o dispositivo, es decir, que inclusive podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o en caso de ya estar iniciada mediante un proceso puede desistir de la misma, siempre bajo el control constitucional del Juez de Garantías Penales. Así mismo es de resaltar que existen excepciones para el beneficio de este principio, el mismo que no podrán aplicarse cuando las penas restrictivas de libertad sean superior a cinco años, afecten gravemente al interés público y no vulneren los intereses del Estado. De igual forma debemos de resaltar que existe una excepción en lo que respecta a delitos culposos o imprudentes derivados de infracciones de tránsito, cuando se incumple el deber objetivo de cuidado y a consecuencia de ello sufra una enfermedad grave y física del sujeto activo del delito, donde se impida realizar o llevar una vida normal, en estos casos el Fiscal podrá no iniciar el enjuiciamiento penal bajo los parámetros del control constitucional del Juez. De lo expresado se prevé el trámite para la aplicación del principio en alusión, teniendo sus efectos una vez cumplidos dichos compromisos entre los sujetos procesales, concluyendo el mismo con la extinción del ejercicio de la acción penal. Esto infiere que da término a la persecución penal, pero en sede

civil podrá perseguir la reparación de los perjuicios derivados del acto si en caso así lo quisiere la víctima, tal como lo prevé nuestra normativa procesal penal ecuatoriana.

Otro de los instrumentos de aplicabilidad otorgados por el legislador a los jueces de garantías penales, está consagrado en los articulados 77 y 78 de nuestra legislación penal ecuatoriana, es decir con la reparación integral de la víctima, tomando en consideración que en los casos específicos de la aplicación del principio de oportunidad, puede solucionarse en el campo penal el litigio, quedando en libertad la víctima si en derecho le asiste, de perseguir por la vía civil sus pretensiones que derivaron de la afectación en materia penal, tal como lo explicamos en líneas que anteceden. (COIP 2014).

Así mismo es importante resaltar, que en caso de incumplimiento o que no aplique el principio de oportunidad requerido por el fiscal, quien no podrá dejar de pasar por el ineludible filtro de control constitucional del Juez, quien a su vez decidirá si es procedente lo requerido por el representante de la Fiscalía General del Estado, o en contrario a lo solicitado por este, se elevará a consulta al Fiscal Superior para que ratifique o rectifique el criterio del Fiscal del primer nivel, en caso de revocarse ya no se podrá aplicar nuevamente este beneficio dentro de ese mismo procedimiento y se proseguirá con el trámite ordinario, es decir con la persecución penal de la Fiscalía.

Dentro del análisis de los articulados invocados, es evidente que la función o rol otorgado a la Fiscalía General del Estado dentro del territorio ecuatoriano, pues es esta institución que goza de autonomía, es indivisible, actúa de forma desconcentrada, maneja de forma desconcentrada, tanto la parte administrativa, económica y financiera, se encarga de la investigación penal ya sea esta, de oficio o a petición de alguna de las partes, aplicando claramente los principios de Oportunidad y Mínima Intervención Penal al momento de proceder a la imputación de una persona que presumiblemente ha cometido alguna infracción, resaltando que deberá tener especial atención al ciudadano y a las víctimas, y que de existir elementos de convicción suficientes en contra de algún infractor deberá imputar ante el Juez de Garantías Penales correspondiente y seguir sustentando y fundamentando dicha acusación en el juicio oral respectivo.

Consideramos entonces que la legislación ecuatoriana está acorde a las necesidades de nuestra sociedad en este mundo globalizado donde prima la celeridad y economía procesal en aplicación a la solución de conflictos especialmente en materia penal. El éxito o fracaso de lo establecido en nuestra normativa, tanto en la parte sustantiva como adjetiva penal, depende de la triada que presupone el sistema judicial “Jueces, Fiscales y Defensa Técnica”. Por qué insistimos en lo aludido en líneas que antecede, puesto que en muchos casos dependemos de la buena voluntad o del ánimo del servidor judicial, para poder aplicar dicho principio que es materia de la presente investigación, cuando la Constitución establece de manera imperativa que debe de aplicarse de forma directa el principio de oportunidad, para evitar activar el aparato jurisdiccional de manera innecesaria.

Ahora si con acierto podemos indicar, que los principios fundamentales que debe aplicar la Fiscalía, es el de Oportunidad y Mínima Intervención Penal, considero que es esta institución quien debe discernir si cuenta con las pruebas suficientes para proceder al inicio de la Instrucción Fiscal o sólo permanece en Investigación previa, debiendo recordar además que la base esencial del segundo principio es que la sanción de privación de libertad sea utilizada en los casos de infracciones o delitos más gravosos. Sustituyéndosele dicha sanción por otras medidas alternativas contempladas en nuestra legislación procesal penal ecuatoriana.

Con la aplicación del principio de mínima intervención penal, podemos indicar que se flexibiliza todo lo que es el derecho penal, evita que al sospechoso se le aplique una pena privativa de libertad que debería cumplir en prisión y en lugar de rehabilitarse entra a una fase de suerte de descomposición social, como es la escuela del delito dentro del presidio, pues al estar rodeado de personas con mayor peligrosidad, puede tomar otras actitudes reñidas con la ley y la sociedad. También podemos resaltar que la aplicación del prenombrado principio ayuda muchísimo también al descongestionamiento del aparato judicial; en aplicación del principio de economía procesal, pues a través del mismo se puede obtener un mayor bien social con el menor costo social posible y así todas las partes involucradas en algún presunto delito tendrían mayor agilidad y rapidez en solucionar sus

conflictos garantizados en el estado de derecho que vivimos, que respeta todos y cada uno de los derechos que están consignados en la Constitución de la República del Ecuador.

### **Breves comentarios de legislación comparada.-**

Dentro del presente trabajo fue necesario recurrir a cierta legislación comparada para de esta manera poder contrastar con la nuestra. El principio de oportunidad que es materia de análisis, también se aplica en Alemania cuando se puede acordar entre los sujetos procesales y cuando se observa que en los procedimientos ordinarios podrían llegar a un sobreseimiento sin mayor desenlace. También se analiza el bien jurídico lesionado, cuando no produce un escando social o no afecta al patrimonio del Estado o en base a la escasa lesión social producida por la comisión de un delito o debido por la falta en el interés público de la persecución penal. En este mismo orden de ideas se introducen el principio de oportunidad de forma reglada, al posibilitar según los casos previstos por la norma, salidas alternativas al procedimiento ordinario dando por terminado un conflicto. Por ello en Europa particularmente en España produce una gran descongestión judicial, al eliminar en gran medida las infracciones menores.

En esta misma perspectiva en Italia, para evitar los efectos criminógenos de las penas privativas de libertad cortas, se instauró el denominado "Pateggiamento – Acuerdo de culpabilidad" (Villarreal Rivadeneira, 2009). Este condiciona el patteggiamento al cuántum de la pena objeto del acuerdo que tras valorar las circunstancias del caso y la disminución de un tercio, en ningún caso podrá superar los cinco años. Teniendo que rescatar que este procedimiento se asemeja con la normativa ecuatoriana, en lo que respecta a las prohibiciones o excepciones de no aplicabilidad del principio de oportunidad por el tiempo de la imposición de la pena.

Pasando a occidente, propiamente refiriéndonos a la corriente norteamericana-angloamericana, se desconoce el principio de legalidad. Según datos obtenidos por investigaciones peruanas: "...El poder de selección reside en el Ministerio Público, es quien gobierna el proceso penal, donde se plantea como instrumento de simplificación el "plea bargaining" (consiste en un

mecanismo institucionalizado mediante el cual se trata de evitar un proceso prolongado, o de condena mayor a lo previsto, por acuerdo entre las partes, en la causa penal seguido contra el imputado)...”. (Ramos González, 2014) De lo que antecede es importante dilucidar, que para que no coexista renuncia de los derechos que tiene el procesado debe declararse culpable de manera libre y voluntaria de cargos formulados, además renunciar el derecho de que le inicien un proceso judicial, de no hacerlo libre y voluntariamente se estaría violando el derecho al irrestricto al debido proceso, que es derecho a la defensa y del estado de inocencia que le asiste a todo ciudadano de forma intrínseca. En este caso la normativa anglosajona su procedimiento es parecido al nuestro, pero en lo que refiere al procedimiento abreviado, mas no al principio de oportunidad propiamente dicho.

### **Postura personal con respecto al principio de oportunidad.-**

Con el breve análisis hecho con relación a la normativa nacional y comparada con respecto al principio de oportunidad, es importante resaltar que esta aplicación depende de los servidores judiciales, fiscales y de la defensa técnica particular o pública. Lamentablemente el desconocimiento de algunos profesionales del derecho ahogan esta posibilidad de poder descongestionar la eficiente Administración de Justicia, que como se indicó en el desarrollo de la presente investigación, daría fin a la persecución penal dentro de la fase pre procesal penal y la procesal penal ya iniciada, con efectos en alguno de los casos con la reparación integral a la víctima, con el resarcimiento del daño ocasionado, evitando dilatación en el tiempo, recarga laboral, y que el órgano judicial se enfoque en conductas verdaderamente delictuosas que merezcan reproche penal.

La pertinencia del principio en alusión en nuestra normativa, es que pese a llegar a un arreglo en la vía penal, esto no obsta o evita que se pueda perseguir la indemnización por la vía civil cuando no se llega a un arreglo total por la vía antes indicada, especialmente en los casos culposos de tránsito. Es importante resaltar que nuestra norma es permisiva y le da la posibilidad tanto a la víctima, como al infractor de poder consensuar entre los sujetos procesales y dar por terminado el conflicto penal. Soy de la firme convicción que estas

salidas al procedimiento ordinario cumplen un mandato constitucional con sujeción al principio de economía procesal y de celeridad.

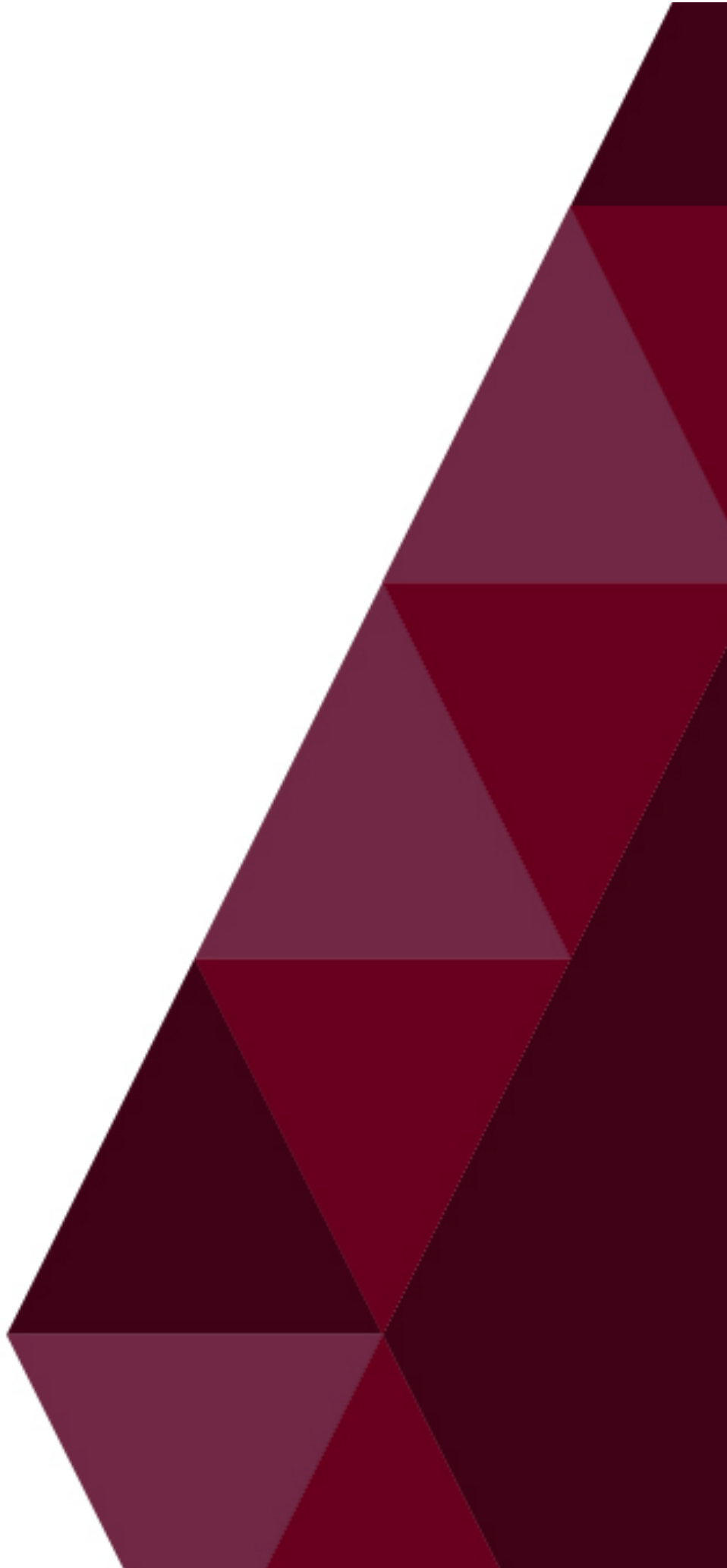
## **CONCLUSIONES**

Habiendo realizado un análisis exegético del principio de oportunidad materia de la presente investigación, es importante resaltar que en la normativa vigente no está el problema, sino en el sistema que conformamos la triada entre Jueces, Fiscales y abogados, que en algunos de los casos entorpecen estos beneficios consignados por nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, por la falta de preparación en el acervo del conocimiento. Otro aspecto que observamos dentro de las debilidades del sistema, es la falta de compromiso y credibilidad de algunos funcionarios por hechos de corrupción notorios, que hacen que no prospere el derecho penal y procesal penal en la aplicación de algunos principios que dan dinamismo y celeridad mediante la concentración del principio de oportunidad y la activación inmediata de la mínima intervención penal.

En nuestro país luego de haber emigrado del sistema inquisitivo a uno acusatorio, es necesario que se articule el derecho penal a la realidad social existente en la región. Solo con una correcta aplicación de los principios analizados estaremos descongestionando el proceso judicial en nuestro país y por partida doble, estaríamos aplicando una verdadera justicia social ceñida a los Derechos Humanos con sujeción al interés público y del Estado.

Concluiremos para que se garantice una verdadera autonomía e independencia en la Administración de Justicia, se requiere de contar de operadores de justicia con solvencia probada, con trayectoria de buen perfil académico profesional, pero claro, no todo está dicho sino cumple la Fiscalía su verdadero rol y papel frente a la sociedad de buscar la verdad y de aplicar las salidas alternativas al procedimiento ordinario, siendo su objetivo final buscar el resarcimiento de las víctimas y como lo hemos explicado en el presente trabajo no siempre será por la vía del reproche penal.







## Referencias bibliográficas

Astudillo Orellana, R. (2011). Homicidio por Encargo o Sicariato. Quito: Jurídica del Ecuador.

Bedoya Sierra, L., Guzmán Díaz, C., & Vanegas Peña, C. (2010). Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación . Bogota: Fiscalía General de la Nación.

Código Orgánico Integral Penal. (2014) Editorial Jurídica el Fórum, Quito, Ecuador.

Constitución De La República Del Ecuador. (2008). Editorial Talleres de estudios y publicaciones. Quito, Ecuador.

García Falconí, J. (30 de 11 de 2015). COIP: Principio de Oportunidad. Obtenido de [derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2015/11/30/coip--principio-de-oportunidad-): <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2015/11/30/coip--principio-de-oportunidad->

García Falconí, J. (05 de 01 de 2016). Trámite para la aplicación del Principio de Oportunidad en el COIP. Obtenido de [derechoecuador.com](http://www.derechoecuador.com/articulo.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2016/01/05/tramite-para-la-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-el-coip): <http://www.derechoecuador.com/articulo.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2016/01/05/tramite-para-la-aplicacion-del-principio-de-oportunidad-en-el-coip>

López Cedeño, J., & Chimbo Villacorte, D. (2014). Constitución de la Republica del Ecuador, Código Organico Integral Penal, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, Código Orgánico de la Función Judicial. Compilación. Quito, Ecuador: SofGraf.

Moreira Morales, S. (2012). Necesidad de introducir la mediación pre procesal y procesal penal. Loja: Universidad Internacional del Ecuador.

Ramos González, S. (2014). Principio de oportunidad aplicado por los operadores de justicia en las fiscalías provinciales penales corporativas de la provincia de maynas, distrito judicial de loreto, octubre 2012 abril 2013. San Juan: Universidad Nacional de la Amazonia Peruana.

Villarroel Rivadeneira, P. (2009). El Procedimiento Abreviado: En el nuevo código de procedimiento penal, comparado con otras legislaciones y como mecanismos de descongestionamiento de procesos penales en organos judiciales. Loja: Universidad Tecnica Particular de Loja.

Villegas Fernandez, J. (2009). ¿Qué es el principio de intervención mínima? Internautica de Práctica Jurídica, 4.

Zambrano Pasquel, A. (21 de 10 de 2013). Principio de oportunidad y mínima intervención penal. Obtenido de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/der echopenal/2013/10/21/principio-de-oportunidad-y-minima-intervencion-penal>



ISBN: 978-9942-760-30-2

